



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT**  
**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº: 240/2019**  
**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**  
**SESSÃO ORDINÁRIA DE: 12/11/2019 (83ª SESSÃO)**  
**PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4613/2016 AI Nº 201622778-1**  
**RECORRENTE: A M FEIJÃO DE MENESES**  
**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**  
**AUTUANTE: SILVANIA MARIA BRAGA TEIXEIRA**  
**MATRÍCULA: 06290213**  
**CONS.RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ**

**EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE RECEITAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. VÍCIO MATERIAL.** Declarada a nulidade por vício material por falta de clareza e precisão, em razão de inconsistências no levantamento fiscal que inviabilizaram o direito ao contraditório e a ampla defesa da empresa autuada, conforme preceitua o art.55, §3º do Decreto nº32.885/2018. Existência de dúvidas quanto o próprio lançamento. A descrição do fato não é suficiente para razoável segurança de sua ocorrência. Toda a ação fiscal deve basear-se em fatos concretos cuidadosamente demonstrados e comprovados, para que à luz do Direito se verifiquem as suas implicações tributárias. **LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO NULO** em face de equívocos na construção do lançamento tributário. Vício na demonstração da ocorrência do fato gerador da obrigação que pertence ao núcleo material da autuação. Preterição ao contribuinte o direito pleno de defender-se, maculando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa assegurados constitucionalmente, bem como, obstaculizando a convicção dos conselheiros na formação de seu livre convencimento. Ausência de uma comprovação material incontestável, irrefutável do ilícito apontado na peça inicial. **RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO. DADO PROVIMENTO.** Modificada a decisão condenatória exarada em 1ª Instância. Tudo referendado pela manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que em sessão modificou o parecer anteriormente adotado. **UNANIMIDADE DE VOTOS.**

**RELATÓRIO:**

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por Nota Fiscal modelo 1 ou 1 A, NFE, NFVC série D ou cupom Fiscal. A empresa deu saída as mercadorias sem documentos fiscais respectivos no exercício de 2011, no montante de R\$3.410.251,77, caracterizando, portanto, OMISSÃO DE SAÍDAS.

O Auto de Infração foi lavrado em data de 25/10/2016 na Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos/ **Núcleo Setorial de Couros, Calçados e Bebidas**. Período da infração: **01/2011 a 12/2011**.

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art. 123, III, "b", da Lei 12.670/96 modificado pela Lei 13.418/03.

O crédito tributário foi constituído por:

<b>BASE DE CÁLCULO</b>	<b>R\$ 3.410.251,77</b>
ICMS (12%)	R\$ 409.230,21
MULTA (30%)	R\$ 1.023.075,53
<b>TOTAL</b>	<b>R\$1.432.306,74</b>

Às fls.4 a 7 os autuantes acrescentam várias informações ao feito fiscal.

Às fls.31 a 41 a empresa apresenta impugnação arguindo em linhas gerais o seguinte:

- Que relativamente ao período de janeiro a setembro de 2011 operou-se a decadência tributária, conforme artigo 150, §4º do CTN;
- Que de acordo com o que está consignado nos livros e documentos fiscais da empresa afigura-se irreal a ocorrência dos fatos narrados pela autoridade devidamente acobertadas pelas exigidas notas fiscais;
- Alega a ausência de elementos probatórios fundamentadores da autuação. afirma que os códigos utilizados pela autoridade fiscal não são os mesmos dos documentos fiscais do fornecedor;
- Requer que o auto de infração seja julgado extinto ou improcedente.

O julgamento de 1ª instância decidiu-se pela procedência.

**RECURSO ORDINÁRIO: EQUÍVOCO DA DECISÃO MONOCRÁTICA; DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR RELATIVAMENTE AO PERÍODO DE JANEIRO A SETEMBRO DE**

**2011:** Que trata o presente caso do ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, onde a Fazenda Pública perde o direito de impugnar o procedimento de apuração e pagamento realizados pelo sujeito passivo pelo simples decurso do prazo legalmente estabelecido, categoricamente prescrito no §4, art.150 do CTN;

- Que no caso que afora se encontra em apreço – homologação tácita- o legislador atribui a administração fiscal, quando do decurso de lapso temporal de cinco anos contados desde a ocorrência do fato gerador, o condão de homologar

RECORRENTE: A M FEIJÃO DE MENESES

definitivamente a atividade do contribuinte, que fora antes objeto do pagamento antecipado do tributo pelo contribuinte;

- Que caso os argumentos da digna fiscal estivessem corretos, já teria ocorrido a decadência do direito do Fisco de realizar o lançamento tributário de ofício referente de janeiro a setembro de 2011, considerando a fluência do prazo de cinco anos desde a data da ocorrência dos fatos geradores do ICMS até a ciência do auto de infração;
- Que o art.173, §1º do CTN, apenas é aplicável aos casos onde o contribuinte não procede a nenhum recolhimento no período considerado, o que de forma alguma ocorreu quando da fiscalização em tela;
- Que no referido período (janeiro a setembro de 2011) a recorrente realizou a escrituração do ICMS, pagou o valor devido e apresentou SPED de maneira que a ela não se poderia aplicar a regra prevista no art.173, I, do CTN, tal como insinuou erroneamente o nobre julgador singular;
- Que o pagamento parcial a que a jurisprudência do STJ se refere é parcial sob a perspectiva do Fisco, isto é, comparado a totalidade do tributo considerado devido pelo Fisco; (pág.61)
- Que a autoridade tributária em outubro de 2016 jamais poderia constituir qualquer crédito tributário de ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2011, devendo se aplicar ao caso as regras dos artigos 150, §4º e 156, V, do CTN e o art.87,II, "a" da Lei 15.614/2014.
- **DA AUSÊNCIA DA CONDUTA INFRAACIONAL ATRIBUÍDA A RECORRENTE:** Que em momento algum ocorreu o ilícito indicado no Auto de Infração; Que a agente fiscal supôs que houve omissão de vendas em 2011, conclusão esta que não se coaduna com o conjunto de documentos utilizados pela recorrente;
- Que a decisão de 1ª Instância não levou em conta a verdade material dos fatos e acatou na íntegra as conclusões apresentadas pela autoridade fiscal;
- Que como a digna autuante deixou de considerar a totalidade das notas fiscais utilizadas no período fiscalizado e porque ela interpretou erroneamente os códigos utilizados nas entradas e saídas de tais produtos daí adveio a fantasiosa omissão de saídas;
- Que tendo em vista a natureza dos produtos comercializados pela recorrente (eletrônicos, computadores, telefones) a emissão do exigido documento fiscal a cada venda é uma exigência até mesmo para que o consumidor faça jus a **garantia** de tais itens;
- Que a recorrente possuía estoque superior a mais de **10 mil itens cadastrados**, dado este que se presta a evidenciar que um levantamento decorrente do preenchimento de simples planilha em excel não é suficiente para comprovar a ocorrência de aquisição de produtos sem nota fiscal;
- **INADEQUAÇÃO DA METODOLOGIA EMPREGADA COM VISTAS A COMPROVAR A INFRAÇÃO IMPUTADA A RECORRENTE:** que o suposto fato que venha dar origem a exigência consubstanciada em um lançamento tributário deve estar devidamente testificado por meio de provas idôneas, na forma reclamada pela legislação de regência;
- Que a acusação inserida na peça vestibular do processo fiscal (auto de infração) tem de estar acompanhada de todas as provas dos fatos que são imputados ao contribuinte;
- Que a prova no processo tributário cabe ao Fisco; **IN DUBIO CONTRA FISCUM**
- Que mais de 50% dos itens indicados no relatório da autuante há informações truncadas, erradas e inconsistentes, fato que verdadeiramente impossibilitou que a

RECORRENTE: A M FEIJÃO DE MENESES

recorrente fizesse qualquer crítica durante a fiscalização evidenciando assim ações assertivas de colaboração;

- Que o código e a descrição dos itens adquiridos são definidos por cada distribuidor, que normalmente utilizam descritivo sucinto e abreviado, pois o cliente final é uma revenda de produtos de informática;
- Que uma simples planilha do EXCEL não pode ser tomada como algo que efetivamente realize um escrupuloso estudo comparativo correto;
- Que em virtude das evidentes deficiências reveladas pelo levantamento que deu amparo a ação fiscal cabe decidir pela Improcedência do Auto de Infração;
- **AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS FUDAMENTADORES DA AUTUAÇÃO PROCEDIDA:** Que inexistem nos autos a comprovação material de que a recorrente tenha adotado a conduta indicada no Auto de Infração (Omissão de Saídas);
- **IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL PARA O DESENLACE A PRESENTE QUESTÃO:** Que as partes devem ter a oportunidade de demonstrar os fatos que servem de fundamento para as suas respectivas pretensões e defesas, pois do contrário elas não conseguirão influenciar o órgão julgador no julgamento da causa;
- **Que a prova pericial cuja produção foi requerida pela RECORRENTE QUANDO DA IMPUGNAÇÃO:**
- Que para o deslinde do litígio é incontestável que para a decisão do processo em tela a perícia contribuirá definitivamente para a realização de uma cognição mais fiel dos fatos relevantes;
- Que se torna imperioso que seja determinada a realização do competente exame pericial, tal como requerido por ocasião do oferecimento da impugnação ao lançamento in examine, na documentação fiscal e contábil relativa ao período de que cuida os autos (2011);
- **REQUER: A DECADÊNCIA**, relativamente ao período de janeiro a setembro de 2011 e assim, seja julgado **EXTINTO COM JULGAMENTO DE MÉRITO**; A total **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração; A realização de **EXAME PERICIAL** a fim de que reste devidamente comprovada a inexistência de **OMISSÃO DE VENDAS** nos itens indicados na peça vestibular e seja, portanto, declarada a total **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

As fls.80 a 84 o parecer conhece do RECURSO ORDINÁRIO negar-lhe provimento no sentido de manter a decisão de procedência proferida.

Eis, em linhas gerais, o relatório.

#### VOTO:

Na autuação inicial, o fisco diz, textualmente: Aquisição de mercadorias sem documentação fiscal: Falta de emissão de documento fiscal, em operação ou prestação acobertada por Nota Fiscal modelo 1 ou 1 A, NFE, NFVC série D ou cupom Fiscal. A empresa deu saída as mercadorias sem documentos fiscais respectivos no exercício de 2011, no montante de R\$3.410.251,77, caracterizando, portanto, OMISSÃO DE SAÍDAS.

Analisando os fatos historiados e as argumentações da recorrente temos as seguintes considerações a fazer. Preliminarmente, iremos afastar a extinção pela decadência; a improcedência e o exame pericial, vez que, iremos declarar uma NULIDADE decorrente de vício material.

Neste contexto, vale chamar atenção para o fato de que após inúmeras análises e vários esclarecimentos oferecidos pela empresa e em decorrência de sustentação oral e adendo de informações, constatou-se a existência de vícios na verificação e demonstração da ocorrência do fato gerador da obrigação, que pertence ao núcleo material da autuação.

A natureza dos produtos comercializados pela recorrente (eletrônicos, computadores, telefones) teriam que ser especificamente particularizados. O estoque superior de mais de 10 mil itens cadastrados, dado este que se presta a evidenciar que um levantamento decorrente do preenchimento de simples planilha em excel não seria suficiente para comprovar a ocorrência de aquisição de produtos sem nota fiscal não foi levado em consideração pela fiscalização. Outros instrumentos poderiam ter sido utilizados pela autuante, tais como: Análise Fiscal Sped ou Auditor Eletrônico. Portanto, a planilha impossibilitou a realização de críticas, análises pós fiscalização. Até a realização de uma perícia tornou-se inviável em decorrência dos inúmeros códigos dos produtos adquiridos, vez que, o equívoco originou-se na fase primeira, ou seja, na descrição dos itens adquiridos pela parte recorrente, fato que verdadeiramente impossibilitou que a recorrente fizesse qualquer crítica durante a fiscalização evidenciando assim ações assertivas de colaboração.

Seria inconcebível a refeitura, execução, realização de todo o trabalho fiscal por parte da perita, que caso fosse realizado poder-se-ia configurar como uma nova ação fiscal.

Neste contexto, importa evidenciar que restou totalmente prejudicado o lançamento tributário. Logo, outra solução não existe do que a anulação do trabalho fiscal. A nulidade aqui declarada não poderá ser suprida ou sanada, vez que, as informações não foram suficientes para se determinar a natureza da infração.

O certo é que, deve a ação fiscal basear-se em fatos concretos cuidadosamente demonstrados e comprovados, para que à luz do Direito se verifiquem as suas implicações tributárias. Os agentes públicos no exercício de suas funções devem ficar atentos e se pautarem rigorosamente aos procedimentos e princípios constitucionais, que são os protetores da ordem jurídica. Portanto, as descrições dos fatos não foram suficientes para a razoável e incontestável segurança da ocorrência da saída de mercadorias sem documentos fiscais, no exercício de 2011, no montante de R\$3.410.251,77.

Ocorre que, a inobservância dos procedimentos vicia essencialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessário à sua perfeição e eficácia. Há aspectos que ultrapassam o âmbito do vício formal. Ocorrência de vício material que feriu de morte o lançamento tributário, pois impediu a concretização da formalização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Há dúvidas quanto à própria ocorrência do fato gerador (vício material), a descrição do fato não foi suficiente para uma decisão com razoável segurança.

Assim, diante de tal circunstância e em análise as peças processuais constata-se que a ação fiscal está eivada de vício insanável pela falta de acervo probatório robusto. A acusação fiscal deve traduzir com exatidão os fatos tidos como infracionais. Exige-se que a autoridade lançadora seja diligente quando da produção de provas. Entre as muitas regras impostas aos responsáveis pela lavratura de auto de infração (suporte físico onde serão registrados os valores cobrados a título de crédito tributário), sobressai aquela que fixa os elementos que deverão neles (Autos de Infração) estarem contidos.

RECORRENTE: A M FEIJÃO DE MENESES

Por ser a atividade administrativa plenamente vinculada ao Direito Positivo não pode o agente público fugir aos ditames da Lei, conforme nos esclarece o sempre grande mestre doutrinador Hely Lopes Meirelles, "in Direito Administrativo Brasileiro", 22ª. edição, Págs.101/102, Editora Malheiros, *verbis*:

"Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto.

Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, **o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações.... O Princípio da legalidade impõe que o agente público observe fielmente todos os requisitos expressos na lei, como da essência do ato vinculado.**"

Assim, é imperioso admitir-se a existência de questão prejudicial à análise de mérito, para reconhecer a nulidade absoluta, devendo a mesma ser declarada de ofício pelo(a) julgador(a).

Por conseguinte, verificou-se vício de nulidade absoluta nos termos do art.53 do Dec.25.468/99, *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".**

Preleciona, ainda o insigne mestre Administrativa Hely Lopes, que a administração não pode agir à margem das normas e orienta o seguinte:

" A administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da Lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidasse, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se o não fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciárias".

Susy Hoffman dispõe claramente sobre o contraditório e ampla defesa, vejamos:

“O direito ao contraditório significa o direito de uma parte conhecer todos os fatos e todas as provas apresentadas pela outra parte e sobre eles poder se manifestar novas provas”. E ainda: “Então, no caso específico do Direito Tributário, se o lançamento tributário é passível de impugnação, é necessário que, em vista do direito constitucional à ampla defesa, o sujeito passivo tenha acesso não só ao enunciado fático constante da norma individual e concreta do lançamento tributário, mas também que lhe seja dado acesso às provas que levaram o agente administrativo a enunciar tal norma, imputando-lhe a ocorrência de um fato jurídico tributário e determinando a obrigação de pagar um determinado valor a título de tributo”. (HOFFMANN. Susy Gomes. Teoria da Prova no Direito Tributário. Campinas: Copola Editora, 1999. pg 121 e pg 123, respectivamente).

Vê-se então, que se faz necessária uma apreciação das provas para que a autoridade julgadora possa formar o seu convencimento. Na ausência destas a verdade material fica prejudicada, tanto para o(a) julgador(a) como para a empresa autuada que fica tolhida, cerceada em seu direito de defesa. Portanto, a autoridade administrativa deixou de observar a norma vigente e não procedeu com as devidas cautelas reclamadas pela sistemática de produção de provas. Assim, só nos resta, a declaração de nulidade do auto de infração em epígrafe.

Diante do exposto, e não se podendo admitir como válido ato praticado à margem da lei e tendo em vista que o Processo Administrativo-Tributário pautar-se-à, também, pelos princípios da celeridade, simplicidade, economia processual, verdade material, contraditório e ampla defesa, tem-se que a presente ação fiscal é nula de pleno direito.

#### **VOTO:**

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de conhecer do **RECURSO ORDINÁRIO**, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a nulidade por vício material por falta de clareza e precisão, em razão de inconsistências no levantamento fiscal que inviabilizaram o direito ao contraditório e a ampla defesa da empresa autuada, conforme preceitua o art.55, §3º do Decreto nº32.885/2018, nos termos desse voto e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, que em sessão modificou o parecer anteriormente adotado.

É o voto.

#### **DECISÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **A M FEIJÃO DE MENESES** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**.


**RESOLVEM**, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, sob a presidência do **Dr Francisco José de Oliveira Silva**, por unanimidade de votos, conhecer do **RECURSO ORDINÁRIO**, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **nulidade por vício material** por falta de clareza e precisão, em razão de inconsistências no levantamento fiscal que inviabilizaram o direito ao contraditório e a ampla defesa da empresa autuada, conforme preceitua o art.55, §3º do Decreto nº32.885/2018, nos termos desse voto e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado, que em sessão modificou o parecer anteriormente adotado. Estiveram presentes para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Carlos César Sousa Cintra e o proprietário da empresa autuada Sr. Marcos Vinícius Feijão de Menezes.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 11 de 12 de 2019.

  
Francisco José de Oliveira Silva  
**PRESIDENTE**

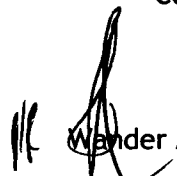
  
Ubiratan Ferreira de Andrade  
**PROCURADOR DO ESTADO**

**CONSELHEIRO(A)S:**

  
Eliane Resplande Figueiredo de Sá  
Conselheira Relatora

  
Marcus Mota de Paula Cavalcante  
Conselheiro

  
Maria Elineide Silva e Souza  
Conselheira

  
Wander Araújo de Magalhães Uchôa  
Conselheiro

  
Henrique José Leal Jereissati  
Conselheiro

  
Alice Gondim Salviano de Macedo  
Conselheiro