



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO N.º 437/2000  
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO  
SESSÃO DE: 10/10/2000  
PROCESSO DE RECURSO N.º 1/1770/96 AI N.º 403222  
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
RECORRIDO: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPEIS - INCOPESA  
RELATOR ORIGINÁRIO: José Maria Vieira Mota  
RELATORA DESIGNADA: Eliane Maria de Souza Matias

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NA AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO. Impedimento do atuante por vedação legal. Ausência dos Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização. A falta de recolhimento do diferencial de alíquota não se encontra elencada nas hipóteses de dispensa previstas no art. 730 do Decreto 21.219/91. Nulidade processual absoluta. Negado provimento ao recurso oficial, por maioria de votos, para confirmação da decisão recorrida.

RELATÓRIO:

Trata-se de auto de infração lavrado sob a acusação de que a empresa acima identificada, no mês de dezembro de 1994, deixou de recolher o diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, procedentes das regiões sul e sudeste, acobertados pelas notas fiscais de n.ºs. 5535, 5580 e 5616, no montante de R\$ 83.100,00 (oitenta e três mil, e cem seis).

Por meio de termo de notificação, datado de 03 de outubro de 1995, foi o atuado intimado a apresentar o livro de registro de entradas, as notas fiscais mencionadas e o comprovante de pagamento do diferencial de alíquota; e o livro de registro de apuração relativo a 1994/95.

Em defesa apresentação tempestivamente, a empresa atuada argüi preliminar de nulidade, tendo em vista matéria não encontrar-se elencada nas hipóteses previstas no art. 730 do RICMS.

Acolhendo as razões da defendente, a ilustre julgadora de primeira decidiu pela nulidade do processo em face da ausência dos Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização.

A Consultoria Tributária, em parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pelo desprovimento do recurso oficial, para que se confirme a decisão de primeira instância.

É o relatório

#### VOTO DA RELATORA:

Conforme se verifica da inicial, trata-se de auto de infração lavrado por falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, procedentes das regiões sul e sudeste.

A ilustre julgadora de primeira instância, entendendo que para a hipótese não havia dispensa da lavratura dos termos de início e de conclusão de fiscalização, proferiu sua sentença declarando nulo o processo por impedimento do autuante.

Em verdade, o presente processo é nulo desde o seu nascedouro, e não apenas em face da inobservância às disposições do art. 726 do Decreto n.º 21.219/91 - vigente à época do procedimento fiscal -, mas também porque o próprio ato administrativo está substancialmente viciado uma vez que desvestido de suas formas legais.

Um dos atributos essenciais à validade e eficácia do ato administrativo é a presunção de legitimidade, pelo qual há que presumir-se legítimo o ato administrativo até que haja prova em contrário. Essa presunção de legitimidade decorre de um dos princípios básicos da administração, o da legalidade - em que "*o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar... A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.*" (Hely Lopes Meirelles. - "in" Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed.)

Outro princípio que não deve ser deslembado é o da indisponibilidade. Tal princípio ensina que o "*... agente (público) não pode levar a possibilidade discricionária ao ponto de, por decisão sua, superar as barreiras da legalidade em sua ação, mesmo que seja para a realização do interesse público, pois para o direito público, em geral, os fins não justificam os meios.*" Araújo, Edmir Netto de - "in" Convalidação do Ato Administrativo.

O art. 726 do Decreto n.º 21.219/91, acima mencionado, impunha que "*A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, ...*"

Por outro lado, o art. 730 do mesmo Diploma Regulamentar, prescrevia:

*"Art. 730 - É dispensável a lavratura de Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização nos casos de:*



- I - Auto de Infração e Apreensão de Mercadorias em trânsito ou depositadas em situação fiscal irregular;*
- II - Auto de Infração lavrado por funcionário no exercício de fiscalização de mercadoria em trânsito;*
- III - atraso de recolhimento;*
- IV - descumprimento de obrigações acessórias;*
- VI funcionamento irregular de máquina registradora;*
- VII - procedimento relativo a baixa do contribuinte no Cadastro Geral da Fazenda, nas hipóteses previstas em legislação específica."*

Como demonstrado, na vigência dos dispositivos transcritos,, não podia haver qualquer tipo de ação fiscal diferente das matérias acima anunciadas sem que houvessem sido lavrados os competentes Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização.

Ora, o sempre citado art. 726 do Decreto n.º 21.219/91 contém uma norma COGENTE, da qual não se poderia afastar o fiscal, senão nas hipóteses do artigo 730 referido. Diferentemente da orientação do art. 730, não há no ensinamento do art. 726 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 forma pela qual se há de praticar o ato.

É que, em se tratando, como de fato se trata, de norma cogente, a conduta dos sujeitos processuais estão a ela vinculados; ela, a norma transcrita, considerava a lavratura dos termos de início e de conclusão de fiscalização como necessária para que o ato de fiscalizar alcançasse a sua finalidade. Melhor dizendo: o ato processual é nulo porque lhe faltam requisitos formais, circunstância que o tornam inidôneo para realizar a função típica a que é destinado - exercício da ação fiscal para apuração do imposto devido.

Nessas condições, outra conclusão não se pode tirar dos autos a não ser a nulidade do processo, desde o seu início, já que a ação fiscal foi iniciada com a lavratura de um termo de notificação impróprio para o caso que se cuida.

Para concluir, resta trazer aqui a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que, assim, decidiu: *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque delas não se originam direitos"*.

Isto posto, acosto-me ao parecer da Consultoria Tributária, referendado pela douta Procuradoria, e sou por que se conheça do recurso oficial, negando-lhe provimento, para que se confirme a decisão declaratória de nulidade do processo, por impedimento do fiscal atuante.

É o voto.

DECISÃO: ...

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrida INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPÉIS S/A - INCOPE SA,

RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de nulidade absoluta do processo, proferida na instância singular, nos termos do primeiro voto discordante e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o Conselheiro José Maria Vieira Mota (relator originário), que votou pelo retorno do processo à instância singular para novo julgamento.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de dezembro do ano 2.000.

Nabor Barbosa Meira  
PRESIDENTE

Eliane M<sup>te</sup> de Souza Matias  
CONS.<sup>a</sup> RELATORA

Sandra M<sup>te</sup> Tavares de Menezes  
CONSELHEIRA

José Mirtonio Colares de Melo  
CONSELHEIRO

José Maria Vieira Mota  
CONSELHEIRO

PRESENTES:

Ubiratan Ferreira de Andrade  
PROCURADOR DO ESTADO

Fco. das Chagas A. Albuquerque  
CONSELHEIRO

Ant<sup>o</sup> Luiz do Nascimento Neto  
CONSELHEIRO

Fernando Ailton L. Barrocas  
CONSELHEIRO

Wlândia Parente Aguiar  
CONSELHEIRA

CONSULTOR TRIBUTÁRIO