



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 233 / 2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 14/01/2013 - 002ª SESSÃO ORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/833/2010

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2009.16895

AUTUANTES: CÉLIA DE S. LIMA CARNEIRO – MAT.: 107.434-1-9 E

CLINÓRIA FREIRE DA CRUZ – MAT.: 043.626-1-0.

RECORRENTE: J. F. GOMES TÊXTIL

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO A AMPLA DEFESA. Processo Administrativo julgado **NULO**, face a ausência de elementos probatórios suficientes a comprovar a autuação. *In casu*, não constam nos autos, a relação dos documentos fiscais objeto da autuação, fragilizando a acusação fiscal apontada na Inicial. Recurso Voluntário conhecido e provido, no sentido de reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, para declarar, em grau de preliminar, a **NULIDADE** processual, por cerceamento ao direito de defesa. Decisão, por maioria de votos, amparada no art. 33, inc. XI do Decreto nº 25.468/99, contrariamente ao parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, *sub examen*, acusa a empresa Autuada de deixar de recolher o ICMS Substituição Tributária referente ao período de julho a agosto de 2009, no valor total de R\$ 72.554,77 (setenta e dois mil quinhentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos).

Indica como dispositivo legal infringido o art. 74 do Decreto nº 24.569/1997 e como penalidade sugere o art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

O processo administrativo tributário está instruído com os seguintes documentos: Ordem de Serviço nº 2009.25400, Termo de Intimação nº 2009.20629, Consulta de Contribuinte, Consulta de Contador, Emissão de DAE de Nota Fiscal, Listagem das Entradas dos Credenciados, Listagem de DAE's pagos por CGF, Nota Fiscal de Saída nº 000006, Nota Fiscal nº 000015, AR referente ao envio do Termo de Intimação nº 2009.20629, AR referente ao envio do Auto de Infração, todos acostados às fls. 3/14.

Termo de Revelia lavrado às fls. 15.

A Julgadora Monocrática no julgamento de nº 1972/2011 entendeu em sua decisão, às fls. 18/22, pela procedência do auto, tendo em vista que ficou comprovada a ausência de recolhimento do ICMS Substituição para o período indicado. Além disso, a parte não apresentou nenhum elemento desconstituindo o trabalho do fiscal. Logo deve a autuada recolher aos cofres públicos o valor de R\$ 145.109,54 (cento e quarenta e cinco mil cento e nove reais e cinquenta e quatro centavos).

Listagem das Entradas dos Credenciados, fls. 23.

Intimação da decisão de 1ª Instância e AR, fls. 24/25.

Devidamente cientificada da decisão de 1ª Instância, e inconformada, a empresa Autuada interpôs Recurso Voluntário, às fls. 30/37, argumentando, em síntese, a nulidade do feito fiscal, pelo cerceamento do direito de defesa do contribuinte, falta de indicação das notas fiscais em que a autuação fiscal se fundamenta; que o Auto de Infração está irregular, por falta de documentação hábil a comprovar a imputação de irregularidade. Requeru, ao final, perícia nos livros e documentos fiscais.

A Consultoria Tributária, às fls. 41/43, em Parecer de nº 620/2012, apresentou o seu entendimento pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento em parte, para reformar a decisão condenatória

proferida em primeira instância, pelo reenquadramento da penalidade (atraso de recolhimento do imposto) decidindo-se pela parcial procedência do feito fiscal, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o Parecer às fls. 44.

É o Relatório.

VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, a peça inicial do presente processo tem como objeto a acusação de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária referente ao período de julho a agosto de 2009, no valor total de R\$ 72.554,77 (setenta e dois mil quinhentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos).

No caso *sub examen*, antes de adentrarmos ao mérito da lide, cumpre a análise de questões preliminares, suscitadas no Recurso Voluntário interposto.

Em sua peça recursal, alega, a Contribuinte, a nulidade da ação fiscal, tendo em vista que, quando da lavratura do Auto de Infração, o Agente do Fisco, não comprovou a materialidade do ilícito tributário atribuído. Aduz, a Recorrente, que em momento algum o Autuante apresentou provas da ocorrência, bem como, não anexou aos autos as notas fiscais nas quais o imposto deixou de ser recolhido.

Na espécie, insta consignar, o Auto de Infração é o ato formal e vinculado, segundo o qual, o Agente do Fisco, ao exigir o recolhimento do tributo e aplicar a penalidade cabível, instaura o processo tributário administrativo.

Com efeito, a prova documental é imprescindível no Processo Administrativo Tributário, tanto o Fisco quanto o Contribuinte deverão produzir as provas cabíveis. No caso do Fisco, impende salientar, este tem o dever, a incumbência, de comprovar o ilícito fiscal indicado na inicial.

Dispõe o art. 33, inc. XI, do Decreto nº 25.468/99, *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:*

(omisso)

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 (g.n).

Na hipótese dos autos, conforme se verifica, assiste razão a Recorrente. De fato, não consta dos autos a relação dos documentos fiscais que embasaram a autuação, constando, apenas, cópias de 02 notas fiscais às fls. 10/11. Tal fato, torna frágil a presente imputação fiscal.

In casu, ressalte-se, o Agente do Fisco, não apresentou provas da ocorrência da ilegalidade por ele atribuída, carecendo a autuação de plenitude da prova material.

Acerca da matéria, esclarece Marcos Vinicius Neder¹ em seu artigo "Aspectos Formais e Materiais no Direito Probatório":

"No processo administrativo fiscal, tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes".

"Por outro lado, por força do que dispõe o art. 9º do Decreto nº 70.235/72. O Fisco tem o dever de provar o fato constitutivo do seu direito de exigir o crédito tributário. Em nosso ordenamento, não há normas jurídicas que imponham a presunção de legitimidade ao lançamento tributário, no que se refere ao seu conteúdo. A falta de comprovação de fato impositivo acarreta a invalidade do lançamento tributário".

No caso concreto, esclareça-se, deveria a Autoridade Fiscal ter comprovado a acusação mediante a apresentação dos documentos que deram suporte a autuação. Portanto, face a ausência de comprovação da acusação fiscal, pelo Agente Autuante, deverá ser declarado NULO o Auto de Infração "*in examen*".

Nesse tocante, há de observar-se, o §1º do art. 33 do Decreto nº 25.468/99 trata das possibilidades de não declaração de nulidade. Contudo, *in casu*, como o inciso XI do referido auto não encontra-se listado no mencionado artigo, nula é a presente autuação:

Art. 33. (...)

§1º A ausência das indicações referidas nos incisos II, III, IV, V, VI, VII e XIII não ensejará a nulidade do auto de infração.

A despeito do Ato Jurídico Nulo, Pontes de Miranda citado por Alfredo Augusto Becker² faz as seguintes considerações:

"O ato jurídico nulo é, ipso facto (desde o momento de sua entrada no mundo jurídico), totalmente ineficaz: sem qualquer efeito jurídico, conseqüentemente, também sem qualquer efeito físico ou econômico condicionado ou causado pela coagibilidade jurídica do ato jurídico eficaz; existindo efeitos físicos ou econômicos, eles somente podem ser atribuídos ao ato humano (e não ao ato jurídico nulo)".

"A nulidade é defeito congênito do ato e não é preciso que haja ato de alguém para que ela produza sua conseqüência (ineficácia jurídica)."

Diante do exposto, **VOTO** pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, face o cerceamento do direito de defesa da empresa Autuada.

É o Voto.

¹ NEDER, Marcos Vinicius. **Aspectos Formais e Materiais no Direito Probatório**, São Paulo: Dialética, 2010, p. 19-20.

² BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 457.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente J. F. GOMES TÊXTIL, e Recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, para por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade arguida em razão de irregularidade do Termo de Intimação, por não observância à espontaneidade. Preliminar afastada sob o entendimento de que não houve inobservância à espontaneidade nem cerceamento do direito de defesa pelo fato de não constar a indicação pormenorizada das notas fiscais. Vencidos os votos das Conselheiras Vanessa Albuquerque Valente e Anneline Magalhães Torres. Preliminar de **NULIDADE** em razão de cerceamento do direito de defesa pela falta de indicação das notas fiscais objeto da autuação, acatada, por maioria de votos, sob o fundamento de que constam nos autos apenas duas notas fiscais autuadas, carecendo a autuação de plenitude da prova material, por entender que no auto de infração e documentos anexos não consta a relação dos documentos fiscais objeto da autuação, constando apenas a cópia de 02 notas fiscais, fls. 10 e 11, fragilizando a acusação fiscal. Não há nos autos elementos probatórios suficientes para comprovar a autuação. Vencido o voto do Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva. Ausente, por motivo justificado o Conselheiro José Gonçalves Feitosa.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 04 de abril de 2013.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Francisco Ivanildo Almeida de França
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado