

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 363/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

138ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 21 DE AGOSTO DE 2012

PROCESSO Nº 1/1379/2009

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2009.01479-7

RECORRENTE: : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA

CONSELHEIRO RELATOR: RAFAEL GONÇALVES ZIDAN.

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS PROVENIENTE DE AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO OU AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. EMPRESA SUJEITA AO REGIME DE RECOLHIMENTO NORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. ORDEM DE SERVIÇO. A empresa deixou de recolher o ICMS diferencial de alíquota de diversos produtos adquiridos para uso ou comodato na sua atividade de prestação de serviço de acesso à internet (base de cálculo R\$ 1.227.679,00). Auto de Infração declarado NULO, com fundamentos no art. 132 da Lei nº 12.670/96, § 5º, inciso I do art. 821 do Dec. nº 24.569/97 - RICMS, § 1º do art. 53 do Dec. nº 25.468/99 e, principalmente, no § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 6/2005, visto que a autuação decorreu de ação fiscal reiniciada, cujo ato designatório foi assinado por autoridade incompetente (supervisor de núcleo), posto que laborava sob o Regime de Recolhimento Normal, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Recurso oficial conhecido e não provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO:

Traz o relato do Auto de Infração ora julgado, a acusação segundo a qual a autuada deixou de recolher o ICMS diferencial de alíquota de diversos produtos adquiridos para uso ou comodato na sua atividade de prestação de serviço de acesso à internet.

Ação fiscal iniciada por determinação da Ordem de Serviço (OS) nº 2007.30138 e reiniciada pela OS nº 2008.39702.

Foram solicitados documentos da empresa referentes ao período de 09/10/2003 a 01/11/2007. A empresa autuada adquire equipamentos de outras unidades da federação destinados ao uso ou alugados a seus clientes. Tais operações sujeitam-se, portanto, ao pagamento do ICMS Diferencial de Alíquotas (diferença entre alíquota interna e interestadual).

Durante a fiscalização foi constatada a falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas no montante de R\$ 61.383,95 pela entrada interestadual de equipamentos, cuja base de cálculo foi calculada no valor de R\$ 1.227.679,00.

A autoridade administrativa capitulou os fatos ensejadores da autuação nos artigos 3º, inciso XV, e 58º do Decreto 24.569/97, cominando a penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/2003.

No julgamento monocrático, em 1ª instância, foi considerado NULO o auto de infração, pela inobservância do §2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 06/2005 e do art. 53 do Decreto 25.468/99. Recorrendo de ofício ao Conselho de Recursos Tributários.

A Consultoria Tributária, por sua vez, acatou a fundamentação do julgamento de primeira instância e se manifestou pelo conhecimento do recuso de ofício, negando-lhe provimento, para que se mantenha a decisão singular.

O representante da douta Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer nº 307/2012, com base nos fundamentos fáticos e legais adotou o Parecer da Consultoria Tributária, em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR:

Trata-se de feito fiscal cuja decisão de primeira instância foi a declaração da nulidade processual, segundo o entendimento que a hipótese fática se subsume aos contornos do disposto no artigo 53 do Decreto nº 25.468/99 e do § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 6/2005.

A Consultoria Tributária acolheu tais argumentos e se pronunciou pela manutenção da nulidade processual prolatada em primeira instância, por inobservância do aludido dispositivo normativo, entendimento com o qual anuiu a o representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Com efeito, o ato sob comento, diz respeito ao instrumento designatório dos agente fiscais, fonte primordial de todo procedimento de fiscalização.

Ora, o "ato designatório" é o instrumento que habilita o agente do Fisco à prática do ato administrativo inerente a ação ou procedimento fiscal, nos termos preconizado no parágrafo único do artigo 80 da Lei nº 12.670/96, cujo § 2º refere-se à necessidade de emissão de novo ato designatório para a continuidade da ação fiscal.

De igual sorte, o regulamento da Lei sobredita, aprovado pelo Decreto nº 24.569/97 – RICMS, disciplina a espécie no *caput* dos artigos 820 e 821, de modo genérico.

O ato designatório de que se fala é "Ordem de Serviço", documento genericamente designado por esse termo, comumente utilizado no âmbito fiscal, expressão grafada inclusive nos formulários do Sistema Controle da Ação Fiscal (CAF), instrumento que, por natureza, deve obediência aos parâmetros estipulados pelas normas pertinentes, como todo ato administrativo.

O cerne da questão, no presente caso, é que foram emitidas duas ordens de serviço para a mesma ação fiscal.

A ocorrência do evento supra, remete à verificação da competência da autoridade designante, prevista na legislação tributária de regência da espécie.

Nesse passo, impõe ressaltar que são elementos do ato administrativo, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim, cabendo distinguir elementos de requisitos, visto que os primeiros são indispensáveis à validade e a existência dos atos e os segundos são caracteres acrescidos que lhes são necessários a lhes darem suporte à produção de efeitos, que devem conter: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei, fatos que

resultam no exame da competência como atributo para a validade do ato, como ensejador, se for o caso, de decisão declaratória de nulidade, quando restar configurado que a autoridade designante não é aquela a quem a norma atribuiu a competência para fazê-lo.

No âmbito doutrinário a competência é: o “conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”. Na teoria dos atos administrativos, notadamente aos seus elementos e especialmente ao sujeito, este deve estar dotado de capacidade, além da titularidade do exercício do direito e obrigações, para exercê-lo por si ou por outrem. Entretanto, ao sujeito não é bastante a capacidade, posto que competência é atributo essencial para a prática do ato.

Quem tem o poder de organizar, têm também o de estabelecer competências às autoridades que podem designar ações fiscais, por meio dos atos respectivos como se verifica no âmbito da legislação cearense, cuja eleição das autoridades competentes para designar, estão assentes desde a Lei nº 12.670/96, que dispõe acerca do ICMS em nível estadual, do Decreto nº 24.569/97 que a regulamentou, bem como a Instrução Normativa nº 6/2005.

Esta última, reporta-se, especialmente, sobre as autoridades competentes para designar o reinício de fiscalização, instrumento normativo administrativo, respaldado nas disposições do artigo 904 do RICMS, nos seguintes termos:

Art. 904. O Secretário da Fazenda, mediante ato expresso poderá:
I – expedir instruções que se fizerem necessárias à fiel execução deste Decreto.

A Instrução Normativa em alusão, não contraria a Lei nem o Decreto, visto que apenas dispôs de modo específico que, em caso determinado - reinício da ação fiscal -, a competência para a designação, é, dentre outros, de um dos Coordenadores da CATRI, nos termos do art. 1º, § 2º, como se decalca:

Art. 1º (...)

II - quando o estabelecimento estiver enquadrado no regime normal com atividade de:

§ 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 da autoridade designada, aprovada pelo Orientador da Célula de Execução, por designação de um dos Coordenadores da CATRI, podendo, nesse caso, a autoridade designante incluir outro agente ou substituir o originariamente designado.

Anote-se que o inciso II do supratranscrito reporta-se aos contribuintes enquadrados no regime de recolhimento normal, que é o caso da autuada.

Nessa órbita, é irrelevante conhecer ou discutir as razões gerenciais ou de controle que levaram o Secretário da Fazenda a estabelecer que, em caso de reinício, somente os Coordenadores da CATRI detêm a competência para expedir o ato de designação, contudo, o fato imponível é a determinação normativa expressa que define as pessoas competentes para a prática do ato administrativo de designar.

Enfatize-se que há precedentes no âmbito deste contencioso, dentre os quais reproduzimos a ementa a seguir, a título de ilustração.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
111ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 26/07/2010
PROCESSO Nº: 1/4656/2007 AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200709227
AUTUANTE: JOÃO PEREIRA DA SILVA
RECORRENTE: JODIESEL CAMINHÕES LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: JOSÉ SIDNEY VALENTE LIMA

EMENTA: ICMS- OMISSÃO DE VENDAS. Infração constatada através do SAME - Sistema de Auditoria de Movimentação de Estoque. Reinício da ação fiscal determinado por autoridade incompetente, no caso, o supervisor de Núcleo. Consoante art. 1º, § 2º da Instrução Normativa nº 06/2005, somente os coordenadores da CATRI poderão designar o reinício da ação fiscal. Auto de infração julgado NULO, nos termos do art. 32 da Lei nº 12.732/97. Reformada, por unanimidade de votos, a decisão condenatória de primeira instância. Recurso Voluntário conhecido e provido."

No presente caso foi expedida uma segunda ordem de serviço, com a assinatura do Supervisor, prática que contraria expressamente o desiderato que emerge das normas de regência, especialmente a Instrução Normativa prefalada, haja vista que nessa hipótese deveria constar a assinatura do Coordenador da CATRI, haja vista que a recorrente operava, ao tempo da autuação, sob o pálio do regime ordinário de recolhimento, comumente chamado de normal.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do recurso de ofício, negando-lhe provimento mantendo a decisão condenatória proferida na 1ª Instância, para, em grau de preliminar, declarar a nulidade processual, por inobservância de norma expressa, a teor do § 2º do artigo 1º da Instrução Normativa nº 6/2005, nos termos do voto do relator e fundamentos assentados nessa Resolução, de acordo com o parecer da Consultoria Tributária e conforme parecer do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO:

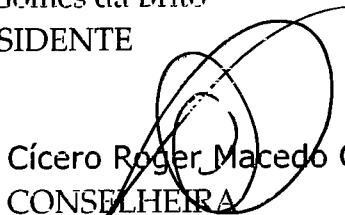
Vistos, discutidos e examinados os presente autos, em que é **RECORRENTE** CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, e por maioria de votos, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de *nulidade* do feito fiscal por impedimento do agente autuante, haja vista que a Ordem de Serviço que ampara o auto de infração, por se tratar de continuidade de ação fiscal, deveria estar assinada por um dos Coordenadores da CATRI, conforme o art. 1º, parágrafo 2º da Instrução Normativa nº 06/2005, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o da Conselheira Mônica Maria Castelo

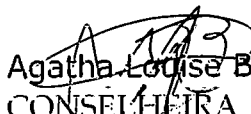
SALA DAS REUNIÕES DA 2.ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de setembro de 2012.


Alireto Rogério Gomes da Brito
PRESIDENTE


Rafael Gonçalves Zidan
CONSELHEIRO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRA

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Maria Lucineide Serpa Gomes
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRA


Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


CONSELHEIRO


Dr. Ubiratan Férreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO