



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 436 /2009
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
75ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 15/04/09
PROCESSO Nº. 1/293/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/2006.26692-3
RECORRENTE: ANTÔNIO FROTA BRAGA
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Antônio Carlos Oliveira do Amaral
MATRÍCULA: 062.820-1-6
RELATOR ORIGINÁRIO: Conselheiro José Sidney Valente Lima
RELATOR DESIGNADO: Conselheiro Vito Simon de Moraes
REVISOR: Conselheiro José Sidney Valente Lima

EMENTA: ICMS – 1. SIMULAÇÃO DE REMESSA DE MERCADORIA PARA OUTRAS UNIDADES FEDERADAS - 2. A acusação versa sobre *Simulação de Saída* para outra unidade da federação de mercadorias efetivamente internada em território cearense. Recurso voluntário conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado **NULO**, por voto de desempate da Presidência, em virtude de falhas na intimação da autuada. Reformada a decisão condenatória exarada na instancia, conforme parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão mediante despacho reduzido a termo nos autos. 4. Decisão sem análise do mérito, amparada no conjunto probatório colacionado aos autos, em consonância com o art. 53, § 3º do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

A presente lide noticia a acusação de *simular a saída para outra unidade da federação de mercadoria efetivamente internada no território cearense*. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada inicialmente pela ordem de serviço nº. 2006.34915, objetivando executar *auditoria fiscal*, concernente ao período de 01/01/04 a 31/12/04, junto ao contribuinte *Antônio Frota Braga*, enquadrado no CNAE como *atacadista de outros produtos alimentícios*. Auto de infração lavrado em 18/12/06, com fulcro no art. 170, II do Decreto 24.569/97.



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 09/11/06, de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do contribuinte no termo de início de fiscalização às fls. 07, 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. 1/200626692-3, informações complementares de fls. 03/05, ordem de serviço nº. 2006.34915, termo de início da fiscalização nº. 2006.28789, termo de intimação nº. 2006.31475, termo de conclusão da fiscalização nº. 2006.32148, *Planilha Demonstrativa das Operações Interestaduais*, relatório do *Sistema Cometa* de saídas interestadual, cópia do *Livro Registro de Saídas de Mercadorias* com termos de abertura e encerramento, protocolo de devolução da documentação, termo de revelia, procuração e substabelecimento. O auto, em epígrafe, relatou *ipsis litteris*:

“SIMULAR SAÍDA PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DE MERCADORIA EFETIVAMENTE INTERNADA NO TERRITÓRIO CEARENSE. O CONTRIBUINTE REGISTROU SAÍDAS INTERESTADUAIS SEM CONTUDO COMPROVAR A DEVIDA OPERAÇÃO. SEGUE INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR E RELATÓRIO COMPROBANTE DA INFRAÇÃO EM APREÇO.” (sic).

Às informações complementares, de fls. 03/05, o autuante, após confronto das operações de saídas interestaduais registradas no *Sistema Cometa* da SEFAZ e os documentos emitidos pela contribuinte, constatou que houve simulação de saídas interestaduais relativos às notas fiscais relacionadas na planilha anexa. Elucidou que a contribuinte emitiu notas fiscais sem destaque do imposto ou com aplicação de alíquota de 12%, no entanto se comercializadas no mercado interno teriam uma carga tributária na ordem de 17%. Diante disso, elaborou demonstrativo das operações interestaduais não constantes do *Sistema Cometa*, com base na alíquota interna (17%), do resultado obtido deduziu o imposto debitada na operação, elencando a diferença na “*Coluna – Diferença de ICMS*” do referido demonstrativo.

O auditor sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “h” da Lei 12.670/96, isto é, o pagamento de multa equivalente a 20% do valor da operação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0,00%
ICMS (principal)	R\$ 25.063,63
Multa (20%)	R\$ 85.458,01
TOTAL	R\$ 110.521,64

O prazo transcorreu *in albis*, sem que a atuada recolhesse aos cofres fazendários o valor devido ou ofertasse impugnação. Destarte, foi instaurada a relação contenciosa, pela revelia, em consonância com o art. 77 do Decreto 25.468/99. Termo de revelia lavrado em 09/01/07 às fls. 92. Em ato contínuo foi determinado encaminhamento dos autos para as devidas providências no CONAT.

A julgadora monocrática arrazouou que o art. 157, caput do RICMS prescreve que a aplicação do selo de trânsito é obrigatória para todas as atividades econômicas na comprovação de operações de entradas e saídas de mercadorias e, conquanto o referido artigo faça constar algumas exceções, todavia não se aplicam quaisquer delas ao caso presente. Afirmou que o agente fiscal tomou com indício do internamento o fato de que operações de saídas de mercadorias supostamente destinadas a outros Estados da Federação não se encontram registradas no sistema de controle da SEFAZ e/ou não tenham sido apostos os selos fiscais de trânsito. Nesse sentido, entendeu que o ato da autoridade fiscal se reveste da presunção de legitimidade, qualidade esta, que o reputa válido até prova em contrário, então, caberia à atuada se manifestar em sua defesa, o que não ocorreu, corroborando com o indício de internamento. Isto posto, concluiu pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, intimando a atuada a recolher no prazo de 20 (vinte) dias, a importância apontada na inicial, com os devidos acréscimos legais, podendo em igual período interpor recurso junto ao egrégio *Conselho de Recursos Tributários*.

O termo de intimação comunicando a decisão singular foi enviado ao contribuinte por AR, em 31/07/08, pelo que comprova AR e termo de juntada de fls. 102/103.

A contribuinte requereu dilação de prazo para apresentação de recurso voluntário, conforme pedido apostado às fls. 104, sendo prorrogado até 01/09/08.

A empresa interpôs recurso voluntário tempestivo contra a decisão singular de fls. 107/118, onde argüiu que o método utilizado não permite, por si só, caracterizar uma infração tributária, mas apenas constitui um mero indício sem comprovação nos autos. Salientou que o documento apresentado, "*Planilha de Simulação de Saídas Interestaduais*", foi



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

produzido pela própria autoridade fiscal, não se prestando como prova suficiente para a acusação fiscal. Nesse sentido, apontou que o egrégio *Conselho de Recursos Tributários* tem entendido, pela unanimidade de seus pares, que relatórios de controle interno não são documentos fiscais, tampouco se prestam à formação dos indícios que poderiam traduzir em infração à legislação tributária, quando da materialidade da prova dos autos. Afirmou que, hodiernamente, ninguém mais crê na inversão da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e muito menos se pensa que esse atributo exonera a Administração de provar os fatos que afirma. Nesse sentido, argumentou que não há nos autos documentos que comprovem a prática do ilícito fiscal, exceto aquele meramente indiciário e presuntivo apresentado pelo próprio autuante. Pelos motivos exposto acima, requereu preliminarmente a nulidade do feito fiscal, sob o entendimento de que a falta de elementos que comprovem a suposta infração tem como consequência a ausência da possibilidade jurídica, que tem como corolário a extinção do processo. Arguindo a improcedência da infração, alegou que não compete à autuada comprovar a efetivação de saídas dessas mercadorias, haja vista que os adquirentes das mercadorias eram os responsáveis pela retirada das mesmas. Assinalou que a 1ª Câmara do *Conselho de Recursos Tributários*, em caso análogo, decidiu nesse sentido. Isto posto, requereu a **EXTINÇÃO** do processo e, caso não seja acatado tal pedido, a **IMPROCEDÊNCIA** da ação fiscal. Por fim, requereu a intimação dos advogados para fazer sustentação oral de suas teses de recurso.

A *Célula de Consultoria e Planejamento - CECOP*, por intermédio do parecer 36/09, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário, mantendo a decisão **CONDENATÓRIA** em primeira instância. O consultor tributário aduziu que a contribuinte não pode arguir que o levantamento foi fundamentado em mero indício, já que as planilhas foram elaboradas a partir dos livros e documentos fiscais fornecidos pela própria contribuinte. Quanto aos registros do *Sistema Cometa*, salientou que a princípio as informações colhidas seriam indícios, no entanto após o levantamento fiscal restou provado que a contribuinte deu saídas de mercadorias para outras Unidades da Federação sem a devida comprovação de sua efetiva passagem nos postos de fronteira, tal fato confirma o internamento das mercadorias no Estado.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer que repousa às fls. 121/122.

É o relatório.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **ANTONIO FROTA BRAGA** em face de **CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, concernente ao auto de infração sob o nº. 1/200626692-3, através do qual, a recorrente, por intermédio de patrono judicial legalmente constituído, se insurgiu contra a Decisão proferida pela julgadora singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

A defendente em sede de recurso voluntário alegou preliminarmente a nulidade do feito fiscal, sob o entendimento de que a falta de elementos que comprovem a suposta infração tem como consequência a ausência da possibilidade jurídica, que tem como corolário a extinção do processo. Na seara meritória argüiu a improcedência da infração, a contribuinte alegou que não compete a ela comprovar a efetivação de saídas dessas mercadorias, haja vista que os adquirentes das mercadorias eram os responsáveis pela retirada das mesmas, enquadrando a empresa como sujeito passivo direto.

De plano, impende salientar que a demanda aqui tratada requer uma análise preliminar em relação ao aspecto formal do procedimento, que versa sobre matéria cognoscível de ofício, ou seja, por força de lei, poderia também ser argüida pelo julgador.

O ponto nodal da demanda cinge-se, a saber, em um aspecto: se o sujeito passivo da presente lide fora regularmente intimado, nos termos da legislação processual vigente.

Ao compulsar os fôlios processuais, pode-se evidenciar que o termo de intimação nº. 2006.31475 acostado às fls. 08, não especifica objetivamente, quais notas fiscais de aquisição de mercadorias, o contribuinte deverá apresentar ao fisco. Como veremos adiante, o termo de intimação é um instrumento processual que não concebe a utilização de expressões genéricas, deve-se, portanto, este último ser sucinto e específico, sob pena de, em não atendendo a estes requisitos, ferir de morte o direito de contraditório e ampla defesa da contribuinte.

A intimação do autuado é o meio pelo qual, ele é cientificado da lide, devendo ser realizada dentro dos ditames legais, sob pena de nulidade. No *Processo Administrativo Fiscal*, a intimação tem a mesma importância que a citação do réu no processo civil. É com a intimação que surge a pretensão do fisco de ver cumprida a obrigação



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

materializada no lançamento. A partir dela, pode o sujeito passivo defender-se da exigência, nos termos do art. 25 da Lei 12.732/97, *expressis verbis*:

Art. 25. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

É assente que, um dos atributos essenciais à validade e eficácia do ato administrativo é a presunção de legitimidade. Significa dizer, que até prova em contrário o ato administrativo foi adotado em consonância com a lei e os fatos apontados pela Administração são verdadeiros. A presunção em questão é relativa e admite prova em sentido contrário.

Nessa linha de raciocínio, colacionam-se aos autos fragmentos doutrinários da lavra de *Alexandre Moraes*, concernente a Constituição Federal comentada, *in verbis*:

"Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa."

À análise acurada das peças instrutórias do caderno processual, não deixou outra alternativa, senão chegar à conclusão de que houve infringência aos comandos legais inerentes à intimação do sujeito passivo. Neste contexto cai por terra a presunção de legitimidade, como atributo de validade e eficácia do ato vergastado.

Essa presunção de legitimidade decorre de um dos princípios básicos da administração, o da legalidade, no dizer do ilustre *Hely Lopes Meirelles*¹, *verbo ad verbum*:

"O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal,

¹ MEIRELES, Hely Lopes - "in" Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei."

Os princípios que regem a *Administração Pública* devem ser seguidos rigorosamente pelos agentes públicos, não podendo se desviar destes princípios sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar civil ou criminal dependendo do caso.

O entendimento aqui esposado é agasalhado pelo *Código Tributário Nacional*, senão vejamos:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa onstituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos).

No mesmo sentido é que se direcionou o ilustre *Prof. Misabel Abreu Machado Derzi*, na obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*, afirmando que: "*A lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados*". Dessa forma, tem-se que, não sendo o lançamento um ato discricionário, inexistente flexibilização da ação do agente fiscal; se está determinado na legislação tributária, não há margem de liberdade ao Fisco.

Nessa consonância infere-se que nulo é o auto de infração onde há cerceamento do direito de defesa. *In casu*, em razão da falta de especificidade contida na intimação de fls. 08, a intimação em apreço fora considerada genérica por este colegiado, tornando a presente ação fiscal nula, em face da irregularidade na intimação, tornando o ato administrativo em apreço substancialmente viciado uma vez que desvestido de suas formas legais.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

No caso em comento, o cerceamento de defesa é flagrante, haja vista que não foi dada à autuada, a oportunidade de defesa. *Hely Lopes Meirelles* destaca, sobre o tema, que a defesa é garantia constitucional de todos os acusados, em processo judicial ou administrativo e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (*due process of law*). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação.

Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar *Humberto Theodoro Júnior*², em sua costumeira proficiência:

O ato absolutamente nulo, já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais.

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Diz respeito a interesse de ordem pública, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independente de provocação da parte interessada.

Com efeito, diante da errônea intimação, restaram clarividente as falhas no procedimento na constituição do crédito tributário; destarte, a medida mais consentânea com a justiça fiscal é acolher a nulidade sugerida pela *Consultoria Tributária*, em cumprimento ao que reza o art. 53 do Decreto 25.468/99, transcrito *ad litteram*:

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.

(...)

² Curso de Direito Processual Civil – Ed. Forense, 2007, pág. 325.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

§ 3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado. (Grifos acrescentados).

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** da ação fiscal, por considerar a contribuinte prejudicada no seu direito de contraditório e amplo defesa, em conformidade com o parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado alterado em sessão mediante despacho reduzido a termo nos autos.

É o VOTO.



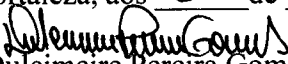
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

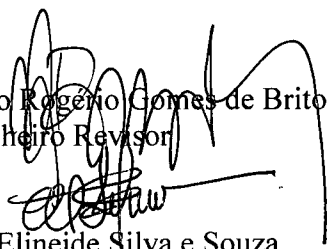
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

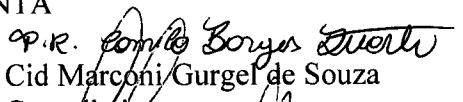
DECISÃO

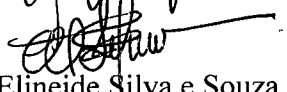
Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **ANTONIO FROTA BRAGA** e recorrida **CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, para por voto de desempate da Presidência, dar-lhe provimento, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por falhas na intimação que foi emitida nos termos do parágrafo 4º, art. 158 do RICMS, nos termos do voto do relator designado para lavrar a resolução, Dr. Vito Simon de Moraes e conforme parecer do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, alterado em Sessão mediante despacho reduzido a termo nos autos. Votaram contrariamente à nulidade os Conselheiros: José Sidney Valente Lima (relator originário), Alfredo Rogério Gomes de Brito, Maria Elineide Silva e Souza e Magna Vitória de Guadalupe. Presente para a apresentação de defesa oral o representante legal da recorrente, Dr. Fernando Augusto de Melo Falcão.


SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 02 de JULHO de 2009.


Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTA

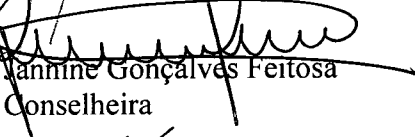

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro Revisor

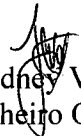

Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


João Fernandes Fontenelle
Conselheiro

Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
Conselheira


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Jose Sidney Valente Lima
Conselheiro Originário


Vito Simon de Moraes
Conselheiro Designado


Mateus Vilana Neto
PROCURADOR DO ESTADO