



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 038 / 2022.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369;

74ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL – 22/11/2021;

RECORRENTE: YAKULT S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO – C.G.F. 06.092266-4;

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA;

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ OSMAR CELESTINO JUNIOR.

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. AUSÊNCIA DOS RELATÓRIOS DE ENTRADA E SAÍDAS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. 1. Empresa autuada, por omitir saídas em operações de tributadas por substituição tributária. 2. Constatada a ausência dos Relatórios de Entradas e Saídas de mercadorias que estejam a apuração, cerceamento do direito de defesa, por malferimento dos artigos 46 e 83, da Lei nº 15.614/2014. 3. Recurso Ordinário, recebido é provido, alterando a decisão proferida no Julgamento Singular de procedência do Auto de Infração, para julgar a NULIDADE do auto de infração, em desacordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária e da manifestação da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Palavras Chaves: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. AUSÊNCIA DE RELATÓRIOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

RELATÓRIO

No Relato da Infração o Agente Fiscal discorreu que a Empresa incorreu a infração fiscal por “*DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL, EM OPERAÇÃO TRIBUTADA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA...*”, período fiscalizado de 01/2012 a 12/2012, sendo apontada ocorrência de infração dos artigos 127 e 176-A, ambos do Decreto nº 24.569/07, sendo aplicada a penalidade disposta no art. 123, III, “B”, Item 2, da Lei 12.670/96.

Nas breves Informações Complementares, o Autuante narrou que a infração restou constatada através do Levantamento de Estoque da Contribuinte, considerando o exercício fiscal do exercício 2012, e os seus respectivos inventários inicial e final, quando foram constatadas omissões de saídas de mercadorias diversas, o que resultou na lavratura da infração.

A Contribuinte apresentou peça Impugnatória tempestivamente, cuja narrativa inicialmente sustenta em sua defesa que não houve “omissão de entradas”, arguindo uma possível Nulidade pois o Autuante deixou de apontar quais notas fiscais foram deixadas de serem escrituradas, bem como arguiu o erro na metodologia do levantamento fiscal, com apuração incorreta do seu estoque.

No mérito, inicialmente requer realização de Perícia Técnica, passando a corrigir a sua defesa para “omissão de saídas”, como é a acusação destes autos, arguindo a aplicação do Princípio da Verdade Material, já que houve por parte do Agente do Fisco a mera presunção da infração que lhe fora imputada, diante da ausência e/ou errônea análise de farta documentação fiscal acostada na ação fiscal. Assim, também arguiu o cerceamento do direito de defesa pela ausência de análise dos documentos apresentados ao Fisco.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, proferiu decisão de Procedência do feito fiscal, apresentando a seguinte ementa:

EMENTA: MULTA – Auto de Infração. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DETECTADO PELO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. Infração do art. 127, c/c art. 174, 176-A DO DEC. 24.569/97. Sansão Prevista no art. 123, III, B, ITEM 2, da Lei 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017 de 09.06.2017. DEFESA TEMPESTIVA. Autuação: PROCEDENTE.

Inconformada com a Decisão Singular, a Contribuinte, ora Recorrente, interpôs tempestivamente Recurso Ordinário, onde aduziu as mesmas razões e pedidos apresentados em sua peça impugnatória.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o **Parecer de nº 06/2020**, opinando pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe o provimento, afim de confirmar os termos da decisão condenatória do Julgamento de 1ª Instância.

Eis o relatório.

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 iniciada por meio do Mandado nº 2017.06559, não contém vícios no ato de fiscalizar, que maculem sua forma, ou lhe configurem nulidade formal.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

A autuação fora lavrada mediante a constatação de infração, pelo Autuante, de omissão de saídas, devido a Contribuinte deixar de emitir documentos fiscais de saída, em operações tributadas por substituição, promovendo a saída de mercadorias diversas sem a emissão do documento fiscal regular.

Aplicada a infração dos artigos 127 e 176-A, ambos do Decreto nº 24.569/07, sendo com a penalidade disposta no art. 123, III, "B", Item 2, da Lei 12.670/96.

Perlustrando, os elementos probatórios da acusação esta Relatoria percebeu imperfeição de natureza insanável, tendo em vista o Auditor utilizar o método de Levantamento Quantitativo de Estoques Físico, que consiste em verificar todas as entradas (estoque inicial + aquisições + devoluções entradas + qualquer outra operação de entrada) e compará-las com as saídas (estoque final + vendas + devoluções saídas + qualquer outra operação de saída). Para tanto, é gerado um Relatório de Entradas e um Relatório de Saídas, onde constam os dados das Notas Fiscais utilizadas no manuseio do levantamento (nº da nota fiscal, produtos, operação, valores).

Tais relatórios são elementos essenciais para que o Sujeito Passivo verifique quais documentos fiscais foram utilizados no levantamento fiscal, se o preço corresponde ao documento fiscal, se as quantidades foram computadas de forma correta etc. Ocorre, que, na presente ação fiscal esses Relatórios não foram anexados aos autos, na verdade, não foram anexados juntos as Informações Complementares, não auxiliando este Juízo na aferição do lançamento.

É ônus da Administração Tributária apontar e comprovar todos os elementos da autuação que ensejam a presunção de liquidez e certeza

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

do crédito tributário, elementos fáticos ausentes no presente feito fiscal, desse modo, se constitui o cerceamento ao direito de defesa da Recorrente inexistindo elementos que possam comprovar à materialidade da infração.

A ausência dos citados relatórios acarreta Nulidade por cerceamento ao direito de defesa, na forma do disposto nos artigos 46 e 83, ambos da Lei nº 15.614/2014 do Estado do Ceará, *in verbis*:

“Art. 46. Além dos princípios referidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, o processo administrativo-tributário pautar-se-á, também, dentre outros, pelos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, da Celeridade, da Simplicidade, da Economia Processual e da Verdade Material.”

“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.”

Os documentos comprobatórios, são imprescindíveis, e na espécie são os Relatórios de Entradas e Saídas, os quais não se prestam tão somente para a defesa do Contribuinte, também tem o condão de instruir o processo a fim de que os julgadores possam formar seus convencimentos.

Sendo este o entendimento assentado neste Egrégio Conselho de Recursos Tributários, consoante arrestos, a seguir:

RECEBER MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL. OMISSÃO DE ENTRADAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. Infração aos arts. 127, 169, 174, 176-A e 177 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade sugerida art 123, III "b" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. Preliminar de cerceamento ao direito de defesa da parte acatado por restar configurado que o agente do Fisco anexou aos autos

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

apenas o Relatório Totalizador, não acostando as planilhas descritivas das notas fiscais de entrada e saída de mercadorias e nem os inventários inicial e final que embasaram a autuação. Impossibilidade de comprovação dos elementos que serviram de base para o levantamento fiscal. NULIDADE do feito fiscal. Decisão unânime.

(Resolução nº 147/2019, Conselheira Relatora Antônia Helena Teixeira Gomes, da 1ª Câmara de Julgamento, do Conselho de Recursos Tributários, de 26/08/2019)

OMISSÃO DE RECEITAS. Deficiência dos elementos probatórios da acusação fiscal, bem como cerceamento do direito de defesa do autuado, uma vez que não lhe foram remetidos os anexos do auto de infração. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Reexame Necessário conhecido e não provido. Mantida a decisão singular, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral proferida em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

(Resolução nº 143/2018, Conselheiro Relator Diogo Morais Almeida Vilar, da 4ª Câmara de Julgamento, do Conselho de Recursos Tributários, 25/06/2018)

Neste sentido, cabe enfatizar que não se extrai dos autos de infração lavrado as provas necessárias que consubstanciem o cometimento de infração por parte da Empresa Recorrida, o Agente fiscal não se ateve ao seu dever, pois sabemos que a autoridade administrativa não tem só o ônus da prova, tem o dever de provar o lançamento correto do crédito tributário.

Outrossim, aquele que acusa precisa efetivamente demonstrar que o fato se concretizou. O lançamento tributário é ato obrigatório e vinculado. Consiste exatamente em verificar e certificar se o fato ocorreu, quantificá-lo, determinando quem é sujeito passivo e aplicar a penalidade. O lançamento não é só falar que o Contribuinte deve certa quantia ou que deixou de

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

cumprir alguma obrigação, seja principal ou assessória, precisa a Autoridade comprovar o fato que deu ensejo a aquela conclusão.

Isto posto, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, para dar-lhe o provimento, **declarando a NULIDADE do Auto de Infração**, por vício insanável, ausência dos elementos de provas dos Relatórios de Entradas e Saídas, alterando o Julgamento de Procedência da Ação Fiscal, exarado pela Célula de Julgamento de Primeira Instância, em discordância com o parecer a Célula de Assessoria Processual Tributária, que opinou pela manutenção da decisão de piso.

É como descido e submeto ao ilustre Colegiado.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do **PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369** – Recorrente: **YAKULT S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO – C.G.F. 06.092266-4**, Recorrido: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

DECISÃO: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve inicialmente: 1) Quanto à nulidade do auto de infração em razão da ausência de relatórios pela fiscalização. Votaram por afastar a nulidade, entendendo como sanável, não trazendo nenhum prejuízo à defesa do contribuinte, os Conselheiros: Michel André Bezerra Lima Gradvohl, Dalcília Bruno Soares e Ivete Maurício de Lima, conforme entendimento do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. A Conselheira Ivete Maurício entendeu como sanável, condicionado à reabertura de prazo para o contribuinte. Favoráveis à nulidade entendendo como erro não sanável votaram os Conselheiros: José Osmar Celestino Junior, Robério Fontenele de Carvalho e

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

Thyago da Silva Bezerra. Verificado o empate na votação o Sr. Presidente em **VOTO DE DESEMPATE**, manifestou-se pelo acatamento da **NULIDADE** arguida, entendendo que sequer constou nas informações complementares a entrega dos relatórios de entrada e saída do levantamento de estoque, que a ausência dos relatórios são indispensáveis para a ampla defesa não podendo ser confundido com a EFD, pois no levantamento de estoque o agente do fisco pode levar em conta somente alguns CFOP's contido na EFD, não tendo como a defesa saber como o agente chegou a conclusão da omissão de entrada ou de saída, portanto, gerando cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, nos termos do voto do Conselheiro Relator, contrariamente ao parecer da Assessoria Processual Tributária e manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de sustentação oral do recurso, o representante legal da autuada, Dr. Paul Tomoyuki Aoki.

SALA DE SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos 15 de FEVEREIRO de 2022.

JOSE OSMAR Assinado de forma digital por
CELESTINO JOSE OSMAR CELESTINO
JUNIOR:61339555387 JUNIOR:61339555387
Dados: 2022.02.18 17:52:46
-03'00'

José Osmar Celestino Júnior
Conselheiro

MICHEL ANDRE BEZERRA Assinado de forma digital por
LIMA MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA
GRADVOHL:43043526368 GRADVOHL:43043526368
Dados: 2022.02.21 13:09:08 -03'00'

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Presidente 4ª Câmara

RAFAEL Assinado de forma
LESSA COSTA digital por RAFAEL
BARBOZA LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2022.02.21
14:42:54 -03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5231/2017 - AI.: 1/201714369

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior