



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS  
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

26

RESOLUÇÃO Nº: 123 / 2009  
SESSÃO DE: 08/01.2009  
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/266/2006  
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2005.20829  
AUTUANTE: MT -0051621- X  
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.  
RECORRIDO: H.B.INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS  
RELATORA: CONS. FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

**EMENTA: ICMS. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS.** Notícia os autos que a empresa no período fiscalizado deixou de emitir notas fiscais correspondentes as saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Processo Administrativo Tributário julgado nulo, sem exame de mérito, pois carente da comprovação material do ilícito reclamado na inicial, acarretando por consequência o cerceamento do direito de defesa da empresa. Decisão agasalhada com base no artigo 53 do Decreto nº 25.468/99. Recurso Oficial Conhecido e Não Provido. Decisão por unanimidade de votos em consonância com o entendimento proferido em Sessão e lavrado a termo nos autos pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

**RELATÓRIO**

Noticia o presente Auto de Infração a acusação abaixo descrita:

*"As infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados por regime de substituição tributária cujo o imposto já tenha sido recolhido. Em contato com a empresa constatamos que os produtos comercializados são regidos pelo sistema de substituição tributária, e não foi emitido o documento fiscal na saída dos mesmos."*

**Crédito Tributário:**

**MULTA:** R\$ 20.762,10.

O atuante apontou como dispositivo legal infringido o artigo 18 da lei 12.670/96 e sugeriu como penalidade a inserta no artigo 126 do mesmo diploma legal.

Nas Informações Complementares às fls. 3/4 dos autos o agente fazendário ratifica o feito fiscal.

Instruindo inicialmente o presente processo constam os seguintes documentos: Auto de Infração, Informações Complementares, Ordem de Serviço, Comunicação Interna n° 196/2005, Termo de Intimação - AR, Consulta Sistema GIM- Conta Corrente.

A autuada não apresentou resistência ao feito fiscal, sendo às fls. 11 dos autos lavrado o "TERMO DE REVELIA."

O processo foi encaminhado a Célula De Julgamento de 1ª Instância deste CONAT para ser submetido a Julgamento.

A Julgadora Singular diante das peças processuais, por seus fundamentos declarou a nulidade do feito fiscal, momento em que, nos termos da legislação processual vigente recorreu de ofício para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários deste CONAT.

A empresa não mais se manifestou nos autos.

A Consultoria Tributária exarou o Parecer de nº 181/2008, opinando pela confirmação da decisão monocrática, o qual foi referendado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Devidamente recepcionado, os autos subiram a esta Egrégia 2ª Câmara de Julgamento, sendo-me distribuído mediante sorteio.

Em síntese eis o Relatório.

**VOTO DA RELATORA**

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado denuncia que a empresa nos períodos de 01/2004 a 10/2005 promoveu a saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem as correspondentes notas fiscais, perfazendo assim um montante de R\$ 207.621,00 ( Duzentos e Sete Mil Seiscentos e Vinte e Um Reais ).

"Ab Initio" cumpre recordar que o presente Processo Administrativo Tributário foi formalizado com os seguintes documentos: Auto de Infração, Informações Complementares, Ordem de Serviço, Termo de Intimação e **Consulta Sistema Informatizado da SEFAZ GIM- Conta Corrente** .

Pois bem, compulsando as peça que consubstanciam os autos observo de logo que a prova da materialidade do então denunciado neste lançamento tributário ancora-se unicamente em torno de Consulta realizada junto ao Sistema Informatizado da SEFAZ- denominado GIM, na opção Conta Corrente- fls.10 dos autos e na conduta omissiva da empresa, a qual devidamente intimada não entregou a documentação requerida no Termo de Intimação de número 2005.19982.

Por oportuno sinalizo neste momento que o agente fiscal acostou aos autos apenas a GIM do período de 2005, não colacionando sequer as mesmas informações desta obrigação acessória para o

outro período também objeto deste auto de infração, qual seja a GIM do exercício de 2004.

Registro ainda que a peça inicial deste processo administrativo tributário relata em seu corpo que em contato com a empresa constatou-se que os produtos comercializados **são regidos pelo sistema de substituição tributária e que não foi emitido os documentos fiscais na saída dos mesmos.**

Pois bem, trilhando com bem vagar pelo presente caderno processual concluo sem sombra de dúvidas que o agente fiscal não acostou aos autos elementos com força motriz suficiente para demonstrar a materialidade da infração ora em julgamento.

A simples ausência das informações que deveriam ser prestadas mensalmente através da GIM, mesmo diante da conduta omissiva da empresa em não entregar a documentação fiscal solicitada pela fiscalização é incompleta para oferecer certeza quanto a existência e liquidez do crédito tributário ora reclamado, principalmente quando a base de cálculo encontra-se formada com base em arbitramento, como na hipótese dos autos.

A meu ver o lançamento tributário em questão encontra-se prejudicado pela insuficiência da fundamentação, apresentando-se frágil, deficiente e incompleta para amparar o feito fiscal.

Pessoalmente entendo que a materialidade da infração ora em debate encontra-se amparada em bases insuficientes e presuntiva, principalmente quando interpreto o mencionado abaixo pela fiscalização no relato do auto de infração, senão vejamos, "Ipsis Literris":

*" . . . . . Em contato com a empresa constatamos que os produtos comercializados são regidos pelo sistema de substituição tributária, e não foi emitido o documento fiscal na saída dos mesmos."*

Por pertinente ao caso, trago a título ilustrativo a seguinte passagem excerta no Livro "Da Prova no Processo Administrativo Tributário, " de autoria da renomada Mestre Alexandra Dabul: vejamos:

*"... a razão por que não cabe o emprego de presunções simples em lugar das provas é imediata: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatária para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador da lei substitua a prova é conceber a possibilidade-ainda que remota diante da altíssima probabilidade que motivou a ação fiscal – de que se possa exigir um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador".(pg.82).*

A meu entender, como exaustivamente já mencionado, a motivação constante no relato do Auto de Infração, não se apresenta de forma clara, inequívoca, de modo a não deixar dúvida ao autuado da real infração apontada. Falta inexoravelmente fundamentação suficiente para validade do ato administrativo.

E trago à baila, por pertinente ao caso, citação do eminente Ruy Barbosa Nogueira, que assim nos fala:

*"Sendo o Auto de Infração uma peça acusatória, para garantia do Princípio do contraditório, é um pressuposto de sua validade que relate e explicita a acusação, posto que ninguém poderá se defender de acusação que não conheça previa e plenamente" (in RDA n. 109, p. 297)."*

Outrossim, somente com um Auto de Infração bem relatado, com a exposição dos motivos da autuação bem delineados, pode-se possibilitar ao acusado a contraposição aos argumentos apresentados.

Indiscutivelmente, a prova da materialidade do ilícito denunciado, apresenta-se de modo frágil, acarretando cerceamento ao direito de defesa da recorrida.

No caso "in examem" , vê-se com clarividência que o Auto de Infração não relata com clareza e precisão os fatos e as circunstâncias motivadoras da ação fiscal, ferindo o estatuído no artigo 33, inciso XI do Decreto 25.468/99, "In 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:*

*.(...)*

*XI - a necessidade da 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. (grifos nossos).*

Visualiza-se com cores vivas a falha formal que macula o ato administrativo em apreço, dando ensejo a nulidade absoluta do processo, por cerceamento ao direito de defesa do acusado, visto que a peça exordial não oferece condições suficientes para que o recorrido apresente validamente sua defesa.

E prossigo.

Na busca da verdade material, não pode as partes e muito menos a autoridade lançadora de crédito tributário, pecar na produção da prova probatória que ateste a veracidade da infração denunciada no auto de infração.

Nesta linha, cito passagem enxerta no livro da Mestra "Alessandra Dabul, que nos preleciona, "In Verbis":

*"Ementa. IRPJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. PRESSUPOSTOS. CONSISTÊNCIA JURÍDICA. NULIDADE. O lançamento tributário por constituir-se em ato administrativo está sujeito aos princípios da legalidade e da publicidade, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. É assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e ampla defesa (CF art. 5, inc. LV), o que somente se verifica quando a matéria tributária, estiver adequadamente descrita, com o conseqüente enquadramento legal das infrações apuradas. A falta desses requisitos essenciais torna nulo o ato administrativo de lançamento, e, de conseqüência, insubsistente a exigência do crédito tributário constituído. Declarada a nulidade do lançamento tributário. (acórdão 101-87.101. citado na obra Da Prova no Processo Administrativo Tributário, pg.105 1ª. edição editora. Juruá)".*



Neste momento e por pertinente a temática em debate, eis o corporificado no artigo 142 do CTN, " Ipsis Literis" :

*"Compete privativamente à autoridade administrativa constituir 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 devido, identificar o sujeito passivo, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."*

*Parágrafo Único: "A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".*

Pelo exposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, acima transcrito soa o entendimento inquestionável de que o lançamento tributário decorre de lei e tem função vinculante e obrigatório.

Dentro desta função entendo que não compete ao agente fiscal apenas relatar os fatos constatados durante o procedimento fiscalizatório, mas acima de tudo apresentar ao contribuinte e a própria Administração Tributária todo o rol de documentos e demais provas que efetivamente sirva para comprovar o então denunciado no Auto de Infração.

Atentemos que na própria configuração oficial do lançamento tributário - ex art. 142 do CTN, acima transcrito, a lei instituiu a necessidade de que o fiscal deva instruir o ato de lançamento com todos os elementos de provas indispensáveis à comprovação do ilícito denunciado cabendo-lhe assim a obrigação

de instruir o lançamento com os elementos de prova das afirmações que afirma em sua fundamentação.

Diante de todo o panorama acima desenhado, a meu pensar, a não anexação de todos os documentos que sustentam a acusação fiscal implica indiscutivelmente na nulidade do presente Auto de Infração, pois além de constituir desobediência a mandamento legal cogente, implica também a meu sentir, em cerceamento do direito de defesa da empresa, a medida que este não teve acesso a todas as provas indispensáveis a comprovação do ilícito denunciado.

Nesta esteira de pensamento não se pode olvidar que "In Casu", o agente fiscal não reuniu os elementos de provas suficientes para caracterização e motivação do ato administrativo de lançamento, motivo pelo qual entendo que o mesmo é nulo por incorrer em um dos vícios do ato administrativo, qual seja, a ausência da devida fundamentação.

Informo ainda que a fundamentação não se cinge apenas a citação dos dispositivos legais aplicáveis a espécie, mas também aos documentos que servem de suporte fático a autuação.

Por derradeiro cumpre concluir que entendo irretocável os fundamentos proferidos pela nobre Julgadora Singular em seu "decisorium litis", às fls.19/20 dos autos, momento em que manifesto minha concordância com o entendimento de que:

*"A absoluta carência de provas impossibilita a autoridade julgadora formar seu convencimento, assim como impede a atuada de exercer sua ampla defesa, na medida em que não possui pleno conhecimento dos elementos que caracterizam a infração". (fls 20 dos autos).*

Com estas pequenas considerações , a meu entender pessoal, o ato administrativo em tela não guiou-se na trilha da legalidade, encontrando-se assim maculado de nulidade absoluta, por contrariar as normas contidas na legislação vigente, nos termos do artigo 53 do Decreto n° 25.468/99, a seguir transcrito "Ipsis litteris" :

*Artigo 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.."*

Ex Positis, VOTO para que se conheça do Recurso Oficial negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, nos termos dos fundamentos contidos no Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Doute Procuradoria Geral do Estado.


Eis como entendo atualmente a questão, eis como VOTO.

**DECISÃO**

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente: H.B.INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de Fevereiro de 2009.

  
 • José Wilame Falcão de Souza  
**PRESIDENTE**

Ubiratan Ferreira de Andrade  
**PROCURADOR DO ESTADO**

CONSELHEIROS:  
 • Francisca Marta de Sousa

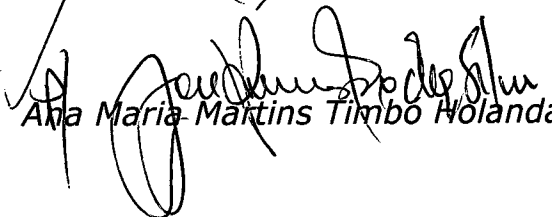
  
 Marcos Antonio Brasil

  
 Sandra M. Tavares M. De Castro

  
 José Moreira Sobrinho

  
 Silvana Carvalho Lima Petelinkar

  
 Sebastião Almeida Araújo

  
 Ana Maria Martins Timbo Holanda

  
 Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias