



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 217 /2019

67ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº. 1/2510/2013 AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201309110

AUTUANTE: ANTÔNIO ADOLFO CAMINHA GURGEL

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: LIVRARIA E PAPELARIA POLYLIVROS EIRELI - CGF.: 06.185.366-6

RELATOR: CONSELHEIRO MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS. AUTO DE INFRAÇÃO NULO em decorrência da ausência documentos comprobatórios da infração. Recurso de Reexame Necessário, conhecido, mas não provido. Confirmada a decisão declaratória de **NULIDADE** do auto de infração exarada em 1ª Instância, pois não há nenhuma comprovação do montante da autuação que pudesse validar a acusação fiscal, gerando confusão sobre o fato, não devendo prevalecer a mera presunção do agente, conforme os Artigos 33, IX, 53, §2º, III, do Decreto 25.468/99 e 83 da Lei 15.614/14. Decisão unânime e em conformidade com a manifestação do representante da douta PGE.

Palavra Chave: ICMS. Omissão de Receitas. Auto de infração nulo. Ausência de provas.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL EM OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1A E/OU SÉRIE "D" E CUPOM FISCAL. A EMPRESA OMITIU VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NO MONTANTE DE R\$ 665.759,82 E O ICMS NO VALOR DE R\$ 113.179,17 REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2010, CONFORME PODEMOS CONSTATAR ATRAVÉS DE PLANILHA DE FISCALIZAÇÃO EM ANEXO.

Nas Informações Complementares ao auto de infração (fls. 2 a 4), o agente fiscal informa que efetuou o levantamento fiscal e contábil da empresa autuada constatando uma diferença no valor

de R\$ 665.759,82 (seiscentos e sessenta e cinco mil setecentos e cinquenta e nove reais e oitenta e dois centavos), no exercício de 2010, apurada através do método da análise econômico/financeira. Artigos infringidos: art. 127, 169, 174 e 177 todos do Decreto 24.569/97 com penalidade prevista no artigo 123, III, B, Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.413/03.

O contribuinte apresentou defesa administrativa (fls. 26 a 37), tempestivamente pela prorrogação do prazo (fls. 22 e 24), na qual alega que não comercializa nenhuma mercadoria na modalidade de tributação Normal e, ainda, não foi anexada nenhuma planilha onde haja um levantamento quantitativo de compras, vendas, estoques de mercadorias, onde poderia apontar se esta ou outra mercadoria vendida sem emissão de documento fiscal e que há muitas lacunas na autuação, resultando em cerceamento de defesa e presunção por parte do agente da fraude incorrida.

Ademais, aduz que comercializa livros didáticos e paradidáticos, material escolar e para escritório, sendo que cerca de 65% de suas vendas de livros didáticos e paradidáticos são imunes de tributação e 45% corresponde as vendas de materiais escolar e de escritório que são sujeitos ao regime de substituição tributária.

Assim, requer a autuada a **NULIDADE** do auto de infração ou, caso não entenda, a sua improcedência.

Em decisão singular (fls. 41 a 45), a autoridade julgadora de 1ª instância julgou **NULO** o auto de infração, pois entendeu que, de fato, não há nenhuma comprovação do montante da autuação que pudesse validar a acusação fiscal, gerando confusão sobre o fato, não devendo prevalecer a mera presunção do agente. Assim, resta não provada, inviabilizando até uma Perícia, contrariando o disposto nos Artigos 33, IX, 53, §2º, III, do Decreto 25.468/99 e 83 da Lei 15.614/14.

A Célula de Assessoria Processual Tributária juntou uma solicitação de perícia (fl.59), formulando os seguintes quesitos:

1. *Averiguar junto aos agentes fiscais a existência de todas as planilhas que embasaram o lançamento fiscal, anexando-as ao processo;*
2. *Identificar o método adotado de fiscalização pelos agentes fiscais (DRM ou DESC) e se o crédito tributário apurado está de acordo com as regras que lhes são pertinentes;*
3. *Apontar, caso necessário, a nova base de cálculo do crédito tributário, separando-o por regime de tributação;*
4. *Dar ciência a empresa autuada do resultado do laudo pericial, disponibilizando todas as planilhas;*
5. *Acrescentar quaisquer outras informações que entenda necessárias para o deslinde da questão.*

A Célula de Perícias-Fiscais de Diligências enviou o laudo pericial (fls. 60 a 63), respondendo aos quesitos:

1. *Constatou que a página omitida ficou em branco.*
2. *Constatou que o valor da omissão de receitas tributadas corresponde à diferença na DESC.*

3. *Não houve alteração nas planilhas pela perícia, apenas copiou os dados já existentes para gerar todas as páginas, não havendo alteração na base de cálculo.*
4. *Será o laudo encaminhado através do termo de entrega ao contribuinte ou representante legal.*
5. *A perícia nada mais pode acrescentar, pois não foi possível identificar a origem dos dados utilizados pelos auditores, considerando ainda que, os valores apresentados nas planilhas não correspondem aos valores apresentados nas DIEF's do contribuinte.*

A Célula de Assessoria Processual Tributária, em manifestação (fls. 98 a 101), conhece o reexame necessário, negando-lhe provimento, a fim de confirmar a **NULIDADE** declarada em primeira instância, visto que o exame pericial, a seu ver, reforçou o entendimento do julgador singular de que não existe comprovação nos autos do montante da autuação.

O Parecer queda-se acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de auto de infração lavrado sob a acusação de omissão de receita, fundamentado no método da análise econômica/financeira. Segundo o agente fiscal, a empresa autuada teria omitido receitas no valor de R\$ 665.759,82 (seiscentos e sessenta e cinco mil setecentos e cinquenta e nove reais e oitenta e dois centavos), no exercício de 2010, oriundas da venda, sem nota fiscal, de mercadorias sujeitas a tributação normal.

Como visto nos autos, a planilha e demais documentos anexos pela auditoria ao auto de infração não se presta a provar que a empresa vendeu mercadorias e não emitiu documentos, sendo o auto de infração fundamentado apenas na presunção e no indício que a empresa omitiu vendas no montante de R\$ 665.759,82 com ICMS de 17% em tributação normal, porém, a empresa não comercializa nenhuma mercadoria nesta modalidade de tributação e ainda mais não anexa nenhuma planilha onde haja um levantamento quantitativo de compras, vendas, estoques de mercadorias, onde poderia apontar-se esta ou outra mercadoria vendida sem emissão de documento fiscal.

Além disso, a autuação acusa ocorrência de omissão de vendas, mas não esclarece quais mercadorias foram objeto de vendas sem a emissão do documento fiscal correspondente e também não indica com a precisão necessária o momento de ocorrência do presumido fato gerador da obrigação tributária.

Com efeito, o Art. 142 do CTN, assim dispõe:

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



tributária, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Por sua vez, o Art. 144 do mesmo Código, ensina:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente (...)

A lacunosidade da imputação gera dificuldade ou cerceamento do direito de defesa em sede de preliminar e presunção da fraude incorrida, determinante da improcedência da imputação, no mérito.

Com isso, entendo que, de fato, o auto não consta nenhuma comprovação do montante da autuação que pudesse validar a Acusação Fiscal. Vejamos o que estabelecem os Artigos 33, incisos XI, 53, §2o, inciso III do Decreto 25.468/1999, acerca do assunto:

Artigo 33 - 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 ao auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração.

(...)

Artigo 53 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com pretensão 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.

Desse modo, o autuante estava legalmente impedido de proceder a Ação Fiscal, por ter lavrado o presente inobservando os procedimentos legais constantes dos artigos 33, incisos XI, 53, §2º, inciso III do Decreto 25.468/1999 e Artigo 83 da Lei 15.614/2014, e, dessa forma, o auto em questão não tem como prosperar.

Ante ao exposto, e com base nos dispositivos legais precedentes, só resta declarar a **NULIDADE** do presente Processo por si, e desde o seu surgimento.

Desse modo, entendo pelo conhecimento do Reexame Necessário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **NULIDADE** exarada em 1ª Instância, corroborando com o entendimento da Assessoria Processual Tributária e o Douto Procurador.

É como voto.



DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e Recorrido **LIVRARIA E PAPELARIA POLYLIVROS EIRELI**

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **NULIDADE** exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 14 de novembro de 2019.


Maria Elineide Silva e Souza
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA


Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO



Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO


Carlos Raimundo Rebouças Gondim
CONSELHEIRO


Wander Araújo de Magalhães Uchôa
CONSELHEIRO


Henrique José Leal Jereissati
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO
CIENTE: 14/11/19