



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 53 /2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

4ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 30/01/2018

PROCESSO Nº. 1/2706/2011

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/201107318

RECORRENTE: COMEGE COMERCIAL DE MEDICAMENTOS GENTIL LTDA

RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTES: João Matias Ferreira e Marcos Aurélio Vieira Madeiro

MATRÍCULA: 104296-1-7 e 105844-1-8

RELATOR: Conselheiro Pedro Jorge Medeiros

EMENTA: ICMS - 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – 2. Base de cálculo obtida com aplicação de 28% de margem de agregação utilizada de forma equivocada. 3. Auto de infração julgado NULO, por unanimidade de votos, tendo em vista que a metodologia utilizada pela fiscalização não permite aferir os valores exatos para dar certeza e liquidez ao crédito lançado. 4. Ratificado julgamento monocrático. Decisão em consonância com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. 5. Decisão amparada no art. art. 32 da Lei 12.732/97.

PALAVRAS-CHAVES: FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO, SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, BASE DE CÁLCULO, NULIDADE.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: **"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR**



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

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

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. CONSTATOU-SE A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELAS ENTRADAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM NOTA FISCAL, APÓS LEVANTAMENTO UNITÁRIO DE MERCADORIAS NO MONTANTE DE R\$ 250.909,22 NO PERÍODO DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2008, CONFORME DADOS DA INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR". (sic)

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o art. 123, inciso I, alínea "C" Lei nº 12.670/96. Desse modo, tem-se o seguinte demonstrativo elaborado pelo agente fazendário concernente ao presente Auto de Infração:

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	%
ICMS	R\$ 11.943,28
Multa	R\$ 11.943,28
TOTAL	R\$ 23.886,56

Anexos aos autos estão os seguintes documentos: Ordem de Serviço 2011.11924 à fl. 03, Termo de Início de Fiscalização à fl. 04, Termo de intimação à fl. 05, Termo de Conclusão de Fiscalização à fl. 06, Informações Complementares ao Auto de Infração às fls. 07, protocolo de entrega de AI/Documentos nº 2011.06397 à fl. 08, despacho à fl. 09, aviso de recebimento à fl. 10, Ordem de Serviço às fls. 11 a 13, termo de juntada à fl. 37, termo de revelia à fl. 38, despacho à fl. 39.

A empresa apresentou defesa administrativa afirmando, em síntese, alegou inicialmente o cerceamento do direito de defesa, pois entendeu que a autuação fora abusiva, afirmando ser sua defesa compatível com o ato administrativo, não sendo essa tese acatada, trouxe em alegação do mérito que houve falha nos relatórios acostados e que os valores encontrados como diferenças não coadunam com a realidade fática, sendo os relatórios encharcados de falhas ao ponto de não poder ser considerado instrumento hábil para lavratura de auto de infração.



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Às fls. 120 à 124, temos o julgamento monocrático nº 1964/2014 no qual julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração com fulcros no art. 548-B, do Decreto nº 24.569/97, afirmando que a base de cálculo obtida com aplicação de percentual de 28% de margem de agregação foi equivocadamente utilizada de forma generalizada. O julgador recorreu de ofício ao Conselho de Recurso Tributário, por ser a decisão contrária aos interesses do estado, nos termos do art. 44, I da Lei nº. 12.732/97.

A Assessoria Processual Tributária decidiu conhecer o reexame necessário e negar-lhe provimento para que fosse mantida a decisão proferida em 1ª Instância

O curso do processo foi convertido em perícia durante a 106ª sessão ordinária do dia 07 de julho de 2015 para que dessa forma fosse segregada a omissão de entradas de produtos e sobre eles aplicar o respectivo percentual de agregação previsto na legislação vigente.

A célula de perícia fiscais e diligência em conclusão do parecer técnico afirmou que após a segregação dos produtos de acordo com o art. 584-B, III do Decreto nº 24.569/97, a perícia obteve um valor de Omissão de Entradas de R\$174.530,26, sendo esses nos produtos descritos no V a XIV do anexo LXIII do laudo pericial à fl. 252, que seriam os produtos com 28% de agregação e R\$42.914,26, para os produtos que constam no levantamento fiscal, porém não foram encontradas as correspondências nos produtos listados no anexo supramencionado.

É o breve relatório.

VOTO DO RELATOR



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Trata-se de recurso ordinário interposto pela **COMEGE COMERCIAL DE MEDICAMENTOS GENTIL LTDA** em face da **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao Auto de Infração sob o nº. **1/201107318**. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Cumpre aclarar, 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 são verdadeiros. Entretanto, a presunção em questão é relativa e admite prova em sentido contrário.

Ao compulsar os fólios processuais, observou-se que mesmo após as perícias, não ficou claro quais os valores a serem utilizados para formação da base de cálculo, além do que o contribuinte em epígrafe fora equivocadamente enquadrado como comércio varejista, o que não é a verdade fática, dado que o mesmo é um comércio atacadista.

Dessa forma, o autuado deveria ter sido enquadrado no art. 564-B, caso tivesse comprovada a origem das mercadorias, o que também não ocorreu. Nesse sentido, levando em consideração de que não há como saber a origem das mercadorias por não existir documento fiscal, não há como calcular o valor da autuação na forma do art. 564-B e nem mesmo no art. 564-F, pelo fato de não ser comércio varejista.

Neste sentido, verifica-se que não fora observado a presunção de legitimidade, a qual decorre de um dos princípios básicos da administração, o da legalidade, conforme entendimento do ilustre Hely Lopes Meirelles¹, *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 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."

¹ Hely Lopes Meirelles - "in" Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Os princípios que regem a Administração Pública devem ser seguidos rigorosamente pelos agentes públicos, 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 vejamos:

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, não sendo o lançamento um ato discricionário, inexistente flexibilização da ação do agente fiscal; se está determinado na legislação tributária, não há margem de liberdade ao Fisco, não podendo no caso em tela utiliza-se do art. 564-F subjetivamente para um caso em que não se enquadre nele.

Nessa consonância infere-se que o ato administrativo em apreço está substancialmente viciado uma vez que desvestido de suas formas legais. Ora, o atuante realizou ato para qual não estava devidamente legitimado. Referido fato, resume-se a nulidade absoluta do ato 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.

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

² 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

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.**

Diante do exposto, entendo que deve-se conhecer o recurso oficial, negando-lhe provimento, para reformar a decisão proferida em 1ª Instância que declarou improcedente a ação, para declarar a **NULIDADE** da ação fiscal, tendo em vista que a metodologia utilizada pela fiscalização não permite aferir valores exatos para dar certeza e liquidez ao crédito lançado em conformidade a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

DO VOTO

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, julgando pela **NULIDADE** a presente ação fiscal, retificando a decisão proferida em sede de julgamento monocrático conforme o entendimento adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



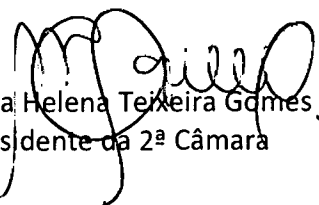
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

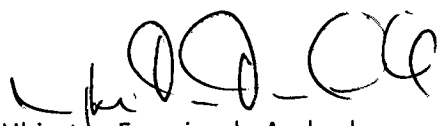
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **COMEGE COMERCIAL DE MEDICAMENTOS GENTIL LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. "Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do CRT: por unanimidade de votos, dar provimento ao reexame necessário, para modificar a decisão absolutória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a NULIDADE processual, uma vez que a metodologia utilizada pela fiscalização não permite aferir os valores exatos para dar certeza e liquidez ao crédito lançado, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de 03 de 2018.



Antônia Helena Teixeira Gomes
Presidente da 2ª Câmara


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

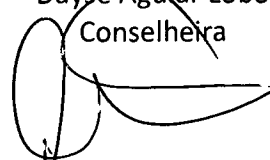

Mônica Maria Castelo
Conselheira


Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Victor Hugo Sabral de Moraes Júnior
Conselheiro


Dayse Aguiar Lobo
Conselheira


Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro


Pedro Jorge Medeiros
Conselheiro Relator