



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 206/2019

73ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 21.10.2019

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/731/2017

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201625674

RECORRENTE: BRALOG TRANSPORTE DE CARGAS LTDA.

CGF: 06.188.014-0

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. Ação Fiscal Restrita com motivo de aproveitamento indevido de crédito. Incompetência da Autoridade autuante por esse procedimento não constar no rol das competências previstas no art. 2º do Decreto nº 29.978/2009. Nulidade do feito fiscal. Decisão por unanimidade de votos, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas conforme manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

ICMS. Crédito Indevido. Incompetência Autoridade Fiscal Autuante. Nulidade.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Lançamento sobre crédito indevido de ICMS, de janeiro a agosto de 2015.

A Autoridade Fiscal autuante aponta como infringido os arts. 49, 52 e 53 do Decreto nº 24.569/97 - RICMS e sugere como penalidade a prevista no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Informa ainda que:

- O contribuinte foi intimado (fls. 06) a apresentar as notas fiscais de aquisição de combustíveis em outros Estados da Federação, lançadas no Código Fiscal de Operações e prestações - CFOP 2.653 (compra de combustível ou lubrificante por consumidor ou usuário final), o qual abarca todas as compras de combustíveis ou lubrificantes a serem consumidos em processo de industrialização de outros produtos, na prestação de serviços ou por usuário final.

- Ocorre que as operações interestaduais com combustíveis gozam de imunidade por força do art. 155, II e § 2º, X, alínea "b" da Constituição Federal. Desta forma, o

contribuinte criou artificialmente estes valores, os quais, obviamente, não estão destacados nas respectivas notas fiscais, cujas cópias repousam nos autos (fls. 41/312)

- Após a análise detalhada das operações do contribuinte, o qual exerce a atividade transporte rodoviário de cargas (CNAE 4930202), constatou-se que o contribuinte creditou-se indevidamente e utilizou em sua conta gráfica do ICMS, no exercício de 2015, de pretensos créditos de ICMS no valor total de R \$42.636,31 (quarenta e dois mil, seiscentos e trinta e seis reais e trinta e um centavos) relativos às operações interestaduais de aquisição de combustíveis (operações por CFOP declaradas na EFD do Contribuinte – fls. 09/21; planilha mensal - fls. 40).

Instrui o presente processo, dentre outros, com cópias do Mandado de Ação Fiscal (fls. 05).

Demonstrativo do Crédito Tributário:

Crédito Indevido	R\$ 42.636,31
Multa	R\$ 42.636,31
Total	R\$ 85.272,62

Tempestivamente a Autuada apresentou defesa, a qual repousa às fls. 316 a 326 dos autos, alegando:

- O autuante sequer lavrou os Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização, ou se o fez, não disponibilizou a Contribuinte. Estes atos são imprescindíveis para sua validade e devem fazer referência ao início da ação fiscal com a assinatura do auditor e supervisor da célula - e aos dispositivos eventualmente infringidos pela Impugnante, conforme dispõe os artigos 88 da Lei nº 12.670/1996, além do 821 e 822, § 1º e incisos do Decreto nº 24.569/1997, o que resulta em vício de forma, cabendo, portanto, a nulidade absoluta do auto ora combatido.

- Sem juntar os referidos termos nem mesmo especificar aos artigos infringidos pela Impugnante, o ato do auditor fiscal está totalmente eivado de vício, vez que não deixa claro o que de fato ocorrera na relação tributária entre a fazenda e a empresa autuada, além de cercear o direito de defesa da contribuinte, pois não disponibilizou os documentos probatórios e necessários a comprovação e deslinde das supostas infrações.

Pede a nulidade total e absoluta do feito fiscal.

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, às fls. 338 a 341, afirma que:

1) Nulidade

- O RICMS, em seu artigo 825, XI, possui casos de dispensa da lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização, dentre eles o presente caso, conforme se verifica no Mandado de Ação Fiscal acostado às fls. 05 dos autos. Nele há a indicação da Ação Fiscal com o motivo de fiscalização de antecipação de registro ou aproveitamento indevido de crédito fiscal.

- Além disso, observa-se a presença da descrição da infração tributária no Relato da Infração, bem como Informações Complementares às fls. 04 dos autos que possibilitam à empresa contribuinte a ciência da acusação e permitem a elaboração da sua defesa.

- As empresas autuadas em suas impugnações não se defendem de dispositivos legais, mas dos fatos apontados no Auto de Infração que serviram de fundamento para sua lavratura.

2) Mérito



- A matéria em questão encontra-se claramente disciplinada no art. 155, § 2º, X, "b", da Constituição Federal:
- Por outro lado, as empresas transportadoras de cargas, prestadoras de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, poderão apropriar-se de créditos fiscais (devidamente destacados nos documentos fiscais) relativos a compras internas de combustíveis e pneus para emprego na prestação de serviço de transporte.
- Desta forma, podemos apreender que as operações interestaduais não conferem à empresa impugnante o direito ao creditamento de ICMS, representando assim, situação irregular passível de lavratura de Auto de Infração.

Ao final, julga procedente o feito fiscal.

Inconformada com a Decisão de Singular, a Recorrente interpõe tempestivamente Recurso Ordinário (fls. 346/358), onde:

- Inicialmente, aduz as mesmas razões apresentadas na Impugnação.
- Em sequência, infere que no artigo 2º do Decreto nº 29.978/2009 se prevê que o Auditor Fiscal adjunto da Receita Estadual somente poderá exercer as atividades descritas em seu § 1º, diferentemente das oriundas do Auditor Fiscal da Receita Estadual:
- O agente fiscal que autuou a contribuinte é lotado na Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará com o cargo de auditor fiscal adjunto da receita estadual, o qual não possui competência absoluta para tal ato, sendo, portanto, o absolutamente nulo.

Pede a nulidade do feito fiscal.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o Parecer de nº 196/2019 (fls. 360/361), onde informa que:

- Conforme o Mandado de Ação Fiscal nº 201617053, de 10/11/16, o procedimento a ser levado a efeito se efetiva em auditoria fiscal restrita à fiscalização de antecipação de registro ou aproveitamento indevido de crédito fiscal, e por força do art. 815, XI, do Decreto nº 24.569/97 c/c art. 1º, II e § 3º da Instrução Normativa nº 49/11, em situações que tais se torna prescindível a emissão de termos de Início e de conclusão, daí que não há falar em inobservação da legislação.
- De mais a mais, também não subsiste a argumentação de nulidade de ausência de disponibilização dos documentos probatórios e necessários à comprovação da autuação, pois é de indelével compreensão dos autos deste feito fiscal que a autoridade fiscal de forma precisa teceu a narrativa da infração nos termos das informações complementares e no teor do auto
- No mérito, vê-se que a conduta da recorrente violou o disposto nos arts. 49, 52 e 53 da nº Lei 12.670/93.

Opina por conhecer do Recurso Ordinário para negar-lhe e confirmar a decisão singular de procedência do feito fiscal.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário onde é Recorrente BRALOG TRANSPORTE DE CARGAS LTDA. (CGF: 06.188.014-0) e Recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, por meio do qual a Recorrente insurge-se contra decisão de procedência do feito fiscal proferida no Julgamento Singular.

A acusação versa sobre crédito indevido de ICMS, de janeiro a agosto de 2015, no valor total de R\$ 42.636,31.

A Recorrente alega que o presente feito fiscal é nulo, em virtude de a Autoridade Fiscal atuante não possuir competência legal para lavrar Auto de Infração pelo motivo de crédito indevido. Assiste-lhe razão.

Até o advento do Decreto nº 29.978/2009, ações fiscais com o mesmo motivo da ora sob análise eram realizadas por Auditor Fiscal Adjunto da Receita Estadual com fulcro no art. 813, parágrafo único, IV, b, do Decreto nº 24.569/97 – Regulamento do ICMS.

Art. 813. Sem prejuízo da competência originária prevista no artigo anterior, poderão exercer atribuições específicas de fiscalização os ocupantes do cargo de Auditor Adjunto do Tesouro Estadual, Técnico do Tesouro Estadual e dos cargos de provimento em comissão integrantes do Grupo TAF - Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

Parágrafo único. Consideram-se atribuições específicas de fiscalização, aquelas atinentes a:

[...]

IV - lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, inclusive:

[...]

b) antecipação de registro ou aproveitamento indevido de crédito fiscal;

Contudo esse dispositivo foi revogado pelo art. 7º do Decreto nº 29.978/2009, o qual regulamenta a competência dos servidores do Grupo Ocupacional Tributação, Arrecadação e Fiscalização – TAF da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário, especificamente as previstas nos Arts. 812 e 813 do Decreto 24.569, de 31 de julho de 1997.

O art. 2º do Decreto nº 29.978/2009 passou a regulamentar a competência dos servidores Auditores Fiscais Adjuntos da Receita Estadual para realizar ação fiscal nos seguintes moldes:

Art. 2º As ações fiscais restritas poderão ser exercidas pelo Auditor Fiscal Adjunto da Receita Estadual.

§ 1º Consideram-se ações fiscais restritas os procedimentos decorrentes de:

I - lançamento do crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadoria em trânsito, inclusive a de que trata o Parágrafo Único do Art. 5º deste Decreto, quando encontrada sem documento fiscal, com documento fiscal inidôneo nos termos do art. 131 do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997, ou emitido para destinatário com situação cadastral irregular ou não identificado, e ainda quando comprovada a prática de subfaturamento;



II - lançamento do crédito tributário referente ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, em operações e prestações sujeitas a substituição tributária, antecipação tributária, diferencial de alíquota, assim como referente à comprovação de benefícios fiscais, inclusive em operações e prestações destinadas a zonas de livre comércio e operações com o comércio exterior e, também, realizado com base em relatórios emitidos pela Secretaria da Fazenda Estadual ou órgão fazendário de outro ente federado, desde que não configure auditoria contábil e financeira e não caracterize ação fiscal de natureza plena;

III - lançamento do crédito tributário quando apurado o descumprimento de obrigação acessória decorrente da legislação tributária, que tenha por objeto as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos;

IV - lançamento do crédito tributário decorrente da fiscalização em empresas, sociedades empresárias, sociedade simples ou empresário, que tenham definição em legislação específica de tratamento diferenciado, favorecido ou simplificado, que por sua natureza a apresentam registros fiscais e financeiros de baixa complexidade, caracterizados pela exigência da escrituração do Livro de Registro de Entrada, Livro de Registro de Inventário e Livro Caixa, quando for o caso, bem como a dispensa dos demais livros fiscais e contábeis, obedecidos os períodos e os procedimentos fiscais constantes em ato designatório;

V - lançamento do crédito tributário referente ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer Bens ou Direitos - ITCD e Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA;

VI - lançamento do crédito tributário resultante do uso irregular de equipamento de uso fiscal de que trata a legislação pertinente, sem prejuízo da cobrança do imposto dele decorrente.

§ 2º Os procedimentos a que se referem os incisos II, III, IV, V e VI do §1º deste artigo devem ser precedidos de ato designatório por autoridade competente, iniciando-se, conforme o caso, com a emissão de Termo de Início, de Termo de Intimação ou Termo de Notificação;

§ 3º O disposto no inciso IV do §1º deste artigo não se aplica nas seguintes situações, cujos procedimentos respectivos integram as ações fiscais plenas:

I - fiscalização em empresas que possuam mais de 2 (dois) estabelecimentos ativos, inscritos no Cadastro Geral da Fazenda (CGF) do Estado;

II - lançamento de crédito tributário por arbitramento decorrente do extravio de documentos fiscais;

III - lançamento de crédito tributário decorrente de adulteração ou fraude em livros ou documentos fiscais, com o intuito de iludir o Fisco, furtando-se ao pagamento de imposto;

Como se pode observar, Ação Fiscal Restrita com o motivo Fiscalização de Antecipação de Registro ou Aproveitamento indevido de Crédito não consta no rol exaustivo do § 1º do art. 2º do Decreto nº 29.978/2009.

Nesse passo, o art. 1º, § 1º, II, da Instrução Normativa nº 49/2011 não deixa dúvidas de que o rol do § 1º do art. 2º do Decreto nº 29.978/2009 é exaustivo:

Art. 1º As ações fiscais desenvolvidas com a finalidade de apurar e constituir o crédito tributário serão gerenciadas pela Coordenadoria da Administração Tributária (CATRI), por meio de registros no sistema corporativo da Secretaria da Fazenda do Ceará (SEFAZ),



denominado Controle de Ação Fiscal (CAF) ou outro que venha a substituí-lo.

§ 1º Entende-se por ações fiscais, para os efeitos desta Instrução Normativa, o conjunto de procedimentos técnicos específicos, de natureza fiscal, contábil ou financeira praticados pelo agente do Fisco, que tem por finalidade examinar e avaliar o cumprimento de obrigações tributárias, de natureza principal ou acessória, resultando, quando for o caso, na constituição do crédito tributário decorrente do não cumprimento dessas obrigações, as quais serão efetivadas sob as seguintes modalidades:

[...]

II - auditoria fiscal restrita: ação fiscal que tem por objetivo constituir o crédito tributário decorrente de infrações à legislação tributária, relacionadas aos motivos estabelecidos no respectivo ato designatório, ocorridas no período especificado, nos termos dos incisos II a VI do § 1º do art. 2º do Decreto 29.978, de 2009; (grifos ausentes no original)

Dessa forma, resta incontroverso que a ação fiscal restrita que culminou na lavratura do Auto de Infração ora sob análise foi realizada por autoridade sem competência legal para esse procedimento, resultando na nulidade da ação fiscal, conforme dispõe o art. 83 da Lei nº 15.614/2014.

Art. 83. 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.

Parágrafo único. A participação de autoridade fiscal incompetente ou impedida não dará causa a nulidade do ato por ela praticado, desde que tenha, na consecução do ato, a participação de autoridade fiscal em efetivo exercício e plena competência de suas funções.

Isto posto, voto no sentido de que se conheça do Reexame Necessário, para dar-lhe provimento e julgar nulo o feito fiscal.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **BRALOG TRANSPORTE DE CARGAS LTDA.** (CGF: 06.188.014-0) e Recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário interposto, dar-lhe provimento para em grau de preliminar declarar a nulidade do feito fiscal, em razão de incompetência da Autoridade autuante para realizar Ação Fiscal restrita, com motivo de aproveitamento indevido de crédito, por não constar no rol das competências previstas no art. 2º do Decreto nº 29.978/2009. Nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado. Presente, para

proceder sustentação oral das razões do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Felipe Bastos de Oliveira.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 18 de NOVEMBRO de 2019.


Lúcia de Fátima Caloude Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO

Ciente em: 18/11/19


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO RELATOR


José Osmar Celestino Júnior
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Wemerson Robert Soares Sales
CONSELHEIRO


Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA


Sâmara Lea F. R. Silva Aguiar
CONSELHEIRA