

RL

Processo nº 2731/03
AI nº 2003.06005-7
Conselheiro: Jose Gonçalves Feitora



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

RESOLUÇÃO Nº 443/04
SESSÃO Nº 117ª de 13/07/2004
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/002731/03 AI: 1/200306005
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E
METALGRAFICA CEARENSE S/A
RECORRIDO: AMBOS
RELATOR: JOSE GONCALVES FEITOSA

EMENTA: Credito Presumido – Falta de Estorno. Lançar credito indevido de ICMS em decorrência da não realização de estorno exigido pela legislação. 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.

RELATORIO

A acusação fiscal em julgamento diz respeito a utilização de crédito presumido de ICMS em decorrência da não realização de estomo por ocasião da devolução de compras de Aços Planos.

Nas informações complementares ao auto de infração o agente do Fisco informa que o contribuinte devolveu mercadorias emitindo as notas fiscais de devolução de nºs 52237, 52236 e 52240, no mês de maio de 2001 e no mês de julho de 2001, as notas fiscais de nºs 53583, 53582 e 53581, sem efetuar o estomo do crédito fiscal presumido nos termos do artigo 64, inciso VII do RICMS.

Em sua defesa o contribuinte argumenta o seguinte:

- a) Que a ação fiscal encontra eivada de nulidades formais e materiais;
- b) Que a Ordem de Serviço foi assinada pelo Senhor Reginaldo de Melo Carvalho que também emitiu o ato designatório, indicando a si próprio para supervisão da ação fiscal;
- c) Que a Lei é taxativa quanto as autoridades competentes para promoverem a designação da ação fiscal, não menciona supervisor do nexat como autoridade competente para o ato.
- d) Enfatiza que a competência para repetir ação fiscal é prerrogativa do Sr. Secretario da Fazenda, nos termos do art. 819 do RICMS.
- e) Que a ação fiscal é repetição de outra fiscalização;
- f) Que para os últimos dois períodos foram emitidas Portarias do Secretario para regularizar o inicio da ação fiscal.
- g) Considera que os atos designatórios que deram ensejo a ação fiscal não foram emitidos por autoridade competentes, o que nulifica a ação fiscal conforme previsão do art. 53 do Decreto 25.468/99.
- h) Que não houve transcrição dos dados constantes dos termos da ação fiscal no livro de Registro de Termos de Ocorrências;

- i) No mérito, a impugnante afirma que faz jus ao benefício constante no art. 64 do Decreto 24.569/97, uma vez que adquire matéria prima

com classificação 7210, com crédito presumido de 6,5%.

- j) Que possui termo de acordo assinado com a Secretaria da Fazenda.

Após analisar as preliminares de nulidades suscitadas pela impugnante, conclui a julgadora monocrática serem as mesmas insubsistentes para ilidir o presente feito fiscal.

No tocante ao mérito, afirma que efetivamente assiste razão a impugnante, vez que o crédito lançado e não estomado pelo contribuinte não encontrar amparo no artigo 64, inciso VIII do RICMS.

Quanto ao estorno dos créditos, observa que a legislação não prevê a situação pretendida pelos autuantes quanto ao crédito presumido, vez que no texto o legislador não faz constar tal hipótese.

Faz menção ao fato do contribuinte possuir Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ, fazendo jus ao benefício previsto no art. 64 do Regulamento.

O processo é encaminhado a Célula de Planejamento e Consultoria que confirma a decisão singular.

É O RELATORIO.

VOTO DO RELATOR

Da análise das peças constitutivas do presente processo, principalmente à vista do resultado do julgamento dos AI's de nºs 1/200306008 e 1/200306006 por esta Câmara, emerge o entendimento de que a decisão absolutória de 1ª Instância deve ser modificada, face a constatação de falha processual insanável na atividade de lançamento do crédito tributário, senão vejamos:

Inicialmente convêm destacar o argumento de que o auto de infração se originou de um ato nulo, assiste razão a defendente.

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 regulamento, in verbis:

"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:

I – 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 Secretário 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 Secretário 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 Secretário 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".

Portanto, como o disposto no art. 819, do RICMS restringe a competência do Secretário da fazenda à **repetição** de fiscalização, a Portaria

que deu causa a presente ação fiscal, designa os autuantes a uma nova ação fiscal e não a um reinício.

Desse modo, dúvidas não restam quanto ao impedimento do Secretário da Fazenda para determinar a continuidade da ação fiscal e o dos agentes fiscais, posto a autoridade designante ser impedida para a prática 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 ofício 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, os Senhores Presidentes, 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 Senhor 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 da 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 Senhor 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 Senhor Presidente, requereu ao Conselheiro Relator, Dr. Manoel Marcelo Augusto Marques Neto que fizesse a leitura desse fundamento, contido no Julgamento de Primeira Instância, informado, o Conselheiro Relator, que às fls. 2922, a Senhora 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 de 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 à matéria à discussão, pelos conselheiros, o Senhor 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 douta 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. Processo de Recurso nº: 1/2731/2003 A.I. nº: 1/200306005. Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Recorrido: Metalgráfica Cearense S/A- Mecesa. Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto. Decisão: A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, resolve conhecer do recurso oficial, para em grau de preliminar, acatar a NULIDADE suscitada pelo conselheiro José Gonçalves Feitosa, modificando-se, a decisão absolutória (improcedência) proferida pela 1ª instância, contrariamente ao parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencido o Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que votou contrariamente à preliminar de nulidade.

SALA DAS SESSÕES DO CONSELHO PLENO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza, aos 27 de AGOSTO de 2004.


Alfredo Rogério 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


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
PROCURADOR DO ESTADO

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Fernanda R. Alves do Nascimento
CONSELHEIRA


Frederico Hozanan P. de Castro
CONSELHEIRO


Cristiano Marcelo Peres
CONSELHEIRO