



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº. 228 /2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

20ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 25/04/11

PROCESSO Nº. 1/5311/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200712041-3

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDA: ELIZABETE FRANCISCA DA COSTA

AUTUANTES: Francisco de Araújo Cruz

MATRÍCULAS: 37964-1-8

RELATOR: Conselheiro Cícero Roger Macedo Gonçalves

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO NA FORMA E PRAZOS REGULAMENTARES - 1. A empresa autuada não recolheu o imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por Substituição Tributária. Infração detectada através da análise de cupons não fiscais enviados por participantes da Campanha Sua Nota Vale Dinheiro, referentes ao período de maio/05 a agosto/07, no montante de R\$ 8.528,83. Recurso oficial conhecido e não provido. **2.** Auto de infração julgado NULO em razão da ausência de requisitos essenciais à autuação, impossibilitando o exercício do direito de defesa. **3.** Confirmada decisão de 1ª instância, amparada no art. 53, § 2º, III do Dec. nº. 25.5468/99, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O presente processo administrativo versa sobre o auto de infração lavrado por *falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária*, na forma e nos prazos regulamentares, detectada através da análise de cupons não fiscais enviados por participantes da *Campanha Sua Nota Vale Dinheiro*. A autuada deixou de recolher o ICMS no período de maio de 2005 a agosto de 2007, no montante de R\$ 8.528,83. O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº 2007.23577 acostada às fls. 05, objetivando executar *diligência fiscal específica – verificação de irregularidade em documentos fiscais*, referente ao período de 01/05/05 a 20/08/2007, junto à contribuinte *Elizabeth Francisca da Costa*, inscrita no CNAE como *Comércio varejista de Mercadorias em Geral, com predominância de produtos alimentícios* –



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

minimercados, mercearias e armazéns, localizada no Município de Fortaleza/CE. Auto de infração lavrado em 20/08/07, com fulcro nos arts. 73 e 74, do Decreto 24.569/97.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 24/08/07, de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do representante legal da empresa no termo de intimação nº. 2007.20872 às fls. 06, oportunidade em que foi intimada a apresentar no prazo de 05 (cinco) dias, os documentos fiscais de saídas, inclusive fita detalhe, o relatório do equipamento não autorizado pela SEFAZ, utilizado para emitir documento não fiscal no momento das vendas e livro de saídas referente ao período da ação fiscal.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200712041-3, informações complementares às fls. 03/04, ordem de serviço nº. 2007.23577, termo de intimação nº 2007.20872 às fls. 06, cópia de cupons não fiscais às fls. 07/09, termo de revelia e despacho às fls.10, O auto, em epígrafe, relatou *in verbis*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE, EM EPÍGRAFE, NO PERÍODO FISCALIZADO, DEIXOU DE RECOLHER ICMS, NO VALOR DE R\$ 8.528,83, FICANDO SUJEITO AO RECOLHIMENTO DO MESMO E DE MULTA NO MESMO VALOR, SOBRE O MONTANTE DE R\$ 50.169,60, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR DO AUTO DE INFRAÇÃO.”

O agente fiscal sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “c”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	50.169,60
Alíquota	17,00%
ICMS (principal)	R\$ 8.528,83
MULTA	R\$ 8.528,83
TOTAL	R\$ 17.057,66



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

As informações complementares, o autuante, inicialmente, informou que no período da ação fiscal a contribuinte deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 8.528,83 recaindo à penalidade de uma vez o valor do imposto, sobre a base de cálculo no valor de R\$ 50.169,60. Relatou que através dos participantes da *Campanha Sua Nota Vale Dinheiro*, receberam cupons não fiscais emitidos por equipamentos não autorizados pela SEFAZ, nos valores de R\$ 25,83, R\$ 180,93 e R\$ 179,17 datados, respectivamente, em 17/06/06, 04/09/06 e 02/10/06. Em seguida, expendeu que a base de cálculo fora calculada ao somar os valores dos referidos cupons que resultou no total de R\$ 385,90, sendo este valor dividido pelo divisor 3, obtendo uma média de valor R\$ 128,64, cuja, fora multiplicada pelo maior número, qual seja, 390 derivando o valor de R\$ 50.169,60 que serviu de base de cálculo para o lançamento do crédito tributário, nos termos do § 7º art. 827 do Dec. nº. 24.569/97. Esclareceu ainda que não efetuou o lançamento pelo valor real, em razão da empresa contribuinte não ter apresentado o relatório do emissor de cupom não fiscal solicitado através do termo de intimação nº. 2007.20972.

A contribuinte tomou ciência do auto de infração de forma pessoal em 25/09/07, conforme assinatura de sua titular aposta às fls. 02, nos termos do art. 34, § 2º do Decreto 25.468/99. O prazo transcorreu *in albis*, sem que a autuada recolhesse aos cofres fazendários o valor devido, ou apresentasse impugnação. Foi lavrado termo de revelia em 25/10/07.

A julgadora de 1ª instância apresentou decisão às fls. 12/15, onde após relato dos fatos, afirmou que o ônus da prova cabe a quem alega, e que no processo em análise não há instrumento material e documental legítimo que comprove o surgimento da obrigação tributária, uma vez que a documentação apresentada não comprova a irregularidade apontada pelo agente fiscal. Nesse sentido, assegurou que as vendas de mercadorias sem nota fiscal não podem ser simplesmente presumidas, e sim, comprovadas por meio de provas convincentes, conforme entendimento colacionado do *Auditor processual do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, Rodrigo Antônio Alves Araújo*. Ademais, tendo em vista a absoluta carência de provas, expendeu que o arbitramento possui caráter excepcional e deve ser amparado nos princípios da razoabilidade, finalidade da lei e proporcionalidade, não podendo o autuante entender e estipular arbitrariamente as saídas da empresa. Isto posto, requereu a **NULIDADE** do auto de infração, em razão da ausência de requisitos essenciais à autuação nos termos do art. 53 do Dec. 25.468/99. Recorreu de ofício, nos termos do art. 40 da Lei 12.732/97, por ser decisão contrária no todo aos interesses da Fazenda Pública Estadual.

A autuada foi comunicada da decisão singular de **NULIDADE** em 20/09/10, através da publicação do Edital de nº. 109/10 no Diário Oficial do Estado, conforme cópia às fls.39, nos termos do art. 26, III da Lei 12.732/97.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A *Consultoria Tributária*, por intermédio do Parecer 437/2010, após relatar os fatos ocorridos, informou que a metodologia utilizada pelo agente para calcular a base de cálculo não encontra respaldo na legislação do ICMS, haja vista que os cupons não fiscais emitidos através de equipamentos não autorizados pela SEFAZ, constituem apenas indícios de irregularidade fiscal. Nesse sentido, afirmou ser insubsistente o auto de infração, uma vez que o mesmo se constitui de provas insubsistentes, além do que, não possibilitou que o sujeito passivo exercesse plenamente o seu direito de defesa, consoante o art. 5º LV CF/88. Diante do exposto, corroborou com o entendimento do juízo singular, decidindo pela **NULIDADE** do auto de infração nos termos da decisão de 1ª instância.

Os autos foram encaminhados, para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, às fls. 21/23.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto por **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face de **ELIZABETE FRANCISCA DA COSTA**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200712041-3. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerida foi autuada pela **falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária**, detectada através da análise de cupons não fiscais enviados por participantes da *Campanha Sua Nota Vale Dinheiro*, referente ao período de maio de 2005 a agosto de 2007, no montante de R\$ 8.528,83

1. Das Preliminares

Em análise aos fólios processuais, se depreende a existência de matérias cognoscíveis de ofício a serem questionadas, motivo pelo qual passo a conhecer diretamente da matéria preliminar.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

2. Da Nulidade da Ação Fiscal

Insta salientar, inicialmente, que a metodologia utilizada pelo agente fiscal para estimar a base de cálculo não encontra respaldo na legislação do ICMS, haja vista que os dados foram extraídos de orçamentos enviados para a promoção, “*Sua Nota Vale Dinheiro*”.

A documentação em exame somente aponta frágeis indícios, que levam à presunção da ocorrência do fato gerador, possivelmente ocultado. Diante disso, apenas a existência de meros indícios ou presunções não pode servir de alicerce seguro para caracterização do crédito tributário.

É sabido que toda lavratura de auto de infração necessita de clareza e precisão, ou seja, não pode dar margem para dúvidas quanto à prática do ilícito, consoante o art. 33, XI do Decreto 25.468/99, *in verbis*:

Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

(...)

XI - descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração;

Ocorre que ao compulsar os fôlios processuais, por ocasião do julgamento realizado neste colegiado, observou-se que o autuante não acostou documentação comprobatória do ilícito fiscal, tornando, desta forma, insuficientes e precários os elementos comprobatórios para consubstanciar a infração.

Ora, o Processo Administrativo Fiscal é albergado pela teoria da prova abraçada pelo *Código de Processo Civil Brasileiro*, em razão do seu art. 333, III. O referido dispositivo legal afirma que incube ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito. O contribuinte, então, tem o direito de dar a sua versão dos fatos, em face da versão do Fisco. Se o Fisco não tem condições de comprovar de forma clara e precisa o fato que motivou a autuação, o contribuinte fica impossibilitado de defender-se adequadamente.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Desta feita, se depreende clarividente o vício formal na presente autuação, sob o qual Hugo de Brito Machado doutrina:

“Diz-se que há um vício formal no processo de determinação e exigência do crédito quando algum dispositivo legal concernente ao procedimento não for observado. Tal inobservância da lei implica denegação do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, que tem o contribuinte, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Diz-se que o vício é formal porque sua ocorrência independe da questão substancial de saber se a obrigação tributária correspondente efetivamente existe, e de seu dimensionamento econômico”.

(MACHADO, Hugo de Brito. Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 1995, p. 86.)

Nesse sentido, é insubsistente o Auto de Infração, uma vez que o mesmo se constituiu em provas insubsistentes, além do que não possibilitou que o sujeito passivo exercesse plenamente o seu direito de defesa consoante art. 5º LV, CF/88.

Neste escopo, importante salientar que a Administração Pública tem o dever de invalidar, de ofício ou mediante provocação, seus próprios atos, quando contrários à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº. 473, nos seguintes termos, *in verbis*:

Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados, os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Desta feita, a insustentabilidade da exação fiscal recai de modo irrecusável e inquestionável, sem julgamento do mérito, com supedâneo no art. 53, *caput*, §3º do Decreto 25.468/99, consoante transcrito, *ipsis litteris*.

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

§ 3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

Isto posto, observo que frente ao conjunto probatório, a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar a nulidade da presente peça acusatória, devido a inconsistência encontrada nos autos em epígrafe.

3. Do Voto

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida pela 1ª instância, considerando os fundamentos de que a autuação foi produzida com a ausência de elementos essenciais, comprometendo o contraditório e a ampla defesa, conforme parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



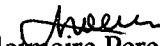
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

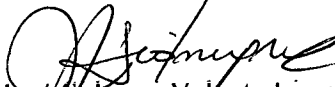
DECISÃO

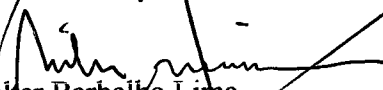
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **ELIZABETE FRANCISCO DA COSTA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, confirmando a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida pela 1ª instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

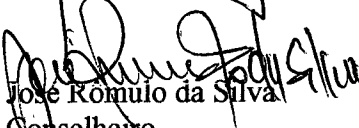
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos _____ de _____ de 2011.



p/ Dulcineire Pereira Gomes
PRESIDENTA

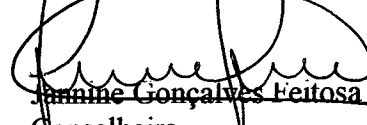

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira



José Sidney Valente Lima
Conselheiro

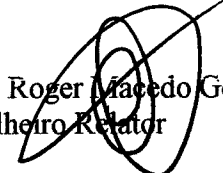

p/ Valter Barbalho Lima
Conselheiro


José Romulo da Silva
Conselheiro


Camila Borges Duarte
Conselheira


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro Relator


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO