



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 166 /2018

38ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 22/08/2018

PROCESSO Nº 1/4251/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201620531

RECORRENTE: AM INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF: 06.669.359-4

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS EM OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LEVANTAMENTO ECONOMICO-FISCAL – AUTUAÇÃO NULA 1 – Relato e dados da infração apontam omissão de receitas para o período 2012 e 2013, com infringência ao art. 18 da Lei nº. 12.670/96, com imposição da penalidade preceituada no art. 126 da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03. 2 – Informações complementares apontam infração diversa, capitulada na omissão de informações em arquivos magnéticos para o período 2012, 2013 e 2014, com penalidade prevista no art. 123, VIII, 'L' da Lei nº. 12.670/96. 3 – Nulidade absoluta, por vício formal, por violação aos arts. 33, incisos XI, 35 e 36 do Decreto nº. 25.468/99, quanto à descrição clara e precisa do fato atuado, nos termos dos arts. 46 e 83 da Lei nº. 15.614/2014. 4 – Recurso Ordinário conhecido e não-provido para modificar a decisão de PROCEDÊNCIA proferida em 1ª Instância, para reconhecer a **NULIDADE** da acusação fiscal. 5 – Decisão por maioria de votos, vencidos os conselheiros Lúcio Flávio Alves e José Augusto Teixeira, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – NULIDADE DA ACUSAÇÃO FISCAL – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DO FATO AUTUADO E ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

*“As infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados por regime de substituição tributária cujo o imposto já tenha sido recolhido.
A partir de levantamento econômico-fiscal, com auxílio de planilha de fiscalização, detectou-se a omissão de receita no valor de R\$ 1.577.247,83 de operações já trib. por subst. Multa R\$ 157.724,78.
Vide info complementar”.*

Apontada infringência ao art. 18 da Lei nº. 12.670/96, foi-lhe imposta penalidade preceituada no art. 126 do mesmo diploma legal, modificado pela Lei nº. 13.418/03.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	1.577.247,83
ICMS	-
Multa	157.724,78
TOTAL	157.724,78

Às fls. 03 à 05 foram anexadas as informações complementares pertinentes a Auto de Infração diverso, qual seja o de nº. 2016.20525, o qual detalha infração por omissão na escrituração de 346 (trezentos e quarenta e seis) notas fiscais eletrônicas nas EFD's da autuada, relativamente ao período de 2012, 2013 e 2014, com imposição de multa no valor de R\$ 55.986,12.

Acompanharam a autuação os seguintes documentos: Mandado de Ação Fiscal nº. 2016.04512, Termo de Início de Fiscalização nº. 2016.05122, Termo de Conclusão de Fiscalização nº. 2016.15597, Mídia Digital contendo as planilhas que deram suporte à autuação.

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando em síntese o seguinte:

- que as notas fiscais teriam sido emitidas de forma legal, em atenção aos requisitos exigidos em lei;
- que o Agente Fiscal não teria juntado das 346 NFe's supostamente omissas na escrituração, ou mesmo listagem, deixando de provar a acusação;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

- c) que a documentação acostada ao auto de infração seria insuficiente para comprovar qualquer situação apontada pelo Agente Fiscal, tornando nulo o Auto, por impossibilitar o exercício regular do direito de defesa do contribuinte;
- d) que não seria possível a imputação em comento porque o contribuinte teria recolhido os tributos devidos pela sistemática da substituição tributária;
- e) que não teria sido claro o apontamento da infração supostamente cometida, tendo sido genérica a acusação;
- f) que o arquivo anexado aos autos estaria protegido, tornando impossível sua abertura pelo contribuinte;
- g) que teria havido afronta a princípios inerentes a Administração Pública, tais como o da motivação;
- h) que antes da autuação, não teria sido intimado para prestar os esclarecimentos julgados necessários;
- i) ressalta a boa-fé objetiva do contribuinte ao declarar as operações em documentos fiscais;
- j) que a multa possui caráter confiscatório;
- k) alternativamente ao pedido de improcedência da multa, requereu a aplicação dos ditames previstos no parágrafo único do art. 126 da Lei nº. 12.670/96, com redação dada pela Lei nº. 13.418/03, com redução da multa para 1%.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, em decisão assim ementada:

“EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITA – Venda de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, detectada por meio da DRM – Demonstração de Resultado com Mercadoria. Produtos sujeitos à SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exercícios 2012 e 2013. Decisão amparada no art. 92, §8º, IV da Lei 12.670/96 c/c arts. 169, I; 174, I do Decreto nº. 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, III, b aplicada com a atenuante do art. 126, ambos da Lei 12.670/96, alterada pela lei 13.418/03. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. DEFESA TEMPESTIVA”.

Na ocasião, o julgador monocrático juntou aos autos “como prova emprestada”, as informações complementares do Auto de Infração em epígrafe, Termo de Intimação nº. 2016.10767, “planilha de fiscalização do ICMS com a utilização do método da análise econômico-financeira” (fls. 56 a 61).

J



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Inconformada, a empresa apresenta Recurso Ordinário, em que renova os argumentos expostos na impugnação, acrescidos do pedido de nulidade do auto de infração por impedimento do agente autuante, que teria ultrapassado o prazo de 90 (noventa) dias para encerrar os trabalhos fiscais.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.

02 – VOTO DA RELATORA

Trata-se de Recurso Ordinário contra decisão de procedência proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Nos termos do art. 83 da Lei nº. 15.614/2014, são absolutamente nulos os atos praticados com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo inclusive a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

O art. 33 do Decreto 25.468/99, por sua vez, exige que o auto de infração contenha, dentre outros elementos, a 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:

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;

O art. 35 do referido diploma destaca que deverão ser mencionados nas informações complementares todos os documentos, papéis, livros, e arquivos eletrônicos, inclusive a indicação dos meses e exercícios a que se refere a ação fiscal, os quais não tenham sido mencionados no



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

auto de infração, enquanto que o art. 36 reforça que o processo de apuração do crédito tributário formaliza-se mediante juntada dos documentos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário:

Art. 35. Sempre que necessário, deverão ser mencionados no formulário "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES", todos os documentos, papéis, livros, e arquivos eletrônicos, inclusive a indicação dos meses e exercícios a que se refere a ação fiscal, os quais não tenham sido mencionados no auto de infração.

Art. 36. O processo de apuração do crédito tributário formaliza-se na repartição fazendária do domicílio do autuado, mediante juntada dos documentos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário, organizando-se com folhas numeradas e rubricadas.

Ocorre que a peça acusatória, aqui compreendida como a 'capa' do auto e as informações complementares, não guardam relação entre si, ocasionando, no mínimo, confusão quanto ao entendimento da matéria autuada.

Segundo relatado, às fls. 02 a Recorrente é penalizada com multa por omissão de receita em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS, baseada em levantamento econômico-fiscal.

Às fls. 03 e 05, contudo, foram anexadas ao processo as informações de Auto de Infração diverso, qual seja o de nº. 2016.20525-2, em que se exige da Recorrente multa por deixar de escriturar em suas EFD's o registro de 346 notas fiscais eletrônicas; assim como às fls. 19, consta Termo de Intimação nº. 2016.10757, em que a fiscalização intima o contribuinte a "justificar as omissões na DIEF no ano de 2011 e da EFD nos anos de 2012, 2013 e 2014 nas NFEs de entrada listadas no anexo I, das NFEs de saída listadas no anexo II e a falta de aposição de selo fis de tran. Nas NFEs do anexo III".

A Recorrente, por sua vez, além de outros argumentados igualmente já relatados, pede em sua defesa e recurso a nulidade da acusação fiscal por ausência de provas, considerando que não fora acostada pela fiscalização a relação das notas fiscais supostamente não escrituradas em suas EFD's.

Ciente do ocorrido, e entendendo que nenhum prejuízo teria havido à autuada, o julgador de 1ª instância simplesmente resolveu juntar os documentos omissos (informações complementares – fls. 59 a 61 - e termo de intimação – fls. 56), a título de "prova emprestada" e prosseguiu no julgamento do processo, usando das seguintes palavras:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

“Em princípio cumpre ressaltar que a cópia das Informações Complementares do presente auto de infração e do Termo de Intimação 2016.10767 está sendo juntada aos autos como prova emprestada obtida no Processo nº. 4250, relativo ao Auto de Infração 201620525-2, lavrado na mesma ação fiscal e que também está sendo apreciado nesta oportunidade”.

Ora, prova emprestada deve ser entendida como aquela que foi produzida em outro processo e cujos efeitos a parte pretende que sejam apreciados e considerados válidos pelo julgador que preside um processo diverso.

Não se pode admitir que a própria peça acusatória seja obtida através de outro processo, que em nada se relaciona com a autuação em comento. Não se trata aqui apenas de uma prova, mas do próprio libelo acusatório.

Numa analogia com o art. 41 do Código de Processo Penal, ao tratar da denúncia ou queixa, tem-se que a peça inicial de acusação conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. Caso contrário, a denúncia quedar-se-á inepta.

No Direito Tributário tal matéria é regulada no art. 142 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é competência privativa da Autoridade Administrativa constituir o crédito tributário através do lançamento, atividade vinculada e obrigatória, expressa em procedimento formal que compreende as seguintes etapas: verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Nesse contexto, tem-se que o Auto de Infração, como expressão dessa atividade de lançamento (lançamento de ofício), deve estar completo de todos seus requisitos, não sendo passível de emenda. A tentativa de correção do auto em comento, feita *a posteriori*, não tem o condão de validá-lo.

Outrossim, ainda que fale de “prova emprestada”, deve ser fundamental a observância do contraditório em relação aos litigantes. Contudo, o julgador de 1ª instância preteriu qualquer intimação da parte acusada para se manifestar sobre os documentos acostados, tendo não apenas prosseguido com o julgamento do processo, mas também votado pela procedência da acusação fiscal.

E muito embora a mídia digital tenha sido anexada ao processo desde o início, nela contendo as planilhas que embasaram a ação fiscal, entendo que isso não seria suficiente para corrigir a



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

autuação, sobretudo porque ficou demonstrada a confusão ocasionada pelas peças divergentes na impugnação e no recurso da Recorrente, em nítido cerceamento ao seu direito de defesa.

Ademais, não se pode afirmar que a parte tenha recebido as peças corretas na via que lhe foi entregue por correios, pois a verdade material estampada no processo nos leva a outra conclusão.

O fato é que as informações contraditórias ali expostas causaram nítido prejuízo ao contribuinte, impossibilitando-lhe apresentar defesa sobre uma situação pontual, quando o que se observa é a imputação de, no mínimo, duas infrações: a omissão de receitas e/ou a ausência de escrituração de documentos fiscais, infrações para as quais são apontadas penalidades específicas.

Assim é que os elementos constantes dos autos não se mostram suficientes para garantir ao contribuinte o exercício do direito processual à ampla defesa e ao contraditório, princípios norteadores do processo administrativo-tributário estadual, conforme art. 46 da Lei nº. 15.614/2014, impossibilitando que o mesmo se defendesse da acusação a ele imputada de forma plena e regular.

Nesse sentido, por não observar o disposto nos arts. 33, incisos XI, 35 e 36 do Decreto nº. 25.468/99, quanto à descrição clara e precisa do fato autuado, entendo pela nulidade, **por vício formal**, do auto de infração em epígrafe, nos termos do art. 46 e 83 da Lei nº. 15.614/2014.

Restam prejudicadas as demais nulidades e matérias suscitadas pela Recorrente.

Ex positis, voto para que se conheça do Recurso Ordinário para modificar a decisão de PROCEDÊNCIA proferida em 1ª instância, no sentido de reconhecer a **NULIDADE, por vício formal**, da acusação fiscal.

03 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/4251/2016 – Auto de Infração: 1/2016.20531. Recorrente: **AM INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA**. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

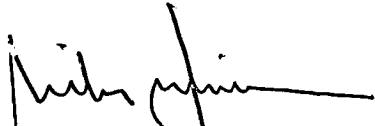
Decisão: *“Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e por maioria de votos dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e declarar a **NULIDADE** do lançamento, por vício formal, considerando que as informações complementares que foram remetidas ao contribuinte se referem a outro auto de infração, resultando em prejuízo à defesa da empresa autuada. Foram votos divergentes e vencidos os*

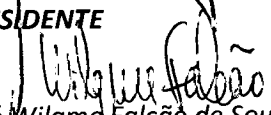


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

dos conselheiros Lúcio Flávio Alves e José Augusto Teixeira, por entenderem que a acusação está clara e foi devidamente fundamentada pelo agente fiscal. Entendem, ainda, que o equívoco cometido no tocante às informações complementares não comprometem o objeto principal do lançamento, que é o auto de infração. Decisão nos termos do voto da Conselheira Relatora, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado."


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza, 25 de setembro de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA


Diogo Mbrás Almeida Vilar
CONSELHEIRO