



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Seis séculos de história

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº. 090/2022

2ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 15.02.2022.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/306/2020

AUTO DE INFRAÇÃO: 201917241

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: METALURGIA BRASIL IND. E COMERCIO LTDA EPP

CONSELHEIRO RELATOR: MANOEL MARCELO A MARQUES NETO

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. Reexame necessário conhecido e não provido para confirmar a decisão de 1ª Instância, que julgou **NULO** o auto de infração por cerceamento ao direito de defesa. Prova produzida insubsistente e insatisfatória para alicerçar a infração denunciada. Nulidade absoluta por força do disposto no art. 83 da Lei nº 15.614/2014. Decisão unânime e de acordo com o parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, ratificado em manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS - FALTA RECOLHIMENTO – OPERAÇÕES COM CFOP 5125 – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, traz na peça inicial do processo em análise, o cometimento da infração abaixo reproduzida:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS

PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE NÃO COMPROVOU O NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS NAS OPERAÇÕES COM O CFOP 5125, NO VALOR DE R\$ 1.083.746,19, CONFORME PLANILHA DE PRODUTOS CFOP 5125 FALTA DE RECOLHIMENTO E EFD GRAVADAS EM CD E INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR, EM ANEXO, AO AUTO DE INFRAÇÃO.”

O agente fiscal aponta como dispositivos infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97; sugere como penalidade aplicável ao caso a prevista no art. 123, I, C, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03; indica como PRINCIPAL o valor de R\$ 1.083,746,18 e MULTA de R\$ 1.083,746,18.

Nas Informações Complementares (fls. 03 e 06), o agente fiscal ratifica a acusação e explica a metodologia utilizada para efetuar o lançamento tributário.

No decorrer da ação fiscal o contribuinte foi intimado através do Termo de Intimação nº 2019.11702 para: *“Justificar o recolhimento do ICMS nas operações com o CFOP 5125, de acordo com o Decreto 24.569/97 RICMS, art. 702 parágrafo 2, inciso I e II, conforme planilha produtos CFOP 5125. Falta Rec. gravada em CD, em anexo”*.

Consta às folhas 13 e 14 resposta do contribuinte ao Termo de Intimação nº 2019.11702, afirmando que: *“A intimada realiza o estorno dos créditos de insumos empregados na industrialização das operações 5125, nas operações internas, consoante Art. 696, I, b do Decreto 24.569/97, abaixo transcrito”*. Informa, ainda, que *“O estorno mensal poderá constatado na escrituração gráfica do contribuinte (estorno de crédito)”*.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa (fls. 22 a 30) com as seguintes razões:

- 1- A operação de industrialização é triangular, assim é possível a alteração das características do produto assim como mudança da NCM;
- 2 -O legislador não fez distinção entre beneficiamento ou industrialização;
- 3 -A industrialização por encomenda na construção civil não é fato gerador do ICMS.

Apresentou, ainda, planilhas (fls. 33 a 45) demonstrando as operações por encomenda. Solicita, ao final, o arquivamento do auto de infração em tela.

O processo foi distribuído para julgamento em 1ª instância onde foi proferida decisão de nulidade do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida (fls. 53 a 54):

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE NÃO COMPROVOU O NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS NAS OPERAÇÕES COM O CFOP 5125. FALTA DE MOTIVAÇÃO DA AUTUAÇÃO. OCORRÊNCIA. NULIDADE. No presente caso, o agente fiscal não motivou corretamente a base sobre a qual o imposto incidiu, ou seja, se sobre toda a operação, ou se apenas sobre os materiais utilizados no processo de beneficiamento ou industrialização, assim como no valor dos serviços prestados? E mesmo no caso de incidência sobre toda operação, qual o motivo pelo qual o agente teria afastado o diferimento ou suspensão da cobrança do tributo. Decisão com amparo no artigo 822, parágrafo 1º, 11, do Decreto nº 24.569/1997, C/C artigo 83 da Lei nº 15.614/14. **DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO.**

Às fls. 59 a 62 dos autos consta o Parecer de nº 235/2021, da lavra da Célula de Assessoria Processual Tributária, manifestando-se pelo conhecimento do Reexame Necessário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão singular de nulidade do auto de infração.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

Consta no auto de infração a acusação de falta de recolhimento do ICMS, uma vez que o contribuinte não comprovou o não recolhimento do ICMS nas operações com o CFOP 5125, no valor de r\$ 1.083.746,19.

A autoridade fiscal assevera nas Informações Complementares (fl.05), que: *“Como se observa, além da industrialização de novos produtos, foram acrescentados no processo diversos outros insumos, peças e partes, todos passíveis de tributação, que deve considerar também, para efeito de base de cálculo, o valor dos serviços empregados. Essa sistemática foi replicada em dezenas e dezenas de outras operações, similar em sua essência, ou seja, o envio de perfis e o retorno de outros produtos e materiais; as únicas alterações são as que se referem ao retorno dos perfis - ora como janelas, ora como portas, por exemplo, de acordo com a necessidade da construtora, e a quantidade, o preço e o destinatário”.*

Transcreve, ainda, o Decreto Federal nº 2.637/1998 - Regulamento do IPI, que define o que é industrialização. Seu art. 40. assim dispõe:

“Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como:

l - a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou de qualquer forma alterar o funcionamento, a utilização o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento).

Conclui sua informação fiscal, afirmando que: "Do texto legal, extrai-se que o retorno de produtos pela METALÚRGICA divergentes dos que ela os recebeu, conforme cotejo dos NCMs já apresentado, **configura processo de industrialização**, ou seja, corresponde à descrição do inciso I acima, e não do inciso II que se refere a beneficiamento, o que submete suas operações à tributação do ICMS, nos termos da legislação já mencionada. Ainda que a empresa alegue tratar-se de operações tributadas pelo ISS, não fez prova de sua submissão a esse imposto, como tampouco de qualquer recolhimento sob essa rubrica".

Em sua defesa o contribuinte assevera que a argumentação trazida pelo autuante é desprovida de qualquer base legal de sustentação. "..., se o processo em questão abrangido pelo art. 702 do RICMS é de operação triangular de industrialização, nada mais coerente do que alteração das características do produto, bem como mudança consequente da NCM." Segundo o contribuinte os artigos 688 e 702 são expressos quando abrangem também as operações de industrialização, não restringindo o tratamento ao mero beneficiamento, ao contrário do que se alega no auto.

Analisando o caderno processual, observa-se que a matéria discutida no auto de infração (Operações de Remessa para Industrialização) está prevista nos artigos: 702 a 704 do Decreto nº 24.569/97, que estabelece:

Art. 702. Na operação em que um estabelecimento mandar industrializar mercadorias, com fornecimento de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos de outro, os quais, sem transitar pelo estabelecimento adquirente, forem entregues pelo fornecedor diretamente ao industrializador, observar-se-á o disposto neste artigo.

O § 2º do referido artigo, disciplina quais os procedimentos que o estabelecimento industrializador deverá fazer ao emitir a nota fiscal na saída do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda. Estabelece, ainda, que além das exigências previstas na legislação, nome, endereço e números de inscrição estadual e no CGC, do fornecedor e número, série e data da nota fiscal por este emitida, bem como o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, destacando destes, o valor das mercadorias empregadas;

Por sua vez, o artigo 704 do RICMS determina que a operação de remessa de mercadoria para industrialização, diretamente do estabelecimento, poderá ser feita na forma da Seção XXIV, que trata das Operações de Remessa de Mercadoria ou

Bem para Conserto, Reparo, Beneficiamento ou Industrialização. (art. 687 a 697 do Decreto nº 24.569/97).

A decisão proferida em primeira instância foi de nulidade do Auto de Infração, uma vez que o agente fiscal não motivou corretamente a base sobre a qual o imposto incidiu, ou seja, se sobre toda a operação, ou se apenas sobre os materiais utilizados no processo de beneficiamento ou industrialização, assim como no valor dos serviços prestados. A julgadora singular destaca que mesmo no caso de incidência sobre toda operação, qual o motivo pelo qual o agente teria afastado o diferimento ou suspensão da cobrança do tributo?

Na mesma linha de entendimento do julgamento singular, o Parecer nº 235/2021 da Célula de Assessoria Processual Tributária, sugere a nulidade do feito fiscal, considerando que “... a metodologia de como foi exigido o ICMS não encontra amparo na legislação, e ainda, por falta de clareza e precisão dos elementos que evidenciaram a infração, com provas inconclusas, uma vez que já ocorreu a tributação pelo que consta da consulta de movimentação totalizado por CFOP, no CFOP 5125, já que o valor é o mesmo da base de cálculo do auto de infração (R\$ 6.374.977,57)”.

Cabe destacar que nos moldes estabelecidos no art. 142 do CNT, é dever do Fisco demonstrar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar o crédito tributário, que assim dispõe:

“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.”

Por sua vez, o Decreto nº 32.885/2018, no § 2º do art. 41, exige que o relato do Auto de Infração apresente de forma clara o fato que motivou a autuação e os levantamentos fiscais indispensáveis a comprovação do ilícito. Vejamos:

“Art. 41. O auto de infração a que se refere o artigo anterior será gerado por meio de sistema eletrônico corporativo e deve conter os seguintes elementos:

(...)

2º O relato da infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, fazendo-se acompanhar dos relatórios, planilhas, demonstrativos e demais levantamentos indispensáveis à comprovação do ilícito narrado produzidos em meio digital inclusive.”

Neste contexto, importa evidenciar que restou prejudicado o lançamento tributário. Logo, outra solução não existe que não seja a anulação do trabalho fiscal. A

nulidade aqui declarada não poderá ser suprida ou sanada, vez que as informações não foram suficientemente elaboradas para se determinar a natureza da infração.

No meu entendimento, está caracterizada a ocorrência de vício insanável, que maculou o lançamento tributário, pois impediu a concretização da formalização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Há dúvidas quanto à própria ocorrência do fato gerador, a descrição do fato e as provas acostadas não foram suficientes para uma decisão com razoável segurança.

Assim, diante de tal circunstância e em análise às peças processuais constatasse que a ação fiscal está eivada de vício insanável pela falta de acervo probatório robusto. A acusação fiscal deve traduzir com exatidão os fatos tidos como infracionais. Exige-se que a autoridade lançadora seja diligente quando da produção de provas. Entre as muitas regras impostas aos responsáveis pela lavratura de auto de infração (suporte físico onde serão registrados os valores cobrados a título de crédito tributário), sobressai aquela que fixa os elementos que deverão estar contidos no auto de infração.

Portanto, o ilícito não resta plenamente comprovado e está demonstrado o descumprimento de pressuposto processual que acarreta preterição do direito de defesa do contribuinte, gerando nulidade absoluta, nos moldes do art. 83 da Lei 15.614/14, senão vejamos:

“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.”

Diante do exposto, e não se podendo admitir como válido ato praticado à margem da lei e tendo em vista que o Processo Administrativo-Tributário é regido, também, pelos princípios da celeridade, simplicidade, economia a falta de motivação acima demonstrada, o auto de infração se torna nulo, posto que gera "preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais", nos termos do art. 83, caput, da Lei nº 15.614/14.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer do reexame necessário interposto, negar provimento ao recurso para confirmar a decisão de **NULIDADE** proferida no julgamento monocrático.

Eis o voto.

DECISÃO

Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de nulidade exarada em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de março de 2022.

MANOEL MARCELO
AUGUSTO MARQUES
NETO:22171703334

Assinado de forma digital por
MANOEL MARCELO AUGUSTO
MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2022.04.01 16:04:55 -03'00'

**Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro Relator**

MARIA ELINEIDE SILVA
E SOUZA:25954237387

Assinado de forma digital por MARIA
ELINEIDE SILVA E
SOUZA:25954237387
Dados: 2022.04.01 14:04:56 -03'00'

**Maria Elineide Silva e Souza
Presidente**

**Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado**