



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº 97 /2015
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
151ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 27/11/2014
PROCESSO Nº 1/2922/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200908234-2
RECORRENTE: DWA TECHNOLOGY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DA 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Rosana Lima Teixeira
MATRÍCULA: 104064-1-2
RELATORA: Conselheira Agatha Louise Borges Macedo

EMENTA: ICMS – 1. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. 2. A empresa autuada foi acusada por extravio de 493 notas fiscais ou formulário contínuo aferido por arbitramento.. Recurso ordinário conhecido e provido. **3.** Auto de infração julgado **NULO**, em face do arbitramento realizado pelo autuante não atender aos comandos da legislação, por maioria, reformando a decisão de 1ª Instância, em desacordo com o Parecer constante dos autos, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, e também em desacordo com sua manifestação oral, em sessão. **4.** Decisão amparada no art. 31, parágrafo único, RICMS; art. 6 da Lei 11.961/92 c/c art. 53, § 2º, III, do Decreto nº 25.468/99

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “EXTRAVIO DE NOTA FISCAL OU FORMULÁRIO CONTÍNUO AFERIDO ARBITRAMENTO NA ANÁLISE DE PROCESSO DE EXTRAVIO DA REFERIDA EMPRESA, CONSTATAMOS QUE A MESMA EXTRAVIOU 493 (QUATROCENTOS E NOVENTA E TRÊS) NOTAS FISCAIS NÃO UTILIZADAS O QUE GEROU UM AUTO DE INFRAÇÃO NO VALOR R\$ 358.367,03 (TREZENTOS E CINQUENTA E OITO MIL, TREZENTOS E SESENTA E SETE REAIS E TRÊS CENTAVOS).”



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, IV, K da Lei nº 12.670, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Ordem de Serviço 2009.03243 e 2009.13732;
- Termo de Início 2009.02885 e 2009.10879;
- Comunicado de extravio de livros e documentos fiscais;
- Cópia das DÍEF's de janeiro a junho de 2008.
- Cópia do Livro Registro de saídas do exercício de 2006;
- Termo de Conclusão 2009.13158;

A julgadora singular proferiu decisão as fls. 158/162 pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração por entender que a infração está devidamente demonstrada nos termos da legislação que norteia a matéria.

Irresignada com a decisão singular, a autuada interpôs Recurso Ordinário alegando a nulidade do lançamento por ato imotivado. No mérito, aduz que a denuncia ocorreu antes de qualquer procedimento do Fisco, fato que exclui a responsabilidade do contribuinte nos termos do art. 138 do CTN. Alega que o autuante adotou um critério de cálculo estranho ao estabelecido no paragrafo único do art. 31 do RICMS. Que deveria ter tomado por referência o valor médio ponderado por documento emitido no período mensal imediatamente anterior ou posterior, ou seja, para o exercício de 2006 o mês de dezembro de 2005, para o exercício de 2008 o mês de dezembro de 2007.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

Através de Parecer de Nº 599/2013 a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento do recurso ordinário, dando-lhe parcial provimento, no sentido de reformar o julgamento proferido na instância singular para a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso ordinário interposto por **DWA TECNOLOGY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA** em face de **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª**



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

INSTÂNCIA, concernente ao auto de infração sob o nº. 1/200913492-5, através do qual, a recorrente se insurgiu contra a decisão proferida pela julgadora singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a recorrente foi autuada por *extravio de nota fiscal ou formulário contínuo aferido por arbitramento*.

Após análise acurada dos fólios processuais, verificou-se que o contribuinte foi acusado de extraviar 493 notas fiscais não utilizadas.

Preliminarmente, cumpre analisar a nulidade evidenciada nos autos acerca do impedimento do agente fiscal pela prática de ato em desacordo com a legislação, haja vista tratar-se de questões prévias ao exame de mérito.

Com efeito, dispõe o artigo 6º da Lei 11.961/92, que determina que na hipótese de extravio de documento fiscal pelo contribuinte, deverá ser arbitrado o montante sobre o qual incidirá o imposto, tomando-se por base o valor médio ponderado por documento de uma mesma série e subsérie, emitido no período mensal imediatamente anterior, ou na sua falta, pelo movimento posterior, cujo resultado será multiplicado pelo número de documento extraviados, achando-se desta forma a base de cálculo para autuação.

Corroborando com o disposto no dispositivo supra citado, tem-se a disposição do art. 31 do RICMS, vejamos:

Art. 31. Quando o cálculo do ICMS tiver por base ou tomar em consideração o valor ou o preço de mercadoria, bem, serviços ou título que os represente, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissas ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, a avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Parágrafo único. Na hipótese de extravio de documento fiscal pelo contribuinte, a autoridade fazendária arbitrará também o montante sobre o qual incidirá o imposto, tomando por referência o valor médio ponderado por documento de uma mesma série emitido no período mensal imediatamente anterior, ou na sua falta, pelo imediatamente





GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

posterior, em que tenha havido movimento econômico, multiplicando o resultado obtido pela quantidade de documentos fiscais extraviados.

Neste íterim, não se vislumbra a possibilidade no texto da norma ser um comando discricionário ao agente atuante.

Depreende-se, desse comando normativo, que no presente caso o lançamento deve ser anulado, por caracterizar uma mudança no critério jurídico adotado para arbitramento, considerando que o atuante não se baseou em um período mensal anterior ou posterior, bem como, não se utilizou dos elementos constantes nos documentos fiscais como determina a legislação, pois obteve as informações dos registros contábeis ou fiscais do contribuinte (L.R.S e DIEF).

Ademais, refazer o arbitramento seria mudar o critério de lançamento, ou seja, uma correção material intrínseca ao lançamento, o que poderia ocasionar o cerceamento do direito de defesa.

Logo, conclui-se que a Autoridade Fiscal estava impedida de praticar tal ato, em razão da extemporaneidade do mesmo, razão pela qual há de ser reconhecida a nulidade da Ação Fiscal em face ao exposto no art. 53, § 2º, III, do Decreto nº 25.468/99:

“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.

...

§2º. É considerada autoridade impedida aquela que:

...

III- pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.”

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância para, em grau de preliminar, declarar a **nulidade** processual em desacordo com o Parecer constante dos autos, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, e também em desacordo com sua manifestação oral, em sessão.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Eis o voto.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente a **DWA TECNOLOGY IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos conhecer do Recurso Ordinário e por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância para, em grau de preliminar, declarar a **nulidade** processual, considerando que o agente do Fisco (autuante), não poderia utilizar na sua prática, poder discricionário para escolher, dentre as regras estabelecidas para fins de arbitramento contidas no parágrafo único do art. 31 do RICMS, elastecendo-as para, ao invés de observar no seu levantamento período mensal anterior ou posterior, estabeleceria, na sua prática, um elastério ao período de seu exame para fins de arbitramento e, ainda, considerando que não se utilizou dos dados e elementos constantes em documentos fiscais, mas em Declaração – DIEF – constante de arquivos de dados transmitidos pelo recorrente por internet, ao Fisco, bem como em registros contábeis e fiscais, resultando, o critério de metodologia utilizada pela fiscalização inadequado à vista da previsão estatuída no art. 31 e parágrafo único do Decreto nº 24.569/97 – RICMS, nos termos do voto da Conselheira Relatora, em desacordo com o Parecer constante dos autos, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, e também em desacordo com sua manifestação oral, em sessão. Foram votos vencidos, contrários à nulidade, os Conselheiros Lúcia de Fátima Calou de Araújo e Francisco Wellington Ávila Pereira. Foram favoráveis à nulidade os Conselheiros Agatha Louise Borges Macedo, Filipe Pinho da Costa Leitão, Cícero Roger Macedo Gonçalves, Abílio Francisco de Lima, Rafael Gonçalves Zidan e Samuel Aragão Silva. Esteve presente, para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Ivan Lima Verde Junior.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 02 de 02 de 2015.


Alfredo Rogério Gomes de Brito


Ubiratan Ferreira de Andrade



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

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

PRESIDENTE

Aderbalino V. Sufião
Abílio Francisco de Lima
p/ **CONSELHEIRO**

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO

p/ *Rafael Gonçalves Zidan*
CONSELHEIRO

PROCURADOR DO ESTADO

p/ *Cícero Roger Macedo Gonçalves*
CONSELHEIRO

Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO

Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA

Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO