



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

copie v.

RESOLUÇÃO N°: 389/ 2007
SESSÃO DE: 10.07.2007
PROCESSO N: 1/4110/2005.
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200511814
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: FARMÁCIA SABIM LTDA.
RELATORA: FRANCISCA MARTA DE SOUSA.

EMENTA: ICMS.EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS.

Processo Administrativo Tributário julgado nulo tendo em vista que não foi procedido o arbitramento do montante nos termos do artigo 31 Parágrafo Único do Decreto n° 24.569/97, combinado com o artigo 123 , IV, "K" da Lei n° 12.670/96. 7. Recurso Oficial Conhecido e Desprovido. Decisão por unanimidade de votos, com esteio no artigo 53, § 2°, inciso III do Decreto 25.468/99, em Consonância com o Parecer da Consultoria Tributária aprovado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

A acusação constante na peça inicial do presente Processo Administrativo Tributário denuncia o seguinte:

“Extravio de documento fiscal e formulário contínuo pelo contribuinte, na impossibilidade de arbitramento. A empresa após intimada deixou de apresentar as NFVC num. 3326 a 3350; 3376 a 3400; 3401 a 3425; 3501 a 3525; 3576 a 3625; 3651 a 3675; 3701 a 3750.”

Crédito Tributário: Multa : R\$ 22.305,37.

Nas Informações Complementares o agente fiscal ratifica a acusação fiscal

O autuante indicou como dispositivos legais infringidos os artigos 169 e 177 do Decreto n° 24.569/97 e como penalidade sugeriu a inserida no artigo 123, IV, “k” da lei n° 12.670/96, alterado pela lei n° 13.418/03.

Instruindo o presente processo se acostam os seguintes documentos: auto de infração, informações complementares, ordem de serviço n° 2005.13787, termo de intimação n° 2005.11737-AR, ordem de serviço n° 2005.13787 e novo termo de intimação n° 2005.11737-AR.

O autuado não apresenta resistência ao feito fiscal, sendo lavrado o competente Termo de Revelia às fls.14 dos autos.

O processo foi encaminhado ao Contencioso Administrativo Tributário e submetido a Julgamento.

O Julgador Singular, analisando às peças processuais decidiu pela declaração de nulidade do processo, nos termos do disposto no artigo 53 § 2° do Decreto n° 25.468/99, pois "in casu", o agente fiscal não observou as formalidades impostas no artigo 24, incisos I e II da Instrução Normativa n° 33/93, assim como, procedeu a autuação com base na quantidade fixa de UFIRCES, sem justificar nos autos a impossibilidade de proceder pelo método do arbitramento, conforme dispõe o artigo 123, IV, " k" da lei n° 12.670/96.

Considerando o disposto no art. 18, III, do Decreto n° 25.468/99, o julgador singular encaminha o processo para o reexame necessário junto ao Egrégio Conselho de Recursos Tributários.

A Consultoria Tributária emite o Parecer de n° 289/2007, opinando pelo Conhecimento do Recurso Oficial, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, o qual, foi aprovado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

Em Síntese eis o Relatório.

VOTO DA RELATORA

BREVE SINOPSE DOS FATOS

O lançamento tributário cristalizado no Auto de Infração de número 2005.11814, ora em julgamento nesta Egrégia 2ª Câmara, denuncia a seguinte acusação fiscal:

“Extravio de documento fiscal e formulário contínuo pelo contribuinte, na impossibilidade de arbitramento. A empresa após intimada deixou de apresentar as NFVC num. 3326 a 3350; 3376 a 3400; 3401 a 3425; 3501 a 3525; 3576 a 3625; 3651 a 3675; 3701 a 3750.”

O Julgador Singular, analisando às peças processuais, firmou convencimento pela NULIDADE do processo, à luz do disposto no artigo 53 § 2º do Decreto nº 25.468/99, - vedação legal, ocasião em que, por dever legal, encaminha o processo para o reexame necessário junto a este Egrégio Conselho de Recursos Tributários.

E passamos a análise recursal.

APRECIÇÃO DO RECURSO

A questão que ora se me apresenta, conforme dantes relatado, aponta, que a empresa autuada extraviou 225 notas fiscais de vendas a consumidor, as quais estão devidamente discriminadas nas informações complementares constantes às fls. 4 dos autos.

Preliminarmente, registre-se, que o ato designatório n° 2005.13787, constante às fls. 5 dos autos, fora proveniente de um pedido de baixa cadastral formulado pela empresa autuada junto ao órgão da SEFAZ de sua circunscrição fiscal, em cujo motivo ali expressamente anuncia: " Executar Auditoria Fiscal, motivo Baixa no CGF."

Destarte, diante do pedido de baixa voluntariamente interposto pela recorrente foi designado, nos termos da legislação vigente, servidor fazendário, para proceder tarefa de fiscalização de que trata o "projeto auditoria fiscal baixa cadastral", relativamente ao período de 01.01.1999 a 22.12.2004.

Cumprе destacar, que a Baixa a Pedido, refere-se ao procedimento em que o contribuinte, resolvendo efetuar o encerramento de suas atividades, comunica o fato ao Fisco e, neste momento, apresenta de modo espontâneo toda a sua documentação fiscal e contábil referente aos últimos cinco anos, para que O Fisco proceda à devida fiscalização, com a cobrança, se houver, de alguma obrigação tributária, para

tanto, notificando o contribuinte para, no prazo assinalado, satisfazer a obrigação, no gozo da espontaneidade.

A respeito, reza o art. 24 da Instrução Normativa N° 33/93, no tocante a este procedimento, "in verbis":

"Art. 24. Na hipótese de baixa a pedido, o contribuinte fará requerimento nos termos do anexo VI, formalizando conforme o disposto no item 5° ,§ 1 do artigo 19 e o apresentará ao chefe do órgão local, que adotará as seguintes providências:

...omissis...

III - Verificada alguma irregularidade, notificará o contribuinte para saná-la no prazo de 10 dias respeitado o caráter de espontaneidade previsto na legislação.- (grifos nossos).

IV - Findo esse prazo sem que o contribuinte regularize sua situação, será lavrado o auto de infração".

Pois bem, no caso de que se cuida, ao desenvolver seu procedimento de fiscalização, o agente fiscal detectou que a empresa não havia entregue toda a documentação fiscal ao Fisco por ocasião da formalização do seu pedido de baixa.

Diante de tal irregularidade, o agente fiscal, em obediência ao comando acima mencionado, emitiu o "Termo de Intimação" carreado às fl. 9 dos autos, solicitando ao sujeito passivo, que espontaneamente, no prazo de cinco (5) dias, apresentasse os documentos ali discriminados, entre estes as notas fiscais elencadas no relato do auto de infração.

A vista do disposto nos autos, observa-se, que o fiscal, ao solicitar da empresa que sanasse a irregularidade detectada - falta de entrega dos documentos fiscais, o fez, à luz da expedição do "Termo de Intimação", utilizando-o, em substituição ao chamado "Termo de Notificação".

Destarte, embora tenha procedido deste modo, não vislumbro nesta conduta (mera irregularidade), força suficiente para invalidar o feito fiscal, conforme entendimento abaixo explicitado.

O documento fiscal intimatório corporificado no "Termo de Notificação", instituído pela I.N. 33/93, acima reproduzido, a meu pensar, diferencia-se do "Termo de Intimação", por duas características básicas, quais sejam: tipo de auditoria fiscal em que é utilizado e objetivo claro, explícito de concessão de espontaneidade para cumprimento das irregularidades tributárias porventura detectadas neste procedimento.

Nesta vertente, o primeiro termo, refere-se ao documento fiscal utilizado nas fiscalizações oriundas de *baixa cadastral*, no qual dispõe-se ao contribuinte, em respeito ao seu pedido voluntário de baixa cadastral, espontaneidade, para que, no prazo de dez dias, contados da ciência, o contribuinte possa produzir provas ou apresentar documentos, ou ainda, alegar direito extintivo ou modificativo do lançamento pretendido.

Em obediência a este ditame, infere-se, que até que transcorra o prazo de dez dias da notificação, a autoridade fiscal não poderá lavrar Auto de Infração, o que implicaria em notória preterição ao seu direito de defesa.

Pelos motivos acima expostos, o Termo de Notificação não pode conter multa de qualquer espécie, sob pena de nulidade do procedimento fiscal, entendimento inclusive sumulado por este Contencioso Administrativo Tributário, através da Súmula n° 02, abaixo descrita:

Súmula n°2. " Nos procedimentos relativos à baixa do Cadastro Geral da Fazenda não cabe no Termo de Notificação e/ou Documento a imposição de multa punitiva, por ferir o princípio da espontaneidade previsto na legislação."

Já o segundo documento fiscal - "Termo de Intimação", instituído pela Instrução Normativa 33/97, refere-se aquele documento fiscal, também de caráter intimatório, a ser utilizado nas intimações de maneira genérica, bem como nos casos de dispensa de lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização, entre as quais, se amolda a situação dos procedimentos relativos ao projeto de baixa cadastral.

Imperioso destacar, que embora a espontaneidade seja ínsita aos procedimentos de baixa cadastral, também se cogita desta finalidade quando da utilização do Termo de Intimação, conforme se deflui da dicção do artigo 2° da I. N. 33/97, a qual por pertinente reproduzo neste momento:

“Art. 2º. A lavratura do Termo de Intimação não caracteriza início de ação fiscal para efeito do uso da prerrogativa do contribuinte quanto ao cumprimento da obrigação principal ou acessórias.”

Com amparo nos comandos normativos acima mencionados, transparece com clarividência, que nos procedimentos fiscais oriundos de baixa cadastral, almeja-se principalmente ofertar-se ao contribuinte espontaneidade para o cumprimento de qualquer irregularidade que seja detectada.

Entendo, porém, que no caso “in concretum”, não obstante a ausência do *Termo de Notificação*, com a emissão do *Termo de Intimação*, procedeu-se a mesma finalidade que seria ofertada com a emissão do *Termo de Notificação*.

A meu ver, o procedimento realizado pelo servidor fazendário, não feriu nenhum direito do contribuinte, muito menos a espontaneidade, pois independentemente da nomenclatura atribuída ao termo, a garantia da espontaneidade ao contribuinte, conforme almeja a I. N 33/93, restou plenamente satisfeita, logo a finalidade foi atingida.

Entendo não importar a denominação, a nomenclatura conferida aos formulários, mas deve -se prestigiar o seu conteúdo, a finalidade e neste *Termo de Intimação*, consta expressamente

qual o objeto do pedido e o prazo consignado para o cumprimento espontâneo do dever acessório reclamado.

Ainda, salta aos olhos, que o Termo de Intimação em apreço, não possui nenhuma indicação de multa punitiva, mas única e exclusivamente, prestou-se para solicitar os documentos fiscais ali indicados, concedendo ao recorrente, para tanto, espontaneidade para o cumprimento de tais solicitações.

Por ser pertinente ao caso, vejamos à lição do eminente processualista Moacyr Amaral Santos:

“... A forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é bastante, não havendo razão para anular-se o ato”.(Primeiras linhas...,vol 2,18ª.ed, pg.59)”

Na mesma linha, o comando constante em nossa legislação processual, art. 43 do Decreto nº 25. 468/99:

“Art. 43. Os atos e termos processuais independem de forma determinada, senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preencherem sua finalidade essencial.”

E prossigo.

Colho ainda dos autos, que o Termo de Intimação a que nos reportamos neste processo, consigna em seu corpo, prazo inferior ao legalmente conferido ao Termo de Notificação, ou seja um prazo de 5 dias.

Com respeito à assertiva transcrita, com os olhos de bem se ver, observo, que a intimação em tela foi formalizada, com a ciência do autuado em 16.06.2005, entretanto o Auto de Infração somente fora lançado em 07.07.2005.

Indago. Qual o prejuízo que teve a recorrente com a indicação do prazo de 5 dias consignado neste termo de intimação ?

Concretamente, diante do lapso temporal entre a intimação e a lavratura do auto de infração, para efeito do cumprimento do solicitado no termo intimatório, não usufruiu a recorrente de prazo superior ao previsto na IN 33/93 ?

A não apresentação dos documentos fiscais deu-se em função deste mero vício processual?

Em resposta as indagações formuladas, entendo que a empresa, não sofreu nenhum prejuízo com a concessão do prazo indicado no corpo da intimação, pois na realidade, a mesma teve ao seu dispor, prazo muito superior ao exigido pelo art.24 da I.N 33/93.

Valendo-me das considerações expendidas, a meu sentir, o vício apontado, não tem o condão de invalidar o auto de infração, pois com base no princípio do prejuízo, vetor determinante da

teoria das nulidades "não existirá nulidade ,sem que haja prejuízo."

Nesta esteira, preleciona nossa legislação processual, Decreto nº 25.468/99, em seu artigo 53 § 5º, " ipsis literis":

"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.

.....omissis....

"§ 5º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo as partes". (grifos nossos).

Deflui-se assim, que o mero vício formal que atingiu o ato administrativo em lide, não causou a empresa nenhum prejuízo, motivo pelo qual, entendo insubsistente a nulidade do presente lançamento por este fundamento.

Urge ainda ressaltar, que o entendimento acima exarado, ou seja, de que o prazo de cinco dias consignado no termo de intimação não macula de nulidade o ato administrativo em questão, não converge com o entendimento dos demais Conselheiros integrantes desta 2ª. Câmara, os quais proferem entendimento na linha de que, o prazo inferior constante no termo de intimação, configura um afronto a espontaneidade

prevista na I. N. 33/93, por conseqüência fulminando de nulidade o ato de lançamento em questão.

Prosseguindo na análise do presente processo, infere-se no entanto, que outro destino não poderia ter o mesmo senão a decretação de sua nulidade, o que afirmamos com esteio na dicção dos artigos 31 do Decreto nº 24.569/97 e 123, IV, "k" da Lei nº 12.670/96, " In Verbis":

" Art.31. ..omissis...

Parágrafo Único. Na hipótese de extravio de documento fiscal pelo contribuinte a autoridade fazendária arbitrará também o montante sobre o qual incidirá o imposto, tomando por referência o valor médio ponderado por documento de uma mesma série emitido no período mensal imediatamente anterior, ou na sua falta, pelo imediatamente posterior, em que tenha havido movimento econômico, multiplicando o resultado obtido pela quantidade de documentos fiscais extraviados."

E ainda.

" Artigo 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidade, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso :

IV-Relativamente a impressos e documentos fiscais.

k) extravio de documento fiscal, de selo fiscal, de formulário contínuo ou de formulário de segurança pelo contribuinte:

multa correspondente a 20% (vinte por cento) do valor arbitrado, ou, no caso de impossibilidade de arbitramento: multa equivalente a 50 (cinquenta) UFIRCEs por documento extraviado. Na hipótese de microempresa social e empresa de pequeno porte a penalidade será reduzida em 50% (cinquenta por cento)."

Interpretando-se os dispositivos acima transcritos, de modo cristalino transparece que a aplicação de multa fixa por UFIRCEs, somente ocorrerá na impossibilidade de realização do arbitramento.

Destarte, não havendo possibilidade de proceder ao arbitramento, entendo, que tal razão, deve ficar devidamente evidenciada nos autos, até mesmo porquê, "in casu", conforme as GIMs do contribuinte, o mesmo possuía nos períodos fiscalizados movimento econômico- fiscal.

Inconteste a ausência nos autos dos motivos que ensejaram a imediata lavratura do auto de infração com base na aplicação da penalidade do artigo 123, IV, " k", da lei n° 12.670/96, em quantidade fixa de UFIRCEs.

Por estas considerações, a meu pensar, o presente lançamento é absolutamente nulo desde o seu nascedouro, por contrariar as normas contidas na legislação vigente, nos termos do artigo 53, § 2°, III do Decreto n° 25.468/99, a seguir transcrito:

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.."

§2°. È considerada autoridade impedida aquela que:

III- Pratique ato extemporâneo ou com vedação legal."

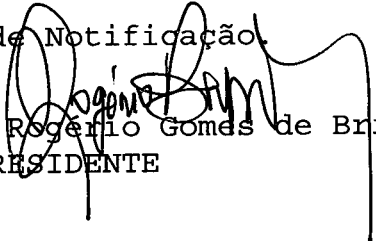
Ex Positis, voto para que se conheça do Recurso Oficial, negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª. Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado.

Eis como entendo a questão.

DECISÃO


Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido: FARMÁCIA SABIM.

A 2ª.. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, Resolve Conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **nulidade** proferida em 1ª Instância, adotando-se por unanimidade o entendimento manifestado nos autos, pela declaração de nulidade, em relação ao aspecto "arbitramento", conforme o voto proferido pela Conselheira Relatora e nos termos dos fundamentos relativos a esse mesmo aspecto de nulidade ressaltado no julgamento singular e no Parecer adotado pelo representante da douta PGE. **Em tempo:** Consta ainda como fundamento de nulidade na decisão singular e Parecer (CT/PGE) que o contribuinte fora "intimado" (através de *Termo de Intimação*), quando deveria ser "notificado" (através de *Termo de Notificação*) e o prazo assinalado ao contribuinte fora de 05 (cinco) dias ao invés de 10 (dez) dias, considerando tratar-se de processo de baixa cadastral requerida pelo contribuinte. Por esse fundamento, e à exceção da Conselheira Relatora, os demais conselheiros entenderam também aplicável esse fundamento à declaração de nulidade por razão de preterição do direito de defesa em face da supressão do prazo (de 10 para 5 dias) e da inobservância da garantia do Princípio da Espontaneidade. Manifestando-se contrária à tese, entendeu a Relatora que cotejando a data da lavratura do Auto de Infração com o prazo consignado no Termo de Intimação, aquela transcorreu em prazo superior a dez dias, suprimindo o prazo que é estabelecido no Termo de Notificação.

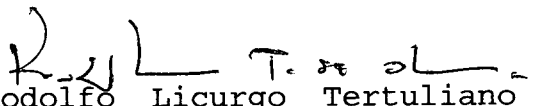

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

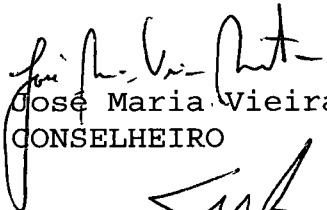
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, EM FORTALEZA, AOS 14 DE AGOSTO DE 2007


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA



Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA RELATORA

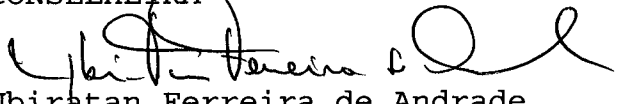

Rodolfo Licurgo Tertuliano de
Oliveira
CONSELHEIRO


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO

Marcelo Reis de Andrade Santos
Filho
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares. Menezes
de Castro
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO