



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 366/2009

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 17/02/2009

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4994/2005 AI: 1/200520086

AUTUANTES: JOSÉ FERNANDES DE ALMEIDA E ANA MARIA BATISTA S. LUZ

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: CISNE INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

CONSELHEIRA RELATORA: SANDRA MARIA TAVARES MENEZES DE CASTRO

**EMENTA: ICMS – FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS
– SUBFATURAMENTO – PROVAS INCOMPATÍVEIS COM OS
FATOS NARRADOS NA INICIAL – INOBSERVÂNCIA DO
PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO -
NULIDADE – UNANIMIDADE.**

1 - Duas circunstâncias e infrações distintas foram indicadas como presentes na situação de que se cuida: falta de emissão de documento fiscal e subfaturamento;

2 - Nas planilhas acostadas como provas da acusação os servidores da Fazenda Estadual findaram por apontar venda de mercadoria abaixo do preço de custo (omissão de receitas).

3 - **Fundamentação:** art. 53, § 3º – Decreto 25.468/99.

4 - Recurso Oficial conhecido e não provido.

5 - Decisão de acordo com o Parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Relata a inicial:

Falta de emissão de documento fiscal em operação ou prestação acobertada por nota fiscal modelo 1 ou 1A e/ou série "d" e cupom fiscal. Quando da análise nos documentos fiscais da empresa, notas de entrada, notas saídas e demonstrativos e planilhas anexas verificamos que a empresa omitiu vendas de mercadorias constatadas através de vendas subfaturadas no período de jan a ago/2005 no montante de R\$ 206.713,71.

Como dispositivos infringidos foram apontados os arts. 127, 169, 174 e 177 do Decreto 24.569/97. Como penalidade cabível foi aplicada a do art. 123, III, "b" da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03.

Exige-se ICMS no valor de R\$ 35.141,33 e multa no montante de R\$ 62.014,11.

Nas Informações Complementares os agentes autuantes agregaram (fl. 04):

...verificamos que a empresa efetuou vendas sem notas fiscais...

Ilustram os autos o ato designatório, os termos de início e conclusão de fiscalização, cópias das notas fiscais de saídas, planilhas de custo de fabricação e de confronto entre preço de venda e custo de fabricação dos produtos (fls. 05/326).

A atuada impugnou o feito fiscal em 1ª instância arguindo preliminarmente a nulidade da inicial por cerceamento de seu direito de se defender da acusação em face do relato ali disposto. Em mérito, defendeu a improcedência.

A julgadora primeira declarou ser nulo o feito fiscal à vista das provas acostadas que, conforme interpretou, seriam incompatíveis com a acusação (fls. 337/341).

Houve Recurso de Ofício.

Parecer da Consultoria Tributária opina pela manutenção da decisão recorrida. O representante da Procuradoria Geral do Estado referendou mencionado Parecer.

VOTO

Aprecia-se Recurso Oficial face decisão monocrática que declarou a nulidade de auto de infração que guarda a acusação de falta de emissão de documentos fiscais de saídas/subfaturamento.

Reconheceu-se na peça decisória que o relato que descreve a infração está contraditório e que as provas acostadas são incompatíveis com a conduta descrita na inicial.

A autuada, por sua vez já apontara por ocasião de sua impugnação a dificuldade que enfrentou para contradizer a acusação diante de dúvidas que lhe suscitara o relato apresentado.

Compulsando os autos, em especial os documentos que compõem a inicial, observam-se de fato descrições conflitantes.

Lê-se no corpo do auto que a infração detectada é **falta de emissão de documento fiscal** e mais a frente **que a empresa omitiu vendas de mercadorias constatadas através de vendas subfaturadas**. Por seu turno nas Informações Complementares tornou-se a grafar: **a empresa efetuou vendas sem notas fiscais**.

Portanto, duas circunstâncias e infrações distintas foram indicadas como presentes na situação de que se cuida: falta de emissão de documento fiscal e subfaturamento.

E repise-se: tratam-se de condutas diferenciadas. No caso da primeira, ocorrida a venda o contribuinte deixa de emitir o documento fiscal correspondente, ao passo que no segundo caso, ocorrida a venda é emitido o documento fiscal, entretanto nele se registra a operação em valor inferior ao efetivamente praticado.

Como é de se supor mencionadas práticas também são apuradas e comprovadas por meios distintos.

Nesse tocante reside outra contradição. Após as informações acima destacadas os agentes atuantes acostaram como elementos de prova da acusação além de cópias de notas fiscais de saídas, algumas planilhas de sua elaboração onde constam levantamento de custo de fabricação dos produtos e confronto de mencionados custos com os preços de venda constante dos documentos fiscais de saída, o qual resultou em déficit.

Em outra dicção, nas planilhas acostadas como provas da acusação os servidores da Fazenda Estadual findaram por apontar venda de mercadoria abaixo do preço de custo (omissão de receitas), o que difere da prática de subfaturamento e até mesmo da falta de emissão de documentos fiscais já que o confronto foi realizado para cada uma das notas fiscais de saída emitidas (fls. 290/326).

Não bastasse mencionada imprecisão quanto a conduta efetivamente praticada pelo contribuinte, os autuantes ainda se furtaram de demonstrar a origem das quantidades e dos valores que compuseram os custos de fabricação (fls. 286/288), o que não se admite frente ao direito do contribuinte autuado a Ampla Defesa e ao Contraditório.

A legislação processual vigente exige que os agentes do Estado observem a clareza e a precisão quando da feitura da peça acusatória. E aqui se alcança a intenção do legislador em salvaguardar os Princípios que regem o Processo Administrativo Tributário, em especial o Princípio que se reporta aos já mencionados Ampla Defesa e Contraditório:

DECRETO 25.468/99

Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

(...)

XI – descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário a melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo ao auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração.

A esse respeito leciona o respeitável tributarista Hugo de Brito Machado (*in Curso de Direito tributário, 27ª edição, pag. 458*):

Entre os requisitos acima enumerados, deve ser destacado, por sua grande importância, a *descrição do fato que*, no entender do autuante, configura infração da legislação tributária. Essa descrição a de ser objetiva, clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal.

Não é diferente quando se trata das provas a serem acostadas pelos agentes autuantes. No entendimento de doutrinadores respeitáveis:

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).¹

No caso que se enfrenta os agentes autuantes não descreveram com precisão a infração que teria sido praticada pela recorrida além de terem acostado elementos de prova que não guardam compatibilidade com os fatos narrado nas peças que compõem a inicial, o que inevitavelmente conduz à nulidade do feito fiscal nos termos do art. 53, § 3º do Decreto 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.

(...)

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

Nesse sentido, **VOTO** para que se conheça do Recurso Oficial, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão exarada em 1ª Instância, e declarar a **nulidade** do processo, de acordo com Parecer adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É COMO VOTO

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos - **TEORIA GERAL DO PROCESSO** – 20ª edição – Revista e Atualizada; São Paulo; Malheiros Editores; 2004; pag. 351

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA e recorrido CISNE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão exarada em 1ª Instância, e declarar a **nulidade** do processo, por falta de clareza da infração denunciada, bem como em face das provas apresentadas, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 27 de maio de 2009.


Sandra Mª Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA RELATORA


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Silvana Carvalho Lima Petelinckar
CONSELHEIRA


José Rômulo da Silva
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Walbene Graça Ferreira Filho
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA

PRESENTE:

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado