



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 229/2022.

**39ª SESSÃO ORDINÁRIA – 25/10/2022;
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4;
RECORRENTE: MARIA LUZANIRA AUPERES MARTINS ME – C.G.F.
06.293.257-8;
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA;
CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ OSMAR CELESTINO JUNIOR.**

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDAS DIFERENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA MATERIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO AUTOS DE INFRAÇÃO. 1. Empresa autuada por deixar de emitir documentos fiscais com a utilização do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, exercício 2015. **2.** A Recorrente alegou em sede de preliminar o cerceamento do direito de defesa, pela ausência de provas materiais que consubstanciassem a autuação. **3.** Verificada a ausência das planilhas contendo a identificação dos documentos fiscais relatados na autuação. **4.** Nulidade configurada nos autos, conforme art. 83, da Lei nº 15.614/14, bem como no §2º, do art. 40, e §2º, do art. 41, ambos do Decreto nº 32.885/18. **5.** Recurso Ordinário, recebido, para ser **PROVIDO**, decretando a **NULIDADE da presente Ação Fiscal**, alterando a decisão proferida no Julgamento Singular, de Parcial Procedência do Auto de Infração, em dissonância com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, contudo, em de acordo com a manifestação em Sessão pela Douta Procuradoria Geral do Estado.

Palavras Chaves: ICMS. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

RELATÓRIO

No Relato da Infração o ilustre Agente Fiscal discorreu que, a Empresa Contribuinte incorreu a infração fiscal, pois, “...*EMITIU DOCUMENTOS DE SAIDAS DIFERENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO...*”, exercício fiscalizado 2015, levantamento apontou violação ao art. 127, do Decreto nº 24.569/97, com atribuição da penalidade gizada pelo art. 127, inciso III, alínea O, da Lei nº 12.670/96, multa no valor de R\$670.800,00.

A Contribuinte autuada, por sua vez, apresentou peça Impugnatória tempestivamente, arguindo: **I) Preliminarmente**, Nulidade do Auto de Infração, pelo Cerceamento do Direito de Defesa, em razão da carência de prova material da efetiva ocorrência da infração fiscal; **II) Mérito**, a Ausência de Danos ao Fisco, a Irretroatividade da Lei Tributária, o Reenquadramento da Penalidade, para a disposta no art. 123, inciso VII, alínea M, da Lei nº 12.670/96, ajuste que acarretaria na extinção do feito fiscal, tendo em vista a tipificação ter sido revogada pela Lei nº 16.258/2017, deixando de ser violação tributária o ato de emitir documento fiscal por meio diverso, quando obrigado emitir por Emissor de Cupom Fiscal – ECF, bem como, subsidiariamente, arguiu a aplicação da penalidade gizada pelo art. 123, inciso III, alínea D, da Lei nº 12.670/96, em razão da inexistência de penalidade específica.

No Julgamento Singular, o Douto Julgador de 1ª Instância, proferiu decisão de “Parcial Procedência” do Feito Fiscal, considerando a aplicação retroativa, a época dos fatos gerados, da penalidade do art. 123, inciso VII, alínea M, da Lei nº 12.670/96, por ser menos gravosa a Contribuinte, e, assim, alcançaria os atos pretéritos, consoante ementa, a seguir:

EMENTA: ENTREGAR AO ADQUIRENTE OU DESTINATÁRIO DOCUMENTO DIFERENTE DE DOCUMENTO FISCAL EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO. Restou comprovado nos autos que o

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

*Contribuinte autuado emitiu documentos fiscais por meio diverso do exigido pela legislação estadual, sendo que, o mesmo tem a obrigação de emitir tais documentos fiscais pelo Emissor de Cupom Fiscal – ECF, conforme previsão legal no Art. 177 do Decreto n.º 24569/97. Decidimos pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** em virtude da edição de uma nova redação conferida ao **artigo 123, inciso III, aliena “O”, da Lei 12670/96, alterada pela Lei n.º 16.258/2017**, alteração esta que conferiu ao valor da penalidade uma sanção mais gravosa ao contribuinte. Entendemos assim que, para o período de fiscalização relativo ao exercício 2014, cabe aplicar cominação legal anterior, menos gravosa ao autuante, prevista ao **artigo 123, inciso III, aliena “m”, da Lei 12670/96**, revogada pela mesma **Lei n.º 16.258/2017**, do qual enfatizamos que, por se trata de penalidade mais favorável ao sujeito passivo, esta cominação menos severa alcança os atos ou fatos pretéritos relativos ao período da presente autuação, uma vez que se trata de ato não definitivamente julgado, nos termos **do artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN)**. **DEFESA TEMPESTIVA. SEM REEXAME.***

Irresignada com a Decisão proferida pelo eminente Julgador de Piso, a Contribuinte, ora Recorrente, interpôs tempestivamente Recurso Ordinário, onde aduziu as mesmas razões e pedidos apresentados em sua peça impugnatória, inclusive com os idênticos pedidos.

Com a interposição do presente recurso, os autos foram remetidos à Célula de Assessoria Processual Tributária, que culminaram na emissão do **Parecer de nº 100/2022**, no qual o abalizado Parecerista opinou pela extinção do presente feito fiscal, sem julgamento do mérito, tendo em vista a impossibilidade jurídica da aplicação retroativa da Lei nº 16.258/2017, que revogou o dispositivo sancionador do ato infracional, afastando a punibilidade da Recorrente.

Eis o que importa relatar.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

VOTO DO RELATOR

Compulsando os autos do presente Processo Administrativo Tributário, verifica-se que o Agente Fiscal agiu sobre a égide da Lei, a **Ação Fiscal nº 2018.09277**, iniciada por meio de Mandado, para execução de “Auditoria Fiscal Plena”, devidamente assinada por autoridade competente, obedecendo os prazos legais de fiscalização, não contendo vícios, que maculem sua forma.

Entretanto, esta Relatoria entende que, a Nulidade suscitada em sede de Preliminar deve ser apreciada com cuidado. A Recorrente arguiu em seu recurso, que os presentes feito é “nulo”, devido ausência de prova material, para a efetiva comprovação da ocorrência da infração fiscal objeto da demanda. Inexistência de elementos probatórios, que, inclusive, causam Cerceamento do Direito de Defesa.

Desse modo, compulsando o caderno processual com cautela, verifica-se que persiste razão a Recorrente, pois, não se tem acostados na autuação os elementos norteadores/probatórios do ilustre Agente do Fisco, ou seja, não repousam nestes autos as Planilhas contendo a identificação dos documentos fiscais que compuseram a base de cálculo da autuação, o que cerceou o direito de defesa à Recorrente, o que causa incerteza quanto à liquidez do crédito lançado.

Cabe destacar, que o Agente do Fisco tem o dever de fiscalizar o contribuinte em seus aspectos fiscais e contábeis, utilizando-se de metodologia adequada e clara, demonstrando os meios e provas de sua autuação, sendo ônus da Administração Tributária apontar e comprovar **todos os elementos** da autuação que ensejam a presunção de liquidez e certeza do crédito tributário, elementos fáticos ausentes no presente feito fiscal.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

In casu, verifica-se, que, a ilustre Autoridade Fiscal não juntou os relatórios/dados/informações que alicerçaram a autuação fiscal, desse modo, entende esta Relatoria, que na presente ação fiscal existem patentes elementos que maculam o levantamento fiscal, ao tempo que não constam no presente feito elementos essenciais à verificação, com devida convicção, certeza e liquidez quanto existência da infração imputada ao contribuinte, devendo ser declarada a nulidade do presente auto de infração, por aplicação de metodologia imprópria pelo Agente Fiscal.

A comprovação documental é imprescindível, consoante os termos do §2º, do art. 40, do Decreto nº 32.885/2018, diz que todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao lançamento de ofício, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.

“§ 2º Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao lançamento de ofício, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.”

Já o § 2º do art. 41, do aludido Decreto, vem reforçar a imprescindibilidade da juntada dos documentos que lastreiam a lavratura do auto de infração. Literalmente:

“§ 2º. O relato da infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, fazendo-se acompanhar dos relatórios, planilhas, demonstrativos e demais levantamentos indispensáveis a comprovação do ilícito narrado produzidos em meio digital inclusive.”

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

No presente caso, observa-se que a autoridade autuante não agiu com as cautelas necessárias e imprescindíveis para permitir a ampla defesa pelo contribuinte, como também comprovar perante o órgão encarregado da análise do ato, a certeza da imputação atribuída ao autuado.

A ausência dos documentos comprobatórios configura efetivo vício processual, pois ao não juntar as provas da acusação, o agente do Fisco impede, ou, pelo menos, dificulta sobremaneira, como já dito, o exercício, pelo sujeito passivo, do direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.

O Princípio da Ampla Defesa é um direito fundamental, estampado no texto do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se, que, o descumprimento de Norma, ou aplicação inadequada de Metodologia, torna a Autuação Nula, assim sendo, é dever desta Corte, pelo próprio Princípio da Legalidade, o qual também se estampa no art. 83, da Lei nº 15.614 de 29/05/2014, *in verbis*, declarar de ofício sua nulidade.

“art. 83. 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.”

Neste sentido, tem-se os arretos desta Egrégia Corte, a seguir:

EMENTA: DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE SAÍDA - SISTEMA LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. Mercadoria sujeita a substituição tributária. Kit de Reparo de Veículos autorizado pelo Termo de Acordo Sefaz nº 916/2006, de 05.09.2006. Não foi o contribuinte intimado para apresentar a composição dos KITS, razão por que os produtos constantes daquele não foram

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

discriminados no relatório totalizador. O trabalho fiscal contraria o art. 41, § 2o, do Decreto nº 32.885/2018, que determina que a acusação seja formulada com clareza e precisão quanto ao fato imputado como infração. NULIDADE formal da acusação fiscal, com fundamento no art. 83, da Lei nº 15.614/2014, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. **(Resolução nº 215/2019, Conselheiro Relator José Wilame Falcão de Souza, da 1ª Câmara de Julgamento, do Conselho de Recursos Tributários, 09 de outubro de 2019)**

Isto posto, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, para dar-lhe o provimento, alterando o Julgamento de 1ª Instância, de parcial procedência, para **NULIDADE da Ação Fiscal**, em dissonância com o Parecer exarado pela Célula de Assessoria Processual Tributária.

É como descido e submeto ao ilustre Colegiado.

VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
Nova Base de Cálculo	R\$ 0,00
Multa	R\$ 0,00
Total	R\$ 0,00

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do **PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4** – Recorrente: **MARIA LUZANIRA AUPERES MARTINS ME – C.G.F. 06.293.257-8**, Recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

DECISÃO: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso ordinário, dar provimento,

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

modificando a decisão proferida em instância singular de procedência, declarando a **nulidade** da ação fiscal por vício formal, em razão da ausência de planilha contendo a identificação dos documentos fiscais que compuseram a base de cálculo da autuação, o que cerceou o direito de defesa da parte e trouxe incerteza quanto à liquidez do crédito lançado. Decisão de acordo com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado. O representante legal da autuada, Dr. Felipe Augusto Barbosa Pinheiro, apesar de legalmente intimado, não compareceu ao julgamento.

SALA DE SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos ____ de _____ de 2023.

José Osmar Celestino Júnior
Conselheiro Relator

Antônia Helena Teixeira Gomes
Presidente 3ª Câmara

Ciente:

André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3580/2019 - A.I. Nº: 201900074-4

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior