



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº: 361/2022

49ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 23 de novembro de 2022

PROCESSO DE RECURSO: 1/2295/2019

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201902231

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A

CGF: 06.933.252-5

RELATOR: CONS. ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO

EMENTA: ICMS — FALTA DE RECOLHIMENTO. Toda a ação fiscal deve basear-se em fatos concretos cuidadosamente demonstrados e comprovados, para que à luz do Direito se verifiquem as suas implicações tributárias. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO NULO em face da ausência de documentação que comprove efetivamente a ocorrência da ilicitude ao fato jurídico tributário, preterindo ao contribuinte o direito pleno de defender-se, maculando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa assegurados constitucionalmente. Ausência de uma comprovação material incontestável e irrefutável do ilícito apontado na peça inicial. REEXAME NECESSÁRIO conhecido e provido para afastar a decisão de NULIDADE de primeiro grau, com retorno dos autos para a realização de novo julgamento, tal como estabelece o artigo 123 do Decreto no 35.010/2022.

Palavra Chave: Falta de Recolhimento – Nulidade – Cerceamento do direito de defesa.

RELATÓRIO

Versa o presente auto de infração sobre falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. o contribuinte deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 30.173,97 proveniente de produtos tributados na saída, referente aos anos de 2014 e 2015.

Conforme informações complementares para cumprir o Mandado de Ação Fiscal nº 2018.08331, datado de 24/07/2018, foi designado Fernando Ramalho Torres, matrícula 104059-1-2 e Antônio Alves dos Santos Neto, matrícula 064516-1-6 para junto à empresa MARTINS COMERCIO E SERVICOS DE DISTRIBUICAO S.A, CGF nº 06.933.252-5, realizar auditoria fiscal plena referente ao período de 01/01/2014 a 31/12/2015, e Antônio Sampaio Filho, matrícula 037994-1-7, para supervisionar a referida ação.

A empresa fiscalizada pertence ao CNAE (Cadastro Nacional de Atividade Econômica) 4639701 — Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral cujo enquadramento, a obriga, por ocasião da entrada de mercadorias no seu estabelecimento, a vagar a substituição tributária de acordo com o especificado no Decreto nº 29.560/2008.

Aos 20 (vinte) dias do mês de agosto de 2018, foi iniciada a ação fiscal, intimando o contribuinte a apresentar, no prazo legal, as notas fiscais de Entradas/Saídas, exceto nota fiscal eletrônica (NFe); os arquivos eletrônicos (DIEF ou EFD), caso os itens das notas fiscais e dos Inventá-



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

rios do período não tivessem sido transmitidos à SEFAZ. A ação fiscal deu-se através do Termo de Início de Fiscalização nº 2018.10016.

Todos os dados que serviram de base ao levantamento de mercadorias foram disponibilizados pelo próprio contribuinte através do envio mensal de seus arquivos (EFD) para a base de dados da SEFAZ. Em análise aos dados operacionais de compras e vendas, informados pela empresa a Secretaria da Fazenda do Ceará, remetidos mensalmente através de arquivos, Magnéticos em sua EFD - Escrituração Fiscal Digital, ambiente SPED - Sistema Público Escrituração Digital, bem como aos sistemas corporativos da SEFAZ: E PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, constatamos que o contribuinte deixou de tributar diversos produtos elencados no Relatório produtos a Tributar de 0% para 17% enquadradas no art. 6º do Decreto 29.560/2008, razão qual foi emitido o termo de intimação de nº 2019.00461 para que a empresa justificasse o não débito do ICMS de mercadorias constantes no art 6 do decreto 29.560/2008, com ciência em 18/01/2019.

Decorrido o prazo para alegações por parte do contribuinte e como foi justificado a cobrança na entrada de diferentes tributações sem apresentação de comprovação para o não débito do ICMS, constou-se a falta de recolhimento do imposto decorrente do não débito das mercadorias durante o período de fevereiro de 2014 a dezembro de 2015 no valor total de base de cálculo de R\$ 177.493,93 (cento e setenta e sete mil quatrocentos e noventa e três reais e noventa e três centavos), tendo como consequência a falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 30.173,98 (trinta mil cento e setenta e três reais e noventa e oito centavos).

Deu por infringido 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.

Inconformada com a autuação o contribuinte apresentou IMPUGNAÇÃO, fls. 18/35 alegando:

1. "INOBSERVÂNCIA DE REQUISITOS FUNDAMENTAIS E OBRIGATÓRIOS AO LANÇAMENTO — CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA — VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Preliminarmente, afirma que o auto de infração não tem como subsistir, posto que persiste o vício de nulidade, tendo em vista as seguintes irregularidades do lançamento fiscal: (I) ausência de descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação; (ii) o dispositivo legal indicado como infringido não guarda qualquer relação com os fatos vagamente descritos na peça fiscal; (iii) o dispositivo legal indicado para a penalidade não guarda qualquer relação com os fatos descritos na peça fiscal. Que todos esses vícios importam em flagrante insegurança na determinação da infração e, conseqüentemente, o cerceamento do direito de defesa da impugnante.
2. Entende que no Auto de Infração consta tão somente que a impugnante teria deixado de recolher o ICMS proveniente de produtos tributados na saída. Mas conforme se observa da planilha anexada ao Auto de Infração, todas as mercadorias indicadas estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por Substituição Tributária pelo remetente e foram recebidas com o CFOP 2409, que se refere à entrada de mercadorias em operação interestadual de



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

mercadorias sujeitas à Substituição Tributária.

3. Que se tais mercadorias estavam sujeitas à Substituição Tributária, tendo sido devidamente retido e recolhido pelo remetente e o auditor fiscal entendeu de forma diversa, que estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS nas saídas, deveria ter fundamentado quais dispositivos legais imporiam tal regime de tributação, o que não ocorreu. A ausência de informação sobre o dispositivo legal que obriga o pagamento de ICMS na saída de produtos já tributados por Substituição Tributária na operação anterior, ou seja, na aquisição feita pela impugnante, constitui nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não houve a especificação do dispositivo legal que teria sido violado pela impugnante. Que o dispositivo legal indicado para penalidade também não guarda qualquer relação com os fatos descritos na peça fiscal.
4. "DA DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: Que a presente autuação se refere a operações realizadas pela impugnante no período de 04 de fevereiro/2014 a 31 de dezembro/2015. Que há que se considerar que o lançamento tributário, qual seja, aquele realizado mediante a notificação válida da impugnante acerca da existência do auto de infração em 20.02.2019, se deu após o transcurso de mais de cinco anos desde a data de ocorrência dos fatos geradores verificados no período de 04 de fevereiro de 2014 a 28 de fevereiro de 2014. Que o crédito tributário não se constitui pelo simples lançamento, mas sim após a respectiva notificação válida do contribuinte. Lembra que o art.150, § 4º do Código Tributário Nacional estabelece que, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário é de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador. Que o crédito tributário relativo ao período de 04 de fevereiro de 2014 a 28 de fevereiro de 2014 está definitivamente extinto, nos exatos termos dos artigos 150, §4º e 156, incisos V e VII do CTN, ocorrendo a irrefutável decadência do direito de constituição de eventual crédito tributário pelo Fisco."
5. "DEMONSTRAÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA DAS IMPUTAÇÕES FISCAIS: Defende que o auto de infração não se sustenta em seu mérito, uma vez que as mercadorias indicadas pelo auditor fiscal estão sujeitas ao regime de Substituição Tributária e foram devidamente tributadas por ocasião das respectivas entradas, não podendo ser exigido o imposto no momento das respectivas saídas.
6. Que todas as mercadorias foram tributadas por Substituição Tributária nas respectivas aquisições, não se sujeitando a nova tributação no momento das respectivas saídas. Que indicou nas saídas o CFOP 5405, que trata da saída de mercadorias já tributadas, em operação anterior por Substituição Tributária."
7. " DO ÔNUS DA PROVA DA INFRAÇÃO IMPUTADA A CONTRIBUINTE: Argumenta que o lançamento tem de estar devidamente fundamentado e em caso de impugnação, cabe ao Fisco demonstrar a sua improcedência, de modo que o ônus da prova no processo administrativo tributário é do Fisco nos termos do art.142 do CTN. Que é cediço que o ônus da prova compete a quem alega algum fato em seu favor e dessa máxima, deduz-se que, para produzir efeito jurídico, toda afirmação tem que ser provada. Os fatos e as ocorrências narrados na peça fiscal devem ser provados. Que a descrição da suposta infração é vaga e parece decorrer de uma presunção de que a impugnante considerou que as



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

mercadorias elencadas no trabalho fiscal estariam sujeitas à Substituição Tributária, recolhendo o ICMS-ST, e portanto, sua posterior saída teria supostamente ocorrido sem débito do imposto. Não existe nos autos qualquer prova de que as mercadorias foram tratadas como sujeitas à Substituição Tributária, muito menos que inexistiu pagamento de imposto na saída, reforçando a alegação de cerceamento do direito de defesa da impugnante, violação do seu direito ao exercício do contraditório, bem como a nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação da infração. Ultrapassada as preliminares de nulidade suscitada, no mérito, melhor sorte não assiste ao Auto de Infração, posto que, a autoridade fiscal não fez provas de suas alegações, tanto é verdade que se demonstrou que no relatório apresentado pelo auditor, há mercadorias que estão sujeitas ao ICMS Antecipado (código de receita 1023), tendo sido aproveitado o crédito na entrada e realizado o pagamento do débito na saída, o que torna inexigível o crédito tributário indevidamente constituído.

8. "DA VERDADE MATERIAL: Alega que o Fisco não considerou a existência de recolhimento de ICMS-ST nas operações de entrada das mercadorias trazidas em seu relatório, dentro do mesmo período fiscalizatório, o que não se pode admitir. Que considerando a doutrina apontada e tendo em vista as provas apresentadas, a busca da verdade material dos atos praticados pela impugnante levará a necessidade de insubsistência do Auto de Infração, ou no mínimo, sua reforma que tornará suficiente o cancelamento do presente. "
9. "DO ERRO NA CAPITULAÇÃO DA PENALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE: Que houve erro na capitulação da penalidade, razão pela qual a multa a ser aplicada deve ser reduzida. Que a penalidade que deveria ter sido aplicada seria a do art.123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, com multa equivalente a 50% do imposto devido, vez que, afirma que a operação foi escriturada. "
10. "DA DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA: Que a multa cominada pelo Fisco Cearense não pode prevalecer por ser absolutamente desproporcional, pois que a multa equivalente a 100% do valor do imposto tido como devido é arbitrária e desproporcional. "

O julgador de piso entendeu que não se pode admitir como válido ato praticado à margem da lei e tendo em vista que o Processo Administrativo-Tributário pauta-se pelos princípios da celeridade, simplicidade, economia processual, verdade material, livre convencimento do julgador, oficialidade, contraditório e ampla defesa, e julgou a ação fiscal é nula de pleno direito, e configurando-se decisão contrária aos interesses da Fazenda Pública Estadual interpostos o REEXAME NECESSÁRIO ao Conselho de Recursos Tributários, em decorrência do valor originário exigido no Auto de Infração em questão ser superior a 10.000 (dez mil Ufirces), conforme disposto no §32, inciso I, do art.104, da lei nº215.614, de 29 de maio de 2014.

A Assessoria Processual não compartilhou da decisão de nulidade da ação fiscal proferida na Instância singular, sob os argumentos de: “em face da ausência de documentação que comprove efetivamente a ocorrência da ilicitude ao fato jurídico tributário, preterindo ao contribuinte o direito pleno de defender-se, maculando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa assegura-



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

dos constitucionalmente. Ausência de uma comprovação material incontestável e irrefutável do ilícito apontado na inicial” autuada esta sob a égide do Dec. Nº 29.560/2008 que regulamenta a Lei 14.237/2008, o qual determina o regime de substituição tributária nas operações realizadas por contribuinte atacadista que é o caso da autuada, levando em consideração o seu código de atividade.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de reexame necessário em razão de decisão contrária a Fazenda Estadual, em acusação de falta de recolhimento decorrente do contribuinte deixar de tributar diversos produtos na saída enquadrados no art. 6º do Dec. n. 29.560/2008, no período de 02/2014 à 12/2015.

Em razão de tudo que vem lançado nos fólios processual e da razões da decisão singular, conheço do Reexame Necessário, para dar-lhe provimento para afastar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, tendo em vista que o agente autuante anexou aos autos, CD contendo planilha onde há detalhamento das notas fiscais, como número de ID, data de emissão, código do produto, descrição e valores de ICMS, elementos suficientes para o deslinde da matéria em análise, com o retorno do processo à 1ª Instância para a realização de novo julgamento.

Em face ao exposto, conheço o Reexame Necessário, para dar-lhe provimento no sentido de afastar a decisão NULIDADE exarada em 1ª Instância, para a realização de novo julgamento, tal como estabelece o artigo 123 do Decreto no 35.010/2022.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, relatado e discutido os autos do Processo de Recurso no 1/2295/2019 – Auto de Infração: 1/201902231. Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Recorrido: MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A.

Decisão: Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, dar-lhe provimento para afastar a decisão declaratória de nulidade proferida em 1ª Instância, tendo em vista que o agente autuante anexou aos autos, CD contendo planilha onde há detalhamento das notas fiscais, como número de ID, data de emissão, código do produto, descrição e valores de ICMS, elementos suficientes para o deslinde da matéria em discussão. Ato contínuo, resolvem determinar o retorno do processo à 1ª Instância para a realização de novo julgamento, tal como estabelece o artigo 123 do Decreto no 35.010/2022. Decisão 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.



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
2ª. CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

Presentes 49ª (quadragésima nona) Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, sob a Presidência da Sra. Maria Elineide Silva e Souza. Presentes à Sessão os Conselheiros Henrique José Leal Jereissati, Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Ana Carolina Cisne Nogueira Feitosa, Renan Cavalcante Araújo, Leon Simões de Mello e Robério Fontenele de Carvalho. Também presente, o Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade. Presente ainda, secretariando os trabalhos da Câmara, a Sra. Silvana Rodrigues Moreira de Souza.

SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza/CE, aos 05 de dezembro de 2022.

**Robério Fontenele de Carvalho
CONSELHEIRO RELATOR**

Dra. Maria Elineide Silva e Souza
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA