

[Handwritten signature]

Processo nº 2663/03
AI nº 1/200306008
Conselheiro Jose Gonçalves Feitosa



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 442/04
SESSÃO Nº 117ª de 13/07/2004
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/003035/03 AI: 1/200306008
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E
METALGRAFICA CEARENSE S/A
RECORRIDO: AMBOS
RELATOR: JOSE GONCALVES FEITOSA

EMENTA: Falta de emissão de documentos fiscais, no período de 01/00 a 02/00, 05/00 a 06/00, 08/00 a 03/01, 05/01 a 06/01, 08/01 a 10/01 e 12/01, no montante de R\$ 11.459.183,24 (onze milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, cento e oitenta e três reais e vinte e quatro centavos). Ação fiscal NULA por impedimento do agente do fisco, nos termos do art. 32, da Lei n.º 12.732/97, por Inobservância ao disposto no art. Art. 821, §§ 3º e 5º, I, II, do Decreto 24.569/97 . Recurso Voluntário conhecido e provido. Decisão por maioria de votos.

Tratam os autos da acusação de que o contribuinte em questão, efetuou venda de mercadorias sem a devida emissão de documentos fiscais, no período de 01/00 a 02/00, 05/00 a 06/00, 08/00 a 03/01, 05/01 a 06/01, 08/01 a 10/01 e 12/01, no montante de R\$ 11.459.183,24 (onze milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, cento e oitenta e três reais e vinte e quatro centavos).

Após apreciar as peças constitutivas do presente processo, a julgadora monocrática declarou o feito fiscal Nulo por entender que a portaria n° 297/2003 designada através da Ordem de Serviço n° 2002.28664, que fora gerada pela Portaria n° 1317/2002, para dar continuidade à ação fiscal anterior, não respeitara o prazo de 90 dias para o desenvolvimento da ação fiscal iniciada através da Ordem de Serviço n° 2002.20162, conflitando com o dispositivo constante no art. 821, §§ 2° e 3° do RICMS.

Esclarece ainda a nobre singular que Portaria 297/2003, foi emitida objetivando dar continuidade a Ordem de Serviço n° 2002.20162, no entanto a Ordem de Serviço n° 2002.28664, mencionada na referida Portaria, jamais poderia dar continuidade ao ato, pois a mesma não existe, ficando, portanto, sem validade jurídica, conclui.

Objetivando dirimir efetuais dúvidas quanto à eficácia da Portaria 297/2003, foi solicitado aos fiscais autuantes que acostassem aos autos, a documentação autorizativa da fiscalização, demonstrando a seqüência da ação fiscal desde o início.

Em resposta solicitação feita pela CEPED, os fiscais autuantes informam o seguinte, relativamente a Portaria 297/2003:

"Termo de Início de Fiscalização: 2003.06089 ciência: 10/04/2003, referida Portaria dá continuidade à ação fiscal designada pela O.S. 2002.20162, que foi continuada pela Portaria 1317/2002. Por equívoco, na elaboração da Portaria 297/2003, constou que a mesma dava continuidade à ação fiscal designada pela Ordem de Serviço n° 2002.28664. Esse é o número interno utilizado para cadastramento da Portaria 1317/2002 no CAF – Sistema de Controle da Ação Fiscal, já que o mesmo não admite o cadastramento pelo número da Portaria.

Ressalte-se que no Termo de Início de Fiscalização n° 2002.18953 foi impresso o número dessa Ordem de Serviço no lado superior esquerdo, unicamente como forma de acesso ao CAF."

O contribuinte se sentiu insatisfeito com a decisão condenatória de primeiro grau, interpôs recurso voluntário arguindo a nulidade do feito fiscal pelo seguinte motivo:

Processo n° 2663/03

AI n° 1/200306008

Conselheiro Jose Gonçalves Feitosa

Que o pedido de perícia requerida após o julgamento de primeira instancia é totalmente incabível e intempestivo, nos termos do artigo 19, II, que determina a ocasião e a competência para solicitação de perícia.

Acrescenta que a competência para pedido de perícia técnica é exclusiva do julgador de primeira instancia quando na busca da verdade material para subsidiar seu convencimento.

Que a junção de documentos após o julgamento singular, configura desrespeito ao direito de defesa do contribuinte.

Por tal motivo pede a Nulidade do feito fiscal por entender que houve preterição ao direito de defesa e ao contraditório nos termos do artigo 32 da Lei n° 12.732/97.

A consultoria após analisar os argumentos da recorrente bem como os esclarecimentos apresentados pelos agentes autuantes, conclui por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada no recurso voluntário e sugere a Procuradoria Geral do Estado o retorno do processo a 1ª Instancia para novo julgamento com apreciado mérito da acusação fiscal.

É O RELATORIO.

A acusação fiscal em julgamento diz respeito à falta de emissão de documentos fiscais de matérias-primas, produtos em elaboração e produtos acabados, detectado através do levantamento quantitativo de estoque nos períodos de 01/00 a 02/00, 05/00 a 06/00, 08/00 a 03/01, 05/01 a 06/01, 08/01 a 10/01 e 12/01, no montante de R\$ 11.459.183,24 (onze milhões, quatrocentos e cinquenta e nove mil, cento e oitenta e três reais e vinte e quatro centavos).

Por ocasião da sustentação oral, o contribuinte através de seu Advogado legalmente constituído, Dr. Gerson Fonteles, apresentou as seguintes Preliminares de Nulidades:

- a) *Ausência de transcrição de dados no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências* “, por parte dos fiscais autuantes. Descumprimento aos artigos, 821, 822 e 823 do RICMS”.
- b) *“Ato praticado por autoridade incompetente ou impedido, face à rubrica de Supervisor no ato designatório”*. De acordo com a recorrente o Supervisor não poderia expedir Ato designatório, em razão de não ter ocorrido ausência formal do Diretor do Nexat.
- c) *“Ato extemporâneo, extrapolado pelos agentes do Fisco, por ocasião da lavratura do auto de infração e do Termo de Conclusão de Fiscalização”*. Argumenta que o prazo legal contado da data da ciência ao sujeito passivo foi extrapolado em 02 (duas) oportunidades, entre a 1ª e 2ª FASE tendo decorrido 92 (noventa e dois) dias, e entre a 3ª e 4ª FASE, transcorreu 98 (noventa e oito) dias.
- d) A outra nulidade suscitada pela recorrente reporta-se ao que considera repetição de fiscalização sob o argumento de ter sido emitidas Ordens de Serviços e Portarias que alcançavam o mesmo fato e mesmo período de tempo, bem como a competência do Secretario da Fazenda para dar continuidade à ação fiscal;
- e) Alega ainda que o pedido de perícia requerido após o julgamento singular, com anexação de documentos sem o conhecimento da recorrente. Considera tal ato um desrespeito ao direito de defesa e ao contraditório.

Exauridas as discussões em torno das nulidades suscitadas pela recorrente, pela ordem foram colocadas em votação uma após outra, sendo rejeitadas as de letras "a", "b" e "c". As rejeições se deram através de voto de desempate da presidência que fez oralmente em seção estando reduzida a termo na Ata que é parte integrante deste voto.

Relativamente a preliminar de nulidade suscitada na letra "d", somos do entendimento que a mesma deva ser acatada pelos seguintes motivos.

O ato designatório que deu causa a ação fiscal não se tratava de uma repetição e sim de um reinício para dar continuidade à fiscalização.

De acordo com a Legislação Tributaria em seu art. 821, §§ 3º e 5º, do Decreto nº 24.569/97, a competência para determinar **continuidade ou reinício** da ação fiscal é restrita ao Diretor do Núcleo de Execução, conforme entendimento descrito no texto pelo legislador, senão vejamos:

"Art. 821. A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:

§ 3º Esgotados os prazos referidos no parágrafo anterior, sem que o sujeito passivo tenha sido cientificado do Termo de Prorrogação ou Conclusão dos trabalhos, conforme o caso, será obrigatoriamente emitido no ato designatório para reinício da ação fiscal, pela autoridade a que se refere o parágrafo anterior.

§ 5º Considera-se autoridade competente para designar ação fiscal:

1 – o diretor do NEXAT ou, em sua ausência, o supervisor de Célula; "(grifo nosso).

Já a repetição de fiscalização tem seu fundamento no artigo 819, do mesmo Decreto, é ato restrito do Secretario da Fazenda, que o faz através de Portaria. Segundo entendimento do eminente tributarista *Jose Ribeiro Neto*, em seu livro *Regulamento do ICMS Integralmente Comentado*, março/2002, pág. 734, a expressão REPETICAO é aplicado com o sentido para assimilar tudo que se faz de novo ou que se reproduz, inteirar, reproduzir, renovar. Nesse sentido, a expressão REPETICAO DE FISCALIZACAO refere-se a um NOVO ATO DESIGNATORIO, a qual compete exclusivamente ao Secretario da Fazenda ou a um dos Coordenadores da Satri, na hipótese do art. 819 do referido Decreto, o qual passamos a reproduzir para melhor entendimento:

"Art. 819. Mediante ato do Secretario da Fazenda, qualquer ação fiscal poderá ser repetida, em relação a um mesmo fato ou período de tempo, enquanto não atingido pela decadência o direito de lançar o ICMS ou impor penalidade".

Processo n° 2663/03

AI n° 1/200306008

Conselheiro Jose Gonçalves Feitosa

Portanto, como o disposto no art. 819, do RICMS restringe a competência do Secretario da fazenda à **repetição** de fiscalização, a Portaria que deu causa a presente ação fiscal, designa os agentes autuantes a uma nova ação fiscal e não a um reinicio.

Desse modo, duvidas não restam quanto ao impedimento do Secretario da Fazenda para determinar a continuidade da ação fiscal e o dos agentes, posto a autoridade designante ser impedida para a pratica do ato.

Não custa enfatizar que atividade administrativa de lançamento do crédito tributária e plenamente vinculada, devendo o agente do Fisco sujeitar-se, rigorosamente, às disposições legais sob pena da sua inobservância viciar irremediavelmente o ato praticado.

Destarte, há de se declarar a nulidade do feito fiscal por impedimento dos agentes autuantes, nos termos do art. 32 da Lei n.º 12.732/97, in verbis:

"Art. 32 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedidos, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de oficio pela autoridade julgadora".

Isto posto, somos pelo conhecimento do recurso oficial e voluntário, dar-lhes provimento para que se confirme a nulidade do presente feito fiscal, nos termos deste voto.

É O VOTO.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **METALGRAFICA CEARENSE S/A MECESA** e recorrido **Primeira Câmara de Julgamento**.

RESOLVEM os membros da **1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários**, através de voto de desempate da presidência rejeitar as seguintes preliminares de nulidades suscitadas: *“Ausência de transcrição de dados no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências”*: em face de terem sido consignados (04) quatro votos contrários e 04 (quatro) votos favoráveis à nulidade, o Sr. Presidente, Dr. Alfredo Rogério Gomes de Brito, na forma regimental, em VOTO DE DESEMPATE, votou contrário a Nulidade rejeitando-a, proferindo a fundamentação de seu voto com esteio no parágrafo único do art. 196 do Código Tributário Nacional, ao grifar a expressão “sempre que possível” contido naquele dispositivo, considerando mais que restou provado, nos autos, não apenas a entrega dos Termos (de Início e de Conclusão), mas inclusive a cópia de tal registro no livro RUDFTO, cuja prova se fez por juntada, inclusive, do recorrente, em seu ato de impugnação. Disse mais, o Sr. Presidente, que, tendo demonstrado, o Conselheiro Relator, a existência do documento nos autos, acatar a preliminar é votar contra as provas dos autos, porquanto rejeitava tal preliminar de Nulidade. Foram votos vencidos na primeira preliminar suscitada os dos Conselheiros José Gonçalves Feitosa, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, Frederico Hozanan de Castro e Cristiano Marcelo Peres; Segunda das Nulidades apresentada pelos representantes legais da recorrente: *“Ato praticado por autoridade incompetente ou impedida, face à rubrica de Supervisores no ato designatório”*: em face de terem sido consignados (04) votos a favor e (04) votos contrários à nulidade, o Sr. Presidente, Dr. Alfredo Rogério Gomes de Brito, na forma regimental, proferiu, em Sessão, VOTO DE DESEMPATE, pelo qual rejeitou a nulidade suscitada, fundamentando sua decisão no enfoque de a matéria objeto de discussão já se encontra disciplinada na legislação e que, por diversos precedentes por dezenas de julgamentos de quaisquer das Câmaras que integram o Conselho de Recursos Tributários, nas quais se gravou, inclusive, a unanimidade de votos, tendo afastado, assim, por maioria de votos, a preliminar suscitada. Foram votos vencidos na segunda preliminar os dos Conselheiros José Gonçalves Feitosa, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, Frederico Hozanan de Castro e Cristiano Marcelo Peres; Terceira das Nulidades apresentada pelos representantes legais da recorrente: *“Ato extemporâneo, extrapolado pelos agentes do Fisco, por ocasião da lavratura da autuação e do Termo de Conclusão de Fiscalização”*: Em face de terem sido consignados (04) votos contrários e (04) votos favoráveis à nulidade, culminando o empate, o Sr. Presidente, Dr. Alfredo Rogério Gomes de Brito, na forma regimental, proferiu, em Sessão, VOTO DE DESEMPATE, pelo qual rejeitou a nulidade suscitada, sob os mesmos fundamentos observados no julgamento exarado em primeira instância, pelo qual a julgadora monocrática, em seu exame, também afastara tal preliminar, momento em que o Sr. Presidente, requereu ao Conselheiro Relator, Dr. Manoel Marcelo Augusto Marques Neto que fizesse que fizesse a leitura desse fundamento, contido no Julgamento de Primeira Instância, informado, o Conselheiro Relator, que às fls. 2922, a Sra. Julgadora produziu no seu julgamento os seguintes termos: *“Entre a data da ciência do contribuinte no Termo de Início de Fiscalização até a data da ciência do Termo de Conclusão, passaram-se 76 (setenta e seis) dias, portanto, dentro do*

prazo de 90 (noventa) dias estabelecido para os trabalhos de fiscalização". Posicionaram-se favoráveis e foram votos vencidos na terceira preliminar os dos Conselheiros José Gonçalves Feitosa, Fernanda Rocha Alves do Nascimento, Frederico Hozanan de Castro e Cristiano Marcelo Peres; Quarta Preliminar de Nulidade: Em sustentação oral, os representantes legais da recorrente reportaram-se ao que consideraram repetição de fiscalização sob o argumento de terem sido emitidas Ordens de Serviços e Portarias que alcançavam o mesmo fato e mesmo período de tempo, aludindo à decisão que ensejou o Recurso de Ofício, às fls. 2924. a partir desse momento, aludida nulidade foi desmembrada sob o enfoque do entendimento acerca da incompetência do Secretário da Fazenda para determinar a continuidade da ação fiscal; quem poderia fazê-lo, segundo o art 821, § 3º seria o diretor do núcleo/supervisor, tendo em vista o disposto no art. 819, do RICMS, que restringe a competência do Secretário da Fazenda à repetição de fiscalização. Ouvida a manifestação do Procurador do Estado e dos representantes legais da recorrente, submetida a matéria à discussão, pelos conselheiros, o Sr. Presidente, na forma regimental, submeteu referida preliminar de nulidade à votação, tendo sido consignados (07) sete votos favoráveis à nulidade e (01) voto contrário, resultando a seguinte DECISÃO: A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, resolve conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao oficial e dar provimento ao recurso voluntário, para em grau de preliminar argüida em Sustentação Oral do Recurso Voluntário, e por ocasião das discussões, confirmar a decisão de NULIDADE exarada em 1ª instância, tendo sido designado para lavrar a Resolução o Conselheiro Dr. José Gonçalves Feitosa, por ter proferido o primeiro voto contrário ao do Relator, contrariamente, também, ao Parecer da douda Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o do Conselheiro Relator, Dr. Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que votou contrário à nulidade. Face ao resultado que culminou em tal decisão, restou prejudicada a quinta preliminar de nulidade suscitante pelos representantes legais da recorrente, deixando de ser submetida à votação, em razão do acatamento, por maioria de votos, da quarta preliminar de nulidade.

SALA DAS SESSÕES DO CONSELHO PLENO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS,

em Fortaleza, aos 27 de Abril de 2004.

91 
Alfredo Rogerio Gomes de Brito
PRESIDENTE


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO



Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Helena Lucia Bandeira Farias
CONSELHEIRA


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Fernanda R. Alves do Nascimento
CONSELHEIRA


Frederico Hozanan P. de Castro
CONSELHEIRO


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO