



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 632 /2011
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
213ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 17/11/2011
PROCESSO Nº 1/4900/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200912753-2
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: J BRANDÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE: Francisco Amadeu Cavalcante Benevides
MATRÍCULA: 037958-1-0
RELATOR: Conselheiro Cícero Roger Macedo Gonçalves

EMENTA – ICMS – 1. CRÉDITO INDEVIDO - 2. A presente acusação fiscal é proveniente do lançamento na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação vigente referente ao exercício de 2005. Recurso oficial conhecido e não provido. **3.** Auto de infração julgado **NULO**, por unanimidade de votos, por cerceamento do direito de defesa, haja vista a falta de clareza e precisão no libelo acusatório. Mantida a decisão exarada em 1ª instância, em conformidade com a manifestação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. **4.** Decisão amparada no art. 53, §3º do Decreto 25.468/99.

RELATÓRIO

A presente acusação emergida através do auto de infração refere-se a *crédito indevido*, proveniente do lançamento na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação vigente referente ao exercício de 2005. O autuante, após análise da documentação fiscal, constatou que durante o ano de 2005 o contribuinte lançou no livro Registro de Entradas, notas fiscais de retorno, onde aproveitou-se dos créditos que estavam destacados sem que observasse os requisitos determinados pelo regulamento.

O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2009.19384, objetivando executar *auditoria fiscal*, referente ao período de 01/01/2004 a 31/12/2005, junto à empresa *J Brandão Comércio e Indústria LTDA.*, enquadrada no CNAE como “*fabricação de massas alimentícias*”. Auto de infração lavrado em 25/09/2009, com fulcro nos arts. 49, 52 e 53 da Lei 12.670/96.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A peça inaugural foi instruída com o auto de infração nº 1/200912753-2, informações complementares às fls. 03/04, ordem de serviço nº. 2009.19384, termos de início de fiscalização nº 2009.15516, termo de conclusão de fiscalização nº 2009.19223, Livro Registro de Apuração às fls. 08/43, Notas Fiscais de Remessa e Retorno às fls. 44/260, protocolo de entrega de documentação fiscal às fls. 261, Aviso de Disponibilização de Documentos e Livros Fiscais às fls. 262 e /Termo de Juntada com o respectivo Aviso de Recebimento às fls. 263/264. O auto, em epígrafe, relatou *expressis verbis*:

“CRÉDITO INDEVIDO, PROVENIENTE DO LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. APÓS ANÁLISE NOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS DA EMPRESA, CONSTATAMOS QUE NO EXERCÍCIO DE 2005 O CONTRIBUINTE LANÇARA NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS NOTAS FISCAIS DE RETORNO, APROVEITANDO-SE DOS CRÉDITOS NELAS DESTACADOS, SEM QUE ATENDESSEM OS REQUISITOS DETERMINADOS PELA LEGISLAÇÃO.” (sic)

Às informações complementares, o autuante afirmou que o contribuinte é beneficiário do Regime Especial, que remeteu R\$ 5.657.851,17 de seus produtos para armazenagem na empresa industrial PELAGIO OLIVEIRA S/A, que praticara a mesma operação junto ao estabelecimento fiscalizado, onde utilizaram o CFOP 5.949, seguindo a regra do art. 772 do RICMS. Informou que o depositante debitou-se das saídas e creditou-se do mesmo valor, por ocasião do retorno anulando-se, portanto, o ICMS a recolher. Afirmou que o contribuinte burlou quando a sua alegada dificuldade de estocagem deixou de ser temporária e passou a ser permanente, violando o art. 773 da legislação estadual. Complementou que, aceitando como verdadeiras as operações dos contribuintes, não haverá mais IRPJ nem tampouco ICMS a recolher, assim, segundo o autuante, não teve outra saída senão a de lavrar o Auto de Infração ora discutido.

O agente fiscal sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, II, alínea “a”, da Lei 12.670/96, ou seja, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
-----------------	----------



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Alíquota	0%
ICMS (principal)	R\$ 980.645,55
Multa	R\$ 980.645,55
TOTAL	R\$ 1.961.291,10

A empresa tomou ciência do auto de infração pelo correios em 16/10/2009, conforme se observa no Aviso de Recebimento acostado às fls. 263/264, nos termos do art. 26, § 1º, II da Lei 12.732/07.

O termo de revelia foi lavrado em 18/11/2009, às fls. 265, entretanto, a empresa contribuinte protocolizou pedido de dilação de prazo, o qual fora deferido às fls. 267. Em seguida, apresentou impugnação em 16/11/2009, tornando assim, sem efeito o termo de revelia retro.

A impugnação acostada aos autos às fls. 270/287 foi protocolizada em 16/11/2009, onde alegou em síntese a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, onde colacionou a Lei nº 12.732/97, citando seus art. 32 e a Lei nº 24.468/99 no art. 53, § 3º, onde explanam claramente a nulidade por preterição do direito de defesa. Aclarou o entendimento acerca da nulidade dos atos que atinjam o cerceamento de defesa e citou os arts. 49, 52 e 53 da Lei nº 12.670/96, afirmando que o sistema de nulidades destina-se a garantir que os atos administrativos não serão praticados de maneira viciada.

Em relação aos procedimentos de fiscalização, citou o art. 142 do CTN que prevê que a ação fiscal compõe-se de atos administrativos plenamente vinculados, o que configura que o agente do fisco não pode afastar-se dos mandamentos legais que regem sua atuação, também previsto no Decreto nº 25.468/99 em seu art. 33, XI. Discorreu sobre o Princípio da Possibilidade de Defesa com palavras de doutrinadores, e concluiu que o autuante não definiu, com a exatidão necessária, que conduta da autuada acarretou à infração.

Colacionou também, julgados deste contencioso no sentido de conhecer nulidades relacionadas ao cerceamento do direito de defesa, onde complementou discorrendo sobre o Princípio da Verdade Real. Por fim, afirmou que é absolutamente improcedente o auto de infração discutido, onde requereu a total *improcedência* da ação fiscal. Requereu ainda, sustentação oral na data do julgamento com o intuito de ratificar os fundamentos explanados em sua defesa.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Às fls. 302/315 consta Termo de Arrolamento de Bens, protocolizado sob o nº 424/2010 em 29/01/2010.

A julgadora monocrática em sua decisão nº 722/2011, asseverou que a acusação está claramente carente de comprovação, pois não existe nos autos nenhum documento que demonstre os resultados da fiscalização realizada pelo autuante. Afirmou que, a autuação está fundada apenas em suposições, onde apesar de ter afirmado que as operações de remessas para depósito de terceiro eram, na verdade, operações de vendas, o agente fiscal não demonstrou o porquê dessa conclusão, nem juntou aos autos qualquer documento ou levantamento que pudesse sustentar essa afirmação. Complementou que o lançamento tributário em questão, encontra-se prejudicado pela insuficiência da fundamentação, não sendo capaz de amparar o feito fiscal. Colacionou o mesmo dispositivo que o autuado se referiu em sua defesa, qual seja art.53 do Decreto nº 25.468/99 e julgou *NULO* o auto de infração em questão, onde recorreu de ofício por ser decisão contrária aos interesses fazendários.

A atuada foi notificada pelos correios, em 14/04/2011 às fls. 325/326, da decisão de *nulidade* do auto de infração.

A *Célula de Consultoria Tributária*, por intermédio do parecer 464/2011, reiterou os fundamentos da defesa da atuada, bem como do julgamento singular, onde enfatizou as irregularidades cometidas pela autuante, quando não atentou-se a viabilizar um levantamento tendente a apurar o movimento real da empresa fiscalizada, carecendo de provas a acusação. Por fim, opinou pelo conhecimento do recurso, negando-lhe provimento para confirmar o julgamento de *nulidade* proferido em primeira instância.

Os autos foram encaminhados, para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que repousa às fls. 328/331.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto por *CÉLULA DE JULGAMENTO de 1ª INSTÂNCIA* em face de *J BRANDÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA*



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

LTDA., objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo originário no que compete ao auto de infração sob o nº. 1/200912753-2, nos termos da legislação processual vigente.

No processo *sub examine*, a requerente foi autuada por *crédito indevido*, proveniente Do lançamento na conta gráfica do ICMS em desacordo com a legislação referente ao exercício de 2005.

Em primeiro momento, cumpre esclarecer matérias preliminares que impõem-se relevantes para desfecho da lide em referência, senão vejamos.

A Lei 5.172/66, *Código Tributário Nacional*, trouxe em seu bojo, o arquétipo jurídico de lançamento do crédito tributário, no art. 142, *in verbis*:

Art. 142. 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 do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Como podemos evidenciar após a leitura do comando legal supra, é ato de competência da autoridade administrativa constituir e lançar o crédito tributário através de procedimento administrativo. A atividade ora citada é exercida em caráter vinculado conforme dispositivo retro.

No mesmo sentido é que se direcionou o ilustre *Prof. Misabel Abreu Machado Derzi*, na obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*, afirmando que: "*A lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados*". Dessa forma, tem-se que, não sendo o lançamento um ato discricionário, inexistente flexibilização da ação do agente fiscal; se está determinado na legislação tributária, não há margem de liberdade ao Fisco.

No caso em comento, a autuação está fundada apenas em suposições, onde o fiscal afirmou que as operações de remessas para depósito de terceiro eram operações de vendas, mas não demonstrou o porquê desta conclusão, nem juntou qualquer documento ou levantamento que pudesse sustentar essa afirmação.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Neste contexto cai por terra a presunção de legitimidade, como atributo de validade e eficácia do ato vergastado, frente à declarada inobservância ao 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 - 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 acrescidos).

O preceptivo acima transcrito corrobora com a nulidade do ato em questão, no momento em que aponta os dispositivos que não ensejariam nulidade, aqui, transcritos *ad litteram*:

(...)

§ 1º A ausência das indicações referidas nos incisos II, III, IV, V, VI, VII e XIII não ensejará a nulidade do auto de infração.

§ 2º A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso.

O Processo Administrativo Fiscal é albergado pela *teoria da prova* abraçada pelo *Código de Processo Civil Brasileiro*, em razão do seu art. 333, III. O referido dispositivo legal afirma que incube ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito. O contribuinte tem o direito de dar a sua versão dos fatos, em face da versão do Fisco. Se o Fisco não tem condições de provar ou ao menos de descrever de forma clara e precisa, o fato que motivou a autuação, o contribuinte fica impossibilitado de defender-se adequadamente.

Nessa consonância infere-se que o ato administrativo em apreço está substancialmente viciado, uma vez que desvestido de suas formas legais. Ora, o art. 33, XI do Decreto 25.468/99 contém uma norma cogente, da qual não se poderia afastar o fiscal. Não há, nela, uma faculdade, mas, sim, uma imposição: a norma processual administrativa quer que se proceda de acordo com a forma nela prevista. Disso resulta a impossibilidade de se modificar a



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

forma pela qual se há de praticar o ato. Referido fato, resume-se na nulidade absoluta do auto de infração nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97 transcrita *in verbis*:

Art. 32. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora. (Grifos acrescidos).

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 autuado.” (Grifos acrescidos).

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso de ofício, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão exarada em 1ª instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** da ação fiscal, por falta de clareza e precisão no libelo acusatório, em conformidade com a manifestação da consultoria tributária e do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO.



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 recorrida **J BRANDÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.** A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para confirmar em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por cerceamento do direito de defesa do contribuinte, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro José Rômulo da Silva votou pela nulidade processual, no entanto, por deficiência de motivação do ato administrativo. Presente à Câmara, ocasião em que apresentou memoriais ao recurso de ofício, o representante legal da autuada, Dr. José Erinaldo Dantas, acompanhado do Sr. José Pereira Quintino, contador da empresa autuada.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos _____ de _____ de 2011.


Ana Maria Martins Timóteo Holanda
PRESIDENTA, em exercício

José Rômulo da Silva
Conselheiro

Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro

Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira

José Sidney Valente Lima
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro Relator

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO



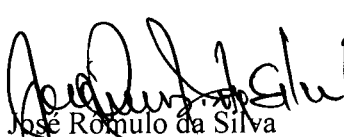
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

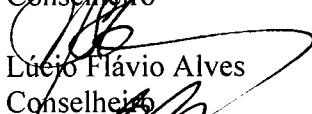
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **J BRANDÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.** A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para confirmar em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, por cerceamento do direito de defesa do contribuinte, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro José Rômulo da Silva votou pela nulidade processual, no entanto, por deficiência de motivação do ato administrativo. Presente à Câmara, ocasião em que apresentou memoriais ao recurso de ofício, o representante legal da autuada, Dr. José Erinaldo Dantas, acompanhado do Sr. José Pereira Quintino, contador da empresa autuada.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de 12 de 2011.

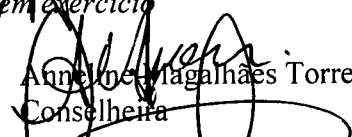

José Rômulo da Silva
Conselheiro


Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro

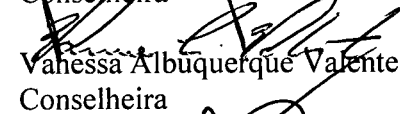

Lúcio Flávio Alves
Conselheiro


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro


Ana Maria Martins Lima Holanda
PRESIDENTA, em exercício


Annelete Magalhães Torres
Conselheira


Janine Gonçalves Feitosa
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro Relator

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO