



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 490 /2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

78ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 15/07/09

PROCESSO Nº. 1/2150/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200703085-2

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: SÁVIO GURGEL NOGUEIRA

AUTUANTES: Jucélio Praciano Rodrigues de Sousa e Antônio Glaydson da Silva

MATRÍCULAS: 061.824-1-0 e 105.781-1-6

RELATOR: Conselheiro José Moreira Sobrinho

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDA. 1. A empresa autuada realizou a venda de mercadorias desacompanhada das respectivas notas fiscais, sendo o ilícito identificado através do levantamento financeiro/fiscal/contábil, ensejando na lavratura do auto de infração em comento. Recurso oficial conhecido e não provido. 2. Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, por não constar no processo a *Conta Mercadoria* que embasa a acusação fiscal, em desacordo com o parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Confirmada a decisão exarada em 1ª instância, porém com fundamentação diversa. 3. Decisão amparada ao art. 53, *caput* do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

A presente demanda refere-se ao auto de infração lavrado por *omissão de saída*, referente ao período de janeiro a dezembro/06, detectada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil, no montante de R\$ 46.683,72. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2007.00958, objetivando executar *auditoria fiscal específica – baixa no CGF*, referente ao período de 18/04/02 a 05/01/07, junto ao contribuinte *Sávio Gurgel Nogueira*, enquadrada no CNAE como *comércio varejista de máquinas e equipamentos*. Auto de infração lavrado em 15/03/07, com fulcro no art. 92, §8º da Lei 12.670/96.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 26/02/07 de forma postal, através do termo de notificação nº. 2007.04355, consoante comprova a cópia do AR às fls. 08.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200703085-2, informações complementares de fls. 03/05, ordem de serviço nº. 2007.00958 termo de notificação nº. 2007.04355 de fls. 07, cópia de AR, correspondência do contribuinte à Sefaz, *Livro de Registro de Apuração do ICMS*, registro de inventário, *Relação de Estoque de Mercadorias – REM* de fls. 31, dados cadastrais do contribuinte, relação de despesas efetivamente pagas no período, *Demonstração de Entradas e Saídas de Caixa - DESC*, composição do débito às fls. 39, termo de disponibilização de livros e documentos e termo de juntada. O auto, em epígrafe, relatou *expressis verbis*:

“OMISSÃO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL, SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. CONTRIBUINTE EFETUOU VENDAS DE MERCADORIAS NO MONTANTE DE r\$ 46.683,72_, CONFORME DEMONSTRACAO DE RESULTADO COM MERCADORIAS E INFORMACOES COMPLEMENTARES EM ANEXO, REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2006.” (sic).

Às informações complementares, os autuantes afirmaram que em cumprimento ao ato designatório foi efetuado o procedimento de auditoria fiscal no contribuinte supracitado, oportunidade em que detectou a omissão de saídas tributadas no exercício de 2006. Mencionaram que expirado o prazo para recolhimento espontâneo do ICMS, o contribuinte apresentou ofício de fls. 09 informando que a existência da diferença apontada pelo levantamento, se deu em virtude de problemas no sistema que não efetuou as baixas dos produtos em lide, no entanto noticiou que os mesmos foram vendidos com cupom fiscal. Frente à declaração do contribuinte, os auditores fazendários declararam a impossibilidade da substituição do inventário entregue por ocasião da *Baixa Cadastral*.

Os agentes fiscais sugeriram como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação, conforme tabela abaixo relacionada:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

| | |
|------------------|----------------------|
| Base de Cálculo | R\$ 46.683,72 |
| Alíquota | 17,00% |
| ICMS (principal) | R\$ 7.936,23 |
| Multa (30%) | R\$ 14.005,12 |
| TOTAL | R\$ 21.941,35 |

A contribuinte tomou ciência da peça inaugural, por via postal, consoante AR acostado aos fólios processuais às fls. 42. Devidamente ciente da peça acusatória, apresentou petição de dilação de prazo às fls. 54, ao que foi prontamente deferido, postergando para 24/04/07 o novo prazo para apresentação de impugnação.

Nas razões defensórias, a atuada relatou que o agente fiscal simplesmente inseriu determinados valores na planilha de forma aleatória e sem nenhum critério técnico para tal, pois sequer demonstrou a memória de cálculo dos números encontrados. Asseverou ainda, que não fora acostado ao caderno processual, documentação que dê suporte ao feito fiscal em lume, inferindo que, este, deveria vir acompanhado do levantamento quantitativo de estoque, para que fosse demonstrado de maneira clara e transparente os produtos que tiveram omissão de vendas. Afirmou ainda que a autoridade fiscal não se deteve à busca da verdade material dos fatos e, o Fisco utilizou-se apenas do que foi informado pelo *Livro de Apuração do ICMS* do impugnante prejudicando assim o sujeito passivo da demanda. Ressaltou que não foi levado em consideração as particularidades nas vendas de aparelhos telefônicos, pois devido as promoções, os celulares são vendidos por preço inferior ao da aquisição. Por fim a atuada requereu que seja julgado **IMPROCEDENTE** o auto de infração em função das nulidades processuais apresentadas, bem como que sejam julgadas **IMPROCEDENTES** as infrações arroladas no auto de infração, pois são desprovidas de embasamento de fato e de direito.

O julgador monocrático entendeu que o levantamento unitário de mercadoria é meio idôneo para a verificação da ocorrência do fato tributário, porém, não é o único, pois o art. 92, caput, da Lei 12.670/96 prevê, que além do levantamento fiscal propriamente dito, existe também o levantamento de natureza contábil. Assim sendo, afirmou que o *demonstrativo do resultado bruto* é meio idôneo e suficiente para a verificação da existência real do fato jurídico tributário, dispensando assim, a presença simultânea do levantamento unitário das mercadorias, mesmo porque, abrangem aspectos diferentes. Entrementes, consignou que o ilícito em comento não se amolda à situação jurídica identificada nos autos, uma vez que não teve por pressuposto o resultado bruto das operações com mercadorias, mas o resultado do fluxo de caixa



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

(DESC) com saldo financeiro positivo, o que por si só, nega qualquer omissão de receitas imputada. Neste sentido, expendeu que não cumpriu a autoridade fiscal com o dever de verificar a ocorrência do fato tributário, sendo assim, carece o auto de infração de motivo tendo em vista que inexistente a matéria de fato em que se fundamenta, em razão dessa carência tem-se motivo suficiente para ensejar nulidade. Por fim entendeu-se como **NULO** o auto de infração, restando prejudicadas as questões levantadas pelo impugnante, sendo assim remetida esta decisão ao *Conselho de Recursos Tributários* na forma regulamentar.

O postulante fora intimado da NULIDADE processual exarada pela instância singular, por edital, em virtude do pedido de baixa cadastral, que motivou a presente ação fiscal. Por oportuno, a comunicação da publicação no *Diário Oficial do Estado* fora enviada, por via postal, em 11/11/08, para o sócio da empresa, *Sr. Sávio Gurgel Nogueira*, consoante termo de juntada acostado aos autos às fls.63 e cópia do *Edital de Intimação 129/08* de fls. 64, onde foi veiculada a decisão, em 04/12/08, na dicção do art. 26, § 4º da Lei. 12.732/97.

A *Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 17/09, noticiou que analisando os autos foi possível verificar que assiste razão o entendimento do julgador monocrático, pelo fato que os instrumentos probatórios acostados pela acusação não são suficientes para comprovar o ilícito tributário, afirmou que não trazem o demonstrativo do resultado bruto com mercadorias do ponto de vista contábil. Enfim, a consultoria sugeriu o conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, no sentido de manter a decisão proferida em 1º grau, opinando pela **NULIDADE** do feito fiscal nos termos da decisão singular.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 66 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, em face de **SÁVIO GURGEL NOGUEIRA**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo originário no que compete ao auto de infração sob o nº. 2/200703085-2, nos termos da legislação processual vigente.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

No processo *sub examine*, a acusação fiscal versa sobre *omissão de receita* decorrente da venda de mercadorias desacompanhas das respectivas notas fiscais, referente ao período janeiro a dezembro/06 no montante de R\$ 46.683,72.

Entretanto, em análise aos fólios processuais, depreende-se a existência de matérias cognoscíveis de ofício, razão pela qual passamos a adentrar, preferencialmente, na seara preliminar da lide em comento.

Na autuação fiscal faz-ser mister a existência de declarações claras e precisas dos motivos que ensejaram a lavratura do auto. Todo o levantamento deve estar consubstanciado nos parâmetros legais, não sendo, permitida, a ocorrência de arbitrariedades, tendo em vista que os atos dos agentes públicos possuem vinculação ao que está previsto em lei.

Neste interím, cabe ressaltar o ilustre Prof. *Misabel Abreu Machado Derzi*, na obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*, onde afirma que: "*A lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados*". Dessa forma, tem-se que, não sendo o lançamento um ato discricionário, inexistente flexibilização da ação do agente fiscal; se está determinado na legislação tributária, não há margem de liberdade ao Fisco.

Desse modo, não pode o Fisco criar toda uma linha de raciocínio para fundamentar um ilícito tendo por base a *Conta Mercadoria* se não se vislumbra nos autos tal documento, bem como não se observa que tal planilha tenha sido entregue à contribuinte.

O auto de infração deverá atender aos requisitos elencados no art. 33 do Decreto 25.468/99, dentre eles, tem-se que o auto de infração deverá conter uma descrição clara e precisa dos motivos e circunstâncias, que levaram o agente fiscal a lavrar o auto de infração. Conforme disposto no art. 33, XI, XIV e §2º, *ipsis litteris*:

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 à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

contábeis e fiscais, em anexo do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração;

(...)

XIV – indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária;

(...)

§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso. (Grifos acrescidos).

É de crucial importância que se faça presente a *conta mercadoria* no caderno processual, em virtude de que cabe ao Fisco o ônus de provar a ocorrência do ilícito, demonstrando qual foi a metodologia utilizada para ensejar a lavratura do auto. Sendo assim, no auto de infração deve ser especificado o método de fiscalização utilizado, bem como este deve ser trazido aos autos por se tratar de um requisito essencial de validade. Como tal procedimento não foi observado ficou a contribuinte impossibilitada de exercer, plenamente o seu direito de defesa.

Nesse contexto, restou a contribuinte impossibilitada de exercer, plenamente, seu direito de defesa, fato este que, por si só, já enseja a extinção do processo, em virtude da nulidade, nos termos do art. 53, *caput* do Decreto 25.468/99:

Art. 53. 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.

Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar **Humberto Theodoro Júnior**¹, em sua costumeira destreza:

O ato absolutamente nulo, já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais.

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Diz respeito a interesse de ordem pública,

¹ Curso de Direito Processual Civil – Ed. Forense, 2007, pág. 325.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independente de provocação da parte interessada.

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, para, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** da ação fiscal, em virtude da ausência da *Conta Mercadoria* no processo, confirmando a decisão condenatória exarada em 1ª instância, porém com fundamentação diversa, e em desacordo com os termos do parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



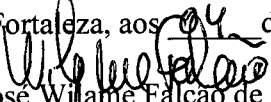
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **SÁVIO GURGEL NOGUEIRA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para declarar a **nulidade** processual porém com fundamentação diversa a do julgamento de 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com os termos do Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. A nulidade foi declarada sob o fundamento de que a acusação fiscal afirma que a base da autuação é a Conta Mercadoria, que não consta do processo. Ademais, a Informação Complementar não menciona que tal planilha foi entregue à parte. O Conselheiro José Rômulo da Silva declarou-se impedido de votar por ter proferido o julgamento singular.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 04 de SETEMBRO de 2009.

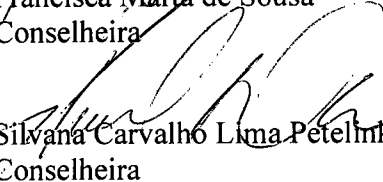

José Wilamé Falcão de Souza
PRESIDENTE


José Rômulo da Silva
Conselheiro

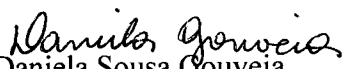

Marcos Antônio Brasil
Conselheiro



Francisca Marta de Sousa
Conselheira

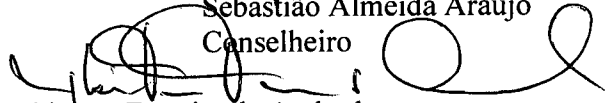

José Moreira Sobrinho
Conselheiro Relator


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
Conselheira


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
Conselheira


Daniela Sousa Gouveia
Conselheira


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO