



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 26 /2009

Sessão: 154ª Ordinária de 14 de Outubro de 2008

Processo Nº: 1/3916/2005

Auto de Infração Nº: 1/200705622

Recorrente: M. K. G. Alimentos Ltda.

Recorrido: Célula de Julgamento – 1ª Instância

Autuante: Juracy Braga Soares Junior

Relatora Originária: Daniela Sousa Gouveia

Relatora Designada: Ana Maria Martins Timbó Holanda

EMENTA: ICMS - Omissão de venda. Nulidade processual. Impedimento do agente autuante em virtude de prática de ato extemporâneo. Reformada por maioria de votos a decisão de procedência exarada na instância singular. Auto de infração julgado NULO nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97 e contrariamente ao parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Recurso voluntário conhecido e provido. No caso vertente, o Termo de Início de nº. 2005.13881, que serviu de base para a conclusão dos trabalhos de fiscalização foi emitido no dia 28.07.2005 juntamente com a lavratura do Auto de Infração de Nº. 2005.12622-9 e Termo de Conclusão de nº 2005.13891 em 29.07.2005, enviados ao contribuinte no dia 02.08.2005.

RELATÓRIO:

A peça vestibular dos autos acusa o contribuinte de:

“Omissão de receita identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, sem emissão de documentos fiscais.”

“O contribuinte deixou de emitir docto fiscal em operações de vendas nas modalidades de carta de crédito e de débito, no período de julho/04 a dez/04.”

O auditor indica os dispositivos infringidos, a penalidade aplicável ao fato e elabora o demonstrativo do crédito tributário.

Na informação complementar, o agente fiscal ratifica a acusação relatada na peça inicial, esclarecendo que a ação fiscal de que trata o projeto Auditoria Fiscal/Atualização de Estoques (Exercício Aberto), englobando o período de 01.01.2004 a 16.02/2006 (data em que foi iniciada a ação com a realização da contagem parcial do estoque de bebidas quentes. Afirma o autuante que o contribuinte atua no ramo de Restaurante e está enquadrado no Regime Normal de Recolhimento ficando evidenciado o recebimento de recursos das Administradoras de Cartão de Crédito, deixando de emitir os documentos fiscais e consequentemente registrar as vendas.

Aduz por fim, ter concluído o prazo no Termo de Inicio de n°. 2005.13881 logo após a remessa postal visto que o contribuinte já estava sendo intimado a apresentar os documentos que atestou não possuir pela terceira vez, motivando a lavratura do Auto de Infração sem aguardar o cumprimento do prazo de 10 dias (dez) previsto no referido Termo.

Às fls. 48/53, contribuinte apresenta suas razões de defesa, alegando em síntese:

- partindo de uma falsa premissa – omissão de receitas decorrentes da venda via cartão de crédito/débito, o autuante conclui de modo precipitado pela existência de uma infração – venda de mercadoria sem emissão de nota fiscal;

- que de acordo com o que se encontra registrado nos livros e documentos fiscais da autuada é absolutamente inconsistente o relatório utilizado pelo autuante para fundamentar o seu lançamento tributário, além de diversos vícios identificáveis como arbitramento do percentual e comissão da administradora de cartões;

- que inúmeros defeitos são visíveis, tais como o relativo à não consideração da quantidade de produtos comercializados pela empresa cujo ICMS já foi pago antecipadamente na modalidade de substituição tributária;

- inexistem nos autos elementos que demonstrem a ocorrência de eventual suprimento de caixa sem a comprovação de numerário;

- que se o fiscal estava diante de um indicio de omissão de saída, deveria ter adotado outros procedimentos de investigação no sentido de corroborar o que se lhe apresentava como mera suspeita;

- que nos domínios do CONAT há inúmeras decisões em que situações idênticas acolhendo os argumentos apresentados pelo contribuinte autuado.;

- apresenta jurisprudência acerca do assunto e requer ao final da sua impugnação a improcedência do feito fiscal.

Na Instância Singular o feito fiscal foi julgado Procedente.

Às fls. 77/90 dos autos, repousa a peça recursal do contribuinte, reiterando integralmente os argumentos ofertados na peça defensiva e suplicando por revisão pericial caso não haja convencimento da veracidade dos motivos ora expendidos.

A Consultoria Tributária, em parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela Procedência da acusação fiscal.

VOTO DA RELATORA:

O fato descrito na peça inicial relata como infração à legislação pertinente ao ICMS, a acusação de falta de emissão de documentos fiscais.

Na sessão de julgamento ocorrido no dia 14 de Outubro de 2008, esteve presente para sustentação oral das razões de recurso, o advogado do recorrente, Dr. Carlos César Sousa Cintra, tendo alegado naquela ocasião, preliminar de nulidade em razão do autuante não ter respeitado o prazo de 10 dias concedido ao contribuinte através do Termo de Início de Fiscalização, resultando na lavratura do auto de infração, tendo o agente fiscal enviado ao sujeito passivo via Correios com Aviso de Recebimento, o T.I.F. e o A.I., na mesma data.

O exame dos autos presentes é conclusivo de que o agente fiscal fora desobediente com as determinações legais. Os prazos existem para serem respeitados. No caso ora analisado, o contribuinte só teve conhecimento do início/reinício da ação fiscal por ocasião do recebimento do Auto de Infração que lhe fora enviado por AR.

Convém ressaltar que o Termo de Início de nº. 2005.13881, que serviu de base para a conclusão dos trabalhos de fiscalização foi emitido no dia 28.07.2005 juntamente com a lavratura do Auto de Infração de Nº. 2005.12622-9 e Termo de Conclusão de nº 2005.13891 em 29.07.2005, enviados ao contribuinte no dia 02.08.2005.

Com efeito, o ponto nodal da questão é a preliminar de nulidade alegada

pelo advogado do recorrente em sustentação oral, durante a sessão de julgamento, referindo-se ao desatendimento do prazo de 10 dias indicado no Termo de Início acima mencionado e sem a ciência do contribuinte acerca deste documento. Aliás, o prazo para encerramento da ação fiscal conforme regramento contido no § 2º do art. 821 RICMS é o que a seguir transcrevo: “Lavrado o Termo de Início de Fiscalização, o agente do Fisco terá o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para conclusão dos trabalhos, contados da data da ciência ao sujeito passivo, conforme disposto em regulamento.” (GN)

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, é de fácil percepção a importância da ciência do contribuinte nos trabalhos de fiscalização, seja no início ou no final da ação fiscalizatória. Ora, se não foi o contribuinte cientificado do Termo de Início/Reinício, em data anterior à lavratura do auto de infração, como é possível validar este procedimento fiscal?

Se não está a ação fiscal acobertada pelo manto da validade, tem-se como extemporâneo o procedimento de fiscalização, já que não se ampara no Termo de Início de nº 2005.11920 emitido em 20 de 06/2005, já vencido, nem no Termo de Início/Reinício de 28.07.2005, visto que o contribuinte não fora cientificado da emissão deste novo Termo, dele só tomando conhecimento quando do recebimento do Auto de Infração enviado pelo correios com Aviso de Recebimento.

Convém ressaltar, que o representante da douta Procuradoria Geral do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, durante os debates acerca da questão sub judice manifestou-se pelo afastamento da nulidade por entender que a norma havia sido atendida, fazendo alusão ao § 7ª do art. 821 do Decreto 24.569/97, afirmando, entretanto, que por questão de prudência, o agente fiscal deveria ter tido o zelo e deixado decorrer o prazo estipulado no Termo de Início.

Não é demais afirmar que a atividade administrativa de lançamento é plenamente vinculada, devendo o sujeito passivo sujeitar-se, rigorosamente, às

disposições legais, delas não podendo afastar-se, sob pena de eivar de nulidade os atos praticados, fato que se comprova nos autos presentes e razão porque deixo de acolher a sugestão do douto Procurador do Estado quanto ao afastamento da nulidade.

É imperioso, portanto, o reconhecimento de que o desenvolvimento da ação fiscal foi desobediente com o que preceitua o § 2^o. do art. 821 do Decreto 24.569/97, fato que vicia todo o procedimento fiscal, maculando-o de Nulidade Absoluta nos termos do art. 32. da Lei 12.732/97, 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.”

Isto posto conheço do Recurso Voluntário, dou –lhe provimento e voto no sentido que seja modificada a sentença monocrática, e reconhecida em sede de preliminar, a Nulidade Processual nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente M. K. G. Alimentos Ltda., e recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários já tendo, por unanimidade de votos, conhecido do recurso voluntário, resolve por maioria de votos, dar-lhe provimento para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, em grau de preliminar, **declarar a nulidade processual**, por impedimento do agente autuante, por ter lavrado o auto de infração antes de decorrido o prazo grafado no Termo de Início de Fiscalização de nº 200513881, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pela **Conselheira Ana Maria Martins Timbó Holanda, que ficou designada para lavrar a Resolução** e em desacordo com o Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos, contrários a nulidade, as Conselheiras Daniela Sousa Gouveia, relatora originária, Silvana Carvalho Lima Petelinkar e Francisca Marta de Sousa, que fundamentou seu voto como exposto a seguir: *“A meu pensar, no caso in concreto, não há que se falar em nulidade processual, pois embora o Termo de Início conceda o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de documentos, não se solicitou ali nenhum documento, visto que se infere dos autos que o fiscal já detinha os documentos fiscais. O objetivo do Termo de Início de Fiscalização almeja apenas inaugurar a continuidade dos procedimentos fiscalizatórios, não tendo, in casu, o condão de causar nenhum prejuízo ao direito de defesa da parte, ex vi art. 32, §2º, da Lei nº 12.732/97”*. Esteve presente, para sustentação oral do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Carlos César Sousa Cintra.

**SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 21 de
junho de 2.009.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE

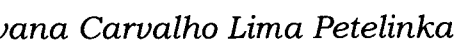

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Daniela Sousa Gouveia
CONSELHEIRA RELATORA


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA DESIGNADA


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA