



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 467 / 2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 27/08/2012 - 034ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1073/2007

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2006.26889

AUTUANTES: JORGE CARVALHO DOS SANTOS – MAT. 104.293-1-5 E

ELIANE MARIA DE SOUZA MATIAS – MAT. 036.155-1-0.

RECORRENTE: ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE.

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS – REÍNÍCIO DA AÇÃO FISCAL – ORDEM DE SERVIÇO - INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DESIGNANTE - NULIDADE.

Processo Administrativo julgado **NULO**, sem exame de mérito, devido a ato praticado por autoridade incompetente. Consoante o art. 1º, § 2º da Instrução Normativa nº 06/2005, somente os Coordenadores da CATRI (Coordenadoria de Administração Tributária) poderão designar o reinício da ação fiscal. *In casu*, a Supervisora do Núcleo do Setor Químicos não detém competência específica para expedir ato designatório de reinício da Ação Fiscal. Decisão, por maioria de votos, amparada no art. 53, §§ 1º e 2º, inciso II, do Decreto nº 25.468/1999, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

O Agente do Fisco acusa a Recorrente de *"Falta de Recolhimento do Imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares"*. Aduz, o Autuante, que *"Após análise na documentação fiscal do Contribuinte acima epigrafoado durante o exercício de 2005, constatou-se uma falta de recolhimento de ICMS, em virtude da empresa se beneficiar de débitos não abrangidos pelo financiamento do FDI"*.

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 73 e 74 ambos do Decreto nº 24.569/1997. Como penalidade sugere o art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/1996 alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Instruindo a peça inicial encontram-se os seguintes documentos: Informações Complementares, Informação Fiscal, 1ª Ordem de Serviço nº 2006.27981, Termo de Início de Fiscalização nº 2006.23901, 2ª Ordem de Serviço nº 2006.38775, Termo de Início de Fiscalização nº 2006.31889, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2007.00963, AR referente ao envio o Termo de Conclusão e Informação Fiscal, Termo de Abertura do Livro Registro de Apuração do ICMS do ano de 2005, Termo de Encerramento, Demonstrativo Resumo das diferenças de ICMS relativas às operações não beneficiadas pelo FDI – Exercício 2005, Notas Fiscais de Saída, Termo de Acordo CEDIN nº 001/2004, 1º e 2º Aditivos do Acordo da CEDIN nº 001/2004, Procuração, Termo de Declaração, Decreto nº 27.206/2003, AR referente ao envio do auto, informações complementares e planilhas, todos às fls. 03/99.

A Empresa Autuada, apresentou Impugnação, às fls. 101/113, argumentando, em síntese: A improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que a fiscalização não procedeu ao cálculo da diferença de ICMS a recolher, excluindo-se as operações que não se caracterizam como de industrialização própria, com base no saldo devedor apurado, mas sobre cada uma das saídas realizadas pelo contribuinte, em afronta ao disposto na regulamentação do incentivo do FDI e ao Termo de Acordo CEDIN nº 001/2001, celebrado entre a empresa e a SEFAZ/CE; que não fora observada a sistemática da não-cumulatividade. Por fim, solicitou caso não fosse acatada a improcedência, o reenquadramento da penalidade para a inserta no art. 123, alínea "d" do RICMS/CE, vez que todas as operações da empresa encontram-se escrituradas em seus documentos fiscais. Solicitou, ainda, a realização de Perícia.

Julgamento de 1ª Instância, às fls. 882/885, cuja decisão foi de Procedência do feito fiscal, sob o fundamento de que *"O ICMS, objeto do presente auto de infração, corresponde à parte do imposto que foi debitado pelo beneficiado de forma irregular"*. Quanto ao reenquadramento da penalidade,



entendeu o julgador singular, não ser cabível, vez que *“O Contribuinte não apurou o imposto devido de forma correta e considerou como incentivadas todas as saídas realizadas no exercício de 2004, onde, na verdade, deveria ter sido considerado apenas as operações resultantes das saídas – produção própria”*.

Ciente da decisão de 1ª Instância, a Recorrente, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 889/902, repisando basicamente as arguições expendidas em sua peça impugnatória, reiterando, mais uma vez, a realização de Perícia.

Requerimento de solicitação de sustentação oral, fls. 1121.

Despacho do Consultor Tributário, às fls. 1122, encaminhando os autos à Célula de Perícias e Diligências – CEPED, tendo em vista o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como, a busca da verdade material.

Despacho da Célula de Perícias e Diligência, informando da verificação de nulidade, baseada na existência de ação fiscal reiniciada nos termos do art. 1º, § 2º da Instrução Normativa nº 06/2005, fls. 1123.

Parecer da Consultoria Tributária, às fls. 1124/1126, opinando pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, para que seja reformada a decisão singular para a nulidade do auto de infração. Recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o Parecer às fls. 1127.

É o Relatório.



VOTO DA RELATORA

Conforme se verifica, o Auto de Infração, objeto do presente processo, acusa a Empresa Autuada de deixar de recolher ICMS, no exercício de 2005, no montante de R\$ 404.228,73 (quatrocentos e quatro mil, duzentos e vinte e oito reais, e setenta e três centavos).

Preliminarmente, antes de adentrar ao mérito da lide, cumpre analisar-se preliminar de nulidade concernente à competência para expedição do ato designatório de reinício da ação fiscal.

Na espécie, a Legislação Estadual que rege o processo administrativo tributário, comina pena de nulidade aos 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.

Dispõe o artigo 32 da Lei nº 12.732/1997, reproduzido pelo artigo 53 do Decreto nº 25.468/1999, abaixo transcrito:

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:*

I – esteja afastada das funções ou do cargo;

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

III – pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.

No caso *sub examen*, da análise do Sistema de Controle da Ação Fiscal, percebe-se que, em razão da 1ª Ordem de Serviço de nº 2006.27981, fora emitido o Termo de Início de Fiscalização nº 2006.23901, o qual estabeleceu 90 dias para a conclusão da ação fiscal autorizada pelo Orientador de Célula.

Ocorre que, *in casu*, há de observar-se, não houve a conclusão dos trabalhos no prazo estabelecido, sendo emitida uma nova Ordem de



Serviço de nº 2006.38775 (ato que ampara a presente ação fiscal), fls. 10, Termo de Início de Fiscalização nº 2006.31889 e Termo de Conclusão nº 2007.00963, tendo como autoridade designante a Supervisora do Núcleo do Setor Químicos.

Na hipótese dos autos, insta consignar, a Supervisora do Núcleo, a servidora Maria Cleide Freitas Alencar, não detinha competência para assinar "Ordem de Reinício" de ação fiscal.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 06/2005, em seu parágrafo 2º, artigo 1º, reservou a competência à expedição dos atos designatórios de reinício de fiscalização, unicamente aos Coordenadores da CATRI (Coordenadoria de Administração Tributária), ficando conferida aos Orientadores de Célula apenas a incumbência de aprovar as solicitações de reinício feitas pelos agentes fiscais. É o que prescreve o artigo 1º, parágrafo 2º, da aludida Instrução Normativa, *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.

No caso concreto, é de se esclarecer, é absolutamente nula a supramencionada Ordem de Serviço, vez que expedida por autoridade incompetente. Assim sendo, todos os atos posteriores dela decorrentes, são também nulos, como é o caso do presente auto de infração.

Acerca da matéria, a ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ descreve em sua obra que os *elementos do ato administrativo* são: **sujeito, objeto, motivo e finalidade**. **Sujeito** é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência.

Prossegue a doutrinadora:
Aplica-se à competência as seguintes regras:

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.196-197.



1. *Decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;*
2. *É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;*
3. *Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.*

De certo, o sujeito do ato administrativo é um pressuposto objetivo de validade e qualquer vício acarreta a invalidade do ato. Sintetiza o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello²:

“Sujeito é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo. Sob este tópico – atinente ao sujeito – deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto”.

Na presente questão, como se vê, houve ofensa a Instrução Normativa nº 06/2005. Logo, como o Direito Tributário é guiado pelo princípio da legalidade, não poderá prosperar a presente ação fiscal.

Com essas considerações, VOTO, no sentido de declarar a nulidade da ação fiscal, nos termos do art. 53, §§1º e 2º, inciso II, do Decreto nº 25.468/1999, conforme Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o Voto.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 389.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **ENGEPAK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A**, e Recorrido, **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, para por maioria de votos, dar-lhe provimento, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, declarando em grau de preliminar a **NULIDADE** processual, com base no que dispõe a Instrução Normativa nº 06/2005, por tratar-se de norma específica para os casos de reinício de fiscalização, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencido o voto do Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que se manifestou contrário à nulidade então arguida, por entender que o disposto no art. 821, parágrafo 5º, do Decreto nº 24.569/97 confere ao orientador e supervisor da auditoria fiscal competência para designarem ação fiscal. Ausente o Conselheiro José Gonçalves Feitosa. Também ausente, apesar de devidamente comunicado para apresentação de sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Daniel Sousa Santiago da Silva.

SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 27 de novembro de 2012.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

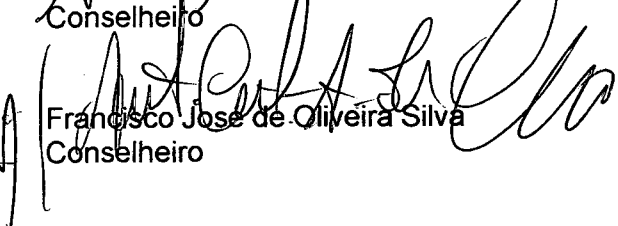

Annelise Magalhães Torres
Conselheira


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Francisco Ivanildo Almeida de França
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira Relatora


Francisco Jose de Oliveira Silva
Conselheiro

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO