



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 532 /2009
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
95ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 18/08/09
PROCESSO Nº. 1/3480/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200502536-0
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: R. E. GOMES BASTOS - EPP
AUTUANTE: Rogério Silva Moreira
MATRÍCULA: 103.134-1-4
RELATOR: Conselheiro José Moreira Sobrinho

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS. 1. A empresa autuada realizou a venda de mercadorias tributadas, sem que realizasse o recolhimento do ICMS devido, 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, em virtude do cerceamento do direito de defesa, conforme 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 nos artigos 32 da Lei 12.732/97 e 33, XI do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

A proeminal em alusão versa sobre auto de infração lavrado por *omissão de receitas*, decorrente da venda de mercadorias tributadas sem que fosse realizado o efetivo recolhimento do ICMS devido na operação, identificada através do levantamento financeiro/fiscal/contábil. A omissão em apreço refere-se ao período de janeiro a dezembro/03, no valor de R\$ 20.318,13. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada inicialmente pela ordem de serviço nº. 2004.34328, cujo objetivo era executar *auditoria fiscal específica*, referente ao período 01/01/02 a 31/12/03, junto ao contribuinte *R. E. Gomes Bastos - EPP*, enquadrada no CNAE como *mercearias e armazéns varejistas*. Auto de infração lavrado em 15/02/05, 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

Haja vista a ocorrência de extravio do AR, a contribuinte fora comunicada do início da fiscalização por meio do Edital de Intimação nº. 03/05, no qual foi intimada para apresentar no prazo de 10 (dez) dias os documentos necessários para a execução da ordem de serviço nº. 2004.34328.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200502536-0, informações complementares às fls.03/06, ordem de serviço nº. 2004.34328, termo de início de fiscalização nº. 2004.36862, termo de conclusão nº. 2005.03129, demonstrativo das entradas e saídas, demonstrativo de conta mercadoria, composição de débito, informações do SISIF de fls. 16/21, outros documentos de fls. 22/28, AR, Informação Fiscal de fls. 30, Edital de Intimação nº. 03/05, termo de juntada, Edital de Intimação nº. 01/07 e termo de revelia. A peça inaugural descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“OMISSÃO DE SAÍDA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTÁBIL CONTRIBUTUENTE DEVIDAMENTE QUALIFICADO, APRESENTOU EM SUAS OPERAÇÕES MERCANTIS DO PERÍODO DE 2003, OMISSÃO DE RECEITAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS, MONTANTE DE R\$ 20.318,13 (VINTE MIL TREZENTOS E DEZOITO REAIS E TREZE CENTAVOS), O QUE MOTIVOU A LAVRATURA DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.” *(sic)*.

Às informações complementares, o agente fiscal em cumprimento ao ato designatório expendido, após análise da documentação instrutória, constatou que a contribuinte realizou a venda de mercadorias tributadas sem realizar o efetivo recolhimento do ICMS, o fato foi comprovado por meio da análise desenvolvida junto à documentação apresentada pela referida empresa, bem como do confronto de informações colhidas por meio do *Guia Informativo Mensal do ICMS – GIM, Informações do Cometa e do Sisif*, caracterizando assim a infração no montante de R\$ 20.318,13. O Fisco acostou nas informações complementares a fundamentação que serviu para subsidiar a autuação.

O agente fiscal sugeriu como penalidade a preceituada no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, pagamento de multa equivalente a 40% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Base de Cálculo	R\$ 20.318,13
Alíquota	17,00%
ICMS (principal)	R\$ 3.454,08
Multa (30%)	R\$ 6.095,44
TOTAL	R\$ 9.549,52

O prazo transcorreu *in albis*, sem que a autuada recolhesse aos cofres fazendários o valor devido ou ofertasse impugnação. Destarte, foi instaurada a relação contenciosa, pela revelia, nos termos do art. 77 do Decreto 25.468/99. Termo de revelia lavrado em 03/07/07.

O julgador singular, após relato minucioso, afirmou que o levantamento apresentado pelo Fisco para fundamentar o presente auto de infração possui natureza financeira, porém não pode constar, como se observa, os valores relativos ao custo da mercadoria vendida, pois lembrou que tal fato não representa exatamente a entrada de recursos financeiros no caixa da empresa. Nesse contexto, salientou que o método utilizado pelo agente fiscal não é cabível haja vista que o custo da mercadoria vendida refere-se ao levantamento físico, não constituindo item para compor um levantamento financeiro. Desse modo, entendeu como **NULA** a ação fiscal.

Por ter sido proferida decisão contrária aos interesses da Fazenda Estadual, esta recorre de ofício ao egrégio *Conselho de Recursos Tributários*, pelo fato de o valor originário exigido no auto de infração ser superior a 5.000 (cinco mil) Ufirse's.

A autuada fora intimada da decisão de **NULIDADE** da instância singular por edital, após o envio da comunicação da publicação no *Diário Oficial do Estado*, em 22/12/08, consoante cópia do Edital de Intimação nº. 144/08, às fls. 46.

A *Consultoria Tributária* apresentou o Parecer 102/09, onde afirmou que o método utilizado pelo agente fiscal foi o de levantamento fiscal, embora o auto de infração em questão possua natureza financeira, sendo assim, lembrou que não podem constar valores referentes ao custo da mercadoria vendida. Aduziu que o método utilizado deveria ter sido o de levantamento físico. Ao final, opinou pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

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. 48/49.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, em face de **R. E. GOMES BASTOS - EPP**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo originário no que compete ao auto de infração sob o nº. **2/200502536-0**, nos termos da legislação processual vigente.

No processo *sub examine*, a acusação fiscal versa sobre *omissão de receita* decorrente da venda de mercadorias tributadas, sem que fosse realizado o efetivo recolhimento do **ICMS**, referente ao período janeiro a dezembro/03, no montante de R\$ 20.318,13.

A empresa não apresentou recurso voluntário, 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 íterim, 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, a metodologia utilizada pelo agente fiscal em seu levantamento foi incorreta, haja vista que possui natureza financeira, não podendo por sua vez,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

constar valores referentes ao custo da mercadoria vendida, pois essa possui natureza econômica. Por essa razão, restou confuso o levantamento feito pelo autuante, porquanto existem elementos econômicos que ali não deveriam estar.

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

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. 32, *caput* da Lei 12.732/97:

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.

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.

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

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Diz respeito a interesse de ordem pública, 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 confirmar a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida em 1ª Instância, porém com fundamento diverso nos artigos 32 da Lei 12.732/97 e 33, XI do Decreto 25.468/99.

É o VOTO.



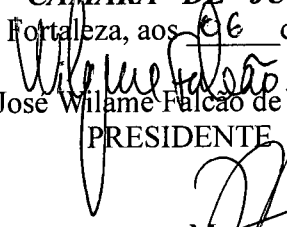
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

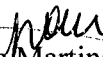
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **R. E GOMES BASTOS - EPP**. 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 declaratória de nulidade proferida pela 1ª Instância, porém com fundamento no art. 32 da Lei 12.732/97 – cerceamento do direito de defesa - , portanto o levantamento fiscal que embasou a autuação é bastante confuso, contrariando o disposto no art. 33, XI do Decreto 25.468/99.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de outubro de 2009.

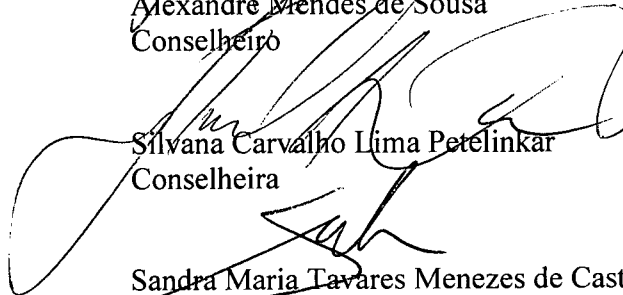

José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE

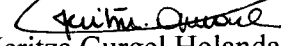

Ana Maria Martins Timbó Holanda
Conselheira



Marcos Antônio Brasil
Conselheiro


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

José Moreira Sobrinho
Conselheiro Relator


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
Conselheira


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
Conselheira


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
Conselheira


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro


Ubikatan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO