



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 024/2010
2ª CÂMARA
SESSÃO DE 08/09/2009

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1256/2007 AI: 1/200700525

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: BRAZÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MÁQUINAS LTDA;

CONSELHEIRA RELATORA: SANDRA MARIA TAVARES MENEZES DE CASTRO

EMENTA: ICMS ANTECIPADO - ATRASO DE RECOLHIMENTO - INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE NÃO OBSERVOU A FORMA PRESCRITA EM LEI - NÃO APLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - NULIDADE - UNANIMIDADE.

1. A agente do Fisco providenciou a ciência do Termo de Intimação e do Auto de Infração em debate por meio de cartas com aviso de recebimento endereçadas a um dos sócios da empresa;
2. O legislador tratou de definir as formas pelas quais deverão ser efetuadas as intimações dos atos e termos processuais e, em nenhuma delas se infere a hipótese de envio de carta aos endereços residenciais dos sócios da autuada;
3. A autuada não se fez presente ao longo de todo processo, de sorte que não se pode concluir que as intimações vieram a alcançar sua finalidade;
4. *Fundamentação:* Art. 26 - Lei 12.732/97;
5. Recurso Oficial conhecido e não provido.
6. Decisão de acordo com manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Relata a inicial:

"Falta de recolhimento do ICMS Antecipado decorrente de aquisição interestadual de mercadoria. A empresa deixou de recolher o ICMS Antecipado referente aos meses de fevereiro e abril de 2004. Motivo pelo qual lavramos o presente auto de infração"

Foi indicado como dispositivo infringido o art. 767 do Decreto 24.569/97. Como penalidade foi aplicada a prevista no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Exige-se ICMS no valor de R\$ 5.153,60 e multa no mesmo montante.

Acostados aos autos, além do ato designatório da ação, Termo de Intimação (fl. 05) e consulta ao Sistema de Parcelamento Fiscal da Sefaz constando os valores do imposto ora exigido (fl. 06). Também consultas ao Sistema de Controle de Mercadorias em Trânsito - Cometa (fls. 07/08).

A autuada não ofereceu resistência à acusação fiscal na instância inaugural, ocasião em que se decidiu pela parcial procedência do feito fiscal sob o entendimento de que embora evidenciada nos autos o não recolhimento do imposto a penalidade aplicada na inicial deveria ser reenquadrada para atraso de recolhimento (art. 123, I, "d"), nos termos do art. 42 do Decreto 25.468/99 (fls. 14/18).

Houve Recurso de Ofício ao passo que a autuada se manteve revel.

Parecer da Consultoria Tributária pronuncia-se pela confirmação da decisão recorrida (fl. 29). O representante da Procuradoria Geral do Estado acostou-se a mencionado Parecer (fl. 30).

É O RELATÓRIO



VOTO

Cuida-se de Recurso Oficial em face de julgamento de instância primeira que decidiu pela confirmação em parte de auto de infração que lançou crédito tributário por "**falta de recolhimento de ICMS Antecipado**".

Entendeu a julgadora singular que a multa a ser exigida deve ser equivalente a 50% do que se sugeriu na inicial, nos termos do art. 123, I, "d" da Lei 12.670/96, com alteração posterior.

No entanto, salta aos olhos questão preliminar de mérito que merece nossa apreciação inicial.

Refiro-me ao procedimento adotado pela agente fazendária quando das intimações expedidas para a autuada. De modo não justificado, a mesma providenciou a ciência do Termo de Intimação e do Auto de Infração em debate por meio de cartas com aviso de recebimento endereçadas a um dos sócios da empresa.

Para alcançarmos o equívoco da conduta adotada, destaco o que determina a legislação processual vigente no que concerne as intimações (Lei 12.732/97):

Art. 26 - A intimação far-se-á sempre na pessoa do atuado ou responsável e do fiador, ou do requerente em Procedimento Especial de Restituição, podendo ser firmada por sócio, mandatário, preposto, ou advogado regularmente constituído nos autos do processo, pela seguinte forma:

I - por servidor fazendário, mediante entrega de comunicação subscrita pela 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 ciência ao respectivo documento, o servidor fazendário intimante declarará essa circunstância e colherá a assinatura 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 recepção, ou pela declaração de recusa firmada por servidor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

(g.n.)



Extrai-se do dispositivo acima que o legislador tratou de definir as formas pelas quais deverão ser efetuadas as intimações dos atos e termos processuais e, em nenhuma delas se infere a hipótese de envio de carta aos endereços residenciais dos sócios da atuada.

Tal conclusão se impõe especialmente quando se considera que nas sociedades limitadas a pessoa jurídica da empresa é entidade distinta das pessoas físicas de seus sócios, cuja responsabilidade é limitada ao valor de suas quotas. Diferente da firma individual que não possui personalidade separada de seu titular.

Pois bem, uma vez que existe forma estabelecida para o ato em questão (intimação), a sua inobservância implica em nulidade absoluta do mesmo, no caso, a intimação do Termo expedido ainda ao longo da fiscalização e intimação do próprio auto de infração de que se cuida.

Elucidação a esse respeito nos traz Maria Sylvia Zanella di Pietro¹:

"Ocorre que tanto a inobservância da forma como a do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato."

E ainda:

"No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado."

Na hipótese, nem mesmo cabe aplicar o moderno Princípio da Instrumentalidade da Forma, evidenciado no Decreto 25.468/99 (art. 43), transcrição quase literal do art. 154 do Código de Processo Civil, aplicado supletivamente ao Processo Administrativo Tributário (art. 86 - Decreto 25.468/99):

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

¹ Direito Administrativo, São Paulo, Editora Atlas, 2004, p. 201

A respeito desse Princípio, Ovídio Baptista da Silva leciona que²:

“as nulidades, mesmo absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do princípio do prejuízo. E o exemplo mais declinado é o da citação nula: efetivada esta em desconformidade com as prescrições legais, será absolutamente nula; mas se o réu comparecer tempestivamente e contestar, a nulidade não deverá ser pronunciada, pois o ato, mesmo viciado atingiu a finalidade e não causou prejuízo”

Por sua vez, MARQUES³ assim esclarece:

(...) a forma processual é instrumento para a realização do ato segundo o princípio que regem o processo. A forma não é um fim em si, mas o modo e o meio de que serve a lei para que a relação processual atinja a seus objetivos dentro dos postulados a que se subordina. Por isso mesmo, a nulidade de um ato processual somente deve ser decretada quando necessária e imprescindível. Não se invalida um ato de procedimento, a não ser em último caso. As normas processuais, como instrumentos para realização, fora do processo, dos imperativos da ordem jurídica, procuram manter e resguardar, em muitos casos, o ato praticado de maneira defeituosa, para evitar que o processo fuja a seus objetivos fundamentais.

No entanto, esta não é exatamente a hipótese dos autos, uma vez que a autuada não se fez presente ao longo de todo processo, de sorte que não se pode concluir que as intimações vieram a alcançar sua finalidade.

Por outro aspecto, ainda que se possa cogitar que na verdade a autuada exerceu seu livre arbítrio de se manter silente, compreendo que essa premissa não deve prevalecer exatamente porque as intimações não observaram as formas prescritas em lei, o que, como já discorrido, é condição suficiente para declarar absolutamente nulo o auto de infração.

Dito isto, VOTO no sentido de que se conheça do Recurso Oficial, negar-lhe provimento para, modificar a decisão de 1ª instância que decidiu pela parcial procedência da autuação, e em grau de preliminar declarar a **nulidade** da autuação de acordo com a manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É COMO VOTO



² Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, Teoria Geral do Processo Civil, São Paulo, RT, 1997, p. 230.

³ José Marques. Instituições de direito processual civil. 2000, p. 384.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA e recorrido BRAZÃO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E MÁQUINAS LTDA.

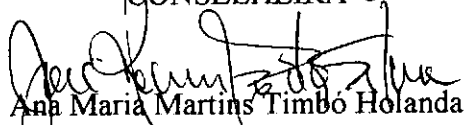
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários já tendo, por unanimidade de votos, dado conhecimento ao Recurso Oficial, resolve, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento para reformar a decisão singular e declarar nulidade processual da ação fiscal, nos termos do voto da Conselheira Relatora e manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. A Conselheira relatora fundamentou seu voto sob o fundamento que a intimação do contribuinte a respeito do Termo de intimação e Auto de Infração deixou de observar o disposto no art. 26 da Lei nº 12.732/97, isto é, foram enviadas para uma das sócias, quando deveriam ter sido expedidas para a empresa ou a intimação ter sido feita à empresa pela via editalícia. Ausente, justificadamente, a conselheira Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20. de janeiro de 2010.


Sandra Mª Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA RELATORA


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Ana Maria Martins Timbo Holanda
CONSELHEIRA


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE

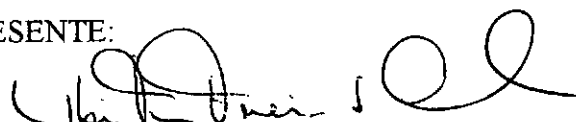

Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA

PRESENTE:


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado