



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 461 /2009
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
82ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 04/05/09
PROCESSO Nº 1/3254/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200705474
RECORRENTE: WANSERMAN ANGELIM SUCUPIRA - ME.
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Pedro Paulo Matias Vieira
MATRÍCULA: 106.087-1-6
RELATOR: Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza
REVISORA: Conselheira Eliane Resplande Figueiredo de Sá

EMENTA: ICMS – 1. OMISSÃO DE VENDAS – 2. A contribuinte promoveu a saída de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, detectada através da *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa – DESC* e *Demonstração do Resultado com Mercadorias – DRM*, referentes aos exercícios de 2005/2006. Recurso voluntário conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, haja vista a caracterização do cerceamento ao direito de defesa, em face das inconsistências realizadas no levantamento fiscal. Reformada a decisão exarada em 1ª instância, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão, mediante despacho reduzido a termo nos autos. 4. Decisão amparada no conjunto probatório dos autos e na caracterização do cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, em consonância com o art. 53, § 3º do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

A proeminal em alusão versa sobre auto de infração lavrado por *omissão de receitas* sem emissão de documento fiscal, identificada através da *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa – DESC* e *Demonstração do Resultado com Mercadorias – DRM*, referente aos exercícios de 2005/2006, no valor de R\$ 70.215,40. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº 2007.08048, cujo objetivo era



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

executar *diligência fiscal específica – fiscalização de contribuintes enquadrados em regime EPP*, referente ao período de 01/01/05 a 31/12/06, junto à empresa *Wanserman Angelim Sucupira - ME*, enquadrada no CNAE como comércio varejista de bebidas. Auto de infração lavrado em 09/05/07, com fulcro no art. 92, § 8º da Lei 12.670/96.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 08/03/07, de forma pessoal, consoante comprova aposição de assinatura do representante da empresa no *Termo de Início de Fiscalização nº. 2007.07160*, às fls. 04; ocasião em que à autuada fora intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, livros e documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

O processo, originalmente, foi instruído com as cópias da ordem de serviço nº. 2007.08048, termo de início de fiscalização nº. 2007.07160, termo de conclusão de fiscalização nº. 2007.12590, dados cadastrais do contribuinte, planilhas de entradas e saídas, apuração do ICMS, relação das despesas, *Demonstração do Resultado com Mercadorias - DRM, Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa - DESC*, cópias das notas fiscais de entradas e saídas e composição do débito. A peça inaugural descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“OMISSÃO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL, SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. CONTRIBUINTE NÃO INFORMOU SUAS SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NOS PERÍODOS DE 2005 E 2006, CONFORME PLANILHAS EM ANEXO.” (sic).

O agente fiscal sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96, alterado 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 70.215,40
Alíquota	17%
ICMS (principal)	R\$ 11.936,61
Multa (30%)	R\$ 21.064,62
TOTAL	RS 33.001,23



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

O termo de revelia de fls. 1034 fora lavrado em 12/06/07, determinando encaminhamento dos autos para as devidas providências no CONAT. Ocorre que a autuada acostou aos autos às fls. 1036, pedido de dilação de prazo protocolado em 30/05/07, sendo, por sua vez, deferido. Desta feita, tornou o presente termo de revelia sem efeito, tendo em vista a fixação do novo prazo para 11/06/07.

Às fls. 1040 consta petição de juntada de instrumento procuratório, onde requereu que as comunicações posteriores sejam encaminhadas para o procurador ora constituído.

A impugnação de fls. 1042/1048 foi oposta pela empresa em 11/06/07, tempestivamente. Nas razões defensórias, a empresa se insurgiu contra a metodologia utilizada no levantamento de estoque, uma vez que não existiu divergência de estoque, muito menos a venda de produtos sem a emissão de documento fiscal. Suscitou a nulidade da ação fiscal em virtude de a peça exordial ter sido lavrada sem observância à legislação aplicada à espécie. Assinalou que o estoque fora levantado de forma virtual, que não ocorrera a contagem física dos produtos, além de as entradas e as saídas de mercadorias não guardarem consonância com o estoque inicial existente em 01/01/05, ou seja, a autuação se embasou em meras suposições. Acrescentou ainda, que sendo as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a ora impugnante não iria auferir vantagem nenhuma em vender sem nota fiscal. Na ocasião, pugnou pela realização de perícia, formulando os seguintes quesitos: **01)** O inventário utilizado pela fiscalização tem correspondência com o que segue anexo a esta defesa?; **02)** O estoque registrado em 31/12/04, confere com o indicado pela fiscalização?; **03)** Em caso negativo, qual a diferença?; **04)** Os relatórios de entrada e saída por documento efetuados pela fiscalização correspondem com a realidade do movimento da autuada consubstanciada na documentação fiscal acobertadora das operações?; **05)** Há entrada não registrada? Como foi apurada a circunstância? Com esteio na doutrina de *José Souto Maior Borges*, e decisão do *Supremo Tribunal Federal - STF* discorreu sobre a natureza confiscatória da multa, tendo em vista que no presente caso a aplicação desta se deu em percentual superior a 20% da base de cálculo. Em conclusão dos seus argumentos de defesa, questionou não restarem indicados no auto de infração o valor tomado por base para a autuação, bem como a alíquota aplicada para apuração do valor considerado devido. Isto posto, requereu a **IMPROCEDÊNCIA** da ação fiscal, e a conseqüente extinção do feito.

A julgadora singular, após relato minucioso, elucidou prefacialmente que o método de apuração utilizado pelo agente fiscal não considera o estoque físico de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

mercadoria, como sugeriu a autuada, mas o ingresso e saída de numerários, através do levantamento financeiro, consubstanciado nos dados contidos na *Demonstração do Resultado com Mercadorias – DRM*, assim como o custo das vendas das mercadorias, trazidos na *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa – DESC*. Refutou igualmente a tese de que o valor cobrado na peça inicial refere-se a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, haja vista que os levantamentos de fls. 13 e 21 atestam de forma inequívoca a diferença relativa à mercadoria tributada. No que tange à questão da confiscatoriedade da multa, rejeitou o entendimento aduzido pela defendente, de modo que sustentou não ser cabível a discussão, pois se trata de sanção imposta por ilícito praticado e possui caráter intimidativo e repressivo. Destarte, asseverou que a tese defensiva apresentada pela contribuinte não merece prosperar, porquanto restou perfeitamente caracterizado o ilícito fiscal apontado na peça exordial, a partir da presunção de que a contribuinte não efetuou o registro de todas as mercadorias por ele comercializadas. Ademais, indeferiu o pedido de perícia, por entender que a infração está suficientemente comprovada nos autos, não carecendo de qualquer acréscimo com relação à instrução processual ou esclarecimento acerca do assunto. Desta feita, julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, intimando à empresa a recolher aos cofres estaduais, o valor apontado na increpação fiscal, com os devidos acréscimos legais, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da ciência desta decisão.

A autuada foi notificada pelo correio, em 28/01/09, do julgamento **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.

A defendente protocolou em 17/02/09 um pedido de dilação de prazo, para interposição de recurso voluntário, ao que, foi de plano deferido às fls. 1058.

A empresa, decorrido novo prazo, protocolou recurso voluntário tempestivo às fls. 1061/1067, onde, reforçou a tese de que inexistente a alegada divergência de estoque apontada pelo autuante, não tendo sido realizada pela recorrente qualquer venda de mercadoria desacompanhada do respectivo documento fiscal. Em adição, fez referência também ao equívoco cometido pelo agente fazendário com relação ao método utilizado na fiscalização, uma vez que não realizou a contagem física do estoque de mercadorias, mas apenas virtual. Por conseguinte, aventou que no caso de se considerar procedente a autuação, seria em razão de que a contribuinte vendeu com nota fiscal as mercadorias compradas sem nota fiscal e vendeu sem nota fiscal as mercadorias compradas com nota fiscal. Ressaltou ainda em suas razões recursais o argumento de que o valor de seu faturamento é ínfimo. Outrossim, suscitou a necessidade de realização de perícia, a fim de trazer aos autos mais subsídios ao esclarecimento da lide no sentido



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

de demonstrar a não ocorrência da infração, apresentando os mesmos quesitos ora elaborados na impugnação. Isto posto, requereu o provimento do recurso para que se julgue **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, e a conseqüente extinção do feito.

A *Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 142/09, após discorrer sobre a metodologia de fiscalização utilizada pelo autuante, entendendo que esta se procedeu de forma acertada, conforme a dicção do art. 827, §8º, IV do Decreto 24.569/97, atestou a regularidade da ação fiscal, afastando o pedido de perícia suscitado pela recorrente, nos termos do julgamento singular, uma vez que restou caracterizado o descumprimento da legislação por parte da autuada, ficando esta sujeita à penalidade sugerida pelo auditor fiscal. Em sendo assim, sugeriu o conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, no sentido de manter a decisão de **PROCEDÊNCIA** proferida na instância singular.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 1070/1072.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **WANSERMAN ANGELIM SUCUPIRA – ME** em face de **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, concernente ao auto de infração sob o nº. **1/200705474**, através do qual, a recorrente, por intermédio de patrono judicial legalmente constituído, se insurge contra a Decisão proferida pelo julgador singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente foi autuada por *omissão de receitas*, identificada através da *Demonstração das Entradas e Saídas de Caixa – DESC e Demonstração do Resultado com Mercadorias – DRM*, referente aos exercícios de 2005/2006.

A empresa em epígrafe, em sede de recurso voluntário argüiu que inexistia a alegada divergência de estoque apontada pelo autuante, não tendo sido realizada pela

em



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

recorrente qualquer venda de mercadoria desacompanhada do respectivo documento fiscal. Em adição, fez referência também ao equívoco cometido pelo agente fazendário com relação ao método utilizado na fiscalização, uma vez que não realizou a contagem física do estoque de mercadorias, mas apenas virtual. Por conseguinte, aventou que no caso de se considerar procedente a autuação, seria em razão de que a contribuinte vendeu com nota fiscal as mercadorias compradas sem nota fiscal e vendeu sem nota fiscal as mercadorias compradas com nota fiscal. Ressaltou ainda em seu recurso o argumento de que o valor de seu faturamento é ínfimo. Outrossim, suscitou a necessidade de realização de perícia, a fim de trazer aos autos mais subsídios ao esclarecimento da lide no sentido de demonstrar a não ocorrência da infração, apresentando os mesmos quesitos ora elaborados na impugnação.

Ao analisar as peças que embasam a ação fiscal em comento, podemos evidenciar que o trabalho realizado pelo agente fazendário está maculado por vícios insanáveis, como serão demonstrados adiante.

Às fls. 26, pode-se evidenciar que o agente fiscal confeccionou um inventário no estoque de mercadorias do contribuinte, referente ao exercício de 2005, onde auferiu a monta de R\$ 90.100,00. Às fls. 25, observa-se que o agente fiscal confeccionou um inventário no estoque de mercadorias do contribuinte, referente ao exercício de 2006, onde concluiu que o estoque ao término dos trabalhos, restou em R\$ 170.700,00.

A matemática contábil leciona que o inventário final é uma contagem das mercadorias que restavam no estoque no ultimo dia do exercício (31/12/xxxx), depois que foram efetuadas compras, vendas, etc. Logicamente, pode-se concluir que no 1º dia do exercício subsequente, a empresa terá como início de estoque a mercadoria contabilizada no último dia do exercício anterior.

Ao iniciar o exame das planilhas confeccionadas pelo agente fiscal, podemos evidenciar um erro que irá macular todo o trabalho realizado pelo agente fiscal. O inventário final realizado no dia 31/12/05, às fls. 26, conforme explicação supra, deveria ser alocado no *Estoque Inicial* do exercício de 2006, entretanto não fora assim que o agente fazendário procedeu, como se pode evidenciar na planilha acostada às fls. 21.

Houve, portanto, uma inversão por parte do autuante no que tange a estoque inicial e estoque final. Insta salientar, que esses valores são premissas que o agente



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

fazendário vai basilar os seus trabalhos, uma vez configurado erro nestes campos, todo o trabalho restará maculado.

Neste diapasão, a contribuinte fora prejudicada sobremaneira, no que concerne ao direito de defesa das acusações a ela imputadas pelo Fisco. Perquirindo a mesma corrente, a jurisprudência do Contencioso Federal pátrio vem ecoando entendimento correspondente, vejamos:

**SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DELEGACIA DA
RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM
FLORIANÓPOLIS - 1º TURMA**

EMENTA: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. *A exigência fiscal deve estar fundamentada em descrição clara e precisa dos fatos, acompanhada das provas que embasam a caracterização do cometimento da infração imputada, de forma a não cercear o direito à defesa do contribuinte. Período de apuração : 23/09/2005 a 29/10/2007.*

No caso em comento, restou cristalino, portanto as inconsistências no levantamento fiscal realizado pelo auditor fiscal. Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar *Humberto Theodoro Júnior*¹, 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 invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independente de provocação da parte interessada”. (Grifos acrescidos).

¹ 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

Com efeito, diante da errônea cientificação da peça por erro no levantamento fiscal, restaram clarividente as falhas no procedimento na constituição do crédito tributário; destarte, a medida mais consentânea com a justiça fiscal é acolher a nulidade sugerida pela *Consultoria Tributária*, em cumprimento ao que reza o art. 53 do Decreto 25.468/99, transcrito *ad litteram*:

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 atuado. (Grifos acrescidos).

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** da ação fiscal, por considerar a contribuinte prejudicada no seu direito de defesa, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão, mediante despacho reduzido a termo nos autos.

É o VOTO.



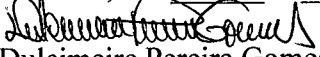
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

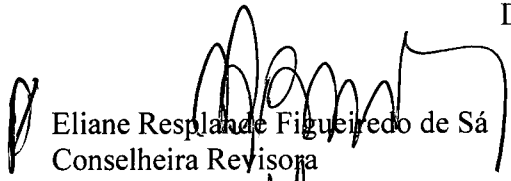
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

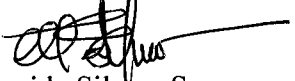
DECISÃO

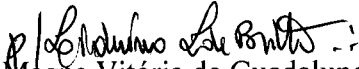
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **WASERMAN ANGELIM SUCUPIRA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por cerceamento do direito de defesa em face das inconsistências realizadas pelo autor da ação fiscal, nos termos do voto do relator, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão, mediante despacho reduzido a termo nos autos. Ausente por motivo justificado, o Conselheiro João Fernandes Fontenelle.


SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de JULHO de 2009.

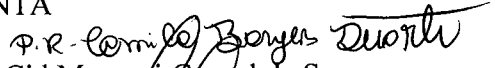

Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTA

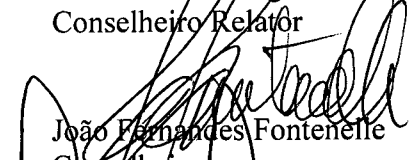

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira Revisora

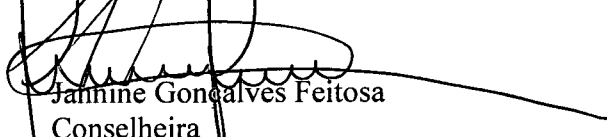

Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira

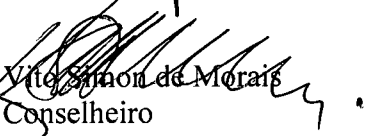

Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
Conselheira


Jose Sidney Valente Lima
Conselheiro


P.R. - Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro Relator


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vitor Simon de Moraes
Conselheiro


Mateus Milha Neto
PROCURADOR DO ESTADO