



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 371 /2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

76ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 15/04/09

PROCESSO Nº. 1/679/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200623497-0

RECORRENTE: MACÉLLIA MAGALHÃES GUERRA

RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: Ana Mascarenhas de Oliveira e Ângela Letícia R. Rabelo do Nascimento

MATRÍCULA: 103.967-1-9 e 087.157-1-8

RELATOR: Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza

REVISOR: Conselheiro Alfredo Rogério Gomes de Brito

EMENTA: ICMS – 1. **OMISSÃO DE RECEITAS.** 2. O agente fiscal constatou que a empresa, cujo regime de recolhimento é *Empresa de Pequeno Porte – EPP*, deixou de informar seu movimento econômico no exercício de 2005, no valor apontado na inicial, detectado através do cotejo entre as planilhas de *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa – DESC* e as DIF's. Recurso voluntário conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, em virtude de irregularidade na intimação, caracterizando ato extemporâneo da autoridade fiscal. Reformada a decisão parcialmente condenatória prolatada no juízo originário. 4. Decisão sem análise do mérito, amparada no art. 32 da Lei 12.732/97 e no art. 53, § 2º, inciso III do Decreto. 25.468/99, contrariamente ao parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A acusação fiscal versa sobre a *omissão de vendas* detectada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, consubstanciada na análise do fluxo de caixa da empresa. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2006.27668, objetivando executar *diligência fiscal específica*, por motivo de *fiscalização de contribuintes enquadrados no regime EPP*, referente ao período de 01/01/05 a período aberto. A auditoria sobredita foi realizada junto à empresa *Macéllia Magalhães Guerra* que exerce atividade de *comércio varejista de eletrodomésticos, móveis residenciais, tecidos*,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

confecções e calçados, se encontrando estabelecida na cidade de Morada Nova/Ce. Auto de infração lavrado em 20/10/06 com fulcro no art. 92, § 8º da Lei 12.670/96.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 11/09/06, de forma pessoal, consoante comprova aposição de assinatura do representante da empresa no *Termo de Início de Fiscalização nº. 2006.24250* às fls. 05; ocasião em que à atuada fora intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, livros e documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

A increpação fiscal, originalmente, fora instruída com a ordem de serviço nº. 2006.27668, informações complementares de fls. 03, termo de início de fiscalização nº. 2006.24250, termo de conclusão de fiscalização nº. 2006.27188, cópia dos avisos de recebimentos (AR's), cópia das telas de consulta do *Controle da Ação Fiscal*, cópia das telas de *Consulta do Sistema DIEF*, cópias de comprovantes de transferências de conta corrente, cópias de duplicatas pagas, cópias de notas fiscais de entradas, planilha de *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa - DESC*, termo de juntada e termo de revelia. O auto de infração descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“OMISSÃO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL, SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. CONSTATAMOS OMISSÃO DE RECEITAS TRIBUTADAS NO EXERCÍCIO DE 2005 NO VR. R\$ 150236,60 (CENTO E CINQUENTA MIL DUZENTOS E TRINTA E SEIS REAIS E SESSENTA CENTAVOS) DEIXANDO DE RECOLHER AO ERÁRIO ESTADUAL ICMS NO VR. 25.250,22; DEMONSTRADOS NA PLANILHA DEMONST. ENTRADAS E SAÍDA DE CX. VER. 3.13.” *(sic)*.

Às informações complementares, as atuantes elucidaram que em cumprimento ao ato designatório nº. 2006.27668 realizaram auditoria fiscal junto à atuada, constatando que a empresa, cujo regime de recolhimento é *Empresa de Pequeno Porte - EPP* deixou de informar seu movimento econômico no exercício de 2005, no valor de R\$ 150.236,60. Acrescentaram ainda, que o referido valor foi informado nas planilhas carreadas aos autos de fls. 13/45 e comparadas com as DIEF's de 2005, consubstanciando desta forma, venda sem emissão de documentos fiscais, conforme demonstrado na planilha - *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa - DESC* de fls. 20. Assinalaram que serviram de base para o levantamento fiscal:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Relatórios SISIF, hardcopy DIEF/2005, hardcopy Controle de Mercadorias em Trânsito e inventário final de 2005.

As auditoras sugeriram como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96, com alteração dada pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a 30% do valor da operação ou da prestação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	RS 0,00
Alíquota	0,00%
ICMS (principal)	R\$ 25.540,22
Multa (30%)	R\$ 45.070,98
TOTAL	RS 70.611,20

A ciência do auto de infração foi realizada pelo correio em 01/11/06, consoante termo de juntada acostado aos autos às fls. 281, na dicção do art. 34, § 3º do Decreto 25.468/99.

Observa-se que o AR sobredito, cujas cópias dormitam às fls. 07 e 09, com original de fls. 280 está com endereço diverso do cadastro da contribuinte de fls. 05, além do que, o município constante no AR é Fortaleza, enquanto o CEP é 62.930-000, do qual se infere ser do interior.

Devidamente ciente da ação fiscal, a contribuinte não recolheu aos cofres fazendários e não impugnou o auto de infração no prazo legal. Destarte, foi instaurada a relação contenciosa administrativa pela revelia, em consonância com o art. 77 do Decreto 25.468/99. Neste contexto, fora lavrado às fls. 282, termo de revelia no dia 23/11/06. Em ato contínuo, despacho que encaminha o presente processo ao CONAT para que sejam tomadas as devidas providências.

A julgadora singular em análise as peças instrutórias asseverou que a increpação fiscal foi consubstanciada na análise do *fluxo de caixa* da empresa autuada no exercício de 2005, concluindo com a acusação de *omissão de saídas* de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação no valor apontado na inicial, ao que prontamente ratificou a acusação. No entanto, efetuou reparo no que se refere à aplicação da alíquota, pois somente seria possível aplicar a alíquota de 17%, se o autuante refizesse toda a apuração, demonstrando a



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

compensação dos créditos que a contribuinte teria direito, posto que a atuada esteja enquadrada como *Empresa de Pequeno Porte - EPP*, por isso dispõem de alíquota diferenciada, na dicção do art. 12, II, alínea "b" do Decreto 27.070/03. Diante do exposto, julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o feito fiscal, intimando a atuada a recolher, aos cofres do Estado, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da ciência desta decisão, a importância de R\$ 52.582,81, ou interpor recurso em igual prazo, ao *Conselho de Recursos Tributários*. Por tais fatos, foi elaborado o demonstrativo abaixo:

Base de Cálculo	R\$ 150.236,60
Alíquota	5,00%
ICMS (principal)	R\$ 7.511,83
Multa (30%)	R\$ 45.070,98
TOTAL	R\$ 52.582,81

A atuada foi notificada pelo correio (fls. 290), em 24/11/08, do julgamento **PARCIALMENTE PROCEDENTE** da ação fiscal e, querendo, da interposição de recurso voluntário ao *Conselho de Recursos Tributários*, sob pena de inscrição na dívida ativa e conseqüente execução do débito pela Procuradoria Geral do Estado. Impende ressaltar, que este AR se encontra com o mesmo endereço do cadastro da contribuinte de fls. 05, tendo sido enviado para Morada Nova/Ce.

A empresa, enfeixada por citação válida, veio aos autos de forma tempestiva e protocolou recurso voluntário de fls. 292/296, instruído com documentos de fls. 297/318, onde, arguiu que a contribuinte não teve direito de defesa, pois não foi regularmente notificada do presente auto de infração. Noticiou que a empresa, ora atuada, foi vítima de um incêndio em 13/10/06, ou seja, a autuação se deu posterior ao caso fortuito; destarte os valores encontrados na increpação fiscal não refletem o real estoque, porquanto o incêndio não criminoso destruiu todo o estoque da loja. Acusou as atuantes de considerarem no levantamento fiscal produtos que não existem, concluindo com uma omissão de vendas, baseada em um levantamento de estoque feito com mera presunção dos fatos, destituída de elementos comprovadores do suposto ilícito denunciado; sem ao menos ponderar o incêndio ocorrido. Afirmou que carreu aos autos o boletim de ocorrência de 17/10/06, junto com o *Laudo de Exame* no local do incêndio de 08/11/06, no qual comprova que o acidente foi causado por um curto-circuito. Discorreu ainda, sobre o ônus da prova, nos termos do art. 333, I do CPC, aludindo que o agente público não demonstrou o fato constitutivo do direito fazendário. Carreu ao caderno processual, decisões administrativas deste Contencioso que fundamentam sua tese recursal e por fim, pugnou pela



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

nulidade do lançamento e sua conseqüente extinção. Em não sendo aceito, requereu como pedido alternativo a realização de perícia, bem como, que as notificações e intimações sejam dirigidas ao endereço do causídico, com aviso de recebimento.

A *Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 626/08, mencionou que devido à empresa não ter apresentado a documentação solicitada no *termo de início de fiscalização*, as autuantes fizeram o levantamento fiscal com base nas informações prestadas pela contribuinte, nos relatórios do SISIF, DIEF/2005, COMETA e Inventário de 2005. No tocante ao incêndio ocorrido, reconheceu a natureza acidental do mesmo, contudo afirmou que tal fato não afasta o ilícito tributário apontado na inicial, uma vez que a empresa fora intimada para apresentar as notas fiscais de saídas/entradas de janeiro/05 a abril/06, bem como o registro de utilização de documentos fiscais, sem, no entanto, atender a referida solicitação. Ademais, salientou que a contribuinte deixou correr o processo à revelia, sem apresentar impugnação após ser regularmente cientificada. No que tange à alíquota, acolheu o entendimento do juízo originário e aplicou a penalidade inserta no art. 123, III, alínea "b", ou seja, multa equivalente a 30% do valor da operação ou prestação. Pelas considerações tecidas, se manifestou pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, no sentido de **manter a decisão da instância originária**.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 321/324.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **MACÉLLIA MAGALHÃES GUERRA** em face de **CELULA DE JULGAMENTO de 1ª INSTÂNCIA**, concernente ao auto de infração sob o nº. 1/2006.23497-0, através do qual, a recorrente, por intermédio de patrono judicial legalmente constituído, se insurge contra a Decisão proferida pela julgadora singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

No processo *sub examine*, a requerida foi autuada por *omissão de vendas* detectada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, consubstanciada na análise do fluxo de caixa da empresa. O ilícito fiscal foi detectado através do cotejo entre as planilhas de *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa - DESC* e as DIEF's, no montante de R\$ 150.236,60.

De plano, impende salientar que a demanda aqui tratada requer uma análise preliminar em relação ao aspecto formal do procedimento, suscitada pela recorrente e, que versa sobre matérias cognoscíveis de ofício, ou seja, por força de lei, poderiam igualmente serem argüidas pelo julgador. Destarte, antes de analisar o mérito da ação fiscal em comento, cumpre-nos verificar as formalidades necessárias à autuação do contribuinte.

A intimação do autuado é o meio pelo qual, ele é cientificado da lide, devendo ser realizada dentro dos ditames legais, sob pena de nulidade. No *Processo Administrativo Fiscal*, a intimação tem a mesma importância que a citação do réu no processo civil. É com a intimação que surge a pretensão do Fisco de ver cumprida a obrigação materializada no lançamento. A partir dela, pode o sujeito passivo defender-se da exigência, nos termos do art. 25 da Lei 12.732/97, *expressis verbis*:

Art. 25. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

A lavratura de um auto de infração é um ato administrativo, que, por ser vinculado, deve obediência aos requisitos de validade. É assente que, um dos atributos essenciais à validade e eficácia do ato administrativo é a presunção de legitimidade. Significa dizer, que até prova em contrário o ato administrativo foi adotado em consonância com a lei e os fatos apontados pela *Administração Pública* são verdadeiros. A presunção em questão é relativa e admite prova em sentido contrário.

Essa presunção de legitimidade decorre de um dos princípios básicos da administração, o da legalidade, no dizer do ilustre *Hely Lopes Meirelles*¹, *ad litteram*:

"O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato

¹ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, RT, 19ª ed., págs. 82/83.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei."

Os princípios que regem a *Administração Pública* devem ser seguidos rigorosamente pelos agentes públicos, não podendo se desviar destes princípios sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar civil ou criminal dependendo do caso.

O entendimento aqui esposado é agasalhado pelo *Código Tributário Nacional*, senão veja-se:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos).

No mesmo sentido é que se direcionou o ilustre *Prof. Misabel Abreu Machado Derzi*, na obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*, afirmando que: "*A lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados*". Dessa forma, tem-se que, o procedimento que envolve o lançamento de um crédito tributário por um auto de infração, não é um ato discricionário, desta feita inexistente flexibilização da ação do agente fiscal; se está determinado na legislação tributária, não há margem de liberdade ao Fisco.

À análise acurada das peças instrutórias do caderno processual, na oportunidade do julgamento neste colegiado, permitiu constatar que a intimação do auto de infração está eivada de vício, pois conforme se observa, o AR que informa a conclusão da fiscalização (*fls. 07 e 09*), bem como a lavratura da peça inaugural está com endereço diverso do



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

cadastro da contribuinte de fls. 05, ou seja, o município constante no AR é Fortaleza/Ce, enquanto o endereço da autuada é no município de Morada Nova/Ce, inclusive o CEP é 62.930-000, do qual infere-se ser do interior, consoante cópias do AR que dormitam às fls. 07 e 09 e o original às fls. 280.

Dentro dessa linha de argumentação, fora realizada em Sessão, pesquisa no sistema da Sefaz/Ce, no sentido de verificar o endereço da contribuinte, ao que restou constatado ser o mesmo endereço no qual fora enviado a intimação inerente ao julgamento singular, ou seja, a contribuinte fora intimada somente da decisão singular. Neste sentido, é clarividente que a empresa autuada não recebeu as demais intimações sobreditas, pois, tão logo recebeu a intimação de fls. 290, que foi com o endereço correto, ela veio aos autos se defender.

Na existência de um *Contencioso Tributário*, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, premissa esta, não observada pela autoridade fiscal no caso em comento, tendo em vista que não atendeu aos comandos normativos, procedendo com uma intimação, cuja cientificação fora irregular. Em sendo assim, cumprindo os ditames legais referente ao procedimento de fiscalização, com o objetivo precípua de respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa; este colegiado firmou entendimento em declarar a nulidade absoluta por erro insanável, posto que a contribuinte somente fora cientificada do julgamento singular, sendo as demais intimações grafadas para endereço distinto da autuada.

Nessa linha de raciocínio, fora considerado intempestivo o *Termo de Revelia*, o qual não se operou, por defeito da intimação. Partindo dessa premissa, chega-se a ilação de que a supressão de instância, *in casu*, é insanável frente aos fatos aqui expostos. O lançamento do auto de infração nunca se aperfeiçoou, não se concretizou, porquanto a contribuinte não fora cientificada do lançamento, tão somente do julgamento, por este motivo, o *decisum* proferido pela instância singular é também intempestivo. Referido fato, resume-se na nulidade absoluta do auto de infração nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97 transcrita *in verbis*:

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. (*Grifos acrescidos*).

Com efeito, restou clarividente as falhas no procedimento na constituição do crédito tributário, devendo ser reconhecida a nulidade do processo em comento,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

em seu nascedouro, por vedação legal do agente fiscal, nos termos do art. 53, § 2º, inciso III do Decreto. 25.468/99, transcrito *in verbis*:

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.

(...)

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

(...)

III – pratique ato extemporâneo ou com vedação legal;

Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar *Humberto Theodoro Júnior*², em sua costumeira proficiência:

“O ato absolutamente nulo, já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais.

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Diz respeito a interesse de ordem pública, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidade, por iniciativa do próprio juiz, independente de provocação da parte interessada”. (Grifos acrescidos).

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual da ação fiscal, por falhas na intimação, contrariamente ao parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.

² JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Ed. Forense, 2007, pág. 325.




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

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

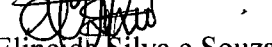
DECISÃO

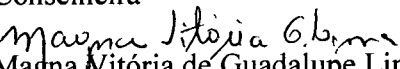
Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **MACÉLLIA MAGALHÃES GUERRA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª instância, declarando em grau de preliminar e por decisão unânime a **NULIDADE** processual, por falhas na intimação, nos termos do voto do relator, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

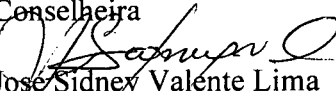
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de 06 de 2009.



Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTA

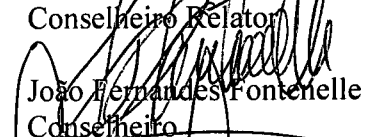

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro Revisor

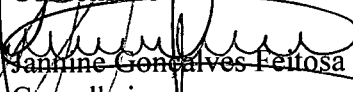

Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira

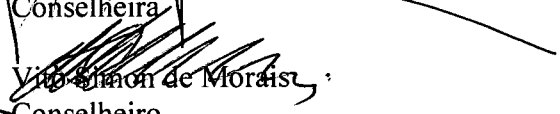

Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
Conselheira


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro Relator


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vito Simon de Moraes
Conselheiro


Mattias Vilhena Neto
PROCURADOR DO ESTADO