



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 416 /2011

056ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 22.08.2011

PROCESSO Nº 1/3511/2008 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200808946

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: DUNAX LUBRIFICANTES LTDA

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

AUTUANTE: SÉRGIO RICARDO ALVES SISNANDO

**EMENTA: ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO.** 1 – Contribuinte acusado de reter e não recolher ICMS-ST, na condição de contribuinte substituto. 2 – Apontada infringência aos artigos 437, 484 e 485 do Decreto 24.569/97 – Proposta a penalidade preceituada no Art. 123, I, “e” da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03. 4 – Recurso oficial conhecido e não-provido. 5 – Mantida a decisão proferida na instância originária, que declarou a **NULIDADE** processual, em razão da incompetência da autoridade que expediu o ato designatório para reinício da ação fiscal, e conseqüente impedimento do agente atuante, conforme o disposto no Art. 1º, §2º da Instrução Normativa nº 06/2005 c/c o Art. 53 caput e §§ 1º e 2º do Decreto nº 25.468/99. 6 – Decisão por maioria de votos, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

**RELATÓRIO**

O auto de infração acusa a empresa em epígrafe de infringir a legislação tributária, nos termos do seguinte relato:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO QUE EFETUOU A RETENÇÃO, EM OPERAÇÕES COM LUBRIFICANTES, COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DE PETRÓLEO E ALCOOL CARBURANTE. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO EFETUOU A RETENÇÃO DO ICMS-S. TRIBUTÁRIA SEM EFETUAR O RECOLHIMENTO DEVIDO, NOS MESES E VALORES ESPECIFICADOS NAS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES AO PRESENTE.”.

Nas Informações Complementares o auditor detalha o desenvolvimento da auditoria, informando, entre outras coisas, que a ação fiscal teve a sua realização determinada pela Ordem de Serviço nº 2008.02172. Todavia, esgotado o prazo regulamentar sem que os trabalhos tivessem sido concluídos, foi expedida nova Ordem de Serviço (nº 2008.13899) para sua continuidade.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

O agente fiscal aponta infringência aos artigos 437, 484 e 485 do Decreto 24.569/97, e propõe a aplicação da penalidade preceituada no Art. 123, I, "e" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03, resultando na exigência do seguinte crédito tributário:

<b>Demonstrativo do Crédito (R\$)</b>	
ICMS	56.266,53
Multa	112.533,06
<b>TOTAL</b>	<b>168.799,59</b>

Regularmente intimada do feito, a empresa apresentou impugnação ao feito, arguindo, basicamente, o seguinte:

1. Preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração:

- a) Por suposta violação ao princípio da espontaneidade, vez que no seu entender, após o término do prazo do primeiro ato designatório, e antes do reinício da ação fiscal, os documentos fiscais deveriam ter sido disponibilizados ao contribuinte, de modo que este, verificando a existência de alguma irregularidade, pudesse exercitar o direito assegurado no artigo 138 do CTN;
- b) Por impedimento do agente fiscal atuante, visto que o ato designatório de reinício da ação fiscal não foi expedido pelo Coordenador da CATRI, como determina a Instrução Normativa nº 06/2005.

2. No mérito, a improcedência da acusação fiscal, argumentando que:

- a) Nas aquisições que realiza, as mercadorias já vêm com substituição tributária. Em consequência, as suas saídas, que são meras misturas de produtos, devem ser realizadas sem o pagamento do imposto, sob pena de incorrer no *bis in idem*;
- b) Que mesmo assim, a atuada, quando vende seus produtos, o faz com destaque do ICMS normal;
- c) Que a empresa até poderia ser acusada de não realizar a substituição tributária, mas não de falta de recolhimento do ICMS retido, pois a atuada não reteve nada, nem se locupletou do imposto;
- d) Que o alegado acima é facilmente verificável na planilha produzida pelo próprio auditor, na qual, ao definir a base para o cálculo da substituição, ele não identifica na nota fiscal o ICMS substituto destacado/retido e não recolhido;
- e) Que, além disso, a atuada vende parte de suas mercadorias a consumidor final, razão pela qual o ICMS substituto não poderia mesmo ser cobrado e retido;

Diante do exposto a impugnante requer, alternativamente, seja:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

1. Declarada a improcedência da presente autuação;
2. Declarada a extinção ou nulidade do lançamento.

Considerando as alegações aduzidas pela defesa, a Julgadora de 1ª Instância achou por bem submeter os autos à análise pericial antes de se pronunciar sobre o feito.

Em resposta, a Perícia expediu o Laudo às fls. 135-139, informando nova base de cálculo para o Auto de Infração, no valor de R\$55.826,19.

Intimado do referido laudo pericial, a autuada apresentou manifestação ao mesmo, ratificando seus argumentos pela nulidade do feito, em face da incompetência do agente que determinou o reinício da ação fiscal.

Retornado o processo à CEJUL, a Julgadora singular, em análise dos autos, concluiu que o reinício da ação fiscal deu-se, de fato, em desacordo com o que determina o Art. 1º, §2º da Instrução Normativa nº 06/2005, vez que a Ordem de Serviço nº 2008.13899 (fl. 07) foi assinada pelo supervisor do núcleo e não por um dos coordenadores da CATRI. Destarte, por entender que o fato se amolda à hipótese do Art. 53, §2º, II do Dec. 25.468/99, declarou NULA a ação fiscal.

E por ter decidido contrariamente aos interesses da fazenda pública, a nobre julgadora interpôs recurso de ofício ao Conselho de Recursos Tributários, em cumprimento ao disposto nos artigos 65 e 66 do já mencionado Dec. 25.468/99.

A Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento do recurso oficial, para negar-lhe provimento, no sentido de manter a decisão proferida na Instância singular, pela nulidade do feito.

É o relato.

#### VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial em que é recorrente a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e recorrido DUNAX LUBRIFICANTES LTDA, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária.

O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço. Todavia, cumpre reconhecer que o mesmo não merece prosperar, vez que a decisão recorrida não comporta reparos. Com efeito, o presente processo padece de um vício insanável que o torna nulo de pleno direito, conforme adiante se demonstrará.

Logo de início se observa que a ação fiscal em tela teve a sua realização determinada pela Ordem de Serviço nº 2008.02172 (fl. 05) e reiniciada pela Ordem de Serviço nº 2008.13899 (fl. 07), ambas da Célula de Auditoria da Secretaria da Fazenda.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Ocorre que a segunda Ordem de Serviço em questão, isto é, a que determinou o reinício da ação fiscal foi assinada por um dos supervisores da aludida Célula de Auditoria, fato esse que prejudica o feito como um todo. Ocorre que a competência legal prevista no Art. 821, §5º, I do Dec. nº 24.569/97 não se estende aos atos de reinício de fiscalização. Este tem sido o entendimento predominante neste Contencioso em face do disposto no artigo 1º, §2º, da Instrução Normativa nº 06/2005, *in verbis*:

*Art. 1º. (...)*

*§ 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 originalmente designado.*

Assim, conquanto o Supervisor de Núcleo seja competente para designar servidores fazendários para promoverem ações fiscais em geral, o mesmo não se aplica às situações específicas de reinício de fiscalização, como no presente caso, já que a legislação reserva tal atribuição exclusivamente ao Coordenador da CATRI. Isto implica em que o ato designatório em questão é nulo de pleno direito, porquanto expedido por autoridade sem competência legal para tanto.

Além disso, segue-se, por via de consequência, o impedimento do agente fazendário que promoveu ação fiscal, uma vez que, nulo o ato designatório, queda-se o auditor fiscal carente de autorização para a prática dos atos de fiscalização realizados, aí incluída a lavratura do auto de infração em espécie.

Com efeito, o Art. 53 *caput* e §§ 1º e 2º do Decreto nº 25.468/99, estabelece expressamente que:

*Art. 53. 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.*

*§ 1º Considera-se autoridade incompetente aquela a quem a legislação não confere atribuições para a prática do respectivo ato;*

*§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:*

*...*

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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

...

Desse modo, e considerando que o tema em discussão versa sobre matéria cognoscível de ofício, não resta outra decisão a tomar a não ser declarar a nulidade processual.

Impende ressaltar que decisões nesse mesmo sentido vêm sendo proferidas por ambas as Câmaras deste Contencioso em vários processos, bem como que assim também já se pronunciou o Conselho Pleno.

**VOTO**

**Ex positis**, voto para que o recurso oficial seja conhecido e não-provido, mantendo-se a acertada decisão proferida na instância originária e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** processual, em razão da inobservância ao art. 1º, §2º da Instrução Normativa 06/2005.

É o VOTO.

**DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e Recorrido DUNAX LUBRIFICANTES LTDA. **Decisão:** "A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, para por maioria de votos, negar-lhe provimento, confirmando a decisão declaratória de **NULIDADE** proferida pela 1ª Instância, em razão da inobservância do art. 1º, parágrafo 2º da Instrução Normativa nº 06/2005, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Vencido o voto do Conselheiro José Rômulo da Silva, com fulcro no parágrafo 6º do art. 53 do Decreto nº 25.468/99 e por entender haver ausência de prejuízo à solução da lide."

**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 20 de Setembro de 2011.

Dulcimeire Pereira Gomes

Presidente

José Sidney Valente Lima  
Conselheiro

Anneline Magalhães Torres  
Conselheira



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento


---

  
Alfredo Rogério Gomes de Brito  
Conselheiro

  
Janine Gonçalves Feitosa  
Conselheira

  
Abílio Francisco de Lima  
Conselheiro Relator

  
Vanessa Albuquerque Valente  
Conselheira

  
José Rômulo da Silva  
Conselheira

  
Cícero Roger Macedo Gonçalves  
Conselheiro

  
Matheus Viana Neto  
Procurador do Estado