



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

**Resolução Nº 333/2009**

**Sessão:** 53ª Ordinária de 10 de Março de 2009

**Processo Nº:** 1/4104/2005

**Auto de Infração Nº:** 1/200513155

**Recorrente:** G. B. Churrascaria Ltda.

**Recorrido:** Célula de Julgamento – 1ª Instância

**Autuante:** Luiz Pontes Cunha Filho

**Relatora Originária:** Silvana Carvalho Lima Petelinkar

**Relatora Designada:** Ana Maria Martins Timbó Holanda

**EMENTA:** ICMS – Omissão de venda. Nulidade processual. Impedimento do agente autuante em virtude do processo não ter sido instruído com o Termo de Início de Fiscalização que ensejou a lavratura do presente Auto de Infração, constando nos autos somente a tela do Sistema CAF. 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 Recurso voluntário conhecido e provido.

## **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 realizou vendas na modalidade cartão de crédito/debito sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais, nos meses de Julho a Setembro de 2004, conforme informações complementares em anexo.”

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 05.04.2005 ( data em que foi iniciada a ação com a realização da contagem parcial do estoque de bebidas quentes. Afirma o autuante que o contribuinte não aderiu ao Termo de Acordo, portanto as saídas de mercadorias devem ser tributadas pela alíquota de 17% (dezesete por cento) excetuados os casos previstos em Lei.

Diz, ainda, que o contribuinte não havia autorizado as administradoras de cartão a remeter informações à SEFAZ o que só ocorreu a partir de 2005, não sendo possível obter tais informações diretamente das administradoras, via internet.

Que após inúmeras tentativas de receber diretamente do contribuinte, a solução encontrada foi solicitar a CATRI que enviasse ofício à Secretaria da Receita Federal para obter os valores relativos as suas vendas com cartão de crédito e de débito, só obtendo resultado no final de julho de 2005.

Aduz que, obteve o extrato da DIRF relativa ao ano calendário de 2004 e com o valor d realizou o cálculo de forma inversa a fim de obter a venda com cartão fixando em 5% o percentual de comissão por desconhecer qual o percentual contratado.

Esclarece que o montante apurado não representa a totalidade do que foi sonegado, posto que não fora incluída as vendas a dinheiro e que o período foi delimitado de Julho a Dezembro de 2004 uma vez que as vendas com cartão só foram repassadas à SEFAZ pelas administradoras a partir de Março de 2005.

Às fls. 31/32, o contribuinte apresenta suas razões de defesa, alegando que embora o auto de infração mencione as informações complementares, as mesmas não foram recebidas pelo c bem como não consta da declaração de conteúdo no corpo do AR, fato que enseja a nulidade da acusação fiscal.

Às fls. 35 repousa o encaminhamento dos autos à CEPAT para que efetue a entrega das informações complementares e reabra prazo para pagamento ou apresentação de defesa.

O contribuinte alega em sua defesa:

- que não realizou operações de vendas de mercadorias sem documentação fiscal, razão pela qual o auto de infração deve ser julgado improcedente;

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

- que a convicção acerca da inexistência da infração dimana do conteúdo dos livros e notas fiscais que está nos autos, além do material que se encontra em poder do autuado para que através de uma perícia o julgador possa melhor firmar o seu convencimento de que não houve a venda de produtos sem emissão de documentos fiscais;

- que inexistente nos autos comprovação da ocorrência de eventual suprimento de caixa sem comprovação do numerário;

- que se o fiscal supunha estar diante de um indício de omissão de saída, deveria ter deflagrado outros procedimentos de investigação no sentido de corroborar o que se lhe apresentava como simples 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 os argumentos ofertados na peça defensiva e acrescentando que as razões indicadas pela autoridade julgadora não se prestam a fundamentar a condenação ora recorrida. Afirma que não ocorreu o ilícito denunciado na inicial e que os elementos probatórios são frágeis. Comenta acerca de precedentes administrativos e suplica por revisão pericial caso não haja convencimento da veracidade dos motivos ora expendidos e que seja julgado totalmente improcedente a presente ação fiscal.

A Consultoria Tributária, em parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela Parcial Procedência da acusação fiscal sob o argumento de que o percentual de vendas de produtos isentos e não tributados foi de 16,26% das vendas totais, o que significa que apenas 83,74% das vendas efetuadas no período de julho a setembro de 2004 foram tributadas.

Às fls. 80/81 repousa Despacho elaborado pela Conselheira Relatora Originária, em atendimento à decisão unânime da 2ª Câmara de julgamento, solicitando a apresentação de documentos que deixaram de ser acostados aos autos pelo autuante.

Em atendimento à decisão da Câmara de Julgamento o d. perito informa em seu laudo, que passados 30 dias da solicitação enviada ao auditor fiscal autuante, este não apresentou a documentação requerida.

No intuito de prestar esclarecimentos adicionais anexa aos autos as telas dos documentos solicitados, obtidos junto a Gestora do Sistema CAF.

**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 10 de Março de 2009, 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 anexado aos autos o Termo de Início que serviu de base ao auto de infração em apreço e que a tela da ordem de Serviço apresentadas pelo perito não permite a certeza necessária quanto ao conteúdo.

A análise dos autos demonstra que assiste razão ao contribuinte recorrente. Com efeito, às fls. 80/81, repousa Despacho exarado pela Conselheira Relatora em atendimento à decisão unânime da 2ª Câmara de julgamento, solicitando a apresentação de documentos que deixaram de ser acostados aos autos pelo autuante. Sem nenhuma justificativa, absolutamente omissa, o autuante não atendeu a Comunicação Interna de nº 161/2008 (fls. 83), ensejando o diligente Perito a solicitar a Gestora do Sistema de Controle da Ação Fiscal – CAF, a emissão dos documentos que serviram de base a ação fiscal presente. Pertinente, ainda, destacar que muito embora o autuante afirme nas informações complementares que a ação fiscal fora atrasada ao longo de quase seis meses em razão do contribuinte não fornecer os elementos à auditoria, no caso, os dados relativos às vendas com Cartão de Crédito, convém esclarecer que o Termo

de Início de nº 2005.06720 de 05.04.2005 que inaugura o procedimento de fiscalização não indica a solicitação deste tipo de documentação até porque o motivo da auditoria seria de Atualização de Estoque (exercício aberto).  
Cumpre destacar, que somente no Termo de Início de 2005.13822, conforme tela do Sistema CAF, lavrado em 27.07.2005 e postado com AR no dia 29 de julho de 2005, sexta-feira, é que consta a solicitação ao contribuinte dos comprovantes de vendas com cartão de crédito (tela do CAF). Não há registro nos autos de qualquer solicitação do fisco com relação aos comprovantes de vendas com cartão de crédito anterior ao reinício da ação fiscal que se deu com a lavratura do Termo de Início 2005.13822 de 27.07.2005 e que lamentavelmente não foi acostado aos autos pelo autuante.

O exame dos autos presentes é conclusivo de que o agente fiscal fora desobediente com as determinações legais. No caso ora analisado, ainda que fosse acolhida a tela do CAF com referência a emissão do Termo de Início de nº 2005.13822, lavrado em 27.07.2005, o autuante somente efetuou a sua postagem no dia 29 de julho de 2005 - sexta-feira, solicitando do contribuinte, comprovantes de vendas com cartão de crédito (tela do caf.). Pois bem, o prazo de 10 (dez) dias concedido ao contribuinte para apresentação dos documentos ali solicitados não teria sido respeitado, haja vista que o prazo teve início no dia 01 de Agosto e só se encerrando no dia 10 de Agosto. Ocorre que no dia previsto para o encerramento (10.08.2005) o autuante lavrou o auto de infração.

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 art. 821 c/c o art. 824, I, do Decreto 24.569/97, maculando de Nulidade Absoluta todo o procedimento fiscal 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:**

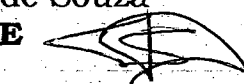
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente G. B. Churrascaria Ltda., e recorrido Célula de Julgamento de 1<sup>a</sup> Instância.

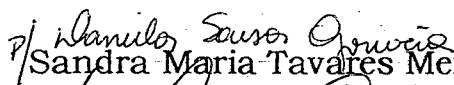
A 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, e por maioria de votos, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em 1<sup>a</sup> Instância e declarar a **nulidade processual** por impedimento do agente atuante, posto que o processo não foi devidamente instruído com o Termo de Início lavrado relativamente à Ordem de Serviço que gerou o auto de infração em apreço, apesar de requisitado do agente fiscal, e considerando, também, porque o espelho da Ordem de Serviço, anexado aos autos, não é suficiente para instruir o processo, pois não se tem certeza quanto ao seu conteúdo de forma integral. Tudo 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 da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos, contrários à nulidade suscitada, as Conselheiras Silvana Carvalho Lima Petelinkar, relatora originária, Sandra Maria Tavares Menezes de Castro e Francisca Marta de Sousa. 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 11 de  
Nov de 2.009.

  
José Wilame Falcão de Souza  
**PRESIDENTE**

  
Francisca Marta de Sousa  
CONSELHEIRA

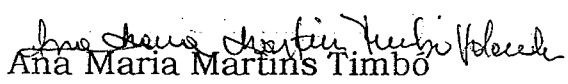
  
Sebastião Almeida Araújo  
CONSELHEIRO

  
p/ Sandra Maria Tavares Menezes  
de Castro  
CONSELHEIRA

  
p/ Jeritza Gurgel Rosário Dias  
CONSELHEIRA

  
Silvana Carvalho Lima Petelinkar  
CONSELHEIRA RELATORA  
ORIGINÁRIA

  
José Moreira Sobrinho  
CONSELHEIRO

  
Ana Maria Martins Timbó  
Holanda  
CONSELHEIRA DESIGNADA

  
Marcos Antonio Brasil  
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade  
PROCURADOR DO ESTADO