

OK!



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

RESOLUÇÃO Nº. 641 /2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

77ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 15/04/2013

PROCESSO Nº. 1/3597/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200707981-0

**RECORRENTE: J ABREU COMÉRCIO DE MATERIAL PARA PINTURA E
REPRESENTAÇÕES LTDA E CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

RECORRIDO: AMBOS

AUTUANTE: Edson Barbosa Lima

MATRICULA: 00532110

RELATOR: Conselheiro Filipe Pinho da Costa Leitão

EMENTA: ICMS – 1. OMISSÃO DE VENDAS. 2. Ação fiscal consubstanciada na saída de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, detectadas por meio Receitas não comprovadas, no exercício de 2003. **3. Recursos de Ofício e Voluntário conhecidos e providos. 4. Auto de infração julgado NULO**, por maioria de votos, após afastar preliminar de nulidade por falta de clareza e precisão da autuação. Confirmado a fragilidade do ato administrativo, face à ausência dos pressupostos de validade, comprometendo a lisura dos atos processuais. Decisão contrária ao parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. **5. Modificada a decisão proferida pela Instância Singular.**

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: *“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. Do exame procedido nos documentos fiscais desta empresa, verificamos que foram efetuadas saídas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais no exercício de 2003, no montante de R\$ 477.437,05, sendo o ICMS devido R\$ 81.164,30. Ver informação complementar”.*

L



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.123, inciso III, alínea "b" da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03. Por tais fatos foi elaborada a seguinte demonstração:

| | |
|------------------------|-----------------------|
| Base de Cálculo | R\$ 477.437,05 |
| ICMS (principal) | R\$ 81.164,29 |
| Multa (30%) | R\$ 143,231,12 |
| TOTAL | R\$ 224.395,41 |

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Ordem de Serviço nº 2007.16051;
- Termo de Início de Fiscalização nº 2007.13905;
- Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2007.17164;
- Relação das Compras efetuadas no exercício de 2002, pagas no exercício de 2003 às fls. 07/09;
- Termo de Abertura às fls. 10;
- Livro Diário às fls. 11/13;
- Termo de Encerramento às fls. 14
- Recibo de Devolução de Documentos Fiscais às fls. 15
- Termo de Revelia e Despacho às fls. 16.

Às fls. 41/46 temos o julgamento monocrático que decide pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, em razão da exclusão de penalidade o ICMS relativo aos produtos sujeitos à sistemática de substituição tributária. Por tais fatos, segue demonstrativo abaixo:

**DEMONSTRATIVO
TRIBUTAÇÃO NORMAL**

| | |
|------------------------|-----------------------|
| Base de Cálculo | R\$ 253.041,75 |
| ICMS (principal) | R\$ 43.017,09 |
| Multa (30%) | R\$ 75.912,52 |
| TOTAL | R\$ 118.929,61 |

1



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

| | |
|--------------|-------------------|
| MULTA | 30 UFIRCES |
|--------------|-------------------|

Irresignada com a decisão exarada na instância singular, a autuada interpôs recursos voluntário e alegou que não pode ser cobrado imposto sobre mercadorias sujeitas a substituição tributária. Inferiu que a “conta fornecedores” é uma conta patrimonial e que não houve identificação das duplicatas que comportariam a diferença. Requereu perícia e sustentação oral.

O laudo pericial, elaborado mediante requisição da Consultora Tributária às fls. 62/66, asseverou que a partir dos documentos solicitados, extraiu do Livro Razão o Balanço Patrimonial, onde consta o saldo inicial e final da Conta fornecedor, consoante cópia acostada aos autos. Aduziu que o resultado obtido no montante de R\$ 477.437,05 se não comprovado é passivo fictício decorrente do ano base de 2002 e não no exercício de 2003. Neste sentido, como o período fiscalizado 01/2003 a 12/2003, salientou que a lógica da técnica contábil para identificar o indício de passivo fictício seria tomar como base o Saldo final da conta fornecedor de 31/12/2003, no valor de R\$ 581.189,69, que subtraído das Duplicatas emitidas no exercício de 2003, que foram quitadas em 2004, no quantum de R\$ 294.732,19. Essa operação resultou um valor no quantitativo de R\$ 286.457,50, como a empresa em questão não apresentou os comprovantes de pagamentos do exercício de 2003, ficou caracterizada a existência de “saldos fictícios” na conta fornecedores. Em pesquisa ao Sistema Cometa, constatou que as operações sujeitas ao regime de substituição tributária sujeitando-se ao percentual de 11% do valor total das compras efetuadas no período de 2003.

Através de Parecer de Nº 91/2011 a Consultoria Tributária sugeriu o conhecimento dos recursos de ofício e voluntário interpostos, dando parcial provimento a ambos, no sentido de manter a **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do lançamento exarada pela 1ª Instância, porém, com a alteração de valores da Base de Cálculo e do percentual relativo aos produtos sujeitos à substituição de acordo com o laudo pericial, na forma deste parecer:

TRIBUTAÇÃO NORMAL

| | |
|-------------------------|-----------------------|
| Base de Cálculo | R\$ 254.947,17 |
| ICMS (principal) | R\$ 43.341,02 |
| Multa (30%) | R\$ 76.484,15 |
| TOTAL | R\$ 119.825,18 |

L



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

| | |
|------------------------|----------------------|
| Base de Cálculo | R\$ 31.510,33 |
| ICMS (principal) | R\$ 0,00 |
| Multa (30%) | R\$ 3.151,03 |
| TOTAL | R\$ 3.151,03 |

Em sede de julgamento de 2ª Instância, na 1ª Sessão Ordinária, aos 09 de janeiro de 2012, mediante deliberação, a colenda Câmara, por unanimidade de votos, decidiu converter o curso do julgamento do processo em realização de **perícia**, no sentido de dirimir os seguintes questionamentos quanto à Relação nominal das duplicatas que se mantiveram ou inexistem na conta de Fornecedores assim como verificar as Cópias dos livros e/ou documentos contábeis no sentido de verificar a ocorrência de passivo fictício, refazendo-o se julga necessário. Por fim requereu a averiguação do percentual de mercadorias sujeitas à substituição tributária, efetuadas no ano de 2003 e 2004.

A perícia apresentou laudo revelando Saldo Final da Conta Fornecedor do Balanço Patrimonial, assim como das duplicatas emitidas em 2003 e 2004 obtendo um resultado de Saldo Fictício no passivo de R\$ 286.457,50 passando a representar o novo valor de Base de Cálculo.

Foi requerida nova realização de perícia no sentido apresentar a relação nominal das duplicatas assim como as cópias dos livros e documentos contábeis relacionados às operações e por fim averiguar o percentual de mercadorias sujeitas à substituição tributária estão compatíveis com os valores declarados na DIEF.

O segundo laudo pericial, proferido às fls. 102/106, aduziu que a solicitação teve os quesitos prejudicados pela não apresentação dos documentos (duplicatas e notas fiscais) referentes ao ano de 2002 pelo contribuinte.

Eis o breve relatório.

VOTO DO RELATOR

Tratam-se de Recursos Oficial e Voluntário interpostos pela **J. ABREU COM. MATERIAL PARA PINTURA e CÉLULA DE JULGAMENTO DE**



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

PRIMEIRA INSTÂNCIA em face de **AMBOS**, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/200707981-0**. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por omissão de vendas, no período de janeiro a dezembro/2003.

1. Da Preliminar de Nulidade

De início, insta consignar que assiste razão às afirmações do colegiado, em função da fragilidade do lançamento efetuado pelo fiscal autuante.

A *Administração Pública* deve atender ao consagrado princípio constitucional da legalidade, tendo em vista que a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão somente a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa. Sobre o tema, Diogenes Gasparini esclarece:

"Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é anti-jurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o particular. De fato, este pode fazer o que a lei autoriza e tudo o que a lei não proíbe; aquele só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo situações excepcionais. A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da administração pública está preso à lei e qualquer desvio de suas imposições pode nulificar o ato e tornar seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, cível e criminalmente" (Direito Administrativo, 3a ed., 1993, p. 6)

No que pese à autoridade administrativa cabe ressaltar que o lançamento tributário deve sempre perseguir a obediência à lei e à verdade real dos fatos que somente poderão impor-se à medida que exprimam a vontade legal estabelecida. É inadmissível reduzir a fiscalização a um *standard pessoal*, se faz necessário a busca incansável da verdade material, posto que, a legalidade é a viga mestra da atividade administrativa. Diferentemente da administração privada, o gestor público está completamente submisso aos mandamentos legais no exercício do seu *múnus público*, desta feita não pode ignorar o primado constitucional.



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Em análise acurada do caderno processual, verifica-se que o auto de infração em apreço encontra-se eivado de vícios, uma vez que o preposto fazendário cometeu um equívoco na técnica contábil quando da data base utilizada para se chegar ao saldo final do exercício. A metodologia utilizada por àquele encontra-se errônea, resultando um passivo fictício equivocadamente. Portanto, necessário declarar a nulidade do feito por ausência dos pressupostos de validade do ato administrativo, com fulcro no art. 37 da Carta Magna de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Logo, tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar *Humberto Theodoro Júnior*¹, em sua costumeira proficiência:

“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 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”. (Grifos acrescido)

Neste esteio, pontua o comando estabelecido pelo art. 33, inciso XI, do Decreto nº 25.468/99, *in verbis*:

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

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. 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**

*anexo do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos
comprobatórios da infração;*

Deste modo, diante da irregularidade da ação fiscal, configura-se clarividente a insubsistência do procedimento causando sua total nulidade.

2. Do Voto

Diante do exposto, voto pelo conhecimento dos recursos oficial e voluntário, negando provimento, para modificar a decisão parcialmente condenatória proferida em 1ª Instância, e, considerando o equívoco na técnica contábil quando da data base utilizada para se chegar ao saldo final do exercício, declarar, em grau de preliminar, a **nulidade** processual por ausência dos pressupostos de validade do aludido ato administrativo, em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **J. ABREU COM. MATERIAL PARA PINTURA e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **AMBOS**. A 2ª Câmara de Julgamento resolve, por maioria de votos, dar provimento aos recursos interpostos, para modificar a decisão parcialmente condenatória proferida em 1ª Instância, e, considerando o equívoco na técnica contábil quando da data base utilizada para se chegar ao saldo final do exercício, declarar, em grau de preliminar, a **nulidade** processual por ausência dos pressupostos de validade do aludido ato administrativo, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos, contrários à nulidade, os dos Conselheiros Lúcia de Fátima Calou de Araújo e Valter Barbalho Lima. Ausente, justificadamente, a Conselheira Agatha Louise Borges Macedo. Esteve presente para sustentação oral, o representante

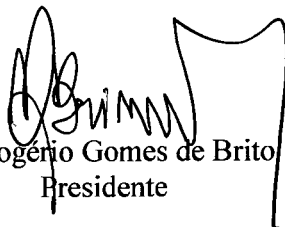


**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

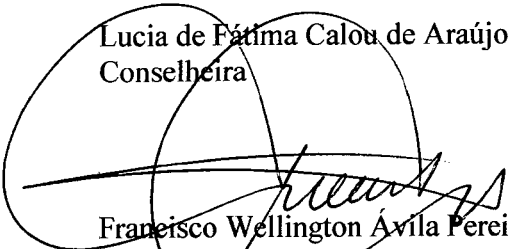
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

legal da autuada, Dr. Nestor Facundo, assessorado pelo contador da empresa, Dr. José Batista Maciel Neto.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de 10 de 2013.



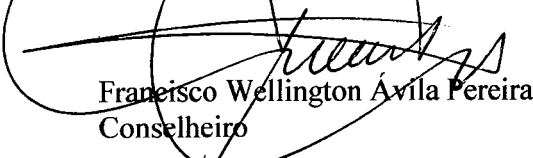
Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente



Lucia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira



Cícero Rogel Macedo Gonçalves
Conselheiro



Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro



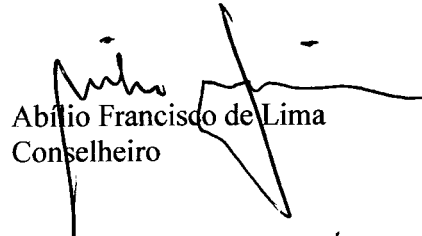
Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro Relator




Vagner Barbalho Lima
Conselheiro



Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira



Abílio Francisco de Lima
Conselheiro



Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado