



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 94/2019

36ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 13 DE JUNHO DE 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4723/2016 - Auto de Infração: 1/201623870

RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A -CGF 06.106205-7

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: ROBERIO FONTENELE DE CARVALHO

Ementa: ICMS – falta de recolhimento – lançamento de crédito indevido de icms, proveniente de operação de entrada de bem ou mercadoria para o ativo permanente do estabelecimento. aproveitamento indevido de créditos de icms referentes a entradas de bens destinados ao ativo permanente não exclusão de receitas de interconexão de redes, falta de apreciação de multa com caráter confiscatório pelo julgador singular – nulidade da decisão – procedência do recurso.

1-Recurso Ordinário conhecido em sua totalidade, por preencher os requisitos de admissibilidade pelo seu ingresso tempestivo e pela legitimidade da parte, na forma disposta no § 2º do art. 72, da Lei nº 15.614/2014.

2. Afastadas as preliminares de nulidade da decisão singular em razão de não exclusão das receitas de interconexão de redes do numerador do coeficiente e de não realização de perícia, visto que enfrentadas em sede de 1º grau de julgamento.

3. Incorre em nulidade a decisão administrativa que deixa de apreciar as razões de defesa indicadas pela parte, de que o julgador não analisou a ilegitimidade da multa de 100%, pelo caráter confiscatório, por violação ao dever de fundamentação e motivação do ato administrativo, ocasionando cerceamento da ampla defesa e do contraditório, por supressão de instância administrativa.

4. Decretação de nulidade da decisão singular e consequente RETORNO DO PROCESSO à Instância de origem, para que se proceda a novo julgamento, com amparo legal no art. 83 da Lei Estadual n. 15.614/2014.

5. Decisão UNÂNIME, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPOSTO – MULTA CONFISCATÓRIA – AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE MATÉRIA DE DEFESA – DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO – DEVER DE MOTIVAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA – AMPLA DEFESA – CONTRADITÓRIO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – NULIDADE DO JULGAMENTO SINGULAR – RETORNO DO AUTO DE INFRAÇÃO À 1ª INSTÂNCIA.

RELATÓRIO:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Trata-se de autuação, tombada sob nº 201623870-4, lavrada em 07 de novembro de 2016, referente ao período de 01/2012 a 12/2012, que tem como fundamento a pretensa infringência do art. 49 da Lei nº 12.670/96, com a aplicação da penalidade prevista no art. 123,II, A da Lei nº 12.670/96 alterada pela lei 13.418/03, sob a alegação de haver o contribuinte lançado “CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, PROVENIENTE DE OPERAÇÃO DE ENTRADA DE BEM OU MERCADORIA PARA O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO”, e que “O CONTRIBUINTE REGISTROU E APROVEITOU INDEVIDAMENTE, NO EXERCÍCIO DE 2012 DE CRÉDITOS DE ICMS NO TOTAL DE R\$ 1.573.444,85, REFERENTE A ENTRADAS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE conforme informação complementar, fls. 03/07, que compõem os autos.

Em sede de informações complementares, o Auditor Fiscal esclarece os fatos motivadores da ação fiscalizatória e informa os valores para apropriação de 1/48 (um inteiro e quarenta e oito avos) que foram apurados a partir do Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED FISCAL .

Em sua ação fiscal, o agente do fisco detectou que o recorrente se creditou indevidamente de ICMS, uma feita que, agindo de forma contrária a lei, apropriou-se de créditos relativos à aquisição de bens destinados a ativo permanente, violando a Lei Complementar 87/96, alterada pela Lei Complementar 102/2000, em seu artigo 20 e a Lei 12.670/1996, em seu art. 49. Dizem referidos diplomas:

Lei Complementar 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Lei 12.670/1996:

Art. 49. Para a compensação a que se refere o Artigo 46, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do ICMS anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu consumo ou ao Ativo Permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Após indicar os artigos que considerou infringidos, o agente do fisco indicou como penalidade aquela prevista no art. 123, II, “a” da Lei 12.670/1996, com alterações introduzidas pela Lei 13.418/03.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

... ..

II - com relação ao crédito do ICMS:

a)

rédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado; (Redação dada à alínea pela Lei nº 13.418, de 30.12.2003, DOE CE de 30.12.2003).

Às fls. 89/96, o processo foi julgado procedente, afastados os argumentos do impugnante, inclusive pedido de perícia, vez que o à época defendente, não havia trazido aos autos qualquer dado concreto que justificasse a conversão do curso do processo em diligência, dando-se ao final, pela procedência da ação fiscal, sujeitando a ora recorrente à penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei 12.670/1996, com alterações introduzidas pela Lei 13.418/03.

Inconformado com o julgamento que deu pela procedência do auto de infração, o contribuinte interpôs o presente Recurso Ordinário, em que reitera as razões impugnatórias, e aduz que:

1.

Que o cálculo do coeficiente realizado pelo auditor fiscal está equivocado pela não inclusão do NUMERADOR do coeficiente nos valores referentes à cessão dos meios de rede (interconexão de redes – DETRAF), que já são regularmente tributados pelo ICMS, por substituição tributária, conforme Convênio ICMS nº 126/98;

2.

Invalidez da multa de 100% aplicada, por violar o princípio do não confisco (art. 150,IV, da CF/88) na linha da jurisprudência do STF;

3.

Inviabilidade da glosa de créditos por conta do erro no preenchimento do registro previsto no art. 123,VIII, "I" da Lei 12.760/96;

4.

Requeuer, ainda, prova pericial a fim de que se recalcule o coeficiente de saídas tributárias.

A decisão singular fez pormenorizado relato da autuação e debruçou-se sobre as outras razões apontadas pela defesa, porém, no que concerne a invalidade da multa de 100%, deixou de apreciar os argumentos do contribuinte, fato que o mesmo



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

expressamente impugna em seu recurso ordinário à instância “ad quem”, a ensejar a apreciação pelo Conselho de Recursos Tributários

O parecer da Assessoria Tributária recomenda seja julgado improcedente o Recurso Ordinário, com a conseqüente procedência do auto de infração, mantido o lançamento, nos termos do julgamento singular.

É o relatório, no que importa ao julgamento do feito.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar as preliminares aduzidas pela Recorrente e suas razões de mérito. Porém, faz-se necessário esgotar toda a discussão das matérias ventiladas, em atenção aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, que são de matriz constitucional em nosso ordenamento.

É entendimento pessoal do relator, que não é competência deste colegiado a conhecer, o alegado **CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA**, uma vez que “*Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF*” (Lei Estadual 15614/2014, art. 48, § 2º). Entendo pela incompetência do órgão administrativo para afastar a aplicação de norma legal, sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Por tal motivo, votei pela possibilidade apenas parcial de julgamento do recuso aqui apreciada, em que fui voto vencido, conjuntamente com os conselheiros Francileite Cavalcante Furtado Remígio e Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que também somente conheciam em parte o recurso interposto, deixando de conhecê-lo no que se refere a alegação de caráter confiscatório da multa.

Assim, ante a decisão da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, haver deliberado, por voto de desempate da Presidente, de forma diferente, **conheço do Recurso Ordinário na sua totalidade**, por preencher os requisitos de admissibilidade pelo seu ingresso tempestivo e pela legitimidade da parte, na forma disposta no § 2º do art. 72, da Lei nº 15.614/2014.

Entretanto, em sede de julgamento, **nego provimento** à preliminar de nulidade da decisão singular, sob o argumento de que está confusa, por não possibilitar a compreender a razão de não exclusão das receitas de interconexão de redes do numerador do coeficiente, visto que a autoridade julgadora singular enfrentou tal argumento, consoante fundamentos expostos à fl. 93/94 dos autos, não havendo, nenhuma indicação de que o cálculo do coeficiente realizado pelo auditor fiscal está



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

equivocado, visto que sequer foram mencionados os números dos documentos fiscais. a mesma maneira, pelas exatas razões da sentença 89/96, o recorrente, não trouxe aos autos qualquer dado concreto que justifique a reforma da decisão de primeiro grau referentemente ao pedido de perícia.

Quanto a preliminar de nulidade da decisão singular sob o argumento de que o julgador singular não analisou a ilegitimidade da multa de 100%, pelo caráter confiscatório observo que à recorrente, em sede de constatação alega que o julgador singular deixou de apreciar tal matéria, que foi formalmente impugnada pelo ora recorrente, ensejando assim a possibilidade de anulação da decisão por vício de fundamentação, ausência de motivação e supressão de Instância, com violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, contidos na Carta de 1988.

O dever de fundamentar decisões, sejam elas administrativas ou judiciais, tem previsão expressa no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal brasileira, de maneira que, todas as decisões deverão ser fundamentadas, como forma de permitir a impugnação dos julgados, seu cumprimento e apreciação por instâncias superiores. No dizer de Gilmar Mendes “o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”, in Curso de Direito Constitucional, 2009, Saraiva 4ª edição fls. 589 .

Celso Antônio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo – 27ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112 leciona que “o Princípio da Motivação implica para a Administração o dever de justificar seus atos apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existente e as providências tomadas...” No mesmo sentido Diógenes Gasparine afirma, “a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.” (Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23). Tem-se assim que é viciado o ato administrativo não motivado, em razão de ser impossível ao particular presumir as razões utilizadas pela administração pública para formar seu ato ou julgamento.

O Código de Processo Civil, usado subsidiariamente, aos procedimentos administrativos, também exige a fundamentação, que tem como um dos elementos de



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

validade do ato decisório. O art. 489 de mencionado diploma legal, em seu inciso II, dá a fundamentação como elemento essencial à sentença, dizendo que ao julgar o magistrado deverá analisar as questões de fato e de direito que o levaram a prolatar determinado julgamento, isso porque embora seja livre o convencimento do juiz, no julgamento, suas razões de decidir deverão estar assentadas no contido no processo, para que possam ser conhecidas pelas partes e apreciadas pelos órgãos superiores em caso de recurso.

Theodoro Júnior, *in* Código de Processo Civil anotado / Humberto Theodoro Júnior: colaboradores, Humberto Theodoro Neto, Adriana Mandim Theodoro de Mello, Ana Vitoria Mandim Theodoro. – 20. ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2016, fls. 1220, diz que: *“A sentença que apresentar nulidade por inobservância dos requisitos em apreciação poderá ser invalidada em grau de apelação... .. Vale dizer, a legislação atual preocupou-se com a motivação da decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença, ou acórdão). A sentença, para a nova legislação processual, não deve ser apenas fundamentada, deve ser adequadamente fundamentada, sob pena de não satisfazer as exigências do moderno processo justo, idealizado pela Constituição”*.

Por outra vertente, o dever de fundamentar as decisões também está presente na lei que regulamenta o processo administrativo tributário no âmbito do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, Lei Estadual n. 15.614/2014, que estabelece que *os todas as decisões prolatadas e os votos proferidos pelos Conselheiros devem ser fundamentadas, de forma clara e precisa*, tendo-se assim que a análise das razões impugnatórias e recursais é obrigatória.

Verifica-se nos autos que o julgador singular, analisou de forma atenta os demais argumentos de defesa em sua a peça impugnatória, mas, de maneira clara deixou de apreciar a alegação da recorrente no que diz respeito ilegitimidade da multa de 100%, pelo caráter confiscatório. Tal omissão, no entender desta Relatoria, ocasiona supressão de instância quanto à apreciação da matéria, e o reconhecimento da NULIDADE da decisão singular, por falta de fundamentação e motivação e infração ao princípio da legalidade e do devido processo legal.

A legislação estadual que regulamenta o funcionamento do processo administrativo tributário no âmbito deste Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, também impõe o reconhecimento de nulidade do ato que cause preterição das garantias constitucionais, mercê do disciplinamento do art. 83 da Lei Estadual 15.614/2014, a saber:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

“Art. 83. 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.”

Isto posto, por **voto de desempate da Presidente**, conhecer do Recurso Ordinário na sua totalidade, por preencher os requisitos de admissibilidade pelo seu ingresso tempestivo e pela legitimidade da parte, na forma disposta no § 2º do art. 72, da Lei nº 15.614/2014, entretanto, nega-lhe provimento com relação ao alegado caráter confiscatório da multa, em razão de não se enquadrar à matéria, nas exceções previstas nos incisos I, II e III do § 2º do art. 48, da Lei nº 15.614/2014, conforme o voto do Conselheiro José Augusto Teixeira. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Robério Fontenele de Carvalho, Francileite Cavalcante Furtado Remígio e Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que conheceram em parte o recurso interposto, deixando de conhecê-lo no que se refere a alegação de caráter confiscatório da multa, sob o entendimento de incompetência do julgador para afastar a aplicação de norma sob o fundamento da inconstitucionalidade, conforme entendimento do Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza, que opinou pelo retorno dos autos à instância singular por ausência completa de fundamentação quanto a alegação de multa confiscatória (fls. 116 dos autos). **2. No tocante à preliminar de nulidade da decisão singular, sob o argumento de que está confusa, não possibilitando compreender a razão de não excluir as receitas de interconexão de redes do numerador do coeficiente** – foi afastada por unanimidade de votos, visto que a autoridade julgadora enfrentou esse argumento, consoante fundamentos expostos à fl. 93 dos autos. **3. Com tocante à preliminar de nulidade da decisão singular sob o argumento de que o julgador não analisou a ilegitimidade da multa de 100%, pelo caráter confiscatório** – por maioria de votos, a 4ª Câmara acatou o argumento, anulando a decisão singular por ausência de fundamentação em relação à questão supracitada e, ato contínuo, decidindo pelo **retorno dos autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento**. Foram votos vencidos os das Conselheiras Francileite Cavalcante Furtado Remígio, sob o entendimento de que não há pedido formal da Recorrente neste sentido e a Conselheira Carolina Cisne, com base em precedentes do STJ, por entender que, ainda que tivesse pedido expresso, o julgador não está obrigado a examinar e a responder todos as alegações da parte, quando tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

Fortaleza, de julho de 2019.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO
CONSELHEIRO RELATOR

RESOLUÇÃO Nº _____/2019
36ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 13 DE JUNHO DE 2019
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4723/2016 - Auto de Infração: 1/201623870
RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A -CGF 06.106205-7
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR CONS.: ROBERIO FONTENELE DE CARVALHO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S.A - CGF 06.106205-7** e **Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

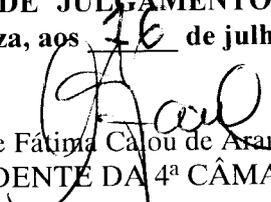
DECISÃO: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários **RESOLVE**, por voto de desempate da Presidente, conhecer do Recurso Ordinário na sua totalidade, por preencher os requisitos de admissibilidade pelo seu ingresso tempestivo e pela legitimidade da parte, na forma disposta no § 2º do art. 72, da Lei nº 15.614/2014, entretanto, nega-lhe provimento com relação ao alegado caráter confiscatório da multa, em razão de não se enquadrar à matéria, nas exceções previstas nos incisos I, II e III do § 2º do art. 48, da Lei nº 15.614/2014, conforme o voto do Conselheiro José Augusto Teixeira. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Robério Fontenele de Carvalho, Francileite Cavalcante Furtado Remígio e Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que conheceram em parte o recurso interposto, deixando de conhecê-lo no que se refere a alegação de caráter confiscatório da multa, sob o entendimento de incompetência do julgador para afastar a aplicação de norma sob o fundamento da inconstitucionalidade, conforme entendimento do Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza, que opinou pelo retorno dos autos à instância singular por ausência completa de fundamentação quanto a alegação de multa confiscatória (fls. 116 dos autos). 2. No tocante à preliminar de nulidade da decisão singular, sob o argumento de que está confusa, não possibilitando compreender a razão de não excluir as receitas de interconexão de redes do numerador do coeficiente – foi afastada por unanimidade de votos, visto que a autoridade julgadora enfrentou esse argumento, consoante fundamentos expostos à fl. 93 dos autos. 3. Com tocante à preliminar de nulidade da decisão singular sob o argumento de que o julgador não analisou a ilegitimidade da multa de 100%, pelo caráter confiscatório – por maioria de votos, a 4ª Câmara acatou o argumento, anulando a decisão singular por ausência de



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
4ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

fundamentação em relação à questão supracitada e, ato contínuo, decidindo pelo retorno dos autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento. Foram votos vencidos os das Conselheiras Francileite Cavalcante Furtado Remígio, sob o entendimento de que não há pedido formal da Recorrente neste sentido e a Conselheira Carolina Cisne, com base em precedentes do STJ, por entender que, ainda que tivesse pedido expresso, o julgador não está obrigado a examinar e a responder todos as alegações da parte, quando tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 26 de julho de 2019.

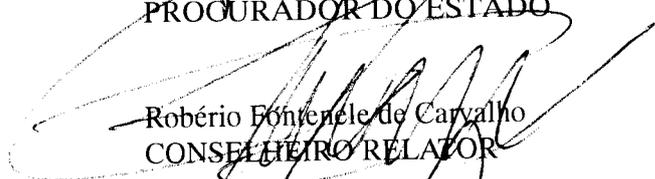

Lúcia de Fátima Cajou de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

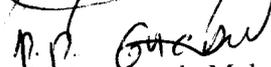

Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA

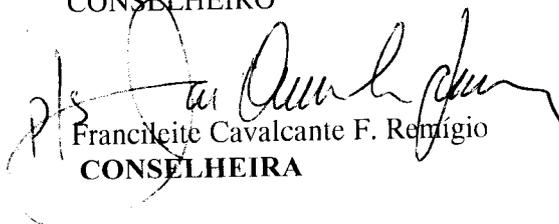

Michel André B. Lima Gradvohl
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Robério Fontenele de Carvalho
CONSELHEIRO RELATOR


Fernando Augusto de Melo Falcão
CONSELHEIRO


Francileite Cavalcante F. Remígio
CONSELHEIRA