



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

RESOLUÇÃO Nº. 425 /2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

138ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 21/08/12

PROCESSO Nº. 1/3687/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 2/200808636-5

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: K TAKAOCA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

AUTUANTE: Ronaldo Lima Macedo

MATRICULA: 497607-1x

RELATORA: Conselheira Sandra Arraes Rocha

EMENTA: ICMS – 1. TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADA POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. 2. Mercadoria acobertada por documento fiscal inidôneo. O contribuinte emitiu a nota fiscal 92186 para o consumidor final e destacou o ICMS com alíquota de ,7%, entretanto a mesma não atendeu ao que determina o art. 26 anexo II, parágrafo 3. Item 1 do Decreto 45.490/00, ou seja, não citou a portaria que a credencia como beneficiária da Lei 8.428/01.. Recurso Oficial conhecido e provido. **3.** Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, em virtude da ausência do termo de retenção, levando em consideração tratar-se de uma irregularidade passível de reparação, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO:

A peça fiscal submetida ao nosso exame tem o seguinte relato: “Transporte de mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos, a empresa remetente emitiu a nota fiscal 92186 referente a venda de um aparelho de anestesia para consumidor final e destacou o ICMS com alíquota de 7 (sete) por cento, entretanto a mesma não atendeu ao que determina o artigo 26 anexo II paragrafo 3, item 1 do decreto 45490/00 (RICMS- SP) ou seja, não citou a portaria que a credencia como beneficiária da Lei 8.428/01.”



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art. 123, III, “a” da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Auto de Infração nº 2/200808636-5;
- Informações Complementares às fls. 03/05;
- Nota fiscal de saída às fls. 06 ;
- Termo de fiel depositário à fls. 07;
- Informações Complementares às fls. 08;
- Certificado de Guarda de Mercadoria às fls. 09/10;
- AR e Termo de Juntada às fls. 11/12;
- Termo de Revelia às fls. 13;
- Despacho Às fls. 14;
- Termo de Juntada concernente defesa às fls. 15;

BASE DE CÁLCULO= R\$ 40.500,01

ALÍQUOTA = 17,00%

ICMS= R\$ 6.885,00

MULTA (30%) = R\$ 12.150,00

TOTAL = R\$ 19.035,00

O recorrente interpôs impugnação às fls. 16/20, requerendo análise da defesa e o acatamento das ponderações e dos argumentos apresentados, com conseqüente anulação do auto de infração e de todos os seus efeitos.

Às fls. 29/33, a julgadora declarou a PARCIAL PROCEDÊNCIA da presente ação fiscal, intimando-se a empresa autuada a recolher aos cofres do Estado o valor correspondente a 200 Ufirees, com os devidos acréscimos legais, no prazo de 10 dias, a contar da data da ciência dessa decisão, ou em igual período, interpor recurso ao Conselho de Recursos Tributários, na forma da legislação processual vigente.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

Através de Parecer de Nº 144/2012 a Consultoria Tributária sugeriu o conhecimento do recurso oficial, para dar-lhe provimento, a fim de que seja alterada a decisão parcialmente



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

condenatória exarada na Instância Prima para a NULIDADE do feito fiscal por conta da ausência do Termo de Retenção.

Por tratar-se de matéria sujeita à preliminar de nulidade, eis, o breve relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, em face do recorrido **K TAKAOCA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.**, haja vista a prolação de sentença adversa aos interesses da Fazenda Estadual, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **2/200808636-5**. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por “*transporte de mercadoria acobertada por documentos fiscais inidôneos.*”. O contribuinte emitiu a nota fiscal 92186 para o consumidor final e destacou o ICMS com alíquota de ,7%, entretanto a mesma não atendeu ao que determina o art. 26 anexo II, parágrafo 3. Item 1 do Decreto 45.490/00, ou seja, não citou a portaria que a credencia como beneficiária da Lei 8.428/01.

1. Da Preliminar de Nulidade

Em análise aos fôlios processuais, se depreende a existência de matérias cognicíveis de ofício a serem questionadas, motivo pelo qual passo a conhecer diretamente da matéria preliminar, vejamos.

A premissa a ser considerada nesta contenda, perfilha a linha de raciocínio da *Consultoria Tributária* e da *1ª Câmara de Julgamento*, por vislumbrar que deveria ter sido lavrado Termo de Retenção de forma a oportunizar ao contribuinte a indicar o número da Portaria que lhe garantiu o benefício.

Ou seja, em análise aos fôlios processuais se vislumbra que se tratava de um vício formal passível de ser sanado, de maneira que a falta de emissão do Termo de Retenção antes de ser lavrado o auto de infração enseja nulidade do lançamento por falta de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

provas e por extemporaneidade do ato praticado, nos termos do art. 53, §§2º e 3º, III, da Lei nº 25.468/99 destarte, se torna imprescindível, transcrever o dispositivo legal, a seguir:

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.

(...)

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

I – esteja afastada das funções ou do cargo

II – não disponha de autorização para a prática do ato;

III – pratique ato extemporâneo ou com vedação legal;

§ 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.

O termo de retenção é um instrumento estabelecido por força de lei do qual deve lançar mão o autuante a fim de proporcionar à contribuinte a possibilidade de regularização da situação constatada no momento da autuação. Trata-se de notificação à empresa do prazo de 3 (três) dias para que a irregularidade seja sanada, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à nulidade, a ação fiscal, e aos efeitos dela decorrentes.

Em relação à ocorrência de erro de elemento formal relativo à indicação da portaria que garantiu o benefício fiscal ao contribuinte, é obrigação do autuante, antes da lavratura do auto de infração, logo impende destacar igualmente o que preconiza o art. 831, § 1º do Decreto 24.569/97, a saber:

Art. 831 - Estará sujeita à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

§1º Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente do Fisco emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para que, em 03 (três) dias sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

(...)

§ 3º Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento do imposto.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Destarte, se o Fisco não ficou plenamente convencido com as mercadorias descritas nas notas e as efetivamente transportadas, deveria ter partido à lavratura do termo de retenção, onde seria oportunizando à contribuinte a possibilidade de sanar o vício, e não ter lavrado, de maneira arbitrária, o auto de infração.

Frente à apresentação destes elementos, observo que a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar em grau de preliminar a nulidade em virtude da ausência do termo de retenção. Tomando-se por base posições doutrinárias, cumpre mencionar *Humberto Theodoro Júnior*¹, em sua costumeira destreza

“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”.

2. DO VOTO

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, para reformar a decisão proferida em 1ª instância, declarando a **NULIDADE** processual, em razão da ausência do Termo de Retenção, conforme parecer da Consultoria Tributária.

É o VOTO.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 325.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

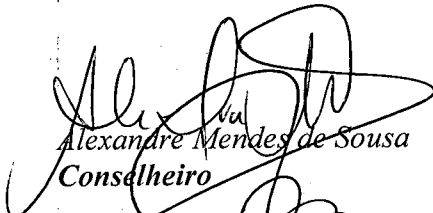
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

DECISÃO

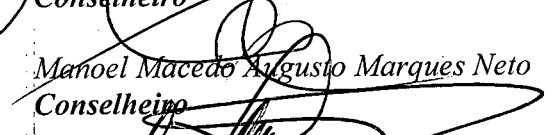
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, e recorrido **TAKAOCA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, dar-lhe provimento, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1º Instância, declarando em grau de preliminar a NULIDADE processual, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de 11 de 2012.


Francisca Marta de Sousa
Presidente

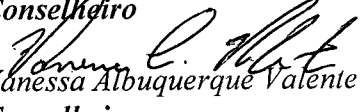

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


PR Sandra Arraes Rocha
Conselheira Relatora

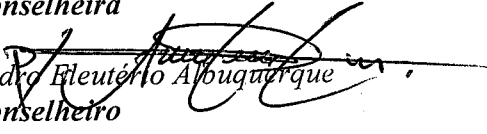

Manoel Macedo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Ana Mônica Figueiras Menescal
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Pedro Fleuterio Albuquerque
Conselheiro

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado