



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº. 113 /2013
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
212ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 12/12/12
PROCESSO Nº. 1/2574/2008
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200805605-9
RECORRENTE: MARCIO ROBERTO CAMURÇA PESSOA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Jurandir Moreira Matos
MATRICULA: 038.182.1-7
RELATOR: Conselheiro Cicero Roger Macedo Gonçalves

EMENTA: 1. ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – 2. A empresa omitiu receitas no montante de R\$ 13.570,46, detectada através da Demonstração do Resultado de Mercadorias – DRM, no exercício de 2007. Recurso Voluntário conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado **NULO**, haja vista a falha no procedimento de fiscalização, que não fez a separação conforme o regime de apuração da empresa em cada período do exercício. Caracterizado o impedimento do agente fiscal, evidenciando cerceamento à ampla defesa e contraditório da autuada. 4. Modificada a decisão condenatória proferida pela Instância Singular. 5. Decisão amparada pelo conjunto probatório dos autos e pelo art. 32 da Lei nº 12.732/97.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato:
Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, sem emissão de documento fiscal. Feito levantamento da conta mercadoria foi constatado omissão de receitas tributadas no valor de 13.570,46”.

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, inciso I, alínea “b” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

- Auto de infração nº 1/200805605-9;
- Informações complementares às fls. 03/04;
- Ordem de Serviço nº 2008.09370;
- Termo de Início de Fiscalização nº 2008.07819;
- Ar referente ao Termo de Início de Fiscalização à fl. 07;
- Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2008.10655;
- Cópia da AR referente ao AI à fl. 09;
- Recibo de Devolução de Documentos Fiscais à fl. 10;
- Dados cadastrais à fl. 11
- Documentos fiscais às fls. 12/21;
- Cópia de notas fiscais às fls. 22/32
- DIF à fl. 33;
- AR referente ao Termo de Conclusão à fl. 35;
- Termo de Revelia e despacho à fl. 36.

Defesa tempestiva às fls. 38/39 em que o contribuinte requereu a nulidade do lançamento em face da impossibilidade de realizar sua defesa. Asseverou que não foram apresentados provas e indícios que sustentem as alegações da autuação tornando sem efeito o lançamento, levando à nulidade toda a ação fiscal em comento.

Às fls. 42/46 temos o julgamento monocrático que decide pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, em virtude de restar provado nos autos de forma inequívoca a infração cometida. No que diz respeito às provas documentais, asseverou que estas se encontravam a disposição do contribuinte, ademais, que conforme a legislação tributária fora enviado AR dando ciência desta ação fiscal. Quanto ao mérito afirmou que a Demonstração do Resultado com Mercadorias elaborado pelo fiscal por si só demonstra a infração, consubstanciando em prova suficiente para lastrear o lançamento em questão.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A impugnante, irresignada com a decisão singular, interpôs recurso voluntário às fls. 61/62, referendando todos os argumentos defensórios já apresentados na defesa, de outro lado, não acrescentou nenhum dado novo ou informação capaz de mudar o curso do processo. Por fim, requereu, que fosse declarada preliminarmente a **NULIDADE**, tornando insubsistente o auto de infração.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

Através de Parecer de Nº 713/2011 a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento do recurso voluntário dando-lhe provimento, decidindo pela **NULIDADE** absoluta do auto de infração, em face do levantamento não ter considerado que a empresa à época era uma EPP, realizado um levantamento de modo a não permitir visualizar a diferença no estoque, assim restando impossibilitado a identificação da base de cálculo para a cobrança do ICMS.

É o relatório

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto pela **MARCIO ROBERTO CAMURÇA PESSOA** em face da recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 1/200805605-9. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo sub examine, a requerida foi autuada por *Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, sem emissão de documento fiscal*, referente ao período de 01/01/2007 A 31/12/2007, sob o montante de R\$ 3.570,46.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Em análise aos fólios processuais, se depreende a existência de matérias cognoscíveis de ofício a serem questionadas, motivo pelo qual passo a conhecer diretamente da matéria preliminar, vejamos:

1.1 DO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

Inicialmente cabe relatar que a autuada, em sede de preliminar, suscitou a nulidade da peça exordial, tendo em vista que nenhum documento, informativo ou mesmo demonstrativo do levantamento realizado lhe teria sido apresentado para questionamento na elaboração de sua defesa.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Neste sentido, cabe ressaltar que a técnica utilizada pelo autuante, a Conta Mercadoria, , revela o resultado bruto das operações com mercadorias, isto é, se houve lucro ou prejuízo nas transações de venda realizada pela empresa durante o período fiscalizado. Trata-se de uma informação econômica, que no presente caso, ficou supostamente provado através do aludido levantamento um resultado negativo de R\$ 13.570.46. Resultado este pertinente ao período de 01/01/2007 a 31/12/2007. Desta forma o auditor concluiu configurada a hipótese de omissão de receitas prevista no art. 827, §8º, inciso IV do RIMS.

Art. 827 - O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o dos estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

*§ 8 - Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos;
IV - montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;*

Ocorre que ao cotejar as informações que fundamentaram o lançamento percebemos que o auditor ao elaborar o DRM não considerou que o contribuinte até o mês de junho de 2007 era optante do regime de EPP, e após esta data passou a recolher pelo regime do Simples Nacional. Desta forma, observa-se que, haja vista tratar-se de regimes de tributação distintos e que por sua vez possuem formas de apuração específicas para cada caso, entende-se que o auditor não poderia ter considerado todo o período fiscalizado como se o contribuinte estivesse sob um único regime, devendo neste caso ter realizado o Levantamento de Conta de Mercadoria respeitando o regime de cada período.

Diante do exposto restou claro e inequívoco o cerceamento do direito de defesa da autuada, haja vista a existência de vícios insanáveis que levaram às informações incorretas e imprecisas da Conta Mercadoria impossibilitando a apuração da efetiva base de cálculo para a cobrança do ICMS. Portanto, segundo dispõe o § 3º do art. 53 do Decreto 25.468/99 transcrito abaixo, a preterição do direito de defesa será assim considerada sempre que, de uma forma ou de outra, o agente do Fisco inviabilizar o direito do autuado ao contraditório e à ampla defesa.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

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.

§ 1º Considera-se autoridade incompetente aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do respectivo ato;

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

I - esteja afastada das funções ou do cargo

II - não disponha de autorização para a prática do ato;

III - pratique ato extemporâneo ou com vedação legal;

§ 3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

Ademais, acerca da matéria, trazemos ao entendimento de Vitor Hugo Mota de Menezes (2002, p.22):

“Deve ser buscado no processo, desprezando-se as prestações tributárias, ficções legais, arbitramentos ou outros procedimentos que procurem atender apenas à verdade formal, muitas vezes atenuando contra a verdade objetiva, devendo a autoridade administrativa promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material.”

Ou seja, o atuante deveria ter levado em consideração a posição do inventário da empresa em junho de 2007, para, finalizando esse período, onde a empresa estava enquadrada no regime de EPP, realizar, em continuação, o levantamento levando em consideração a apuração realizada de acordo com o Simples Nacional. Há de se entender, portanto, a existência de inconsistências que invalidam o levantamento realizado pelo agente fiscal, impossibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa da contribuinte. Como já fora decidido por este Contencioso a nulidade da ação fiscal por preterição do direito de defesa:

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE COMPRAS. O agente atuante não trouxe aos autos o levantamento necessário à acusação de omissão de vendas, não sendo somente a confissão do contribuinte suficiente para caracterizar do ilícito fiscal. AÇÃO FISCAL NULA por preterição do direito de defesa. Decisão amparada nos arts, 33, inc, XI e 53, § 3º, ambos



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

do DEC. 25.468/99, por unanimidade de votos. (Resolução nº. 356/2003 –
2º Câmara Sessão: 10/07/0 - Relatora: Maria Zélia De Aquino Pinho)

Tendo em vista a fragilidade e insubsistência do lançamento ora analisado, impedindo o exercício do direito de defesa por parte da contribuinte, vislumbra-se a nulidade da ação fiscal, uma vez não comprovado ilícito tributário, conforme entendimento manifesto pelo parecer da Consultoria Tributária.

2. DO VOTO

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** processual nos termos do art. 32 da Lei nº 12.732/97, tendo em vista o impedimento da autoridade fiscal para a prática do ato, de acordo com o Parecer da Consultoria tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



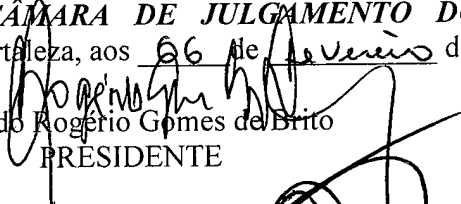
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

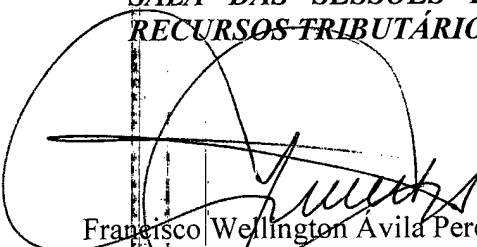
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **MARCIO ROBERTO CAMURÇA PESSOA** 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 Voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a nulidade processual, nos termos do art. 32 da Lei nº 12.732/97, tendo em vista o impedimento da autoridade fiscal para a prática do ato, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Ausente, justificadamente, a Conselheira Lúcia de Fátima Calou de Araújo.

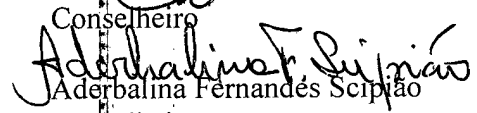
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 26 de fevereiro de 2013.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

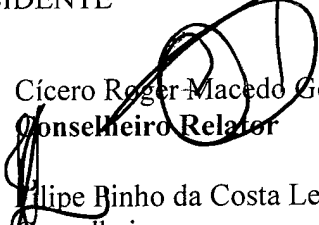

Francisco Wellington Avila Pereira
Conselheiro

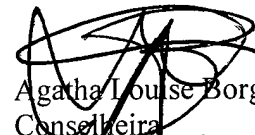
Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira


Valtér Barbalho Lima
Conselheiro


Aderbalina Fernandes Scipião
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro Relator


Elipe Binho da Costa Leitão
Conselheiro


Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira


Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO