



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 223 /2013

11ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 16.01.2013

PROCESSO Nº 1/3078/2007 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200705827

RECORRENTE: ORGANIZAÇÃO MITRE DE PETRÓLEO LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTES: GILBERTO WELITON DUTRA SAMPAIO

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITA. 1 – Infração identificada através de levantamento financeiro/fiscal/contábil. 2 – Empresa em processo de baixa a pedido. 3 – Apontada infringência aos artigos 92, §8º da Lei nº 12.670/96. Imposta a penalidade prevista no Art. 123, III, “b” da mesma Lei, alterado pela Lei nº 13.418/03. 4 – Impossibilidade de se verificar a exatidão dos valores apontados na Informação Fiscal elaborada pelo agente atuante, dada a inexistência, nos autos, dos documentos que lhe serviram de base. Nulidade. 5 – Ação fiscal reiniciada mediante ordem de serviço assinada pelo Supervisor de Auditoria, contrariando o disposto no Art. 1º, §2º, da IN nº 06/2005. Agente fiscal impedido. Nulidade. 6 – Falta de emissão do Termo de Notificação de que trata o Art. 24, III da IN nº 33/93. Afronta ao direito do contribuinte à espontaneidade. Auto de Infração lavrado com vedação legal. Agente fiscal impedido. Nulidade. 7 – Recurso Voluntário conhecido e provido, para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância e, em grau de preliminar declarar a **NULIDADE** do feito fiscal. 8 – Decisão por maioria de votos, em conformidade com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

“OMISSÃO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/ CONTÁBIL, SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. A EMPRESA 06.833.826-0 EM DEZEMBRO DE 2005, APRESENTOU UMA DIFERENÇA CARACTERIZADA COMO OMISSÃO NOS REGISTROS DE SAÍDAS DE COMBUSTÍVEIS NO MONTANTE R\$ 43.760,37 (QUARENTA E TRÊS MIL, SETECENTOS E SESSENTA REAIS E TRINTA E SETE CENTAVOS), CONF. INFORMAÇÃO NO PEDIDO DE BAIXA NO CGF, EM ANEXO.”

O agente fiscal apontou infringência aos artigos 92, §8º da Lei nº 12.670/96, e em razão disso autuou a empresa com base no Art. 123, III, “b” da mesma Lei, alterado pela Lei nº 13.418/03, lançando contra ela o crédito tributário demonstrado a seguir:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	43.760,37
ICMS	0,00
Multa	4.376,03
TOTAL	4.376,03

Intimado do lançamento de ofício, o contribuinte apresentou impugnação em que, basicamente, alega a inconsistência do Auto de Infração e pede o seu “cancelamento”.

Na 1ª Instância, a Julgadora singular, entendendo que o cometimento da infração por parte da autuada restou devidamente caracterizado nos autos, decidiu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

A empresa foi intimada da decisão condenatória de 1ª Instância e, inconformada, interpôs Recurso Voluntário ao Conselho de Recursos Tributários argumentando o seguinte:

1. Que na lavratura do auto de infração não foram consideradas as despesas tributárias arcadas pelo contribuinte, notadamente pelo fato de o levantamento fiscal ter sido elaborado de maneira equivocada;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

2. Que o agente fiscal não atentou ao fato de que, sendo a empresa um posto de combustíveis, há necessariamente um reservatório para armazenamento deste combustível, de tal forma que deve levar em consideração a evaporação do produto, não podendo, portanto, ser configurada esta perda como omissão de saída;
3. Ao final requer a realização de perícia para comprovar que o relatório elaborado pelo agente fiscal é inapto para fins de identificar a ilicitude apontada, uma vez que os dados que compõem o dito relatório não correspondem à realidade das operações praticadas pela recorrente, segundo seus livros e documentos fiscais.

A Consultoria Tributária, mediante Parecer referendado pelo douto Procurador do Estado, entendeu ser necessário reconhecer "incontinenti", e sem apreciação do mérito, a nulidade de todo o processo. E fundamenta seu parecer no fato de que o único documento acostado pelo autuante, e no qual ele se apoiou para imputar ao contribuinte a prática de omissão de vendas, foi a Informação Fiscal no Pedido de Baixa (folha 07). Logo, a seu ver, o trabalho fiscal foi mal instruído, fundamentado que está somente nessas informações. E diante de tais considerações opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para que a decisão singular seja reformada, declarando-se a NULIDADE do lançamento.

É o relatório. AFL.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **ORGANIZAÇÃO MITRE DE PETRÓLEO LTDA** contra decisão condenatória proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como visto, o processo versa sobre auto de infração em que o contribuinte é acusado de praticar omissão de vendas de mercadorias no período de dezembro de 2005, conforme apurado através de levantamento financeiro/fiscal/contábil.

Na 1ª Instância a acusação fiscal foi julgada PROCEDENTE.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

A Consultora Tributária, por seu turno, entendeu que a infração apontada na inicial carece de maior suporte probatório, visto que se apóia tão somente em Informação Fiscal de lavra do próprio agente autuante. Destarte opinou no sentido de que se declare, sem apreciação do mérito, a nulidade de todo o feito.

Examinando o processo se constata que, de fato, a acusação contida no Auto de Infração se baseia unicamente na Informação Fiscal no Pedido de Baixa à fl. 07, que como já dito, foi elaborada pelo próprio Agente do Fisco. Não há nos autos nenhum outro documento fiscal ou contábil que corrobore a imputação.

A ilustre Consultora ressaltou que a Conta Financeira consiste numa técnica contábil que retrata o fluxo de caixa de uma empresa em determinado período, demonstrando as entradas e saídas de numerários que foram realizados. Assim, é de grande relevância a demonstração dos registros referentes às origens dos recursos, ou seja, ingressos de numerários tais como: produtos de vendas, empréstimos, juros recebidos, aumento de capital e, ainda, os desembolsos efetuados no período, além dos saldos (Caixa, Banco e Aplicações Financeiras), recebimentos de vendas a prazos, etc.

A ausência desses elementos impede que se possa verificar a exatidão dos valores apontados na aludida Informação Fiscal e, desse modo, aferir se a acusação em tela, de fato, procede ou não, e acaba por prejudicar tanto o exercício do direito de defesa pelo contribuinte, como também o obrigatório controle de legalidade do lançamento por parte do Órgão de Julgamento Administrativo.

Eis por que a legislação tributária exige que o Auto de Infração se faça acompanhar de todo o conjunto probatório em que a acusação se fundamenta. Veja-se, a propósito, o disposto no Art. 828 do Decreto nº 24.569/97, *verbis*:

Art. 828. Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos, que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao auto de infração, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.

No mesmo sentido o Art. 33, XI, do Dec.25.468/99:

Art. 33. O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados,



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

...

XI – descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo do auto de infração, ou ainda, fotocópia de documentos comprobatórios da infração;

Do exposto se conclui que não foi observada na espécie regra fundamental da atividade de lançamento. Desse modo, a acusação em tela não tem como prosperar, porquanto desprovida de prova robusta, segura e estreme de dúvidas quanto a real ocorrência da infração apontada.

Esse, porém, não é único vício existente no processo. Como se pode observar às fls. 04 e 06 dos autos, a ação fiscal foi iniciada com base na Ordem de Serviço nº 2007.00692, e reiniciada pela Ordem de Serviço nº 2007.07936, ambas assinadas pelo Supervisor do Núcleo Setorial de Auditoria. Esse fato contraria regra contida no Art. 1º, §2º, da Instrução Normativa nº 06/2005, segundo a qual a designação de servidores para o reinício de ações fiscais é atribuição exclusiva de um dos Chefes da Coordenadoria de Administração Tributária – CATRI, senão vejamos:

“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.” (Destaquei).*



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

A norma é clara quanto à exigência de que, em caso de reinício de ação fiscal, o ato designatório pertinente seja expedido por um dos Coordenadores da CATRI. Segue-se que a Ordem de Serviço nº 2007.07936 (fl. 06) não observou a legislação supra, subscrita que foi pelo Supervisor do Núcleo Setorial de Auditoria. Assim, é forçoso reconhecer que a aludida Ordem de Serviço é nula de pleno direito, porquanto expedida por autoridade sem competência legal para tanto. Conseqüentemente, o agente fiscal designado não poderia ter realizado os atos de fiscalização e de lançamento que realizou, uma vez que se encontrava legalmente impedido, ante a falta de autorização válida, disso resultando a completa nulidade dos referidos atos.

Esse encadeamento lógico flui naturalmente do disposto no Art. 53, *caput* e §§ 1º e 2º do Decreto nº 25.468/99, *verbis*:

*“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;

Esse é, pois, mais um motivo pelo qual entendo que o Auto de Infração em apreço não deve prosperar. Mas, ainda não é tudo. Examinando os autos notei, ainda, um terceiro vício que, segundo entendo, também eiva de nulidade o lançamento fiscal em questão.

Como se pode observar, a ação fiscal em tela foi realizada como parte de um processo de baixa cadastral a pedido. Vale lembrar que o processo de baixa a pedido se instala por requerimento da empresa, quando esta, pretendendo encerrar suas atividades econômicas e “baixar” sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, entrega livros e documentos fiscais e contábeis ao Órgão do Fisco para que este proceda a uma verificação final nos seus registros relativamente ao



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias. Uma vez realizada a fiscalização e, em sendo constatada a existência de alguma irregularidade, a empresa é formalmente notificada para saná-la espontaneamente no prazo de 10 (dez) dias. Somente depois de transcorrido este prazo, e não tendo sido cumprida a notificação, é que a empresa poderá ser autuada. O aludido procedimento se acha disciplinado no Art. 24 da Instrução Normativa nº 33/1993, *verbis*:

Art. 24. Na hipótese de baixa a pedido, o contribuinte fará requerimento nos termos do Anexo VI, formalizando-o conforme o disposto no item 5, §1º, do art. 19, e o apresentará ao chefe do órgão local, que adotará as seguintes providências:

II - designará servidor para proceder ao exame dos livros e documentos fiscais e contábeis com vistas a apurar a regularidade da situação fiscal do contribuinte, relativamente ao cumprimento das obrigações principal e acessórias, o qual preencherá a Informação Fiscal no Pedido de Baixa... (omissis);

*III - verificada alguma irregularidade, **notificará o contribuinte para saná-la no prazo de 10 (dez) dias**, respeitado o caráter de espontaneidade previsto na legislação;*

*IV - **findo esse prazo sem que o contribuinte regularize sua situação, será lavrado o auto de infração;***

É dizer também que as disposições acima estão em harmonia com o Art. 880 do Decreto nº 24.569/97, que regulamenta o Art. 125 da Lei nº 12.670/96, senão vejamos:

*Art. 880. **Não será aplicada penalidade ao contribuinte ou responsável que procurar a repartição fiscal do Estado, antes de qualquer procedimento do Fisco, para sanar irregularidades verificadas no cumprimento das obrigações tributárias relacionadas com o ICMS, desde que o saneamento ocorra no prazo de 10 (dez) dias, contado a partir da comunicação da irregularidade ao Fisco.***



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Parágrafo único. O prazo da espontaneidade referido neste artigo aplica-se, inclusive, no caso de irregularidade constatada por ocasião da análise de pedido de alteração cadastral apresentado pelo contribuinte ou responsável, perante a repartição fazendária estadual competente.

Todavia, pelo que se extrai dos autos, o agente do Fisco não observou o disposto acima, porquanto lavrou o auto de infração sem antes franquear ao contribuinte oportunidade para sanar espontaneamente a irregularidade apontada na Informação Fiscal no Pedido de Baixa (fl. 07). Observe-se que após concluir a aludida Informação Fiscal o auditor não expediu o obrigatório Termo de Notificação, previsto no Art. 24, III da Instrução Normativa nº 33/1993 supra transcrito, passando diretamente à lavratura do Auto de Infração.

Observa-se que na fl. 05 dos autos se encontra encartado o Termo de Notificação nº 2007.00854. Entretanto, numa análise mais atenta se vê que, na realidade, o citado Termo é de Notificação apenas na forma, mas não em seu conteúdo. Na verdade, o documento foi utilizado erroneamente pelo Agente do Fisco, em lugar do Termo de Intimação, para fins de intimar o contribuinte a entregar a documentação contábil ali indicada, e dar início à ação fiscal. Note-se, a propósito, que o aludido documento foi expedido na mesma data – 16/01/2007 – em que o auditor atestou ter recebido a Ordem de Serviço nº 2007.00692 (fl. 04). Portanto, antes de iniciado a ação fiscal. Logo, não é esse o Termo de Notificação de que trata o Art. 24, III da Instrução Normativa nº 33/1993, o qual deveria ter sido emitido após a conclusão do procedimento fiscalizatório, notificando a empresa para se regularizar espontaneamente, isto é, sem a imposição de penalidade.

A omissão da autoridade fiscal em observar o direito do contribuinte à espontaneidade implicou na irremediável nulidade do ato de lançamento, uma vez que, ao lavrar o Auto de Infração em tais circunstâncias o autuante contrariou expressa vedação contida no Art. 125 da Lei nº 12.670/96 (Art. 880 do Decreto nº 24.569/97). Esse o entendimento que emerge do Art. 53, §2º, inc. III do Decreto nº 25.468/99, *vebis*:

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais,



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

...

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

...

III – **pratique ato** extemporâneo ou **com vedação legal**.

Por todas as razões já expostas entendo que é imperioso admitir-se a existência de questões prejudiciais à análise de mérito, para reconhecer a nulidade absoluta da acusação lançada na exordial.

Ex positis, voto no sentido de conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e, em grau de preliminar, declarar a **NULIDADE** do feito fiscal.

É como VOTO.

03 – DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **ORGANIZAÇÃO MITRE DE PETRÓLEO LTDA** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. **Decisão:** “A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário para, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e declarar em grau de preliminar a nulidade do feito, nos termos do primeiro voto discordante e vencedor, proferido pelo Conselheiro Abílio Francisco de Lima, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos favoráveis a preliminar de nulidade os Conselheiros Abílio Francisco de Lima, Samuel Aragão Silva, Agatha Louise Borges Macedo, Filipe Pinho da Costa Leitão e Cícero Roger Macedo Gonçalves. **Votaram contra a**



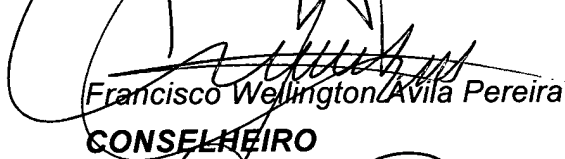
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

preliminar de nulidade os Conselheiros Rafael Gonçalves Zidan (relator originário), Francisco Wellington Ávila Pereira e Lúcia de Fátima Calou de Araújo. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, o representante legal da recorrente Dr. José Erinaldo Dantas.”.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de abril de 2013.


Valter Barbalho Lima
PRESIDENTE

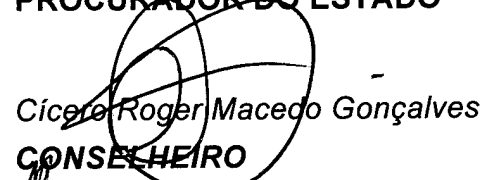

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO

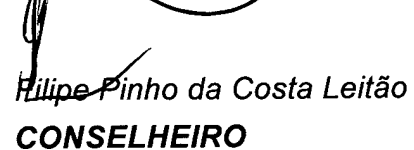

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA


Rafael Gonçalves Zidan
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO

Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO