



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

RESOLUÇÃO Nº: 281 / 2009
SESSÃO DE: 02.04.2009
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3246/2006
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200620097
AUTUANTE : MT. 03033414
RECORRENTE: GUILHERME HOLANDA QUEIROZ E CIA LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA: SANDRA MARIA TAVARES M. DE CASTRO
RELATORA DESIGNADA: FRANCISCA MARTA DE SOUSA

**EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.**

1. A peça inaugural do presente Processo Administrativo Tributário denuncia que a empresa recorrente deixou de recolher o ICMS substituição tributária relativamente aos períodos de janeiro, março, abril e maio de 2006.
2. A prova da materialidade do então denunciado ampara-se unicamente em consulta realizada junto ao Sistema Corporativo da SEFAZ denominado COPAF - Sistema de Parcelamento Fiscal.
3. Provado nos autos a insuficiência dos elementos comprobatórios da ocorrência do fato gerador.
4. Recurso Voluntário Conhecido e Provido. Decisão por maioria de votos pela declaração da nulidade do feito fiscal, por caracterizado o cerceamento do direito de defesa da empresa recorrente, nos termos do artigo 32 da Lei 12.732/97 reproduzido no artigo 53 § 3º do Decreto 25.468/97, em sintonia com o pronunciamento do representante da douta Procuradoria Geral do Estado manifestado oralmente em Sessão.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração ora em julgamento nesta Egrégia 2ª Câmara, a seguinte acusação fiscal:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. Empresa não recolheu ICMS substituição tributária pelas entradas interestaduais(1031), referente aos períodos de 01-03-04-05/2006."

CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

ICMS: R\$ 3.676,13 e **MULTA:** R\$ 1.838,06.

O autuante apontou como dispositivos legais infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugeriu como penalidade a inserta no artigo 123, inciso I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Instruindo inicialmente o presente processo constam os seguintes documentos: Auto de infração, Ordem de Serviço, Termo de Intimação- AR e Tela do Sistema COPAF -Sistema de Parcelamento Fiscal.

A empresa autuada não apresentou impugnação ao feito fiscal, sendo lavrado Termo de Revelia às fls.09 dos autos.

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

A Julgadora Singular analisando as peças processuais por seus fundamentos decidiu pela "Procedência" da ação fiscal, amparando-se no artigo 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e aplicando ao caso a penalidade tipificada no artigo 123, inciso I, alínea "d" da lei nº 12.670/96.

Inconformada com a decisão singular, a empresa apresentou às fls. 23/32 deste caderno processual, Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários, momento em que sustentou a "Extinção do Processo", pois a seu entender os relatórios que embasaram a acusação fiscal não comprovam a falta de recolhimento do ICMS devido, corporificando-se em meros indícios da infração denunciada, portanto sem força suficiente para respaldar a exigência fiscal.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de nº 62/2008, opinando pela confirmação da decisão singular, o qual foi adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Durante os debates proferidos na Sessão de Julgamento deste processo manifestei-me pela nulidade da ação fiscal, contrariamente ao entendimento da relatora, motivo pelo qual, na forma regimental, por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor fiquei designada para lavrar a presente Resolução.

Em síntese eis o *Relatório*.

VOTO DA RELATORA

BREVE SINOPSE DOS FATOS

O lançamento tributário cristalizado na peça inaugural do presente processo administrativo tributário denuncia a seguinte acusação fiscal:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. Empresa não recolheu ICMS substituição tributária pelas entradas interestaduais(1031), referente aos períodos de 01-03-04-05/2006."

A Julgadora Singular, pelos fundamentos expendidos às fls.15/16 dos autos decidiu pela "Procedência" do feito fiscal.

Insatisfeita com a decisão singular, a autuada interpõe Recurso Voluntário para o Egrégio Conselho de Recursos Tributários.

Por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor ao caso em questão, fiquei na forma regimental designada para lavrar a presente Resolução.

E assim procedo.....

APRECIÇÃO DO RECURSO

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, denuncia a falta de recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, relativamente aos meses de janeiro, março, abril e maio de 2006.

A análise acurada do presente processo demonstra a meu ver, uma questão preliminar sugestiva de nulidade que se impõe ao mérito da lide.

E passo a esta apreciação.....

Inicialmente verifico ao lume das consultas acostadas às fls. 5/6 dos autos que a infração denunciada fundamentou-se unicamente nos dados extraídos do Sistema Corporativo Informatizado da SEFAZ denominado COPAF- Sistema de Parcelamento Fiscal, opção emissão de DAE de nota fiscal.

Extrai-se do demonstrado no corpo das prefaladas consultas, que estas indicam : o mês a que se refere o débito reclamado neste auto de infração, o código de receita correspondente ao tipo de imposto cobrado e os valores consolidados mensalmente a título de principal, multa e juros.

Registro ainda que não visualizei nos autos nenhuma cópia das notas fiscais interestaduais que culminaram com a obrigação reclamada neste lançamento tributário, assim como também não

enxerguei sequer qualquer consulta extraído do sistema COMETA, mas única e exclusivamente, como acima já afirmado apenas consultas atinentes ao sistema COPAF, que apenas copia do COMETA os valores a serem cobrados do contribuinte para efeito de pagamento.

A despeito urge registrar, que a meu entender, o sistema COMETA apresenta-se como a ferramenta gerencial que entre outras funções permite ao Estado, através das Selagens de notas fiscais/ digitação, controlar, acompanhar e monitorar as entradas e saídas interestaduais de mercadorias e bens. Com base em informações existentes neste sistema, visualiza-se pormenorizadamente todos os dados referentes às notas fiscais que adentram em nosso Estado, tais como: *data de entrada, número da nota, valor do produto, frete, número do selo fiscal, ICMS destacado na origem, ICMS a pagar à título de antecipado /substituição tributária /diferencial de alíquota e em algumas operações até a descrição específica da mercadoria.*

Neste panorama , a meu sentir, as informações acostadas aos autos, consolidadas apenas em valores, copiladas do sistema COMETA, de modo isolado como se apresenta é incompleta e insuficiente para amparar o presente lançamento tributário, sendo necessário sua completude por outros elementos e informações que ateste com segurança a ocorrência do fato gerador da infração anunciada.

Diante do indicado na consulta do Sistema COPAF -ofertado ao recorrente, indago:

Como o recorrente iria identificar nos autos a que notas fiscais refere-se o débito informado no mês de maio de 2006, por exemplo?

Não tem o Fisco a obrigatoriedade de acostar ao lançamento tributário a prova concreta e incontestada da infração denunciada?

Basta informar ao contribuinte apenas o valor do tributo reclamado, sem informar sequer a origem destes ?

Neste panorama, abro aqui um pequeno parentese apenas para relembrar 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 teor da brilhante norma supra reproduzida 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 cenário acima desenhado, a meu pensar, a não anexação de todos os documentos que sustentam a acusação fiscal ou mesmo a anexação de documentos frágeis, incompletos implica indiscutivelmente na nulidade do presente Auto de Infração, pois além de constituir desobediência a mandamento legal cogente, implica também 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.

E contínuo.

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 fim extrai-se deste caderno processual indubitavelmente a constatação de que as informações ofertadas ao recorrente, como alhures mencionado, não identificam sequer as notas fiscais cujas mercadorias teriam ingressado neste estado e não tiveram os impostos recolhidos a título de substituição tributária.

Assim sendo, a meu ver, deveria o agente fiscal ter ofertado ao recorrente, provas mais concretas e hábeis para amparar o presente lançamento, ou no mínimo as informações do sistema COMETA, a fim de possibilitar ao autuado plenas condições de contraditar a infração reclamada.

Pessoalmente entendo que faltou aos autos, a prova cabal da materialidade do ilícito denunciado, sendo insuficientes as informações do sistema COPAF.

E trago à baila citação do eminente Ruy Barbosa Nogueira, que assim nos preleciona:

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

Corroborando com o pensamento, o Decreto nº 25.468/99, elucida de forma clarificada no Capítulo II, que trata da constituição do crédito tributário, em seu artigo 33, XI, a necessidade da descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, vejamos " 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."

Desta forma, no caso em tela, o autuante não comprovou os fatos que ocorreram e que deram origem ao auto de infração, tornando-se impossível assegurar se o ilícito fiscal apontado na peça inicial de fato ocorreu.

Ainda em acréscimo ao meu entendimento consigno que as informações existentes no SISTEMA COPAF dão suporte, alicerce para o trabalho inquisitório que deve permear a atividade

fiscalizatória ,servindo assim somente de parâmetro para um maior aprofundamento e perquirição de novas provas que venham corroborar para o indício antes encontrado.

Sinalizo ainda o meu entendimento de que na hipótese dos autos torna-se insuprível neste momento processual por diligência fiscal a anexação de outras provas, principalmente porque o ato designatório que ampara a fiscalização em tela reporta-se a uma auditoria fiscal restrita, a qual desde o prazo delimitado na intimação- anterior ao lançamento tributário já possibilitava ao recorrente o pagamento espontâneo do tributo ora reclamado.

Neste momento registro que o nobre representante da douta Procuradoria Geral do Estado manifestou-se pela declaração de nulidade deste processo,nos seguintes termos:

" pela nulidade processual por erro formal no Termo de Intimação em face da ausência, no referido termo, dos números das notas fiscais cujo crédito está sendo reclamado, possibilitando ao contribuinte provar que efetuou o pagamento ou faze-lo espontaneamente no prazo assinalado no Termo de Intimação"

Por derradeiro vejo a cores vivas a falha formal que macula o ato administrativo em apreço, dando ensejo à nulidade absoluta do processo, por cerceamento ao direito de defesa do acusado, visto que a peça exordial não ofereceu condições suficientes para que a recorrente apresentasse validamente sua defesa.

E prossigo.

Devemos declarar a Nulidade da ação fiscal na forma do Art. 53 § 3º do Decreto 25.468/99, que preceitua:

"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.

"(...)"

§ 3º Considera-se ocorrida a preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e a ampla defesa do atuado".

Pelas considerações expostas, VOTO no sentido de Conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando a nulidade do feito fiscal, nos termos do art. 53 do Decreto 25.468/99, em consonância com o entendimento do representante da douta Procuradoria Geral do Estado proferido oralmente em Sessão.

Eis como entendo a questão, eis como VOTO.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente GUILHERME HOLANDA E CIA LTDA E recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, já tendo, por unanimidade de votos, dado conhecimento ao recurso voluntário, resolve, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e declarar a **nulidade processual**, nos termos do voto da **Conselheira Francisca Marta de Sousa**, que ficou designada para lavrar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, nos seguintes termos: "Há nulidade processual tendo em vista que não se encontram acostados aos autos os elementos imprescindíveis para a apresentação de defesa válida. O COPAF de per si, embora migração do COMETA, não identifica nos autos o número, data e selo das notas fiscais." Foi voto vencido, contrário à nulidade, a Conselheira Sandra Maria Tavares Menezes de Castro, relatora originária, que assim se manifestou: "Afasto a nulidade por compreender, diferentemente do que alega a autuada em seu recurso, que o relatório do COPAF constitui sim prova de que o ICMS - Substituição Tributária registrado no Sistema COMETA não foi recolhido, visto que este traz as informações contidas nos documentos fiscais que acobertaram a operação e que a efetivação dos mesmos não foi contestada pela recorrente. Ademais, ao longo do procedimento fiscal, a parte teve oportunidade de questionar a origem dos valores." O representante da Procuradoria Geral do Estado se manifestou oralmente pela nulidade processual por erro formal no Termo de Intimação em face da ausência, no referido termo, dos números das notas fiscais cujo crédito está sendo reclamado, possibilitando ao contribuinte provar que efetuou o pagamento ou faze-lo espontaneamente no prazo assinalado no Termo de Intimação. Ausente, justificadamente, o Conselheiro José Moreira Sobrinho.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de Abril de 2009.


JOSE WILAME FALÇÃO DE SOUZA


PRESIDENTE

UBIRATAN FERREIRA DE ANDRADE


PROCURADOR DO ESTADO


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA



Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ana Maria Martins Holanda Timbó
CONSELHEIRO


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA