



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 50 /2004
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

6ª SESSÃO DE: 21.01.2004

PROCESSO Nº 1/1667/2002

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2002.02916

RECORRENTE: FRANCISCO FERNANDES SOBRINHO COMBUSTÍVEIS

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ALFREDO ROGÉRIO GOMES DE BRITO

EMENTA: Extravio de Documentos Fiscais. Preliminar de Nulidade – Inobservância do procedimento determinado. O autuado adotou a aplicação direta de multa fixada em quantidade de UFIRCES, por extravio de documento fiscal. Tal prática é permitida quando se tornar impossível o arbitramento que considera as operações de vendas decorrente da emissão de documentos fiscais, na regra disposta Na Lei nº 12.670/96 c/c a Norma de Execução nº 25/99. Decisão com arrimo no art. 32 da Lei nº 12.732/97. Recurso de Ofício conhecido e provido. Modificada a decisão singular, que decidira pela parcial-procedência. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

A constituição de crédito tributário resultante da peça básica do p. processo infere-se à acusação de extravio de treze notas fiscais (NF-1) e de cem notas fiscais de venda a consumidor (NFVC).

No *auto de infração*, enviado por via postal, com *Aviso de Recebimento – AR -*, o autuante mencionou os dispositivos infringidos e a penalidade aplicável, assentes na legislação.

Do processo, consta, regularmente, a *Ordem de Serviço*, de que trata o *Projeto Atualização de Estoque Total*, seqüenciada, nos autos, com o *Termo de Intimação* e despachos, de estilo.

Tempestivamente, o autuado apresentou *Impugnação* contra o lançamento requerendo fosse a autuação desconsiderada, não sendo, atendido inteiramente no seu intento, tendo o julgamento singular operado a parcial-procedência, ocasião em que manejou, o julgador, no necessário recurso oficial.

A *Consultoria Tributária*, em *Parecer*, sugeriu a modificação da decisão singular, com aprovo do representante da douta *Procuradoria Geral do Estado*.

É o brevíssimo relatório.

ARGB

VOTO DO RELATOR

Com efeito, trata-se de acusação fiscal em que o contribuinte, aqui recorrente, teria extraviado documentos fiscais, encerrando a lavratura de *auto de infração*.

A decisão singular pugnou pela parcial-procedência à vista das provas dos autos, e notoriamente, pelo documento *Guia Informativa de Documentos Fiscais Emitidos e/ou Cancelados* – GIDEC, sob a rubrica do agente do Fisco, do *Núcleo de Execução da Administração Tributária*, em Aquiraz, o qual informou, de próprio punho, que parte dos documentos fiscais, *in casu*, as cem notas fiscais de venda a consumidor, teriam sido recebidas e destruídas, estando-as em branco (não tinham sido utilizadas), estavam também com prazo de validade vencido.

Assim, sobre os demais documentos (treze notas fiscais NF-1) extraviadas, resolveu pela parcial-procedência.

A matéria *sub oculis* - extravio de documentos fiscais - está disciplinada no ordenamento tributário do Estado há mais de uma década, em previsão do teor seguinte:

Lei nº 11.961/92, (instituidora do Selo Fiscal) :

"Art. 6º. Na hipótese de extravio de documento fiscal pelo contribuinte, a autoridade fazendária arbitrará o montante sobre o qual incidirá o imposto, tomando por referência o valor médio ponderado por documento de uma mesma série e subsérie, emitido no período mensal imediatamente anterior, ou na sua falta, imediatamente posterior, em que tenha havido movimento econômico, resultado que multiplicado pela quantidade de documentos extraviados, comporá a base de cálculo."

Os grifos são do Relator

A IN nº 25/99, que trata do arbitramento do montante sobre o qual incidirá o ICMS e a MULTA, no caso de extravio de documentos fiscais, veio disciplinar:

"Art. 5º. A sistemática de cálculo adotada para a aplicação de penalidade referente ao extravio de documentos fiscais deverá obedecer ao seguinte:

I – tratando-se de notas fiscais não utilizadas, o montante sobre o qual incidirá o ICMS e multa será arbitrado utilizando-se a média aritmética das saídas ou entradas, conforme o caso, referente ao período imediatamente anterior, ou, na sua falta, pelo imediatamente posterior em que tenha havido movimento econômico. A base de cálculo será o produto obtido pela multiplicação da quantidade de documentos extraviados pela média apurada na forma retromencionada.

...

III – o cálculo da penalidade em unidade fiscal de referência – UFIR-, somente deverá ser adotado na impossibilidade de arbitramento.

Grifos do Relator



Nesse sentido, a *Norma de Execução nº 001/94* do então *Departamento de Fiscalização de Estabelecimentos - DEFISE*, [órgão da anterior estrutura organizacional da SEFAZ], orientava, no item 2.3 que:

" 2.3. Deverá ser adotado o cálculo em Unidades Fiscais do Estado do Ceará - UFECE, na impossibilidade do arbitramento."

Mais grifos do Relator

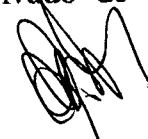
Não paira dúvida, dentre as normas legais articuladas, da clareza acerca da regra, do procedimento estabelecido no tocante à situação de extravio de documentos fiscais: **arbitrar**, consoante giza toda a legislação atinente e, na impossibilidade (somente quando não for possível arbitrar), proceder em adotar a sistemática de aplicação de multa, agora fixada em UFECE.

Fica mui claro que:

A Lei não outorgou ao agente do Fisco, opção de efetuar ou não o arbitramento, nos casos de extravio de documentos fiscais. Se este - o arbitramento - **poderia ser feito**, então, **deveria ter sido realizado**.

Logo, não poderia escolher outra penalidade, pois o agente do Fisco não detém a faculdade, não lhe é atribuído o poder discricionário de, em juízo próprio e pessoal, em matéria de sanção tributária, decidir-se por penalidade de maior ou menor ônus. A atividade do agente fiscal, "plenamente vinculada" (v. art. 3º c/c o parágrafo único do art. 142 do CTN).

Impõe devem ser seguidas as regras estabelecidas na legislação e não por meio diverso, ao seu talante, sob pena de se praticar ato eivado de ilegalidade, o qual acarreta na inexigibilidade da prestação.



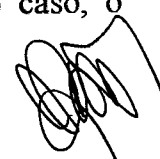
Conclusões:

1. Nos casos de extravio de documentos fiscais não utilizados, também se deve efetuar o arbitramento para efeito de base de cálculo do imposto e multa;
2. Apenas na impossibilidade de se efetuar o arbitramento é que será aplicada a penalidade com base em UFIRCE;
3. No caso em espécie era possível realizar o arbitramento para efeito de base de cálculo do imposto.

Quanto ao exame formal, vê-se que a nulidade se amolda ao artigo 32 da Lei nº 12.732/97:

"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."

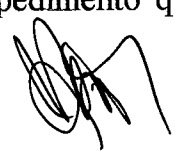
A interpretação deste dispositivo é clara e precisa sob o enfoque de que **autoridade incompetente** é aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do ato respectivo (o que não era o caso); e **autoridade impedida**, aquela que, embora a legislação lhe confira originariamente competência para a prática do ato, está eventualmente impossibilitada de praticá-lo, quer por afastamento das funções ou do cargo (tb não era o caso), quer por extemporaneidade do ato praticado ou vedação legal (eis então o caso, o motivo).



Por faltar a possibilidade de eleição da penalidade aplicável, equivalência do poder discricionário, na escolha da imputação fiscal, minguada a possibilidade de sustentação do feito, materializando-se, de forma inequívoca, a nulidade da ação fiscal.

“EX POSITIS”,

Deve-se deixar de adentrar ao exame de **mérito** da acusação fiscal, porquanto, preliminarmente, ao exame deste, prospera o entendimento de que o ato, na forma como procedido, não poderia ocorrer, por absoluto impedimento que resulta de expresso mandamento legal.



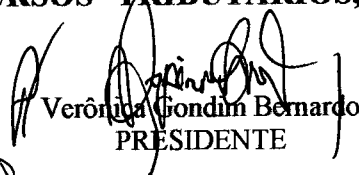
É o voto.

DECISÃO

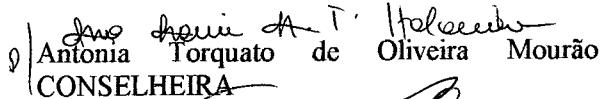
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente Francisco Fernandes Sobrinho Combustíveis e recorrida a Célula de Julgamento de 1ª Instância,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, e em grau de preliminar, conhecer do recurso oficial interposto, **dar-lhe provimento** para o fim de **modificar** a decisão singular, decidindo, agora, pela Nulidade do processo, na forma do voto do Conselheiro Relator e do Parecer da Consultoria Tributária, adotado, na íntegra, pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de de março de 2004.


Verônica Gondim Bernardo
PRESIDENTE


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO RELATOR

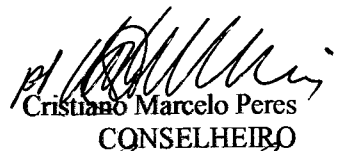

Antonia Torquato de Oliveira Mourão
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

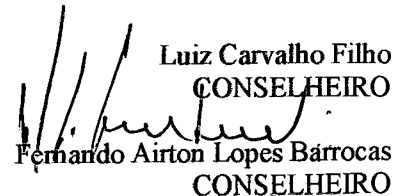

Fernando César Caminha Aguiar Ximenes
CONSELHEIRO

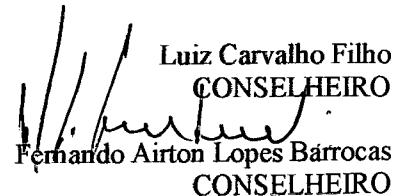
PRESENTES


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO


Vanda Ione de Siqueira Farias
CONSELHEIRA


Luiz Carvalho Filho
CONSELHEIRO


Fernando Airton Lopes Bárrocas
CONSELHEIRO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO