



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 025/2011
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
80ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 24/11/2011
PROCESSO Nº. 1/40/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200626030-7
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDA: MARIANO FEIJO NETO
AUTUANTE: Francisco de Araújo Cruz
MATRÍCULA: 037964-1-8
RELATORA: Conselheira Sandra Arraes Rocha

EMENTA: ICMS – 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. 2. Contribuinte não recolheu o ICMS referente ao período de 01/05/05 a 30/03/06. Recurso oficial conhecido e improvido. **3.** Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, tendo em vista a falta absoluta de provas da infração, conforme art. 53, parágrafo 2º, III do Decreto 25.468/99 em conformidade Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. **4.** Confirmada a decisão de nulidade proferida em 1ª instância.

RELATÓRIO

A presente demanda refere-se ao auto de infração lavrado por *falta de recolhimento do ICMS no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária*, referente ao período de 01/05/05 a 30/03/06 no montante de R\$ 32.014,80. O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2006.34148, objetivando executar *diligência fiscal específica*, referente ao período de 01/05/05 a 30/03/06, junto à empresa *Mariano Feijó Neto*, inscrita no CNAE como “*mercearias e armazéns varejistas*”. Auto de infração lavrado em 05/12/06 com fulcro nos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 03/11/06 de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do representante da empresa no



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

termo de intimação às fls. 06, ocasião em que foi intimada a apresentar no prazo de 05 (cinco) dias, livros e documentos fiscais e contábeis descritos no termo retro.

A ação fiscal, originalmente, foi instruída com a ordem de serviço nº. 2006.34148, termos de intimação nº. 2006.28121, consulta da GIM Conta Corrente às fls. 07, cupom não fiscal às fls. 08, Aviso de Recebimento e seu respectivo termo de juntada. O auto de infração descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE EM EPÍGRAFE, NO PERÍODO DE 01/05/05 A 30/03/06, DEIXOU DE RECOLHER ICMS, NO VALOR DE R\$ 32.014,80, SOBRE O MONTANTE DE R\$ 188.322,40, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR DO AUTO DE INFRAÇÃO.” (sic)

Às informações complementares, o autuante informou que o contribuinte deixou de recolher ICMS no montante de R\$ 32.014,80, sendo verificado através de um cupom não fiscal emitido pela empresa no momento das vendas. Afirmou que, como não fora entregue os demais cupons da mesma natureza, arbitrou em 20% o valor a ser tributado, sobre o valor informado no período fiscalizado, que foi de R\$ 941.612,00.

O auditor fiscal sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “c”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Assim sendo, foi lavrado o auto de infração em comento, consoante valores abaixo discriminados:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0%
ICMS (principal)	R\$ 32.014,80
Multa (100%)	R\$ 32.014,80
TOTAL	R\$ 64.029,60

A contribuinte devidamente ciente da ação fiscal apresentou defesa tempestiva em 22/12/2006, às fls. 12, alegando que a empresa no mês de maio de 2006 fora fiscalizada por outro agente fiscal através da ordem de serviço nº 2006.13059 (cópia anexa), no qual acusava o uso de equipamento fiscal não autorizado, que resultou no débito tributário de R\$



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

12.096,00, o qual foi objeto de parcelamento junto ao fisco estadual. Em continuidade, informou que a máquina foi retirada e que a empresa está regularizando sua situação fiscal através do parcelamento da dívida, assim, não poderia ser autuada pelo mesmo motivo, onde requereu que seja apurada rigorosamente a forma de como o fiscal procedeu a fiscalização.

A julgadora singular em análise as peças processuais esclareceu que o agente fiscal não juntou nem analisou documentação legítima que comprove de forma clara a obrigação tributária, pois o cupom apresentado pelo contribuinte não comprova a irregularidade apontada na ação fiscal. Acrescentou que, os dados extraídos de cupom não fiscal enviado para a promoção "*Sua Nota Vale Dinheiro*", por si só não são suficientes para caracterizar o ilícito fiscal, o que somente poderá ser confirmado através de uma análise mais aprofundada da documentação fiscal da empresa. Informou que as vendas de mercadorias sem nota fiscal não podem ser presumidas, mas sim comprovadas, o que não ocorreu no caso em comento, que o arbitramento tem caráter excepcional e deve ser amparado nos princípios da razoabilidade, finalidade da lei e proporcionalidade. Por fim, declarou **NULO** o presente processo administrativo fiscal nos termos do art. 53 do Decreto nº 25.468/99 ocasião em que recorreu de ofício, tendo em vista tratar de decisão contrária aos interesses da fazenda.

O contribuinte, após retorno de AR sem êxito, foi notificado através do edital de intimação nº 115/2010, circulado em 21/09/2010, da decisão de **NULIDADE** da ação fiscal proferida em julgamento singular.

A *Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 20/11, reiterou os fundamentos da julgadora monocrática, onde acrescentou que o método utilizado para encontrar base de cálculo que constituiu o lançamento do crédito tributário, não se encontrava nas situações elencadas no art. 34 do Decreto nº 24.569/97. Assim, concluiu que pela falta absoluta de provas da infração opinou conhecimento do recurso de ofício, negando-lhe provimento, ratificando a decisão de **nulidade**, conforme art. 53, parágrafo 2º, III do Decreto 25.468/99.

Os autos foram encaminhados, para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 31/32 dos autos.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Trata-se de recurso oficial interposto por **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face de **MARIANO FEIJÓ NETO**, concernente ao auto de infração sob o nº. 1/200626030-7, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a contribuinte fora autuada por *falta de recolhimento do ICMS no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária*, a empresa deixou de recolher ICMS referente ao período de 01/05/05 a 30/03/06 no montante de R\$ 32.014,80.

De plano, impende salientar que a demanda aqui tratada requer uma análise preliminar em relação ao aspecto formal do procedimento. Vale destacar que se trata de matéria cognoscível de ofício, ou seja, que, por força de lei, pode ser argüida pelo julgador.

O CTN, norma que norteia todo o Sistema Tributário Nacional, destinou a regulamentação dos procedimentos fiscalizatórios da seguinte maneira, *in verbis*:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

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 o agente fiscal não juntou nem analisou documentação legítima que comprove de forma clara a obrigação



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

tributária, que fora apresentado pelo contribuinte cupom, que não comprova a irregularidade apontada na ação fiscal, pois os dados extraídos de cupom não fiscal enviado para a promoção "Sua Nota Vale Dinheiro", por si só não são suficientes para caracterizar o ilícito fiscal, o que somente poderá ser confirmado através de uma análise mais aprofundada da documentação fiscal da empresa.

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."

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

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



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

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.

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

Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar Humberto Theodoro Júnior², 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.

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão proferida em 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** da ação fiscal, tendo em vista a falta absoluta de provas da infração, conforme art. 53, parágrafo 2º, III do Decreto 25.468/99 em conformidade Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.

² Curso de Direito Processual Civil – Ed. Forense, 2007, pág. 325.



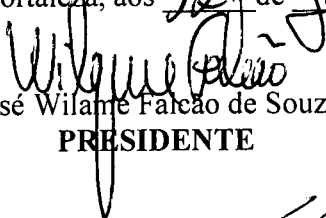
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

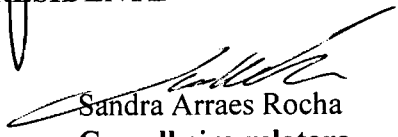
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **MARIANO FEIJÓ NETO**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial e, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **nulidade** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

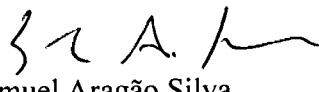
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12 de junho de 2012.


José Wilamé Falcão de Souza
PRESIDENTE

Silvana Carvalho Lima Petelinkar
Conselheira


Sandra Arraes Rocha
Conselheira relatora



Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro



Samuel Aragão Silva
Conselheiro




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

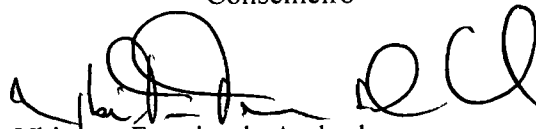
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


Antônio Luiz do Nascimento Neto
Conselheiro


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO