



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

Resolução nº 224 / 2019.

73ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 21 DE OUTUBRO DE 2019.

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663;

RECORRENTE: BRALOG TRANSPORTE DE CARGA LTDA – C.G.F.
06.188.014-0;

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA;

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ OSMAR CELESTINO JUNIOR.

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO: NULIDADE POR ATO FORMAL. AUTORIDADE INCOMPETENTE. NULIDADE. 1. A autoridade lançadora do crédito tributário não possui competência para efetuar lançamento de crédito indevido em empresa com tributação normal. 2. por não constar no rol das competências previstas no art. 2º do Decreto nº 29.978/2009. 3. Recurso Ordinário conhecido, conforme disciplina o art. 53, §2º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99, dando-lhe provimento para reformar a decisão da 1ª Instância, de acordo com o Voto do Relator, e em desacordo com o Parecer da Consultora Tributária referendado pela D. Procuradoria Geral do Estado. Decisão por unanimidade de votos. 4. **NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.**

Palavras Chaves: ICMS. AUTORIDADE INCOMPETENTE. NULIDADE.

RELATÓRIO

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

Processo oriundo do Auto de Infração de nº 201625663-9, lavrado em 07/12/2016, período da infração 01/01/2012 a 31/12/2012, cujo relata da infração fora: "CREDITO INDEVIDO.PROVENIENTE DO LANCAMENTO NA CONTA GRAFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLACAO, O CONTRIBUINTE LANCOU E UTILIZOU CREDITO INDEVIDO DE ICMS NO EXERCICIO DE 2015, NO VALOR TOTAL DE R\$195.797,68, NA RUBRICA OUTROS CREDITOS DA ESCRITURACAO FISCAL DIGITAL-EFD, REFERENTE A AQUISICOES NAO COMPROVADAS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO CONFORME DETALHAMENTO NAS INFORMACOES COMPLEMENTARES.", fls. 02 a 70.

O Agente Fiscal apontou como dispositivos infringidos os artigos. 49, 52 e 53, da Lei nº 12.670/96, aplicando a Penalidade do dispositivo art. 123, inciso II "a" Lei nº 12.670/96. **Imposto R\$689.339,13 – Multa R\$ R\$689.339,13 – Total do AI R\$1.378.678,26.**

A Empresa de transporte atuada apresentou Impugnação Administrativa em prazo tempestivo, fls. 74 a 85, cuja fundamentação está assentada na arguição da uma nulidade absoluta por cerceamento do direito de defesa, assim discorre suas alegações neste sentido, sendo seu único pedido o reconhecimento da aludida nulidade.

A Célula de julgamento proferiu a decisão, consoante fls. 96 a 99, em sua análise entendeu, que restou provado nos autos à falta de recolhimento, porquanto conhece como Procedente o Auto de Infração, conforme a ementa a seguir:

EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS, PROVINIENTE DO LANÇAMENTO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO – a empresa registrou e se aproveitou de

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

créditos de ICMS lançados em desacordo com o Parecer 147/2004. Decisão amparada nos dispositivos legais: art. 155, §2º, X, "b", da Constituição Federal. Penalidade inserta no Auto de Infração: art. 123, II, "a", da Lei 12.670/96 – **AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE. COM DEFESA.**

A Empresa Autuada, diante da decisão singular de procedência interpôs tempestivamente Recurso Ordinário, **fls. 104 a 115**, no qual manteve a arguição de nulidade absoluta, reforçando as alegações trazidas na sua Impugnação.

Seguindo o devido processo administrativo, a Secretária Geral deste Egrégio Contencioso, encaminhou os autos para a Célula de Assessoria Processual-Tributária, a qual se manifestou sobre o caso em apreço mediante Parecer nº 197/2019, **fls. 118 a 119**, no qual comungou com a análise e fundamentos expostos pelo Julgador de Primeira Instância, entendendo que a conduta da Recorrente violou o disposto nos artigos 49, 52 e 53, da Lei 12.670/97, e art. 155, §2º, I, da CF/88. Opinando pela Procedência da Ação Fiscal.

Eis o relatório.

VOTO DO RELATOR

A Ação Fiscal em tela teve como móvel a acusação de falta de recolhimento de ICMS proveniente de crédito indevido encontrado em uma empresa com tributação normal, portanto entendo que os argumentos trazidos ao processo pela empresa autuada resistem aos fatos, em especial a

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

NULIDADE por incompetência do Agente Autuante, conforme demonstrado adiante.

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração por entender a recorrente que a autoridade que efetuou o lançamento estava impedida, pois não possuía competência legal para efetuar o lançamento de crédito indevido em empresa com tributação normal, entendo que a fiscalização de crédito indevido em empresa com tributação normal era efetuada por Auditor Adjunto do Tesouro Estadual, Técnico do Tesouro Estadual levando-se em conta o que dispunha o artigo nº 813, IV, "b", conforme a seguir:

"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.

(..)

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

(...)

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

Entretanto se observamos o art. 7º do Decreto nº 29.978, de 30/11/2009, houve revogação dos artigos 812 e 813 do Decreto nº 24.569/97, sendo certo que se anteriormente era possível dar interpretação de que o crédito indevido as autoridades administrativas Auditor Adjunto do Tesouro Estadual, Técnico do Tesouro Estadual podiam lançar, a partir de 2009 ficou delimitado que em caso de crédito indevido não possuem competência, senão vejamos o §1º do artigo 2º do Decreto nº 29.978, *in verbis*:

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

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

§ 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 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;

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

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;

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data da publicação.

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. (Grifo nosso)

Portanto, o lançamento de crédito indevido em empresas com tributação normal não poderia ser feita por auditor fiscal adjunto, gerando NULIDADE do lançamento por incompetência da autoridade lançadora, conforme determina o art. 53, §2º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99, *in 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:

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.”

Sendo este o entendimento desta Egrégia Corte, consoante arresto a seguir:

ICMS DIFERENCIAL, OPERAÇÃO INTERESTADUAL. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE DESIGNANTE DA AÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. 1. Autuação pela falta de recolhimento do imposto em operação interestadual; 2. Infração constatada em vários processos administrativos SPU/V1PROC, anexos ao auto de infração; 3. Mandado de Ação Fiscal expedido pela Supervisora do Núcleo de Fiscalização e Monitoramento Eletrônico, autoridade não relacionada nos normativos que estabelecem a competência para a prática do ato (art. 821, § 5o do Decreto nº 24.569/97 c/c art. 3o, § 2o, I, da Instrução Normativa 49/2011). Precedente da 4a Câmara de Julgamento do CONAT; 4. Recurso conhecido e provido. Reformada a decisão de la Instância para declarar a nulidade do auto de infração, pela incompetência da autoridade designante, conforme art. 83 d» Lei 15.614/2014 e art. 55 do Dec. nº 32.885/2018. Decisão por maioria de votos, em desacordo com a manifestação oral do representante da PGE.

(Recurso Ordinário, PROCESSO Nº 1/2269/2016, Relator Cons. Felipe Muniz, 3ª Câmara de Julgamento, 14ª Sessão Ordinária, de 11/04/2019, Resolução 42/2019, de 22/04/2019)

Isto posto, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, e dar-lhe provimento, acolhendo a preliminar de NULIDADE do lançamento, por incompetência da Autoridade lançadora, nos termos desse

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

voto em desacordo com o parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como descido e submeto ao ilustre Colegiado.

VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
Nova Base de Cálculo	R\$ 0,00
Multa	R\$ 0,00
Total	R\$ 0,00

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do **PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663** – Autuado/Recorrente: **BRALOG TRANSPORTE DE CARGA LTDA – C.G.F. 06.188.014-0** – Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

DECISÃO: 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..

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

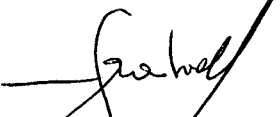
Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior

SALA DE SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE
RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos 25 de
NOVEMBRO de 2019.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente 4ª Câmara

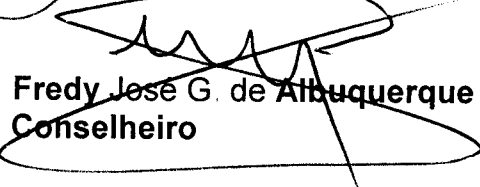

José Augusto Teixeira
Conselheiro

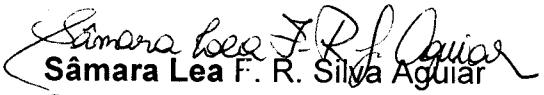

Ivete Maurício de Lima
Conselheira


Michel André B. Lima Gradvohl
Conselheiro


Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado


José Osmar Celestino Júnior
Conselheiro Relator


Fredy José G. de Albuquerque
Conselheiro


Sâmara Lea F. R. Silva Aguiar
Conselheira

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/733/2017 - AI: 1/201625663

Relator: Conselheiro José Osmar Celestino Junior