



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

Contencioso Administrativo Tributário,
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 267/2012
111ª SESSÃO ORDINÁRIA de 16 de julho de 2012f.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1285/2003
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200300642
RECORRENTE: Companhia Brasileira de Distribuição
RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância
RELATOR: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto.

EMENTA: - ICMS – OMISSÃO DE VENDAS. Auto de Infração **NULO**. Decisão condenatória proferida pela 1ª Instância reformada. Ausência de elementos que comprovem a acusação fiscal, impedindo a ampla defesa e o contraditório. Após as inúmeras tentativas de realização de trabalho pericial, verificou-se a impossibilidade, diante das inconsistências verificadas entre os arquivos magnéticos utilizados no levantamento fiscal e as declarações Econômico-Fiscais prestadas pela empresa e posteriormente a Célula de Perícias. Ofensa ao disposto no artigo 33, inciso XI do Decreto nº 25.468/99, combinado com o artigo 32 da Lei nº 12.732/97. Recurso Voluntário conhecido e provido. Decisão unânime e de acordo com manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: Companhia Brasileira de Distribuição.

“Falta de emissão de documento fiscal, quando se tratar de operação acobertada por nota fiscal, modelo 1 ou 1 A e/ou série “D” (consumidor) – Omissão de Saídas. Concluída a ação fiscal, constatamos diferenças, a preços históricos, no montante de R\$ 36.141.924,06, caracterizadas como Omissões de Saídas de produtos sujeitos ao regime de tributação normal (alíquota de 17)”

ICMS: R\$ 6.144.127,09 Multa R\$ 14.456.769,62

O autuante apontou como dispositivos infringidos os artigos 127, I, 169, 174, 177 do Dec. 24.569/97 e sugere como penalidade o art. 123, III, “b” da Lei nº 12.670/96 com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares a autuante ratifica a acusação constante da peça inicial e esclarece o procedimento adotado para apurar a omissão de saídas de mercadorias no período acima mencionado, anexando: Portaria do Secretário da Fazenda nº 1023/2002, cópia da Ordem de Serviço nº 2002.22056, cópia do Termo de Início, Termos de Intimação, cópia do Termo de Conclusão de Fiscalização, Relatórios de Saídas, Entradas e Totalizador de Omissão de Saídas, arquivos eletrônicos contendo banco de dados 2001 e 2002 e arquivos eletrônicos entregues pelo contribuinte.

Informa, ainda, que analisou todas as operações de circulação de mercadorias em que foram considerados os estoques inicial e final, compras, vendas e outras operações fiscais e que o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos acerca da codificação contida nas tabelas dos produtos dos arquivos eletrônicos entregues a SEFAZ.

O autuado impugna o feito fiscal, alegando que:

1 – a autuação se fundamenta em vaga conjectura, cujos números foram obtidos aleatoriamente e que não há provas materiais para fulcrar o lançamento;

2 – o ato administrativo é vinculado e que foram cometidos erros grosseiros no procedimento fiscalizatório. A título de exemplo, afirma que foi consignado em seu cômputo, o trânsito de mercadorias entre filiais, além de serem consideradas como um único estabelecimento;

3 - que o auto de infração é nulo em virtude de não descrever corretamente o cometimento fiscal;

4 – que a multa aplicada é confiscatória e o enquadramento é genérico, insuficiente e cerceador do direito de defesa.

5 – apresenta, ainda, farta jurisprudência acerca da matéria e transcreve Resoluções do Conselho de Recursos Tributários deste Contencioso, requerendo ao final a realização de perícia como meio de prova e juntada posterior de documentos.

A julgadora singular, diante da análise das peças processuais, decide pela Procedência da autuação.

A empresa autuada inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário, alegando os mesmos argumentos da impugnação, requerendo a realização de perícia ou a Improcedência do feito fiscal.

O Parecer circunstanciado de nº 747/2003, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, sugere: Conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão proferida pela 1ª Instância de PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

Na 223ª Sessão Ordinária de 2 de dezembro de 2003 a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará, resolveu converter o curso do processo administrativo em realização de perícia com o objetivo de: Acostar os Livros de Inventários iniciais e finais, a tabela de código de produtos/descrição e elaborar um novo quadro totalizador, fazendo as junções necessárias em virtude da semelhança de produtos e inconsistências nos valores unitários conforme despacho as fls.735/736.

Constam as fls. 737/746, em resposta ao pedido de perícia, laudo pericial informando que após análise dos arquivos magnéticos e contato com a autuante, que não houve nenhuma digitação e que todos os dados constantes dos arquivos magnéticos foram transportados para o gerenciador de banco de dados – SISTEMA ACESS e que não ocorreu nenhuma alteração, mas apenas a supressão de uma casa decimal de todos os campos do relatório. Informa, ainda, que os preços praticados foram extraídos dos arquivos recepcionados e que foi utilizado o valor mínimo, sendo desnecessária a elaboração de um novo quadro totalizador..

Na 41ª Sessão Ordinária de 7 de março de 2005, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará resolveu, por unanimidade de votos, determinar o retorno dos autos a Célula de Perícias e Diligências Fiscais para a realização de uma nova PERICIA em virtude de prevalecer inconsistências no levantamento fiscal realizado, conforme despacho elaborado pelo conselheiro relator.

Constam as fls. 752/756, resposta ao segundo pedido de perícia com a seguinte informação:

1 – que foram solicitados os arquivos magnéticos ao contribuinte e posteriormente confrontados com os arquivos eletrônicos trabalhados pela auditoria fiscal, além das cópias dos Inventários referentes aos exercícios de 2000, 2001 e 2002;

2 – que em conjunto com o Laboratório Fiscal analisou os arquivos magnéticos enviados pela empresa, constatando algumas inconsistências. (fls.754/755)

Em novo julgamento, datado de 22 de setembro de 2010 na 49ª Sessão Ordinária, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará resolveu, por unanimidade de votos, converter o curso do processo em Perícia nos termos solicitados as fls. 735,736 e 750 e 751 constantes dos autos, considerando que os resultados apresentados não foram conclusivos conforme voto do reator e parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

Constam as fls. 798/803, resposta ao terceiro pedido de perícia com a seguinte informação:

“Em nova análise dos arquivos apresentados pela empresa, se constatou que tratavam apenas de comercializações com emissão de nota fiscal NF-1, não contendo as informações correspondentes aos cupons fiscais. Diante dessa constatação, a perícia entrou em contato com o representante da empresa, sendo informada da impossibilidade de recuperação dos arquivos em virtude de tratar-se de informações relativas a vendas de 2001. Entretanto, foram disponibilizados os “mapas resumos” de todas as saídas emitidas pelos cupons fiscais, sendo considerados os valores financeiros e não os itens em quantitativos.”.

Diante das considerações acima, a Célula de Perícia conclui (fls.802):

“(...) ficamos impossibilitados de elaborar um novo Quadro Totalizador do Levantamento de Mercadorias, apenas levantamos os valores financeiros relativos às saídas por cupons fiscais-ECF através dos dados contidos no “mapa resumo” apresentados a esta perícia e das “Notas Fiscais de Saídas dados estes também apresentados a Auditora na época da ação fiscal.”.

Na 197ª Sessão Ordinária de 18 de outubro de 2011, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará, na forma regimental a Sª. Presidente concedeu vistas do processo a Conselheira Anneline Magalhães Torre.

Em novo julgamento, datado de 13 de março de 2012, na 53ª Sessão Ordinária, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará, na forma regimental a Sª. Presidente concedeu vistas do processo a Conselheira Anneline Magalhães Torre.

Em sua manifestação ao pedido de vistas, a Conselheira Anneline Magalhães Torre, vislumbra a IMPROCEDÊNCIA da ação fiscal, entendendo que ao compulsar os autos que integram o processo em exame, se depreende provas do não cometimento da infração imputada à autuada.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

A peça inaugural do presente processo afirma que a autuada efetuou saída em seu estabelecimento comercial de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal no exercício de 2001, num montante de R\$ 36.141.924,06, contrariando os dispositivos dos artigos 127, 169, 174 e 177 do Decreto nº 24.569/97.

Nas Informações Complementares a autuante ratifica a acusação constante da peça inicial e esclarece o procedimento adotado para apurar a omissão de saídas de mercadorias no período acima mencionado, indicando que analisou todas as operações de circulação de mercadorias em que foram considerados os estoques inicial e final, compras, vendas e outras operações fiscais e que o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos acerca da codificação contida nas tabelas dos produtos dos arquivos eletrônicos entregues a SEFAZ.

O procedimento fiscal adotado pelo autuante tem amparo no art. 827 do Decreto 24.569/97.

Art. 827. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

O autuado em sua defesa alega que a autuação se fundamenta em vaga conjectura, cujos números foram obtidos aleatoriamente e que não há provas materiais para fundamentar o lançamento, além do cometimento de erros grosseiros no procedimento fiscalizatório.

Em busca da verdade material, durante o julgamento do processo, foi solicitada a realização de (03) três perícias para que fossem analisadas as irregularidades apontadas pelo contribuinte.

Na 223ª Sessão Ordinária de 2 de dezembro de 2003 a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará, resolveu converter o curso do processo administrativo em realização de perícia com o objetivo de: Acostar os Livros de Inventários iniciais e finais, a tabela de código de produtos/descrição e elaborar um novo quadro totalizador, fazendo as junções necessárias, em virtude da semelhança de produtos e inconsistências nos valores unitários, conforme despachos as fls.735/736.



Em resposta ao pedido de perícia, o laudo pericial atesta que após análise dos arquivos magnéticos e de contato com a autuante, informa que não houve nenhuma digitação e que todos os dados constantes dos arquivos magnéticos foram transportados para o gerenciador de banco de dados - ACCESS e que não ocorreu nenhuma alteração, mas apenas a supressão de uma casa decimal de todos os campos do relatório. Confirma, ainda, que os preços praticados foram extraídos dos arquivos recepcionados e que foi utilizado o valor mínimo, sendo desnecessária a elaboração de um novo quadro totalizador. (fls. 737/746).

Na 41ª Sessão Ordinária de 7 de março de 2005, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará resolveu, por unanimidade de votos, determinar o retorno dos autos a Célula de Perícias e Diligências Fiscais para a realização de uma nova PERÍCIA em virtude de ainda prevalecer inconsistências no levantamento fiscal realizado, conforme despacho elaborado pelo conselheiro relator.

Constam as fls. 752/756, resposta ao segundo pedido de perícia com a seguinte informação:

1 – que foram solicitados os arquivos magnéticos ao contribuinte e posteriormente confrontados com os arquivos eletrônicos trabalhados pela auditoria fiscal, além das cópias dos Inventários referentes aos exercícios de 2000, 2001 e 2002.

2 – que em conjunto com o Laboratório Fiscal analisou os arquivos magnéticos enviados pela empresa, constatando algumas inconsistências, abaixo transcritas (fls.754/755):

- Valores encaminhados à época da auditoria:

Valor do Inventário 2000 R\$	7.208.625,37
Valor do Inventário 2001 R\$	8.650.976,94
Valor das Entradas 2001 R\$	197.481.680,91
Valor das Saídas 2001 R\$	7.191.234,99

- Valores encaminhados a Célula de Perícia:

Valor do Inventário 2000 R\$	8.661.670,97
Valor do Inventário 2001 R\$	6.846.036,94
Valor das Entradas 2001 R\$	94.908.762,76
Valor das Saídas 2001 R\$	6.944.308,61

Mais uma observação trazida pelo perito foi com relação aos valores lançados nas Entradas e Saídas, conforme nota expressa as fls. 755 dos autos, abaixo transcrita.

“Outra consideração importante que observamos na análise pericial é quanto aos itens, pois para as Entradas representam R\$ 80.515.677,79 enquanto as Saídas totalizam R\$ 6.029.520,86. Como podemos observar esses valores demonstram uma diferença considerada elevada e discrepante com a movimentação do contribuinte (entradas bem superiores às saídas). Anexamos planilhas Demonstrativas elaboradas através de trabalho em conjunto com o Laboratório Fiscal da SEFAZ.”

Perante as divergências apontadas a Célula de Perícias conclui (fl.756).

“Diante dos fatos já descritos nos quesitos acima, a perícia identificou como inconsistências os valores relativos aos inventários, entradas e saídas. Portanto, diante dessas dificuldades concluímos que não há como a Perícia realizar seu trabalho, deixando a competência deste ilustre Órgão Julgador decidir se cabe a realização de um trabalho pericial tendo como base o banco de dados novo fornecido a esta perícia, que por sua vez, não guarda compatibilidade com as informações econômico-fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte época do fato gerador.”

Em novo julgamento, datado de 22 de setembro de 2010, na 49ª Sessão Ordinária, a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará resolveu, por unanimidade de votos, converter o curso do processo em Perícia, nos termos solicitados as fls. 735,736 e 750 e 751 constantes dos autos, considerando que os resultados apresentados não foram conclusivos, conforme voto do reator e parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

Constam as fls. 798/803, resposta ao terceiro pedido de perícia com a seguinte informação:

‘Em nova análise dos arquivos apresentados pela empresa, se constatou que tratavam apenas de comercializações com emissão de nota fiscal NF-1, não contendo as informações correspondentes aos cupons fiscais. Diante dessa constatação, a perícia entrou em contato com o representante da empresa, sendo informada da impossibilidade de recuperação dos arquivos em virtude de tratar-se de informações relativas a vendas de 2001. Entretanto, foram disponibilizados os “mapas resumos” de todas as saídas emitidas pelos cupons fiscais, sendo considerados os valores financeiros e não os itens em quantitativos.’

Diante das considerações acima, a Célula de Perícia conclui (fls.802):

“(...) ficamos impossibilitados de elaborar um novo Quadro Totalizador do Levantamento de Mercadorias, apenas levantamos os valores financeiros relativos às saídas por cupons fiscais-ECF através dos dados contidos no “mapa resumo” apresentados a esta perícia e das “Notas Fiscais de Saídas dados estes também apresentados a Auditora na época da ação fiscal.”

Impossibilitada de realizar o trabalho pericial, nos termos estabelecidos pelos despachos exarados pela 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará, a Célula de Perícias, efetuou um levantamento financeiro, considerando a base de dados apresentada, encontrando um resultado superavitário, diferentemente da acusação fiscal. (fl.803).

O artigo 20 do Decreto nº 25.468/99, estabelece as atribuições da Célula de Perícias e Diligências, dentre as suas competências, cabe trazer aos autos a verdade dos fatos sob contenda, estabelecendo no art.21 do referido Decreto as atribuições do perito.

Por seu turno o artigo 31 do mencionado Decreto, determina que toda infração à legislação tributária será apurada e formalizada através de auto de infração, lavrado por servidor fazendário com competência para o exercício da fiscalização dos tributos estaduais, devidamente designado por ato administrativo expedido por autoridade competente. Ou seja, não cabe a perícia fazer um novo lançamento do crédito tributário.



O lançamento do crédito tributário requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo. Tratando-se de atividade plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142), cumpre à fiscalização revesti-lo de elementos de liquidez e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar por força do disposto no art. 112 do CTN.

Não se pode efetuar lançamentos imprecisos ou mal fundamentados para, na fase de julgamento, aperfeiçoá-los com novos argumentos, nova fundamentação ou com a juntada de provas que venham a robustecê-los. O auto de infração já deve nascer pronto, com observância dos requisitos estabelecidos pelo art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Outro ponto a ser abordado, refere-se formalidades exigidas pelo auto de infração que deve obedecer a certas solenidades que consistem em observância à própria legislação tributária. Ou seja, o lançamento do crédito tributário deve estar bem instruído com os documentos comprobatórios da acusação, conforme dispõe o artigo 33 do Decreto nº 25.468/99:

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;

As perícias que foram realizadas buscavam a verdade material, uma vez que as provas são fundamentais para que a autoridade julgadora firme seu convencimento. As inconsistências dos arquivos magnéticos tornaram frágil acusação. A prova material é absolutamente necessária para a constituição do crédito tributário, a sua ausência ou sua inconsistência prejudica a verdade material, cerceando o direito de defesa.

No presente caso, a nulidade por cerceamento ao direito de defesa deve ser acatada, considerando que o artigo 828 caput e o §1º do Decreto nº 24.569/97, estabelece que todos os documentos, papéis, livros, inclusive arquivos eletrônicos que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar ou anexados ao auto de infração.

Art. 828. Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos, que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao auto de infração, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.

§ 1º Os arquivos eletrônicos compreendem, inclusive, programas e arquivos armazenados em meio magnético ou em qualquer outro meio utilizado pelo contribuinte para a guarda de dados.



Diante deste contexto, considerando as inconsistências dos referidos arquivos magnéticos e de parte das peças que embasaram a autuação, inviabilizando a realização da perícia requerida para fins de verificação da certeza e liquidez do crédito tributário. Entendo que houve prejuízo à parte, no que diz respeito ao direito de defesa, razão pela qual deve ser declarado nulo o auto de infração com embasamento no artigo 32 da Lei nº 12.732/97.

Art. 32 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

É o voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a few loops and a vertical stroke.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA.

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por ausência de provas, com base no art. 32 da Lei nº 12.732/97, nos termos do voto do relator, conforme manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Ausente, para apresentação de defesa oral, o representante legal da autuada, Dr. José Jorge Stênio Moura de Oliveira.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 6 de agosto de 2012.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

Edilson Izaías de Jesus Junior
Conselheiro

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Ana Moníca Filgueiras Menezes
Conselheira

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro.

Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro