



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Supine ✓

RESOLUÇÃO Nº 369/2006

ª. SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE: 31/08/2006

PROCESSO Nº 1/3738/2005

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2005.511919

RECORRENTE: TRANSBRASILIANA ENCOMENDAS E CARGAS LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA ORIGINÁRIA: CONSELHEIRO JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

RELATOR DESIGNADO: CONSELHEIRO ILDEBRANDO HOLANDA JUNIOR

EMENTA: PRAZO – *TRÂNSITO DE MERCADORIAS/Termo de Retenção*. Agente do Fisco, sem expressa anuência do sujeito passivo, procedeu na lavratura do Auto de Infração no dia subsequente à lavratura do Termo de Retenção. Inobservância de prazo estabelecido na legislação. Declarada, por voto de desempate, a NULIDADE ABSOLUTA. Recurso voluntário conhecido e provido. Reformada a decisão proferida em 1ª Instância. Inobservados os arts. 830 e 831 do nº 24.569/97 - RICMS. **Decisão:** Art. 32 da Lei nº 12.732/97, c/c o art. 53, II, do Dec. nº 25.468/99.

RELATÓRIO

O presente processo administrativo tributário versa sobre o fato em que, no *Posto Fiscal de Queimadas*, os agentes do Fisco, após conferência física das mercadorias constantes de documentos fiscais, por considerarem que as mesmas não guardavam compatibilidade, lavraram o *Certificado de Guarda de Mercadoria* e o *Termo de Retenção de Mercadorias* e o *Auto de Infração*.

Descreve o referido *Termo de Retenção* que a sua lavratura decorreu:

“Para averiguação, conferência física e pagamento do ICMS antecipado.”

Entretanto, o lapso temporal entre as lavraturas do *Termo de Retenção* e do *Auto de Infração*, foi exatamente um dia.

Não foi interposta a *Impugnação*, logo decorreu a revelia e a remessa dos autos à Célula de Julgamento de 1ª Instância – CEJUL -, onde o processo foi julgado o mérito, sem nenhuma manifestação ou análise acerca da preliminar suscitada em grau de recurso, tendo decidido, a julgadora singular, pela *procedência da autuação*, em decisão amparada nos artigos 131, III e 829 do Regulamento ICMS – Dec. n. 24.569/97. A penalidade aplicada foi o artigo 123, III, “a” da Lei n. 12.679/96, com redação dada pela Lei n. 13.418/2003.

A autuada contrapôs-se a decisão monocrática ao ingressar com *Recurso Voluntário* requerendo, antes do exame do mérito, a nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa.

No *Parecer* de lavra da *Consultoria Tributária* do Contencioso Administrativo Tributário, aprovado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado, operou-se o conhecimento do recurso, negou-lhe provimento para que a decisão de primeira instância fosse ratificada.

Cumpridas as disposições regimentais inerentes ao julgamento, quando da votação, apurou-se dentre os conselheiros, empate de votos que pugnaram, respectivamente, em favor e contrários a preliminar argüida.

O Presidente da Câmara, em observância do disposto no art. 37, § 4º do Decreto nº 25.771/99, decidiu em sobrestar o anúncio da decisão, em voto de desempate.

É o brevíssimo relatório.

VOTO
DO RELATOR (designado)

De fato, compulsando todas as peças que compõe os autos deste processo, cotejando-as a legislação tributária do Estado do Ceará, não encontro amparo para manifestar concordância com a decisão proferida em primeira instância.

Parece razoável que o imperativo determinado no Regulamento ICMS – o Decreto n. 24.469, de 31 de julho de 1997 seria proceder no exaurimento do prazo previsto de três dias, o que efetivamente não ocorreu, porque a autuação se materializou no dia seguinte ao da lavratura do termo de retenção.

Assim, a inobservância do prazo é o motivo cabal e suficiente para demonstrar, de forma inequívoca, a ofensa a norma, o seu descumprimento e o prejuízo que poderia ensejar o cerceamento do direito de defesa, a ser livremente exercido pelo contribuinte, no prazo assinalado.

Isto posto,

Voto pelo conhecimento do recurso voluntário

Dou-lhe provimento

Para reformar a decisão condenatória que julgou pela procedência

Manifestando-me, neste ato e nesta instância, para que se declare a nulidade do processo, o que faço contrariamente ao voto do Conselheiro Relator e ao que sugeri, em Parecer, a Consultoria Tributária do Contencioso Administrativo Tributário e o representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Este é o voto.

Ildebrando Holanda Junior

VOTO DE DESEMPATE

“Art. 830. Sempre que for encontrada mercadoria em situação irregular (...) deverá o agente do Fisco **proceder, de imediato, a lavratura do Auto de infração...**”

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, notificando o contribuinte ou responsável para que, em três dias sane a irregularidade, sob pena de não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

§ 2º. A ação fiscal a que se refere o parágrafo anterior **poderá ser desenvolvida antes de esgotado o prazo nele previsto, desde que haja renúncia expressa do sujeito passivo.**

§ 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.

Grifos nossos

*De plano calha considerar, quais, dentre as disposições regulamentares acima foram observadas? Responde-se: **Nenhuma!***

Quando, no trânsito de mercadorias, se verifica que documento fiscal apresenta alguns dos aspectos que delineiam traços de inidoneidade descritos no Art. 131 do Regulamento ICMS - Dec. n. 24.569/97 -, não há porque lavrar-se Termo de Retenção, porquanto, nesta situação em relevo, a providência restaria inteiramente dispicienda.

Tão-somente as **irregulares passíveis de reparação**, com são definidas no § 4° do Art. 831 do RICMS, comportam a lavratura do Termo de Retenção.

"Ad argumentandum", ainda assim, inobservada (pelo agente do Fisco) a norma, e caso este - Termo de Retenção - tenha sido lavrado, como efetivamente ocorreu, não estaria o agente do Fisco autorizado a proceder imediatamente um dia após, na lavratura do Auto de Infração, porque também agiria, como de fato agiu, descumprindo o que dispõe a norma regulamentar insculpida no § 2° do Art. 821 do RICMS.

Logo, para dar validade ao ato que praticou, necessário exaurir inteiramente o lapso temporal estabelecido na legislação, (três dias) ou então obter, antes de esgotado o prazo previsto, a expressa renúncia do sujeito passivo.

O prazo, sem a renúncia expressa do sujeito passivo, em respeito a Segurança Jurídica, torna-se peremptório, não podendo sofrer redução ou elastério, sob pena de afrontar aspectos intrínsecos que ensejam à sua nulidade de todo o procedimento.

Inferre-se da leitura do próprio Termo lavrado a descrição de que fora emitido para que fosse procedida a conferência da carga transportada, bem como o pagamento do ICMS antecipado. Não parece razoável que os agentes do Fisco, antes de darem cumprimento a tais verificações devam, para si, emitirem inicialmente o Termo em comento.

As situações retroenfocadas não determinam, à vista da legislação regulamentar, a obrigatoriedade da lavratura do Termo em relevo que, se lavrado, "data máxima vênica", há que se observar às regras a ele inerentes.

Contempla, a regra que prevê a lavratura do Termo de Retenção, a notificação do contribuinte ou responsável para que, em três dias, sane a irregularidade.

Quanto ao procedimento que resulte na autuação, o Regulamento ICMS não disciplinou em determinar durante o prazo previsto e assegurado ao sujeito passivo para sanar alguma irregularidade, a imediata instauração da ação fiscal e correspondente autuação, mesmo quando, a juízo pessoal da autoridade administrativa, se verifique de impossível ou improvável possibilidade em sanar a irregularidade.

Remeteu, a norma disciplinadora, vir a ocorrer tão-somente quando ocorrer, formal e expressa anuência do sujeito passivo, como se vê plasmado no § 2º do Art. 831 do RICMS, "in verbis":

"§ 2º. A ação fiscal a que se refere o parágrafo anterior poderá ser desenvolvida antes de esgotado o prazo nele previsto, desde que haja renúncia expressa do sujeito passivo."

Não podem cogitar da (im)possibilidade, de plano, do sujeito passivo na reparação, os exercem atividade plenamente vinculada, mas afastar-se do aspecto subjetivo para fazer cumprir a determinação regulamentar, pelos que estão no exercício de atividade administrativa plenamente vinculada.

A inobservância delineada conduz ao cometimento de ato praticado inteiramente nulo por dupla vertente: a uma, por ter sido praticado antes que exaurido o prazo de três dias estabelecido na legislação, porquanto, fora do tempo certo, isto é, extemporâneo; a duas, porque o ato praticado restaria vedado pela legislação tributária estadual.

Tais aspectos delineiam o impedimento da autoridade que o praticou (como atesta o art. 53, III do Dec. n.25.468/99).

No estabelecimento do prazo - de três dias -, reduzido para um, sem anuência da renúncia, de modo formal e expressa, como reclama a legislação, se amolda à "circunstância que inviabiliza o direito ao contraditório e resulta preterição ao direito de defesa do autuado", sendo esta cabal ofensa à garantia processual administrativa ou judicial regrada no inciso IV do art. 5º da Excelsa Carta (Constituição Federal/88).

Ainda que, deixando ao largo o exame da nulidade, adentrasse no exame do mérito, e como entendeu a respeitável decisão de 1ª Instância, pela procedência da autuação, "data vêniam", entendemos que a nulidade aqui existente é absoluta porque o vício é violador de norma que protege o interesse público, hipótese que o torna insanável, e como tal, por imperativo legal, deve ser declarada de ofício e a qualquer tempo.

A instrumentalidade do procedimento de fiscalização, devidamente disciplinada na norma regulamentar que antecede ao presente processo, que se operou de modo diverso não pode vir a ser convalidado, pois ainda que algumas formalidades possam ser desprezadas, e que atos e termos não dependem de forma determinada, senão quando expressamente exigidas, exsurge que o descumprir a forma estabelecida, resulta em ofensa ao ditame constitucional da preterição do direito de defesa, o que, de "per si" dispensa discutir acerca de existência ou não do prejuízo resultante, sendo o móvel subsistente para a declaração da nulidade absoluta.

Diante dos fatos e das normas articuladas indico e apresento as razões expostas, o exercício de convicção que remete ao art. 32 da Lei n. 12732/97 c/c o art. 53 do Decreto n. 25.648/99 o que me parece plausível a todo esse delineio.

PELO EXPOSTO, considerando, destarte que o caso "sub examen" veio ter a esta Presidência, para decidir, em desempate, a situação que comporta duas razoáveis vertentes que resultaram na igualdade de votos dos eminentes Conselheiros integrantes desta Egrégia Câmara de Julgamentos, manifesto em **VOTO** conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento para, reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, ato contínuo, declarar a Nulidade processual, em acordo com o primeiro voto discordante e vencedor, contrariamente o Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado, passando a integrar, este voto, por determinação regimental, a Resolução a ser lavrada pelo Conselheiro Ildebrando Holanda Junior, designado a este mister, por ter proferido o primeiro voto discordante e vencedor.

Alfredo Rogério Gomes de Brito

Presidente da 2ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **TRANSBRASILIANA ENCOMENDAS E CARGAS LTDA**, e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

RESOLVE, a 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por voto de desempate da Presidência: Conhecer do *recurso voluntário* interposto, dar-lhe provimento para reformar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, para o fim de declarar a **Nulidade** processual, contrariamente ao respeitável *Parecer*, da *Consultoria Tributária* do Contencioso Administrativo Tributário, aprovado pelo representante da d. *Procuradoria Geral do Estado*, ficando designado para lavrar a Resolução o Conselheiro Ildebrando Holanda Junior, por ter proferido o primeiro voto discordante (ao Relator) e vencedor. Votaram contrariamente à Nulidade os Conselheiros José Maria Vieira Mota (relator originário), Francisca Marta de Sousa, Sandra Maria Tavares Menezes de Castro e Regineusa de Aguiar Miranda.

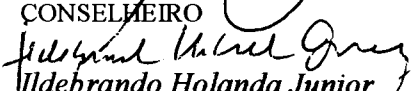
- SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de maio de 2006.


Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO

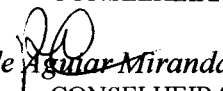

Marcelo Reis Andrade dos Santos Filho
CONSELHEIRO


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO (Relator Designado)


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO (Relator Originário)


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
CONSELHEIRA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA

PRESENTES:

Ubiratan Ferreira de Andrade

PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO