



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 441 /2010
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
110ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 23/07/10
PROCESSO Nº. 1/705/2008
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/200800976-9
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDA: J. ABREU COMÉRCIO DE MATERIAL P/ PINTURA E REPRESENTAÇÕES
LTDA.
AUTUANTE: Paulo Cesar Pereira Araújo
MATRÍCULA: 032.344-1-X
RELATOR ORIGINÁRIO: Conselheiro José Rômulo da Silva
RELATORA DESIGNADA: Conselheira Camila Borges Duarte

EMENTA: ICMS – 1. APROVEITAMENTO ANTECIPADO DE CRÉDITO

– 2. A contribuinte deixou de emitir notas fiscais de retorno das mercadorias industrializadas para terceiros. Recurso voluntário conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado NULO, por maioria de votos, em razão da ausência de comprovação da intimação do contribuinte, contrariando os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, conforme manifestação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Confirmada a decisão prolatada no juízo originário. 4. Decisão amparada no art. 53, § 2º, III do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

O processo em referência é oriundo da lavratura do auto de infração por *aproveitamento antecipado de crédito*, no período compreendido entre fevereiro/06 a novembro/07. O ilícito supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2007.34347, objetivando executar *auditoria fiscal específica – atraso de recolhimento do ICMS*, referente ao período de 01/02/06 a 30/11/07, junto à empresa *J. Abreu Comércio de Material p/ Pintura e Representações Ltda.*, enquadrada no CNAE como *comércio varejista de tintas e materiais para pintura*. Auto de infração lavrado em 29/01/08 com fulcro no art. 123, II, alínea “b” da Lei 12.670/96.

CM



**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 por via postal, através do termo de notificação nº. 2007.20226, aposto às fls. 07, oportunidade em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) os documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº.1/200800976-9, informações complementares, ordens de serviço, termos de intimação, planilhas demonstrativas dos débitos, cópias do Livro de Apuração de ICMS 2006 com DAE's, cópias da DIEFS 2006 – apuração, cópias do sistema arrecadação da SEFAZ 2006/2007, cópias do Livro de Apuração de ICMS 2007 com DAE's, cópias das DIEFS 2007 – apuração, recibo de entrega de documentos, termo de juntada, AR, termo de revelia e despacho. A peça inaugural descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“APROVEITAMENTO ANTECIPADO DE CRÉDITO APÓS LEVANTAMENTO NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS NO PERÍODO EXAMINADO EM COMPARATIVO COM O SISTEMA RECEITA, FOI CONSTATADO QUE O CONTRIBUINTE EM EPÍGRAFE CREDITOU-SE DE ICMS ANTECIPADO ANTES DO PAGAMENTO NOS MESES FEVEREIRO DE 2006 A NOVEMBRO DE 2007 NO VALOR DE R\$ 297.641,27 COM TOTAL APROVEITAMENTO NESTE INTERVALOS DE MESES, CONF DEMONSTRADO EM ANEXOS”. (sic).

Às informações complementares, o autuante explicou que após levantamento no livro de Apuração de ICMS e analisando o creditamento dos antecipados no período examinado de 01/02/2006 a 30/11/2007, foi constatado que o contribuinte creditou-se antecipadamente de ICMS ANTECIPADOS no total de R\$ 306.641,27, antes de efetuar os devidos pagamentos. Elucidou ainda que para apurar a presente infração, utilizou-se do Sistema Receita em confronto com os DAE's e livros de apuração enviados. Informou, por fim, que o contribuinte era credenciado para pagamento destes antecipados em seu domicílio fiscal, nos termos dos arts. 2º e 3º do Decreto 26.594/2002.

A auditora sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “b”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, isto é, o pagamento de multa equivalente a 30% sob o valor da operação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se



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

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

segue:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0%
ICMS (principal)	R\$ 0,00
Multa (30%)	R\$ 297.641,27
TOTAL	R\$ 297.641,27

A ciência do auto de infração foi efetivada por via postal em 01/11/07, conforme termo de juntada referente ao AR do auto de infração, apostado às fls. 712, nos termos do art. 34, §º 3, do Decreto 25.468/99.

Foi lavrado termo de revelia em 21/02/08 e despacho às fls. 133 determinando encaminhamento dos autos para as devidas providências no CONAT. Ocorre que a autuada protocolou defesa em 12/02/08. Desta feita, tornou o presente termo de revelia sem efeito, tendo em vista a apresentação de defesa tempestiva.

A impugnante, em sua defesa às fls. 135/136, aduziu que houve erro de capitulação da pretensa infração, acrescentando que não foram identificadas quais mercadorias e/ou serviços deixaram de entrar no estabelecimento do contribuinte, pelo que entendeu estar cabalmente demonstrada a inépcia do presente auto de infração. Requereu, deste modo, com base na inépcia do auto de infração alegada, a NULIDADE de pleno direito.

O Julgador singular julgou NULO o auto de infração, ante a constatação da existência de um equívoco na fase primeira, precedente à lavratura do auto de infração. Elucidou que a legislação estadual preconiza que o contribuinte deve ser regularmente notificado, cientificado para tomar conhecimento dos atos que estão contra ele dispostos, para que este possa espontaneamente produzir provas ou apresentar documentos. Dessa forma, verificou que o crédito fiscal tomou-se írrito, em face da ausência de comprovação da regular intimação, não tendo o agente fiscal observado aludida norma, contrariando, assim, os Princípios do Contraditório e Ampla defesa assegurados constitucionalmente. Ponderou, ainda, que o auto de autoridade, para ser irrepreensível deve conformar-se com os ditames legais, sem o qual estará exposto a nulidade.

O julgador monocrático recorreu de ofício, tendo em vista ser decisão contrária aos interesses da Fazenda Pública Estadual.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A ciência do julgamento singular ocorreu por meio de AR.

A *Célula de Consultoria e Planejamento*, por intermédio do Parecer 33/10, manifestou-se pelo conhecimento do recurso oficial, negando-lhe provimento, para confirmar a **NULIDADE** do feito fiscal, nos mesmos termos do julgamento singular.

Os autos foram encaminhados para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que repousa às fls. 151/152 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto por **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** em face de **J. ABREU COMÉRCIO DE MATERIAL P/ PINTURA E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo originário no que compete ao auto de infração sob o nº. 1/200800976-9, nos termos da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente foi autuada por **aproveitamento antecipado de crédito**, tendo em vista que houve o creditamento de ICMS antecipado antes do pagamento no período compreendido entre fevereiro/06 a novembro/07, resultando em uma base de cálculo no valor de R\$ 297.641,27.

1. Das Preliminares

Não obstante a não interposição de recurso voluntário, existe no presente caso questão de ordem preliminar que merecem ser analisada, precedendo, assim, a análise de mérito.

Ademais, trata-se de nulidade de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo, prescindindo de manifestação da parte.

CM



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

1.1 Da Intimação

A intimação é o ato administrativo pelo qual a administração dá conhecimento ao contribuinte acerca dos atos e termos do processo administrativo tributário no sentido de que o contribuinte faça ou deixe de fazer algo, consoante art. 45 da Lei 25.468/99. O termo de intimação é um documento emitido pela *Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará*, onde o auditor fiscal solicita ao contribuinte documentos necessários para o desenvolvimento da ação fiscal. Conduta esta que encontra guarida no art. 815 do Decreto 24.569/98, *in verbis*:

Art. 815. Mediante intimação escrita, são obrigados a exhibir ou entregar mercadorias, documentos, livros, papéis ou arquivos eletrônicos de natureza fiscal ou comercial relacionados com o ICMS, a prestar informações solicitadas pelo Fisco e a não embarçar a ação fiscalizadora.

Ainda no estudo deste instituto processual, incumbe informar que o termo de intimação pode ser entregue da seguinte forma: servidor fazendário mediante entrega de comunicação subscrita por autoridade competente, por carta com aviso de recebimento ou quando da impossibilidade destes últimos, por edital. Conforme legislação seguinte, *in verbis*:

Art. 46. Far-se-á a intimação sempre na pessoa do autuado e do fiador, ou do requerente em procedimento especial de restituição, podendo ser firmada por mandatário, preposto ou advogado regularmente constituído nos autos do processo, pela seguinte forma:

I – por servidor fazendário, mediante entrega de comunicação subscrita por autoridade competente;

II – por carta, com aviso de recebimento;

III – por edital.

§ 1º Quando feita na forma estabelecida no inciso I deste artigo, a intimação será comprovada pela assinatura do intimado na via do documento que se destina ao Fisco.

§ 2º No caso de recusa por parte do intimado em apor nota de “ciente” no respectivo documento, o servidor fazendário intimante



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

declarará essa circunstância e colherá as assinaturas de duas testemunhas, identificando-as pelo nome legível e completo, endereço e identidade, valendo assim como intimação.

§ 3º Quando feita na forma prevista no inciso II, a intimação será comprovada pela assinatura do intimado, seu representante, preposto, empregado ou assemelhado, no respectivo aviso de recebimento, ou pela declaração de recusa firmada por servidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Em análise acurada aos autos do processo em epígrafe, pode-se observar que nos termos de intimação que repousam às fls. 07/08/09, consta a informação de que estes foram enviados por AR, porém, ao longo do processo não se verifica da confirmação de recebimento destes termos pelo contribuinte, pois não há nos autos qualquer AR que comprove a efetiva entrega.

Diante dos fatos ora narrados, impende salientar que o processo em foco, macula-se de vício insanável, vez que carece da comprovação da intimação, não dando a necessária certeza quanto á realização da intimação do contribuinte.

Destarte, a *Administração Pública* deve atender ao consagrado princípio constitucional da legalidade, tendo em vista, que a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão somente a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

Sobre o tema, vale trazer a ponto a seguinte preleção do ilustre *Celso Antônio Bandeira de Mello*¹, *expressis verbis*:

"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros, pág. 57.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.”

Frente à apresentação destes elementos, observo que a conclusão mais consentânea com a justiça fiscal é declarar em grau de preliminar a nulidade da presente peça acusatória, uma vez que a contribuinte teve seu direito de defesa cerceado, e como tal, deve a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora, em cumprimento ao que reza o art. 53, §3º do Decreto 25.468/99, *expressis verbis*:

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 à preterição do direito de defesa em qualquer circunstância em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do atuado.” (Grifos acrescidos).

O fundamento do ato nulo está em razão de ordem pública; na falta de solenidades exigidas pela lei, ou de algumas delas, essencial, intrínseca ou extrinsecamente, como sejam a aptidão das pessoas para participarem do ato, ou as condições formais para a sua validade; na ofensa, enfim, de princípios básicos da ordem jurídica.

2. DO VOTO

Ex positis, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso oficial, declarando a nulidade, em razão da falta de comprovação da intimação, confirmando a decisão exarada em 1ª instância, julgando **NULO** o auto de infração, consoante art. 53, § 2º, III do Decreto 25.468/99, de acordo com a manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

CB



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

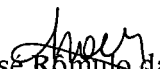
DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, e recorrida **J.ABREU COMÉRCIO DE MATERIAL PARA PINTURA E REPRESENTAÇÕES LTDA.**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para após afastar, por maioria de votos, o pedido de diligência suscitado pelo Conselheiro José Rômulo da Silva, confirmar, por maioria de votos, a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida pela 1ª instância, nos termos do voto da relatora designada para lavrar a resolução, Dra. Camila Borges Duarte, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos na votação pela diligência os Conselheiros José Rômulo da Silva (relator originário), José Sidney Valente Lima e Abílio Francisco de Lima. Na apuração da preliminar de nulidade, vencidos os Conselheiros José Rômulo da Silva e José Sidney Valente Lima.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de 12 de 2010.

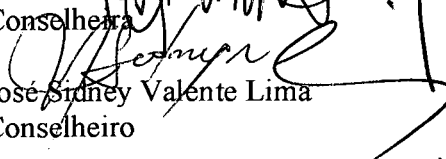

Dulcimeiré Pereira Gomes

PRESIDENTA

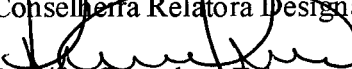

José Rômulo da Silva
Conselheiro Relator Originário



Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

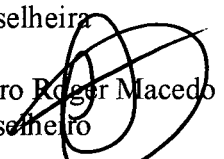

Eliane Respland de Figueiredo de Sá
Conselheira

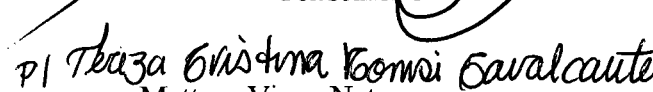

José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Camila Borges Duarte
Conselheira Relatora Designada


Janhine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Róger Macedo Gonçalves
Conselheiro


Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO