



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº. 111 /2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

6ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 23/02/11

PROCESSO Nº. 1/3879/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200809883-7

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDA: HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA

AUTUANTES: Kleber Junio Silveira e Francisco Wellygton Gomes Moreira

MATRÍCULAS: 104049-1-6 e 105.774-11

RELATORA: Conselheira Jannine Gonçalves Feitosa

EMENTA: ICMS – 1. DEIXAR DE ENTREGAR A SEFAZ ARQUIVOS MAGNÉTICOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO OU ENTREGÁ-LO EM PADRÃO DIFERENTE DA LEGISLAÇÃO. 2. O contribuinte apresentou os relatórios Sintegra referentes ao período de janeiro/03 a março/08 com diversos erros em sua geração. Recurso oficial conhecido e provido. 3. Auto de Infração julgado **NULO, por maioria de votos, em razão de impedimento do agente autuante que extrapolou os limites determinados na Ordem de Serviço, nos termos do voto da relatora, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.**

RELATÓRIO

A acusação fiscal versa sobre *falta de entrega dos arquivos magnéticos*, referente a operações com mercadorias ou prestações de serviços, ou entregá-lo em padrão diferente da legislação, resultando na multa equivalente a R\$ 336.020,60. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2008.12645, objetivando executar *diligência fiscal específica- verificação de ICMS por substituição tributária*, referente ao período de 01/01/03 a 30/04/08, junto à empresa *Herbalife International do Brasil LTDA*, que exerce atividade de *comércio atacadista de produtos alimentícios em geral*. Auto de infração lavrado em 05/08/08, com fulcro nos artigos 285, 289, 299, 300 e 308 do Decreto 24.569/97 c/c a Convenção 57/95 e o Convênio ICMS 45/99.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 08/05/08, de forma pessoal, consoante comprova assinatura do contribuinte aposta no termo de início de fiscalização nº. 2008.10364 às fls. 13, ocasião em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, livros e documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/200809883-7, informações complementares de fls. 03/11, ordem de serviço nº. 2008.12645, termo de início de fiscalização nº. 2008.10364, anexo ao termo de início de fiscalização às fls. 14, termo de conclusão de fiscalização nº. 2008.19158, Ofício credencial nº. 017/08 às fls. 16, consulta a SEFAZ às fls. 17, consulta eletrônica de posto fiscal às fls. 18, Ofício nº. 001/08, relatório Sintegra/04 às fls. 20/78, relatório de apuração relativa a erros do Relatório Sintegra às fls. 79/80, termo de juntada às fls. 83 e 85 e cópia de AR às fls. 84. O auto de infração descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“DEIXAR O CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE ENTREGAR À SEFAZ ARQUIVO MAGNÉTICO REFERENTE A OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇO, OU ENTREGÁ-LO EM PADRÃO DIFERENTE DA LEGISLAÇÃO. APRESENTAÇÃO DOS RELATÓRIOS SINTEGRA COM DIVERSOS ERROS EM SUA GERAÇÃO CONFORME DEMONSTRADO EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA.”

Às informações complementares, os autuantes elucidaram que a empresa autuada apresentou de modo periódico relatórios SINTEGRA no formato do Convênio ICMS 57/95 com modificação para mídia eletrônica dada pelo Convênio ICMS 31/99. Em seguida relataram que os padrões de emissão do relatório em comento, devem retratar a veracidade dos documentos para atingir a finalidade de prestar a informação ao Fisco. Ressaltaram que em processo anterior de situação semelhante, a ação fiscalizadora fora encerrada sem conclusão, uma vez que os relatórios já apresentavam os mesmos erros ora analisados. *A posteriori*, destacaram as infrações cometidas pela empresa autuada, quais sejam, nenhuma apreciação foi efetivada aos campos do registro 90, duplicidade de códigos para descrições e nomenclaturas distintas no registro 75, falta de apresentação do registro 70 acarretando dúvida em relação à tomada de serviço de transporte, ausência da geração do registro 55, bem como destacou falhas nos registros 54, 53, 50, 11, 10. Desta forma, reiteram que as formas dos registros obedeceram ao disposto no Convênio ICMS 57/95, motivo pelo qual fora aplicada a penalidade



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

prevista no art. 123, VIII, “i” da Lei nº. 12.670/96. Nesse sentido, salientaram que para fins de apuração de multa a base foi calculada pelo valor constante no campo “Valor do Produto” da GIA-ST- Guia Nacional de Apuração e Informação do ICMS Substituição Tributária.

Os auditores sugeriram como penalidade, a preceituada no art. 123, VIII, alínea “i” da Lei 12.670/96, ou seja, o pagamento de multa equivalente a 2% do valor total das operações e prestações de saídas de cada período irregular. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0%
Principal	R\$ 0,00
Multa (2%)	R\$ 336.020,60
Total a Pagar	R\$ 336.020,60

A ciência do auto de infração foi realizada em 14/08/08, por via postal, consoante termo de juntada do AR acostados aos autos às fls. 83/84, nos termos do art. 34 § 3º do Decreto 25.468//99, oportunidade em que a contribuinte fora intimada a recolher o crédito tributário em 20 (*vinte*) dias ou, em igual prazo, impugnar a autuação.

A contribuinte apresentou defesa tempestiva de fls. 87/105, instruída com documentos de fls. 106/150, onde, afirmou que não promoveu a entrega dos arquivos SINTEGRA em padrão diferente do estabelecido no Convênio 57/95. Assegurou que o auto de infração é insubsistente, haja vista, que o autuante citou nas informações complementares que os arquivos magnéticos foram entregues em condições que impossibilitaram a sua leitura, contudo, a própria fiscalização asseverou ter lido e analisado os arquivos, onde observaram os supostos erros. Nesse sentido, expendeu quanto ao fato de o arquivo não ter condições de ser lido dificultando o trabalho da fiscalização é divergente do fato de supostamente conterem erros ou omissões, motivo que acarreta penalidades diferentes. Ressaltou ainda que, cumpriu a obrigação principal pagando o ICMS ST devido em todas as operações de saídas de mercadorias. Ademais, afirmou que os arquivos magnéticos são meros meios instrumentais para obtenção de informações pela fiscalização, porém a fonte original se encontra na escrituração contábil e fiscal. Diante do exposto, solicitou que o julgamento do processo fosse convertido em **DILIGÊNCIA** ou que seja deferida a realização de perícia. De todo requereu a **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração, tendo em vista a desconformidade dos fatos narrados no auto de infração, alegando a excessividade da multa correspondente a 2% sobre o valor do faturamento do período,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

contrapondo-se aos Princípios do não-confisco, capacidade contributiva, proporcionalidade e da razoabilidade.

Foi realizado o desmembramento de 01 (um) CD-ROM integrante da ação fiscal do auto de infração nº. 1/200809883, o qual será designado para a *Célula de Perícias e Diligências* do CONAT, objetivando melhor conservação e integração do banco de dados magnéticos na data de 25/09/08 consoante fls. 153.

O juízo monocrático, após breve relato fático, observou a total falta de clareza da infração cometida, uma vez que as informações complementares foram apresentadas contraditoriamente tratando de dados, infrações e penalidades distintas. Afirmou ser verdadeiro o argumento de que o agente fiscal teve condições de ler e analisar os arquivos, uma vez que o mesmo apurou os supostos erros. Neste ensejo, salientou que as contradições detectadas impedem a certeza dos elementos que levaram à configuração da infração comprometendo a decisão singular. Isto posto, opinou pela **NULIDADE** do auto de infração, haja vista, o constante vício insanável que acarretou preterição ao direito de defesa, nos termos do art. 53 do Dec. nº. 25.468/99. O juízo *a quo* interpôs recurso de ofício, em virtude do valor originário exigido do auto de infração ser superior a 5.000 Ufirces.

A decisão singular fora comunicada à defendente por via postal em 25/08/09, consoante AR e termo de juntada acostados aos autos às fls. 161/162, nos termos do art. 34, § 3º do Decreto 25.468/99.

A *Célula de Consultoria e Planejamento - CECOP*, através do Parecer 142/10, entendeu que não merece reformar a decisão singular que está devidamente fundamentada com base no art. 53 do Dec. 24.569/97. Isto posto, sugeriu pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, no sentido de manter a decisão de **NULIDADE** proferida.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 164/165.

É o relatório.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face de **HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA.**, objetivando, em síntese, reformar a decisão condenatória na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/200809883-7**, na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a empresa fora autuada *deixar o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados de entregar a SEFAZ arquivo magnético*, referente às operações com mercadorias ou prestações de serviço, ou entregá-lo em padrão diferente da legislação. A contribuinte apresentou os relatórios do Sintegra referentes ao período de 01/01/03 a 30/04/08 com diversos erros em sua geração.

1. Da Preliminar de Nulidade

Em análise aos fôlios processuais, depreende-se a existência de matérias preliminares a serem examinadas uma vez suscitadas pela recorrente, motivo pelo qual passo a conhecê-las diretamente.

1.2 Da Ordem de Serviço

A ordem de serviço é o instrumento processual da seara administrativa que autoriza e legitima o auditor fazendário a fiscalizar aquele determinado contribuinte, naquele espaço de tempo determinado. Porém, este documento consiste em um desdobramento do Princípio da Impessoalidade, uma vez que, não fica à discricionariedade do agente fiscal qual estabelecimento auditar, ou mesmo autorizar as continuidades dos procedimentos, devendo o agente obedecer restritivamente às previsões legais.

Ao analisarmos a ordem de serviço nº. 2008.12645 dos autos, constatamos que ela autoriza a verificação de diligência fiscal específica referente à “verificação de ICMS por substituição tributária”, no entanto, o auto de infração foi lavrado por “falta de entrega de arquivos magnéticos”.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Ou seja, não obstante o ato designatório expedido tratasse especificamente de fiscalização referente à obrigação principal, o agente fiscal, extrapolando os limites determinados, lavrou o libelo acusatório por matéria relacionada à obrigação acessória.

Desta feita, o agente feriu os princípios da legalidade e da impessoalidade, ocasionando uma relação processual eivada de vícios insanáveis, restando configurada a nulidade do auto de infração nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97 transcrita in verbis:

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. (Grifos acrescidos).

Tais previsões perfazem o caráter vinculativo da atividade do agente da administração pública, nas palavras tributarista Hugo de Brito Machado:

“Atividade vinculada é aquela em cujo desempenho a autoridade administrativa não goza de liberdade para apreciar a conveniência, nem a oportunidade de agir. A lei não estabelece apenas um fim a ser alcançado, a forma a ser observada e a competência da autoridade para agir. Estabelece, além disto, o momento, vale dizer, o quando agir, e o conteúdo mesmo da atividade. Não deixa margem à apreciação da autoridade, que fica inteiramente vinculada ao comando legal.” (Curso de Direito Tributário, 12ª edição, pág. 44)

Ora, é cediço que em toda sua atuação o agente deve, observando os preceitos legais, agir em estrita obediência à Lei. Com efeito, o agente da administração pública está preso à lei e qualquer desvio de suas imposições pode nulificar o ato.

In casu, em simples análise aos autos se verifica inobservância do autuante ao preceptivo legal citado acima.

3. Da Nulidade da ação fiscal

Destarte, 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



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

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)

Frente à apresentação destes elementos, observo que a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar em grau de preliminar a nulidade da presente peça acusatória, pelas razões aqui expostas, em cumprimento ao que reza o art. 53 do Decreto 25.468/99, *expressis verbis*:

Art. 53. 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.

4. Do Voto

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do Recurso Oficial, dando-lhe provimento e declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, consoante manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em sessão.

É o VOTO.



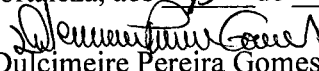
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

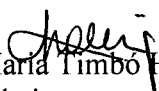
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

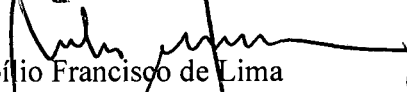
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, dar-lhe provimento, para declarar em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, todavia em razão de impedimento do agente autuante que extrapolou os limites determinados na Ordem de Serviço, nos termos do voto da relatora, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em Sessão.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de 03 de 2011.

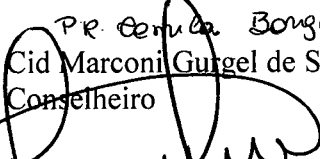

Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTA


Ana Maria Timbo Holanda
Conselheira

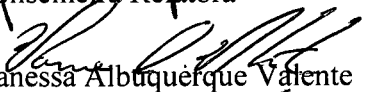

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira

Lúcio Flávio Alves
Conselheiro


Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Relatora


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO