



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 492 /2011

157ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 11.08.2011

PROCESSO Nº 1/2850/2003 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200308667

RECORRENTE: CERÂMICA MARBOSA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

AUTUANTE: JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS; 1 – Contribuinte acusado de promover a saída de mercadorias sem emissão de notas fiscais; 2 – Infração detectada através de análise financeira, mediante elaboração de Demonstração de Fluxo de Caixa – DFC; 3 – Apontada infringência aos artigos 127, I, 169, 174 e 177, todos do Dec. nº 24.569/97); 4 – Proposta a penalidade preceituada no Art. 878, III, “b” do Dec. nº 24.569/97 (Art. 123, III, “b” da Lei nº 12.670/96); 5 – Recursos oficial e voluntário conhecidos e provido; 6 – Declarada a NULIDADE processual, em face da extrapolação, pelo agente fiscal, dos ditames da ordem de serviço, reformando-se, por conseguinte, a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância; 7 – Decisão amparada no Art. 53 *caput* e §§ 1º e 2º, II do Decreto nº 25.468/99; 8 – Decisão por unanimidade de votos, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterada em Sessão, mediante despacho reduzido a termo nos autos.

RELATÓRIO

O auto de infração acusa a empresa em epígrafe de infringir a legislação tributária, nos termos do seguinte relato:

“FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL QUANDO, QUANDO SE TRATAR DE OPERAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1A E/OU SÉRIE “D” (CONSUMIDOR) = OMISSÃO DE SAÍDAS. A EMPRESA NO EXERCÍCIO DE 2002 PROMOVEU A SAÍDA DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS NO MONTANTE DE R\$219.352,54, CONFORME DEMONSTRATIVOS DE FLUXO DE CAIXA, INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES E DEMAIS DOCUMENTOS FISCAIS EM ANEXO”.

Nas Informações Complementares o auditor reitera a acusação fiscal e detalha o desenvolvimento da auditoria, informando, entre outras coisas, o seguinte:

1



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

1. Que detectou a infração através de análise financeira, mediante a elaboração da Demonstração de Fluxo de Caixa – DFC;
2. Que, no período fiscalizado, a empresa adquiriu bens para o ativo imobilizado e/ou consumo procedentes de outros Estados da Federação, no valor de R\$ 196.0400,42, bem como efetuou o pagamento de despesas do estabelecimento no valor de R\$ 201.615,28, enquanto que a única fonte de receita auferida foi através das vendas de produtos cerâmicos, no valor de R\$ 179.307,04, resultando num déficit financeiro no montante de R\$ 219.352,64;
3. Que a empresa não apresentou o livro Caixa, não comprovou a origem do numerário disponibilizado para o pagamento das compras efetuadas e despesas pertinentes a sua atividade econômica, ou ainda, não informou se tinha saldo de duplicatas a pagar no final do exercício de 2002.

Apontada infringência aos artigos 127, I, 169, 174 e 177 todos do Decreto nº 24.569/97, razão pela qual é proposta a aplicação da penalidade preceituada no Art. 878, III, “b” do Decreto nº 24.569/97 (Art. 123, III, “b” da Lei nº 12.670/96), resultando na exigência do seguinte crédito tributário:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	219.352,64
ICMS (17%)	37.289,95
Multa (40%)	87.741,05
TOTAL	125.031,00

Intimada do feito, a empresa apresentou impugnação ao mesmo, mediante os seguintes argumentos:

1. Afirma que a aquisição de bens através de financiamento a longo prazo representa ingresso de recursos financeiros na empresa. Neste contexto, cita o caso realizado pela Distribuidora Cummins Diesel do NE Ltda. distribuidora dos tratores Komatsu, para aquisição de um trator adquirido em 18 parcelas que ainda estão sendo pagas pelo defendente;
2. Informa que conforme copias de extratos bancários da CEF anexados ao processo ocorreram entradas de recursos financeiros procedentes de contas de sócios da empresa: O Sr. Fabio de Paula Barbosa transferiu em 10/02/2003 o valor de R\$ 51.800,00, e o Sr. Mauro de Paula Barbosa R\$ 61.400,00 também em 10/02/2003 , totalizando R\$ 113.200,00;
3. Aduz que a conta de nome genérico "outras" no valor de R\$ 84.433,52 representando quase metade das despesas, é lançamento imprestável por desconhecer os itens que a compõe;
4. Ressalta que como demonstra o extrato do BB a empresa possuía em aplicações financeiras BB DI empresarial R\$ 20.057,25 e R\$ 163,97 na sua conta corrente, disponibilidades iniciais não consideradas pelo autuante;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

5. Argumenta que a conta de energia elétrica relativa ao mês de dezembro/2002 foi paga em janeiro do ano seguinte devendo, portanto, ser excluída da base de cálculo.

Diante de tais argumentos, a julgadora singular solicitou perícia nos livros e documentos fiscais da empresa, solicitação essa cuja resposta às fls. 72/73 aponta nova base de cálculo para o lançamento.

Manifestando-se a respeito do laudo pericial, inicialmente a autuada solicita a exclusão do valor pago referente ao trator Komatsu, ao tempo em que solicita a exclusão da cobrança no montante de R\$ 90.665,30, referente à diferença do saldo da empresa no Banco do Estado do Ceará BEC (em 31/12/2001 possuía R\$ 102.702,59, restando no final do exercício de 2002, R\$ 12.044,29).

Em sua manifestação a nobre julgadora entendeu merecer total acatamento a acusação formulada na inicial, vez que lhe pareceu restar comprovado nos autos que a autuada realmente efetuou vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Todavia, decidiu pela parcial procedência do lançamento de ofício, conforme nova base de cálculo definida pela perícia. Ademais, também fez a devida adequação da penalidade, de 40% para 30%, em conformidade com a nova redação do Art. 123, III, "b", da Lei 12.670/96, alterado que foi pela Lei 13.418/2003.

Destarte, a exigência fiscal foi modificada para a do seguinte demonstrativo:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	188.256,68
ICMS (17%)	32.003,63
Multa (30%)	56.477,00
TOTAL	88.480,63

E por ter decidido contrariamente, em parte, aos interesses da fazenda pública, a mesma interpôs recurso de ofício ao Conselho de Recursos Tributários, em cumprimento ao disposto nos artigos 65 e 66 do já mencionado Dec. 25.468/99.

A autuada, por sua vez, interpôs Recurso Voluntário, no qual aponta falhas no levantamento fiscal e questiona a perícia.

A Consultoria Tributária remeteu o processo novamente à perícia, cujo Laudo Pericial informa que o trabalho deixou de ser realizado por falta dos documentos hábeis a comprovar as operações.

O contribuinte apresentou manifestação sobre Laudo Pericial, argumentando ter apresentado os documentos necessários por ocasião da 1ª perícia, e o motivo da ausência dos outros documentos seria em função do decurso de tempo de aproximadamente 07 (sete) anos.

Ao final, a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento de ambos os recursos, para negar-lhes provimento, no sentido de manter a decisão proferida na Instância singular, pela parcial-procedência da acusação fiscal.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

É o relato.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recursos oficial e voluntário em que são Recorrentes a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e CERÂMICA MARBOSA LTDA, e Recorridos AMBOS, em face da decisão exarada na instância originária.

Ambos os recursos preenchem as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. Ademais, devo reconhecer que os mesmos merecem prosperar, haja vista que o presente processo padece de vício insanável que o torna nulo de pleno direito, conforme adiante se demonstrará.

Logo de início calha ressaltar que a fiscalização não ensejou ao contribuinte oportunidade para que este, espontaneamente, pudesse sanar a irregularidade constatada, conforme determina a legislação pertinente.

Consta na Ordem de Serviço à fl. 06, que a ação fiscal em comento foi realizada em decorrência de alteração cadastral da empresa (alteração do quadro societário). Ocorre que, em tal situação o contribuinte deveria ter sido, antes, intimado a corrigir a irregularidade apontada, e só em caso de descumprimento da aludida intimação, se poderia realizar o lançamento de ofício.

Leia-se, a propósito o disposto no Art. 880, parágrafo único do Dec. 24.569/97, *in verbis*:

Art. 880. Não será aplicada penalidade ao contribuinte ou responsável que procurar a repartição fiscal do Estado, antes de qualquer procedimento do Fisco, para sanar irregularidades verificadas no cumprimento das obrigações tributárias relacionadas com o ICMS, desde que o saneamento ocorra no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir da comunicação da irregularidade ao Fisco.

Parágrafo único. O prazo da espontaneidade referido neste artigo aplica-se, inclusive, no caso de irregularidade constatada por ocasião da análise de pedido de alteração cadastral apresentado pelo contribuinte ou responsável, perante a repartição fazendária estadual competente. (grifei)

Destarte, se verifica que a garantia legal referida acima não foi observada.

Outro aspecto relevante a ser considerado, o qual foi percebido pelo Cons. Lúcio Flávio Alves durante as discussões da 1ª Câmara em torno do presente feito, diz respeito ao fato de que o auditor promovente da ação fiscal claramente extrapolou os limites do ato designatório.

Com efeito, a Ordem de Serviço determinou que fosse executada uma "DILIGÊNCIA FISCAL", modalidade de fiscalização de escopo limitado, em que o agente



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

se deve restringir aos fatos que motivaram a realização da mesma, enquanto que a ação efetivamente realizada teve abrangência bem mais ampla, com contornos típicos da modalidade de ação fiscal em profundidade ou de "AUDITORIA FISCAL", na terminologia atualmente empregada.

Importante observar o disposto na Instrução Normativa nº 07/2004 sobre a matéria:

Art. 1º ...

...

§ 3º Entende-se por ação do fisco, para fins da presente instrução normativa, o conjunto de procedimentos de natureza fiscal, contábil e financeira que tem por finalidade o lançamento do crédito tributário decorrente do não cumprimento de obrigação tributária, e serão efetivadas sob as seguintes modalidades:

I - auditoria fiscal;

II - diligência fiscal específica;

III - auditoria fiscal especial.

Art. 2º...

...

§ 2º No exercício da ação fiscal o agente do Fisco fica designado a:

I - na auditoria fiscal, lançar crédito tributário decorrente de irregularidade ocorrida no período consignado;

II - na diligência fiscal específica, lançar apenas crédito tributário decorrente de infrações relacionadas aos motivos que deram origem à ação, ocorridas no período consignado; (grifei)

III - na auditoria fiscal especial, lançar o crédito tributário, no todo ou em parte, na forma estabelecida em ato do Secretário da Fazenda.

Foi essa também a compreensão do douto representante da Procuradoria Geral do Estado, cuja manifestação em sessão foi reduzida a termos nos autos (fl. 191-verso), e cujo teor transcrevo como parte integrante desta resolução:

"A partir dos debates realizados em sessão verificou-se que a Ordem de Serviço determinou a realização de "Diligência Fiscal", que se constitui em procedimento simples de fiscalização, cuja infração pode ser detectada a partir da simples observação dos livros e documentos do contribuinte.

No presente caso a infração foi detectada a partir de auditoria ampla (fluxo de caixa), procedimento não alcançado pela "Diligência Fiscal".



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Por tais razões a PGE retifica entendimento de fl. 191, para a nulidade da ação fiscal por impedimento do agente.

Sala das Sessões, 11/08/2011.

Matteus Viana Neto

Procurador do Estado"

Diante do exposto, se conclui que a acusação fiscal em tela não tem como prosperar, ante a sua patente nulidade.

De fato, o Art. 53 caput e §§ 1º e 2º do Decreto nº 25.468/99, estabelece expressamente que:

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.

§ 1º Considera-se autoridade incompetente aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do respectivo ato;

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

...

II – não disponha de autorização para a prática do ato;

...

Ex positis, voto no sentido de que os recursos oficial e voluntário sejam conhecidos e providos para, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** processual, reformando, por conseguinte, a decisão proferida na instância originária.

É o VOTO.

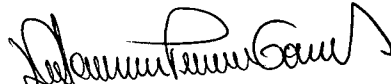
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são Recorrentes a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e CERÂMICA MARBOSA LTDA, e Recorridos AMBOS. **Decisão:** "A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer de ambos os recursos, dar-lhes provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando a NULIDADE processual, em face da extrapolação, pelo agente fiscal, dos ditames da ordem de serviço, nos termos do voto do relator, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterada em Sessão mediante despacho reduzido a termo nos autos. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro Raul Amaral Junior. Presente, para apresentação de sustentação oral, o representante legal da autuada, Dr. João Clemente Pompeu."



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 18 de Outubro de 2011.

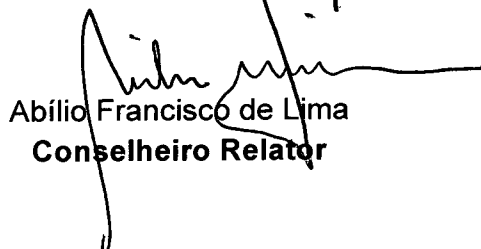

Dulcimeire Pereira Gomes
Presidente

Lúcio Flávio Alves
Conselheiro

Anneline Magalhães Torres
Conselheira


Eliane Resplande Figueredo de Sá
Conselheira


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro Relator


Raul Amaral Junior
Conselheiro


Ana Maria Martins Timbó Holanda
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado