



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 411 /2013
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 27/05/2013

PROCESSO Nº 1/4016/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2008.06659-7

RECORRENTE: CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO

EMENTA: ICMS – Falta de recolhimento do imposto de responsabilidade do contribuinte substituto que efetuou a retenção do imposto das operações envolvendo os clientes domiciliados no Estado do Ceará. **Artigos infringidos:** 480, 482 do Decreto nº 24.569/1997, protocolo ICM nº 11/1985. **Penalidade:** art. 123, I, “e” , da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/2003. Auto de infração julgado **NULO**, por maioria de votos, em razão do impedimento do autuante, devido à incompetência da autoridade que expediu a ordem de serviço que deu continuidade à ação fiscal, conforme a manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Reformada a decisão condenatória prolatada no juízo originário. Decisão amparada no art. 53, § 2º, II do Decreto 25.468/99 c/c Instrução Normativa nº. 06/05.

RELATÓRIO

Consta do relato do Auto de Infração ora julgado, que a autuada deixou de recolher o imposto de responsabilidade do contribuinte substituto que efetuou a retenção do imposto das operações envolvendo os clientes domiciliados no Estado do Ceará.

A autuada não se manifestou em grau de defesa, tornando- revel.

Complementando a vestibular, o Auditor Fiscal ratifica o teor da inicial e esclarece que no campo "documentos anexos" (fls.04), consta relação da documentação que embasou a fiscalização, devidamente cientificada ao titular da empresa ou representante legal, através de recebimento-AR (fls. 23), dando certeza do recebimento de tal documentação, não ocorrendo o cerceamento ao direito de defesa.

No julgamento de primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela procedência da ação fiscal entendendo que as informações prestadas pelo autuante são plenamente esclarecedoras.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre, conforme Recurso Voluntário que repousa nas fls. 61 a 68 do p. processo, alegando em seu favor os seguintes argumentos:

a) a ação fiscal é nula em razão da intimação para o chamamento do autuado ao processo, posto que foi realizada de maneira equivocada sem levar em consideração os endereços tanto da autuada como dos seus representantes legais, porquanto foram encaminhadas para nenhum desses locais, o que, a toda evidência prejudicou sobremaneira o direito de defesa da autuada;

b) indevida a imposição da multa pretendida pelo fisco cearense, haja vista que o art. 132, parágrafo único do CTN, não deixa dúvidas de que ao tratar da responsabilidade dos sucessores em sede de incorporação limitando-a expressamente a soma dos tributos devidos pelo sucedido. E a multa de ofício não é tributo, mas antes penalidade voltada a sancionar suposto comportamento em desacordo com a letra da lei;

c) colaciona-se decisões em sua defesa;

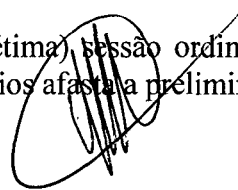
d) imposição da multa de 200% sobre o valor do imposto caráter flagrantemente confiscatório;

e) no mérito, também, não procede a autuação;

f) por fim, requer à improcedência do auto de infração.

A Consultoria Tributária opinou pela confirmação da decisão singular condenatória de primeiro grau.

Nas fls. 111, consta a Ata da 127ª (centésima vigésima sétima) sessão ordinária, em que a primeira câmara de julgamento do Conselho de Recursos Tributários afasta a preliminar de nulidade e julga pela Procedência da ação fiscal.



Insatisfeita com a decisão acima aludida, a atuada ingressa com Embargos de Declaração, fls. 126 *usque* 134, solicitando que sejam apreciados os presentes declaratórios para afastar a omissão quanto a ilicitude na aplicação de multa de caráter confiscatório, no montante de 200%, sobre o valor do tributo supostamente devido.

No Despacho nº 126/2011, a Presidente em exercício do CRT informa que o recurso em apreciação não pode ser apreciado, por absoluta falta de amparo legal, devendo o p. processo, por conseguinte, seguir o seu trâmite normal.

Inconformada, mais uma vez, a empresa atuada ingressa com Recurso Especial, fls. 140 *usque* 159, pedindo que referido recurso seja conhecido, e que:

a) seja reformado a decisão recorrida, afastando a exigência da multa punitiva imposta a ora Recorrente, devendo esta ser responsável tão somente quanto ao valor principal do tributo, haja vista a interpretação dos arts. 112 e 135 do Código Tributário Nacional;

b) subsidiariamente, caso não acatado o pedido anterior, seja aplicada a multa prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/1996, tendo em vista que a suposta infração decorre de operação com mercadoria ou prestação de serviços tributados pelo regime da substituição tributária, já tendo sido recolhido o valor do imposto;

Contudo, conforme preceitua o Despacho nº 79/2012, a Presidente do CRT, resolve indeferir o presente recurso, asseverando que não foram atendidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no art. 45 da Lei nº 12.732/97.

Finalmente, a Recorrente ingressa com um recurso atípico, denominado de “Petição de Chamamento do Feito à Ordem Sobre Matéria de Ordem Pública”, informando, desta feita, que as ordens de serviços, que resultaram na lavratura do Auto de Infração nº 2008.6659-7, estão eivadas de vício, posto que a de reinício de fiscalização nº 2008.10011, fora designada pelo supervisor da CESUT, e não por um dos Coordenadores da Catri, o que configura a hipótese de nulidade absoluta prevista no § 1º do art. 53 do Decreto nº 25.468/99.

Em face da nova petição, a Presidente do CRT, decide pelo retorno dos autos à 1ª Câmara do CRT para proferir novo julgamento e dar seguimento ao processo na forma da legislação pertinente.

Em síntese, este é o relatório.

VOTO DO RELATOR

Relatados os fatos e a versão das partes, cabe agora decidir a questão. Aduz a peça vestibular dos presentes autos que o autuado incorreu no ilícito fiscal, melhor dizendo, a empresa acima identificada deixou de recolher o imposto de responsabilidade do contribuinte substituto que efetuou a retenção do imposto das operações envolvendo os clientes domiciliados no Estado do Ceará.

No entanto, cumpre destacar que nos autos encontra-se caracterizado questão prejudicial à análise de mérito, motivada pela inobservância da legislação processual para a constituição do lançamento do crédito tributário.

De fato, ao analisar as peças do processo, observamos que o procedimento de constituição do crédito tributário em análise não atendeu os requisitos exigidos na legislação, determinado pelo art. 88 § 2º da Lei nº 12.670/96 e c/c com a Instrução Normativa nº 38/2005, que prevê a possibilidade de reinício da ação fiscal, para tanto estabelece que o reinício somente se dará mediante solicitação circunstanciada do agente fiscal aprovada pelo Orientador da Célula de Execução, por designação de um dos Coordenadores da CATRI.

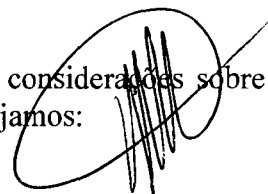
Assim sendo, constatamos que o reinício de ação fiscal, conforme Ordem de Serviço nº 2008.10011, foi assinada pelo mesmo Supervisor da Cesut (Francisco José Vale Matos) que havia designado a primeira Ordem de Serviço nº 2007.30950.

Ocorre que a norma estabelece, como veremos mais adiante, que o reinício de ação fiscal somente se daria mediante ato designatório expedido por um dos coordenadores da CATRI e não do Orientador da Célula.

Quanto a Preliminar De Nulidade

Desta feita, com supedâneo em uma análise perfunctória nas normas processuais, é forçoso constatar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos dos servidores fazendários, aqui analisados, estão eivados de vícios, vez que o ato praticado pelos auditores afrontou os princípios norteadores da Administração Pública, tendo em vista a incompetência legal da autoridade que autorizou a continuidade da ação fiscal, como será demonstrado a seguir.

Diante do exposto, no presente caso é imprescindível algumas considerações sobre os atos designatórios e a sua possibilidade de reinício da fiscalização, assim vejamos:



A questão dos Atos Designatórios

É de sabença geral que a ordem de serviço é o ato administrativo pelo qual autoriza e legitima o agente fazendário a fiscalizar os contribuintes do Estado do Ceará, sendo que para isso é estipulado pela autoridade designante certo prazo determinado. Sem embargo, este ato consiste obediência ao *Princípio da Impessoalidade*, uma vez que não fica à discricionariedade do agente fiscal qual estabelecimento auditar, ou mesmo autorizar as continuidades dos procedimentos, devendo o agente obedecer restritivamente às previsões legais.

Neste sentido, a lei matriz do ICMS (Lei nº. 12.670/96) estabelece a continuidade da ação fiscal, através de novo Ato Designatório, quando esgotado o prazo previsto no Termo de Início de Fiscalização, sem a cientificação do contribuinte acerca da conclusão dos trabalhos, conforme se percebe dos dispositivos citados abaixo:

“Art. 86. Mediante ato do Secretário da Fazenda, quaisquer diligências de fiscalização poderão ser repetidas, em relação a um mesmo fato e período de tempo simultâneos, enquanto não atingido pela decadência o direito de lançar o crédito tributário.

(...)

§ 3º O Secretário da Fazenda poderá delegar a um dos coordenadores da Coordenadoria de Administração Fazendária - CATRI, a competência para determinar, mediante emissão de ordem de serviço, as ações fiscais de repetição de fiscalização.

Art. 88. As ações fiscais começarão com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará a identificação:

I - do ato designatório;

(...)

§ 1º Lavrado o termo de início de fiscalização, o agente do Fisco terá o prazo de até cento e oitenta dias para conclusão dos trabalhos, contados da data da ciência ao sujeito passivo, conforme disposto em regulamento.

§ 2º Esgotado o prazo previsto no § 1º deste artigo, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, poderá ser emitido novo ato designatório para continuidade da ação fiscal.

Da Continuidade Da Ação Fiscal

Convém assinalar, por oportuno, que uma vez esgotado o prazo de fiscalização da ação fiscal, a legislação prevê que a mesma deverá ser reiniciada mediante solicitação do agente fiscal, que será aprovada pelo orientador da Célula de Execução, por designação de um dos Coordenadores da Catri, consoante dispõe o art. 1º, § 2º da Instrução Normativa 06/05, *in verbis*:

Art. 1º O agente do Fisco terá os prazos a seguir indicados para a realização da ação fiscal, contados da ciência ao sujeito passivo:
(...)

§ 2º Esgotado o prazo previsto no inciso II do art. 1º, sem que o sujeito passivo seja cientificado da conclusão dos trabalhos, a ação fiscal **poderá ser reiniciada**, mediante solicitação circunstanciada do **agente fiscal**, aprovada pelo Orientador da Célula de Execução, **por designação de um dos coordenadores da Catri**, podendo, neste caso, a autoridade designante incluir outro agente ou substituir o originariamente designado.(grifos do relator)

Dos Princípios que norteiam à Administração Pública

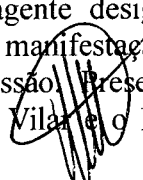
Os Servidores Fazendários devem obediência, irrestrita, ao *Princípio da Impessoalidade* quanto à prática de seus atos, posto que este visa à neutralidade das atividades administrativas, que devem sempre possuir como objetivo precípuo o interesse público. Este princípio traz consigo a ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que esteja no exercício do "*minus público*", uma vez que a pessoa política é o Estado, e as pessoas que compõem a Administração Pública exercem suas atividades voltadas ao interesse público e não pessoal.

Já o *Princípio da Legalidade*, que irradia efeito, também, no âmbito do Direito Tributário, prevê que a legalidade tributária não implica tão somente na simples preeminência da lei, mas sim na reserva absoluta da lei, isto é, como narra Alberto Xavier, "*que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda atividade administrativa*".

Portanto, como se vê, os servidores públicos no exercício de suas funções devem se pautar rigorosamente pelos princípios constitucionais, não podendo deles se desgarrar.

Da Jurisprudência

Este órgão julgante analisou um caso semelhante, conforme Processo nº 1/4690/2007, que teve como recorrente a empresa *JODIESEL CAMINHÕES LTDA*, *in verbis*:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente *JODIESEL CAMINHÕES LTDA* E *CEJUL* e recorrida *CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA* E *JODIESEL CAMINHÕES LTDA*. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª instância, declarando em grau de preliminar a *NULIDADE* processual, por incompetência do agente designante do reinício da ação fiscal, nos termos do voto da relatora, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em Sessão Presencial para apresentação de sustentação oral, o Dr. Thiago Morais Almeida  e o Dr. Diogo Morais Vilar, representantes legais da recorrente.

Na mesma trilha, cabe transcrever outra decisão em que a ordem de serviço utilizada para dar continuidade ao trabalho fiscal constava tão somente a autorização da supervisora de célula, vejamos:

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO/NULIDADE. Sujeito: elemento do Ato. **Competência:** atributo. Designação mediante ato personalíssimo para dar continuidade a procedimento fiscal. *Situação específica.* Ato de emissão obrigatória (*Ordem de Serviço*) de competência especial de um dos Coordenadores da CATRI (*Coordenadoria da Administração Tributária*). **1. Preliminar de Mérito:** Processo Administrativo Tributário julgado nulo, sem exame de mérito, por impedimento dos agentes fiscais, haja vista ter sido lavrado - o ato designatório - que o reiniciou por autoridade sem competência específica. Decisão (por unanimidade de votos). **2. Decisão amparada** no art. 132 da Lei nº 12.670/96, c/c o art. 821, § 5º, I do Dec. nº 24.569/97 – RICMS, combinado com o art. 1º, § 2º da Instrução Normativa nº 05/2005 e fundada no art. 53, § 1º do Dec. nº 25.468/99 e consonante entendimento proferido em Sessão e lavrado a termo pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Recursos conhecidos e providos. (194ª. sessão ordinária em: 11/11/2010 – Proc. Nº: 1/2729/2006)
Relator: Conselheiro Alfredo Rogério Gomes De Brito

Em face do exposto, há que se constatar que por não ser o orientador de célula a autoridade designada por Lei para dar continuidade à ação fiscal, o servidor fazendário feriu de morte os Princípios da Legalidade e da Impessoalidade, ensejando uma relação processual eivada de vícios insanáveis, restando configurada a **NULIDADE** do auto de infração nos termos do art. 32 da Lei 12.732/97, transcrita, *in verbis*:

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 pela autoridade julgadora. (Grifos do relator).

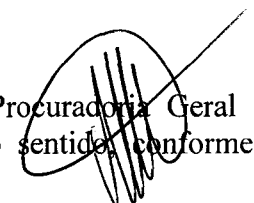
No mesmo sentido, dispõe o art. 53, § 2º, II do Decreto 25.468/99, “ipsis-litteris:”

Art. 53 (...)

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

II – não disponha de autorização para a prática do ato;

Em consonância com o que foi aduzido até aqui, vem a Procuradoria Geral do Estado representada pelo Dr. Matteus Viana Neto, manifestar no mesmo sentido, conforme despacho reduzido a termo:



“No âmbito do processo judicial a apreciação da matéria somente poderia ser realizada em ação rescisória. No entanto, no processo administrativo, em que o formalismo dá lugar a aplicação da busca da verdade material, no caso, a orientação consolidada do CONAT quanto a nulidade de ato praticado por autoridade incompetente, o procedimento administrativo, em sendo evidente o fato, deve ser reconsiderado.

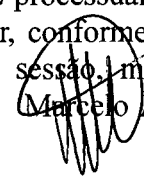
Assim, em consonância com a manifestação de fls. 219/220, e utilizando os fundamentos nela contido, a PGE sugere a declaração de nulidade do feito tendo em vista a existência de vício insanável.”

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe provimento para reformar a decisão condenatória, exarada em 1ª Instância e, em grau de preliminar, proferir decisão declaratória de nulidade processual, por inobservância de norma de expressa, a teor do § 2º do artigo 1º da Instrução Normativa nº 6/2005, nos termos dos fundamentos assentados na presente Resolução, bem como em conformidade com a manifestação reduzido a termo pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.


DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RESOLVEM, os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, para por maioria de votos, dar-lhe provimento, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, em razão de ato praticado por autoridade incompetente, nos termos do voto do relator, conforme manifestação do representante da douda Procuradoria Geral do Estado, alterada em sessão, mediante despacho reduzido a termo nos autos. Vencido o voto do Conselheiro Manoel  Augusto Marques Neto que se manifestou contrário à nulidade.

SALA DAS REUNIÕES DA 1.ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 05 de 07 de 2013


Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE


Anneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA

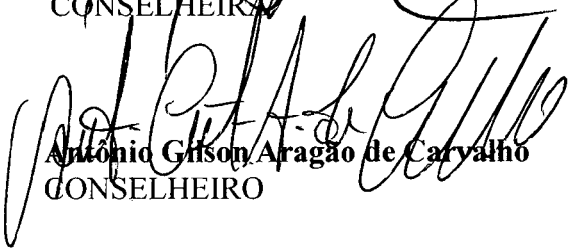

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO


Andre Arraes de Aquino Martins
CONSELHEIRO

PROCURADOR DO ESTADO

Ana Thereza Nunes de Macedo Costa
CONSULTOR(O)A TRIBUTÁRI(O)A