

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 037/2022

8ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 23.03.2022

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/281/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201316797

RECORRENTE Nº: GERDAU AÇOS LONGOS S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO GEIDER DE LIMA ALCÂNTARA

EMENTA: ICMS. FDI/PROVIN. DESACERTO DA METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO. NULIDADE. 1. Artigos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto 24.569/97. Com penalidade apontada: Art. 123, I, C, da Lei 12.670/96, alterado p/ Lei 13.418/03. 2. Recurso ordinário conhecido e provido, para julgar nulo o auto de infração em virtude de erro na metodologia do levantamento. 3. A metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais deve observar o critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, demonstrando-se inadequado o método de cálculo utilizado pela autoridade fiscal. 4. Decisão por maioria de votos nos termos do voto do Relator. 5. Em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e com o opinativo do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FDI – DESACERTO DA METODOLOGIA – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

01 – RELATÓRIO

A presente autuação foi lavrada em desfavor de **GERDAU AÇOS LONGOS S/A**, por falta de recolhimento do Imposto, no todo ou em parte, inclusive ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, no que tange os termos de cláusula condicionante do FDI/PROVIN.

O período da fiscalização foi: 01/01/2009 a 31/12/2009 inicialmente sob o mandado de ação fiscal nº: 2013.14005 (fl. 9) e termo de início de fiscalização nº: 2013.14081 (fl. 10), contudo em vista da possível prazo em conformidade com o parágrafo 1º do At. 88 da Lei 12.670/96 foi reiniciada a fiscalização sob o mandado de ação fiscal nº: 2013.34026 (fl.11) e novo termo de início de

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

a fiscalização sob o mandado de ação fiscal nº: 2013.34026 (fl.11) e novo termo de início de fiscalização nº: 2013.35321(fl. 12) e termo de conclusão de fiscalização nº: 2013.36429 (fl. 15), sendo o período da infração: 01/2009; 03/2009 a 04/2009 e 06/2009 a 12/2009

A autoridade atuante alega que foi lavrado o presente auto em desfavor do Contribuinte em virtude da inclusão de operações que não sofreram processo de industrialização na apuração mensal do seu benefício fiscal proveniente do Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI durante o exercício de 2009, recolhendo o ICMS a menor no valor de R\$515.050,44 desrespeitando o que determina os artigos. 73 e 74 do Decreto nº 31.294/2013, com penalidade prevista no Art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 alterada pela Lei nº 13.418/03.

De forma tempestiva a Atuada apresenta impugnação dia 13/01/2014 (fls. 200/201) na qual alega em síntese:

- Que na verdade, a impugnante cumpriu a legislação que disciplina cuida dessa matéria e as cláusulas do contrato FDI-PROVIN;
- Que a exigência em questão decorre, data vênia, de uma série de equívocos cometidos pelo digno fiscal atuante ao fazer a sua apuração do imposto que seria devido pela impugnante, que, uma vez corrigidos, resta atastada qualquer diferença a recolher;
- Que as mercadorias relativas ao CFOP 2150 foram adquiridas para comercialização e o crédito respectivo deveria ser todo considerado na apuração do ICMS devido nas operações não incentivadas e não nas operações incentivadas, o que levou a uma (indevida) diferença naquele mês de R\$ 33.080,98;
- Que diversas operações relativas as vendas de mercadorias fabricadas pela impugnante e destinadas à área de livre comércio foram indevidamente retiradas pelo fiscal da tributação incentivada, motivando também naquele mês uma (indevida) diferença de R\$ 52.092,47;

Por fim, a atuada requer que seja julgado improcedência do auto de infração.

No Julgamento nº 437/2015 (fls. 231/238) a julgadora de 1º Instância preliminarmente constata a regularidade formal da Ação Fiscal e rebate ponto a ponto as alegações da impugnação interposta proferindo decisão pela procedência do auto de infração, em face da Lei nº 10.367/79 alcançar somente os produtos de fabricação própria da empresa, sendo os demais produtos tributados normalmente.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Interpelado Recurso Ordinário (Fls. 243 a 248) a Recorrente aduz em síntese:

- I- A recorrente refere que calculou e pagou o ICMS de maneira correta, seja aquele apurado com o incentivo FDI PROVIN, seja o devido ao regime normal de apuração e recolhimento.
- II- É inadmissível o procedimento adotado pelo Fiscal atuante, que retirou alguns créditos da apuração normal do imposto e os alocou na apuração incentivada, assim como retirou outros créditos da apuração incentivada e os alocou na apuração normal, sem apontar uma real motivação para tanto.
- III- É o caso das unidades de mercadoria por transferência para comercialização (CFOP 2152), cujo crédito deve ser considerado na apuração do ICMS normal, mas o fiscal o alocou nas operações incentivadas e, ao mesmo tempo manteve na apuração normal de ICMS os débitos referentes às saídas dessas mesmas mercadorias por transferência para comercialização (CFOP 6152).
- IV- A apuração do imposto realizada pela recorrente está lastreada em seus documentos contábeis e fiscais, os quais permanecem à inteira disposição do fisco para a verificação que se fizer necessária, inclusive através de exame pericial, que antes já fora solicitado e aqui é renovado. Apresenta quesitos e índice assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais às fls. 246-247 dos autos.

Por fim, requer a improcedência da atuação

A Assessoria Processual Tributária através de parecer de nº 202/2015 (fls. 252 a 257) manifestou-se por não acatar os argumentos da Contribuinte concluindo que a mesma cometeu o ilícito constante no AI, opinando pelo conhecimento do recurso ordinário, para negar-lhe provimento mantendo a procedência do AI.

Em sessão ordinária da 1ª câmara de Recursos Tributários do CONAT ocorrida em 18/10/2016 conforme Ata da 90ª sessão ordinária (fl. 259) foi convertido o julgamento em perícia formulada pela então Conselheira relatora Dra. Eliane Resplande (fls. 261 a 265), no qual enumera os quesitos para a célula de perícias -fiscais e diligências conforme seguem:

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

1. Trata-se de recurso interposto contra a decisão proferida pelo Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, no âmbito do processo de recursos tributários nº 1/2018, em face da decisão proferida pelo Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, no âmbito do processo de recursos tributários nº 1/2018, em face da decisão proferida pelo Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, no âmbito do processo de recursos tributários nº 1/2018.

2. O recorrente alega que a decisão recorrida é ilegítima, pois não se fundamenta nos fatos e no direito, além de violar o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como o princípio da razoabilidade.

3. No entanto, a decisão recorrida encontra-se devidamente fundamentada nos fatos e no direito, além de observar o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como o princípio da razoabilidade. Portanto, a decisão recorrida é legítima e deve ser mantida.

4. Assim, não há que se falar em anulação da decisão recorrida, pois esta encontra-se devidamente fundamentada e não viola nenhum dos princípios mencionados. Portanto, o recurso é improcedente e deve ser negado o provimento.

5. Diante do exposto, o Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, no âmbito do processo de recursos tributários nº 1/2018, julga improcedente o recurso interposto e mantém a decisão recorrida.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

**OUTROS QUESITOS ELABORADOS NA
CÂMARA**

1. O laudo pericial emitido pela Célula de Perícias Fiscais e Diligências em resposta ao pedido de periciação apresentado pelo recorrente, encontra-se em conformidade com o que foi requerido?

2. O valor apurado pelo laudo pericial é correto e suficiente para cobrir o débito tributário devido?

3. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

4. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

5. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

6. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

7. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

8. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

9. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

10. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

11. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

12. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

13. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

14. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

15. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

16. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

17. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

18. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

19. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

20. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

21. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

22. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

23. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

24. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

25. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

26. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

27. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

28. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

29. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

30. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

31. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

32. O valor apurado pelo laudo pericial é suficiente para cobrir o débito tributário devido?

ASSISTENTE TÉCNICO
SR. RENATO TORINO NETO,

CPF: 000.000.000-00

RUA: _____ Nº _____

Cidade: _____ Estado: _____

Data: _____

Em resposta ao pedido exposto a Célula de perícias fiscais e diligências emitiu laudo pericial (fls. 280 a 294) respondendo os questionamentos, apresentando conclusão e recálculo conforme planilha juntada.

A Autuada através de sua consultora tributária Sra. Ingrid Ferrugem Moller manifesta-se via e-mail sobre a perícia junto aos autos (fl. 348) informando que analisou a planilha enviada e que efetuou os recálculos internamente chegando no mesmo valor a recolher da planilha, qual seja, R\$57.027,94.

Por fim a manifestação feita de forma oral pela D. procuradoria geral do Estado do Ceará representada pelo Dr. Mateus Viana Neto foi no sentido de dar parcial procedência ao auto de infração, com base nas correções realizadas por meio de laudo pericial (fls. 280 a 294).

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

É o breve relato.

.....

02 – VOTO DO RELATOR

2.1 - DA TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE :

O Recurso ordinário que ora se julga foi apresentado em razão do Julgamento nº 437/2015 (fls. 231/238), foi protocolado de forma tempestiva e por estarem presentes os pressupostos processuais da espécie recursal tomo conhecimento do mesmo.

2.3 – DO MÉRITO :

No caso em tela, em virtude de o laudo pericial ter apontado erro na metodologia de lançamento, na apuração do ICMS devido com benefício do FDI/PROVIN, conforme conclusão abaixo do laudo pericial (fls. 280 a 294):

- Retiramos os créditos de ICMS lançados nos CFOPs 1202 (Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) e 2152 (Transferência para comercialização) das operações incentivadas e alocamos nas operações não incentivadas
- Retiramos os débitos de ICMS lançados nos CFOPs 5201 (Devolução de compra para industrialização ou produção rural) e 6201 (Devolução de compra para industrialização ou produção rural) das operações não incentivadas e alocamos nas operações incentivadas
- Retiramos os débitos de ICMS lançados na rubrica ESTORNO DE CRÉDITOS das operações não incentivadas e alocamos nas operações incentivadas para os meses de janeiro, março, abril, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2009
- Retiramos o débito de ICMS lançado na rubrica ESTORNO DE CRÉDITOS no montante de R\$ 30.913,86 das operações não incentivadas do mês de setembro/2009 e alocamos nas operações incentivadas, permanecendo como estorno de crédito não incentivado o montante de R\$ 221,26

Feitas as devidas alterações, foi verificada a apuração do FDI/PROVIN seguindo a metodologia que deveria ter sido realizada pela autuada e foi constatada a falta de recolhimento de ICMS no montante de R\$57.027,94; ou seja, bem inferior ao valor apurado no procedimento fiscal.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Entendo que existe no procedimento fiscal uma relação tributária, na qual o contribuinte ao dar cumprimento a uma norma jurídica assume um encargo submetendo-se ao poder de coação do Estado tendente à percepção do tributo, que, contudo, deverá seguir o regramento jurídico adequado para a apuração do tributo devido.

Ocorre que a Contribuinte possui operações incentivadas e não incentivadas, o que o fiscal fez foi conferir a apuração feita pela empresa, apesar disso o levantamento foi desacertado, pois retirou alguns créditos da apuração normal do imposto e os alocou na apuração incentivada, assim como retirou outros débitos da apuração incentivada e alocou na apuração normal, em preterição a norma aplicável, conforme apontado pela perícia realizada,

Devendo para tanto o agente fiscal respeitar a legalidade e a legítima relação jurídico-tributária que a mesma impõe, pois esta relação não deve ser meramente de poder, pois em uma relação de poder, invariavelmente ocorre a imposição de uma vontade sobre a outra.

Nesse sentido, Bacellar Filho¹ dispõe:

A análise isolada do art.5º, inc. LV, poderia levar ao entendimento segundo o qual o procedimento somente estaria elevado à garantia constitucional quando inserido em um processo. Contudo, o art. 5º, inc. LIV garante o “devido processo legal”. Vincula, portanto, o exercício do poder ao modelo procedimental estabelecido pela Constituição e pela lei. O procedimento, até quando não inserido no processo, funciona como garantia constitucional, assegurando regularidade e racionalidade do poder estatal e do dever particular.

O aspecto administrativo do Estado está sujeito ao arcabouço jurídico conhecido como Direito Público. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na esfera da administração pública, dispostos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988² e norteiam as leis infraconstitucionais.

O procedimento administrativo idôneo longe de simples instrumento de atuação do Estado é para o administrado uma garantia de que o ato administrativo do agente atuante respeitará a legalidade e que ao contribuinte será dado o direito ao

¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 60.

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[...]

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

devido processo legal, quando o ato vier a ser questionado, conforme preconiza o art. 5º, inciso LIV da CR/88³.

O princípio da igualdade tributária, salvaguardado pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 150, inciso II, dispõe sobre o tratamento igualitário a ser dispensado, conforme segue:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

A Isonomia ou Igualdade segundo Luciano Amaro é uma garantia do indivíduo e não do Estado. Assim, se, diante de duas situações que merecem igual tratamento, o fisco assim exigir levantamento metodológico de forma distinta para contribuintes diferentes, o ato da administração fiscal estará indo de encontro ao princípio comentado. (AMARO; LUCIANO; 2012: 160).

Essa igualdade principiológica mantém a ordem econômica e a possibilidade de livre concorrência entre os contribuintes, uma vez que devem sujeitar-se às mesmas limitações impostas pelo Estado, caso assim não o fosse, teríamos um dos contribuintes obtendo vantagem em relação ao outro que estivesse mais onerado, possibilitando assim que um pudesse praticar preços mais baixos em relação aos demais.

O lançamento do crédito tributário, por sua vez é realizado através da lavratura do auto de infração e obedece a modalidade direta ou de ofício, na qual o agente público competente pratica o ato sem a ingerência do sujeito passivo.

O cálculo do montante do tributo devido deve demonstrar sua liquidez e a base de cálculo estabelecida, não existindo margem para discricionariedade, apenas o devido respeito aos estritos limites da lei, sob pena de responsabilidade funcional conforme determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional, conforme segue *in verbis*:

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento tributário é procedimento, para o qual segundo Machado⁴ a teor do que dispõe o art. 142 do CTN, afirma que “O lançamento administrativo é na verdade um procedimento, no sentido de atividade que, por afetar direitos dos administrados, há de ser desenvolvida com obediência a certas formalidades legalmente impostas.”.

O Código Tributário Nacional no seu artigo 97, incisos II e IV⁵ estabelece limitações legais ao poder de tributar, para a majoração de tributos, fixação de alíquota e base de cálculo, estando intimamente vinculadas à metodologia de levantamento do tributo pela fiscalização fazendária.

As disposições contidas na Constituição Federal e no CTN expressam respectivamente os princípios da legalidade tributária e da reserva legal, estabelecendo limites para o exercício do poder de tributar dos entes públicos, garantindo aos contribuintes a não exigência de obrigações tributárias lançadas de ofício por autoridade que pratique qualquer ato com preterição as garantias processuais estabelecidas por Lei.

O procedimento fiscal desempenha função que vai além do interesse do particular perante o do fisco e é espelho da indisponibilidade do interesse público que os atos devem ser disciplinados. Infere dizer que para o exercício formal da competência tributária é imperioso conferir-lhe essência e fundamento, exatamente, nos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

Por sua vez a deferência ao princípio da eficiência, pela perspectiva jurídica, não somente pela simples e necessária economicidade, mas concomitantemente com o respeito ao aspecto básico da eficácia que se pauta com a finalidade do ato ou do procedimento.

⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e RAMOS, Paulo de Tarso Viera. Lançamento tributário e decadência in Lançamento tributário e decadência. Coord. Hugo de Brito MACHADO. São Paulo: Dialética: Fortaleza, CE: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 200, p. 250.

⁵ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

IV- a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

A eficácia do procedimento fiscal, no que tange o atendimento das finalidades a que se propõe o ato fiscalizatório da Administração Pública com todas as suas nuances, que devem ser verificadas no caso concreto, com a busca do agente público pela verdade material, antes do ato do lançamento.

A busca da verdade material, deste modo, a nosso ver, é o que adjudica substância à finalidade do procedimento fiscal, já que por imposição legal é o processo executório tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conforme preceitua o art. 142 do CTN.

A almejada justiça fiscal está ligada de forma tão íntima ao procedimento de fiscalização, que a legislação cuidou de conceder aos órgãos de fiscalização as normas de instrução, com a finalidade de permitir o levantamento da existência e do fato tributário de forma a albergar o dever funcional resultante da atribuição de competência.

O dever funcional do Agente Fiscal não é um simples ônus da fiscalização, devendo zelar o ato procedimental, pois o desrespeito à busca pela verdade material acerca da ocorrência do fato gerador, frustrará a própria finalidade do procedimento e a esperada justiça fiscal.

A autoridade fiscal deve optar pela metodologia de acordo com cada caso em específico e averiguar qual aquela que melhor se aplica, para a atividade econômica e conjuntura da tributação do contribuinte.

Tendo em vista o cálculo de levantamento do ICMS devido por empresas beneficiárias do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará (FDI), instituído pela Lei Estadual nº 10.367/1979, que prescreve a metodologia a ser observada sendo a proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da produção própria e das demais operações, para tanto segue a decisão do processo nº: 1/2018.10867 da 1ª Câmara de Julgamento:

EMENTA: ICMS. FDI, INDUSTRIALIZAÇÃO PRÓPRIA. METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO. NULIDADE. 1. Artigos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto 24.569/97. Com penalidade apontada: Art. 123, I, C, da Lei 12.670/96, alterado p/ Lei 13.418/03. 2. Recurso ordinário conhecido e provido, para julgar nulo o lançamento em virtude de erro na metodologia do levantamento. 3. A metodologia de cálculo do FDI nas operações industriais deve observar o critério da proporcionalidade entre o ICMS devido em decorrência da

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

produção própria e das demais operações, demonstrando-se inadequado método de cálculo que leve em consideração a segregação das operações (próprias e não próprias) na EFD do contribuinte, conforme orientação do Parecer CECON nº 475/2018 da SEFAZ/CE. 4. Decisão por maioria de votos nos termos do voto do Relator. 5. Em desacordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, constante nos autos e adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. (grifo nosso)

O desacerto na livre escolha do método a ser seguido, contudo, acarreta na mácula do procedimento fiscalizatório, colocando em xeque todo o levantamento fiscal, seja por adoção de método que não se enquadra na especificidade do regime do contribuinte fiscalizado, seja por mesclar metodologias distintas ao mesmo procedimento.

Os vícios de natureza material alcançam o lançamento em sua essência, em razão de distorções na manifestação de vontade da autoridade fiscal e a legalidade que o ato impõe, originando um ato eivado de nulidade. Portanto, a característico do vício material baseia-se no fato de resultar de defeito na manifestação de vontade do poder público, a qual é essencial à validade do ato.

Desta feita, pelo entendimento exposto, o vício material possui fundamento nos pressupostos substanciais da existência e eficácia do ato, além de estar vinculado ao conteúdo do lançamento tributário, pela imperatividade dos pressupostos legais materiais inscritos no artigo 142 do Código Tributário Nacional, conforme segue:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Podemos observar de forma didática a constatação do vício material decorrente do desacerto na apuração, na irretocável decisão decorrente do Julgamento no acórdão nº: 1201-005.378 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, que julgou o processo nº: 19675.000577/2007-91:

RECURSO DE OFÍCIO. NULIDADE MATERIAL DO LANÇAMENTO RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE PISO. ERRO DE METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO FISCAL QUE APURA CRÉDITO BASEADO EM REGIME TRIBUTÁRIO DIVERSO DA OPÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. É **materialmente nulo o lançamento baseado em levantamento fiscal que apura o crédito tributário com base em parâmetros de regime tributário diverso daquele optado pelo contribuinte,**

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

evidenciando-se erro de metodologia na composição da base de cálculo e indicação de alíquotas do lançamento. A validade do lançamento está condicionada à realização de atos administrativos pautados no cumprimento de regras jurídicas, não se admitindo que a administração tributária pretenda convalidar erros que colidam com o regular atendimento aos princípios da legalidade e estrita tipicidade. Não é dado ao julgador corrigir lançamento tributário mal feito, inadmitindo-se validar auto de infração claramente maculado pela pecha de vício material que decorra de inadequada composição da base de cálculo e equivocada indicação de alíquota. O erro de metodologia do levantamento fiscal macula integralmente o lançamento do crédito tributário em seu aspecto elementar, verdadeiramente substancial, tratando-se de vício insanável do qual resulta nulidade material do auto de infração. Se, por um lado, é verdade que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), por outro, só não há prejuízo quando se pretende convalidar erros instrumentais simples, desde que seja dado ao contribuinte exercer sua defesa plenamente e condicionado ao fato de que o equívoco procedimental não gere embaraço ao devido processo legal. Não se negocia com a ilegalidade. Não se convalida erro materialmente insanável. Não se extraem efeitos jurídicos válidos de ato administrativo nulo. A imprestabilidade de atos administrativos de matriz tributária decorre da ausência de comprovação fenomênica dos elementos essenciais da hipótese normativa, de inadequada indicação da matéria tributável que subjaz à respectiva pretensão fazendária, do incorreto cômputo do quanto devido, e/ou da errônea atribuição de sujeição obrigacional passiva e ativa dos titulares de direitos e obrigações. Quaisquer dessas pechas destrói o lançamento e o torna inservível aos fins a que se destina, por ausência de legalidade que justifique validá-lo. É dever do julgador administrativo tributário desconstituir o lançamento que seja praticado com inadequação da apuração dos elementos essenciais à constituição do crédito tributário, representados nos respectivos critérios material, temporal, espacial, quantitativo e pessoal da norma jurídica tributária, sem os quais se deve reconhecer a nulidade material ou improcedência dos autos de infração que desatendam a previsão legal. CARF, Acórdão 1201-005.378, julg. 21/10/2021.

Para a constatação da nulidade no presente processo deve-se adentrar ao núcleo do procedimento fiscal, pois conceitualmente os vícios possuem uma certa similaridade, contudo quando aprofundamos a o alcance da contaminação do levantamento, podemos constatar que vai além do vício de forma, para desrespeitar a legalidade.

É o que preconiza a Súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme segue: “a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

Portanto constata-se a superação do vício formal pelo vício material, em vista do erro de direito, por desrespeito a escorreita metodologia de levantamento que a legislação tributária vigente impõe. Percebe-se que os erros do ato administrativo vão além do ato propriamente dito, contaminando a própria concepção da apuração do tributo pelo desrespeito à lei, sendo para tanto impossível a revisão do lançamento.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do Recurso ordinário, para no mérito declarar NULO o auto de infração, em vista do desacerto da metodologia por vício material do levantamento aplicado na apuração do ICMS devido.

É como voto.

03 – DECISÃO

Visto, relatado e discutido o **PROCESSO DE RECURSO No.: 1/281/2018 - A.I.: 1/201316797. RECORRENTE: GERDAU RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. CONSELHEIRO RELATOR: GEIDER DE LIMA ALCÂNTARA. DECISÃO:** A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve por maioria de votos dar provimento ao recurso, para reformar a decisão de procedência proferida no julgamento singular, para declarar **NULO** o auto de infração, por erro na metodologia utilizada, nos termos do voto do conselheiro relator, contrário aos termos do parecer da Assessoria Processual Tributária. O douto representante da Procuradoria Geral do Estado, defendeu oralmente o entendimento pela parcial procedência com base no laudo pericial. Foram votos discordantes a conselheira Sabrina Andrade Guilhon e Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia que se manifestaram pela parcial procedência. Presente à sessão para apresentação de sustentação oral do recurso o representante legal da parte o advogado Dr. Shubert de Farias Machado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ___ de _____ de 2022.

RAIMUNDO FRUTUOSO DE OLIVEIRA JÚNIOR



Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior
PRESIDENTE

GEIDER DE LIMA

Assinado de forma digital por GEIDER DE

LIMA ALCANTARA:00008096325

ALCANTARA:00008096325

Dados: 2022.04.25 17:35:38 -03'00'

Geider de Lima Alcântara

Conselheiro relator

Matteus Viana Neto MATTEUS VIANA

Assinado de forma digital por

MATTEUS VIANA

Procurador do Estado NETO:154096433

NETO:15409643372

Dados: 2022.05.13 15:17:07

Ciente: ___/___/___ 72

-03'00'