



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº. 230 /2011
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
19ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 25/04/11
PROCESSO Nº.: 1/3011/2008
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/20080750-8
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: A V M BASTOS - EPP
AUTUANTE: Francisco Tomé Filho
MATRÍCULA: 005122-14
RELATORA: Conselheira Jannine Gonçalves Feitosa

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 de análise da documentação apresentada pela empresa. Recurso oficial conhecido e provido. **2.** Auto de infração julgado **NULO**, em razão de a autuação basear-se em indícios. **3.** Reformada, por maioria de votos, a decisão parcialmente condenatória proferida em 1º instância, contrariamente ao parecer oral do 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 de análise da documentação fiscal da contribuinte, referente ao período de maio/05 a março/08, no montante de R\$ 43.750,00. O ilícito supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2008.13960, objetivando executar *diligência fiscal específica – verificação de irregularidade em documentos fiscais*, referente ao período de maio/05 a março/08, junto ao contribuinte *A V M BASTOS- EPP*, enquadrada no CNAE como *comércio varejista de materiais de construção em geral*, localizada no Município de Fortaleza/CE. Auto de infração lavrado em 13/06/08, com supedâneo no arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97.

O início da ação fiscal foi realizado em 14/05/08 através da intimação, consoante fls.06, ocasião em que fora intimada a apresentar no prazo de 05 (cinco)



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

dias, as fitas detalhes, notas fiscais de saída, livro de saída e termo de ocorrências referente ao mês de maio de 2007, necessários ao desenvolvimento de fiscalização.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200807750-8, informações complementares às fls. 03/04, ordem de serviço nº. 2008.13960, Intimação às fls. 06, nota de pedido nº. 9124, termo de juntada às fls. 08, cópia de AR às fls. 09, controle da ação fiscal às fls. 10 e 13, termo de revelia e despacho às fls. 12. 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. A AUTUADA EMITIU UMA NOTA DE PEDIDO NO LUGAR DE NOTA FISCAL NF-1, PROCEDEMOS O ARBITRAMENTO SOBRE O MONTANTE DE R\$ 43.750,00 REFERENTE AO PERÍODO DE 01.05.2005 A 31.03.2008, CONFORME DOCUMENTOS E INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR EM ANEXO.”

Às informações complementares, o autuante afirmou que através dos documentos fiscais apresentados, foi contatado que a empresa emitiu uma nota fiscal de pedido em vez de nota fiscal de saída – NF1. Desta feita, procedeu o arbitramento referente ao período de dias da ordem de serviço, onde foram encontrados 875 dias úteis multiplicados pelo valor do pedido de R\$ 50,00, o qual resultou na base de cálculo no montante de R\$ 43.750,00, lançados como crédito fiscal.

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	43.750,00
Alíquota	17,00%
ICMS (principal)	R\$ 7.437,50
MULTA	R\$ 7.437,50
TOTAL	R\$ 14.875,00

A ciência do auto de infração foi efetivada por via postal em 13/06/08, consoante AR e termo de juntada às fls. 08/09, restando a autuada o prazo de 20 (vinte)



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

dias para a apresentação da impugnação, em consonância com o art. 26, § 3º, II da Lei nº. 12.732/97.

O prazo transcorreu *in albis*, sem que a autuada recolhesse aos cofres fazendários o valor devido ou ofertasse impugnação. Destarte, foi instaurada a relação contenciosa, pela revelia nos termos do art. 77 do Decreto 25.468/99. Termo de revelia lavrado em 08/07/08 às fls. 12.

A julgadora singular após breve relato da infração fez alusão à nota de pedido nº. 9124, no valor de R\$ 50,00 reais, como prova da infração imputada pela autuada, afirmando que através desta o agente arbitrou o valor total de vendas sem documentos fiscais. Todavia, alegou que a prova material acostada nos autos pelo autuante só confere certeza a falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 8,50 (oito reais e cinquenta centavos) e não do valor lançado na inicial. Nessa esteira, argumentou que uma simples nota de pedido, por si só não confere precisão e certeza a nenhum lançamento. Todavia, ressaltou dois detalhes relevantes encontrados na nota de pedido nº. 9124 quais sejam, o carimbo de “PAGO” e o de “ENTREGUE”, os quais comprovam a operação descrita. Nesse sentido, resolveu acolher a acusação somente ao que se refere à operação descrita na referida nota, haja vista não existir nos autos prova das demais operações consideradas. Ademais, afirmando que o arbitramento realizado pelo agente fiscal não merece respaldo legal, julgou o auto de infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, intimando a empresa autuada a recolher aos cofres do Estado o valor de R\$ 17,00 (dezessete reais) bem como os devidos acréscimos legais, no prazo legal de 20 (vinte) dias, a contar da data da ciência dessa decisão, ou, em igual prazo, interpor recurso ao Conselho de Recursos Tributários, na forma da legislação processual vigente. Tendo em vista, ser presente a decisão contrária em parte à Fazenda Pública Estadual, recorreu de ofício ao *Conselho de Recursos Tributários*. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 50,00
Alíquota	17,00%
ICMS (principal)	R\$ 8,50
MULTA	R\$ 8.50
TOTAL	R\$ 17,00

A autuada foi comunicada pelos correios, em 26/08/10, da publicação do Edital de nº. 98/10 onde consta a decisão do julgamento que declara **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal no Diário Oficial do Estado, conforme cópia às fls. 20, 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 *Célula de Consultoria Tributária*, por intermédio do Parecer 405/10, inicialmente discorreu sobre o arbitramento da base de cálculo e em seguida esclareceu que a utilização de apenas um documento para determinar o lançamento tributário está eivado de vícios, posto não ser suficiente para comprovação do crédito tributário. Neste sentido suscita a nulidade de todo o processo, posto que, o mesmo foi fundamentado somente em indícios ou presunções, desta forma, cerceando o direito de defesa da contribuinte. Expendeu que a nota de pedido nº. 9124 serve apenas como um subsídio para a instauração do procedimento de fiscalização e não como objeto de constituição de crédito tributário, não demonstrando efetivamente que a empresa vendeu mercadorias no período fiscalizado e no montante descrito na inicial. Ressaltou ainda que notas de pedidos, recibos, pedido de orçamento, ou outro documento similar ainda que carimbado com “PAGO” e “ENTREGUE”, não são suficientes para a comprovação do não recolhimento do ICMS por parte das empresas. Ademais, salientou que a infração foi detectada através da campanha *Sua Nota Vale Dinheiro*, sendo possível que o participante tenha colocado na urna tanto a nota de pedido como a nota fiscal. Isto posto opinou pelo conhecimento do recurso de ofício, dando-lhe provimento, para que seja reformada a decisão proferida na 1ª instância, declarando a **NULIDADE** do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa, nos termos do art. 53, § 3º do Dec. nº. 25.468/99.

Os autos foram encaminhados, para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer às fls. 26/29.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face da **A V M BASTOS – EPP**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200807750-8, na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por *falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte - Substituição Tributária*, detectado através de análise da documentação apresentada pela empresa, qual seja, nota de pedido nº. 9124, referente ao período de maio/05 a março/08, no montante de R\$ 43.750,00.

1. Das Preliminares



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

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.

2. Da Nulidade da Ação Fiscal

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

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



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

“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.

§ 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.



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

3. Do Voto

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, para declarar a **NULIDADE** da ação fiscal, considerando os fundamentos de que a autuação foi produzida com a ausência de elementos comprobatórios, contrariamente ao parecer da oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE**



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

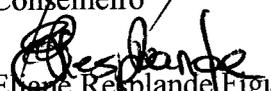
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrida **A V M BASTOS - EPP**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, para por maioria de votos dar-lhe provimento, reformando a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, em razão da autuação basear-se em indícios, nos termos do voto da relatora, contrariamente ao parecer oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, pela parcial procedência da autuação. Vencidos os votos dos Conselheiros Valter Barbalho Lima e José Rômulo da Silva que se manifestaram contrários à nulidade.

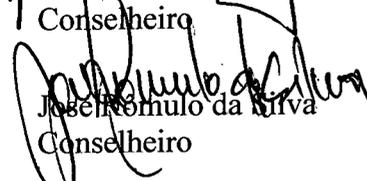
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 de 06 de 2011.


Dulcineire Pereira Gomes
PRESIDENTA

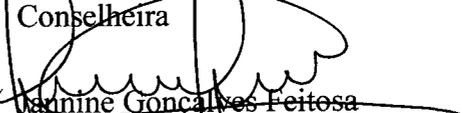

José Sidney Valente Lima
Conselheiro

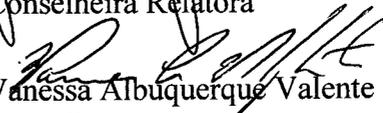

Elene Replande Figueiredo de Sá
Conselheira


Valter Barbalho Lima
Conselheiro

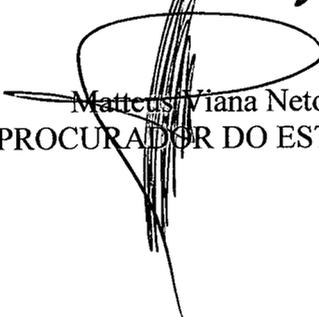

José Rômulo da Silva
Conselheiro


Camila Borges Duarte
Conselheira


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Relatora


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO