



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

**RESOLUÇÃO Nº 119/2010**

**SESSÃO: 51ª Sessão Ordinária de 15/03/2010**

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT**

**PROCESSO Nº 1/1953/2004 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2004.04002**

**RECORRENTE: VOTORANTIM CIMENTO N/NE S/A**

**RECORRIDO: CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

**CONSELHEIRO RELATOR: MARCOS ANTONIO BRASIL**

**EMENTA:** Prestação de serviço de transporte autônomo - ICMS - FRETE - Falta de recolhimento sobre o agregado de 20% (vinte por cento) e 30% (trinta por cento). Auto de Infração julgado **NULO**. Considerando que o fato jurídico tributário descrito no auto de infração, não foi comprovado pelo fiscal autuante. Autuado revel. Recurso Voluntário. Decisão por maioria de votos.

**RELATÓRIO**

Ao ser procedida fiscalização na empresa CIMENTO POTY S A, os agentes do Fisco constataram falta de recolhimento do imposto ICMS - FRETE - referente ao agregado de 20% (vinte por cento) - operações internas e 30% (trinta por cento) operações interestaduais - no valor de 1.903.934,34 (hum milhão, novecentos e três mil, novecentos e trinta e quatro reais e trinta e quatro centavos) - exercício de 2001.

No auto de infração foi Indicado como infringido o artigo 481 - inciso I e II do Decreto 24.569/97 e sugerida a penalidade inserta no artigo 123 - inciso I - alínea "c" da Lei 12.670/96.

Nas Informações Complementares ao Auto de Infração, fls. 03 a 07, os agentes do Fisco ratificam o feito fiscal.

A autuada foi considerada revel na 1ª fase do processo.

A<sup>1</sup>

O julgamento singular decidiu pela procedência do feito fiscal.

A empresa autuada interpôs Recurso Voluntário contra a decisão de 1ª Instância com base nos seguintes argumentos:

- Preliminarmente requer a nulidade do auto de infração por considerar que teria havido cerceamento ao direito de defesa;
- Sobre o frete afirma que: Por ser a remetente da mercadoria, não lhe pode ser imputada a responsabilidade pelo recolhimento do imposto substituto sobre o frete, pois, considera que quando o frete é FOB, a responsabilidade é da destinatária já que a remetente desconhece o valor exato deste; e que quando faz os cálculos de substituição tributária não inclui o valor do frete por este ser FOB.

O processo foi encaminhado à Célula de Perícias, ao que retornou com o Laudo Pericial anexo à fl. 65 a 66.

A Consultoria Tributária em seu parecer de nº. 756/2005 sugere a modificação da decisão singular para a nulidade processual por entender que o fato jurídico tributário descrito no auto de infração, não foi comprovado pelo fiscal autuante.

O parecer apresentado pela Consultoria Tributária foi referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É relatório.

  
MAB

## VOTO DO RELATOR

No relato do auto consta que a empresa autuada teria deixado de recolher o ICMS ao deixar de lançar o agregado de 30% e 20% sobre o valor relativo ao frete nas operações sujeitas à Substituição Tributária.

Inicialmente, sobre a preliminar argüida no recurso, entendemos que os argumentos da recorrente não procedem posto que a revelia foi decretada pela falta de apresentação da defesa no prazo, tendo sido a empresa intimada por AR, tinha possibilidade de impugnar a autuação, bem como a suposta falha nos dispositivos não enseja a nulidade se o relato for claro, nos termos do art. 33, § 2 do Dec. 25.468/99.

Através da análise do processo e do trabalho pericial verificou-se que a autuada emite mercadorias sujeitas à substituição tributária, utilizando-se do serviço de transporte de autônomos e recolhendo o ICMS sobre o frete através da DAE, algumas remessas são realizadas com cláusula CIF e outras com Cláusulas FOB.

A acusação do presente processo é que a empresa autuada teria deixado de incluir o valor do frete no cálculo da substituição tributária sobre o qual deveria ter incidido o agregado de 20% e 30%, causando assim uma diferença a menor no recolhimento do imposto substituto.

Da referida acusação deve-se retirar as operações realizadas com cláusula FOB, já que em tais operações o tomador de serviço será o destinatário, cabendo a este recolher a diferença do imposto substituto e, não devendo a empresa remetente incluí-lo no cálculo da substituição tributária, deve-se retirar, também, as operações de transferências já que sobre estas não incide a substituição tributária nos termos do art. 434, II, do Dec. 24.569/97.

Portanto, passo a análise do presente processo em relação as operações com cláusula CIF realizadas por transportador autônomo e cuja responsabilidade pelo frete foi assumida pela remetente, considerando que nestas situações o valor do frete deverá estar incluso no preço da mercadoria e as notas fiscais deverão serem emitidas com o valor do frete discriminado (art. 432, IV, § 2º do Dec. 24.569/97.

Acontece que para se caracterizar a acusação relatada na inicial seria necessário provar que o valor do frete não se encontra incluso no preço da mercadoria, já que o cálculo da substituição tributária feita nas notas fiscais demonstram que houve a aplicação dos agregados de 20% ou 30% sobre o valor da mercadoria, logo, a única maneira da empresa não ter recolhido a diferença relatada na inicial seria se a emitente não tivesse incluso o frete no preço da mercadoria.



Foi dada oportunidade do fiscal manifestar-se sobre a acusação mas este apenas ratificou o relato da Informação Complementar (fl. 135), cuja redação não esclarece este ponto da acusação, por outro lado, a perita encontrou indícios de que o frete poderia estar incluso no preço da mercadoria já que o mesmo produto apresentava preços diferentes em notas emitidas na mesma data sendo que os preços nas operações CIF geralmente eram superiores àquelas realizadas com cláusula FOB (fl. 65), porém, o referido indício não restou comprovado já que a empresa não apresentou as Planilhas de Custos solicitadas pela perícia.

Entretanto, considerando que o ônus da prova dos fatos constitutivos cabe ao acusador, no caso, o Estado, entendo que caberia ao fiscal provar que apesar das notas fiscais terem sido emitidas com cláusula CIF, a emitente teria deixado de incluir o valor do frete no preço da mercadoria e, em consequência, não teria incidido sobre este o agregado relativo à Substituição Tributária.

Ressalta-se que provar consiste em demonstrar a existência do ato ou fato jurídico tributário descrito no auto de infração, por isso, cabe ao fisco comprová-los. A prova apresentada pelo fisco deve ter linguagem técnica e hábil e deve basear-se em coisas concretas, porém, no presente caso, o trabalho pericial e a Informação Fiscal demonstraram que a acusação foi formulada sem que tivessem sido verificados:

- a) as operações de transferências;
- b) as operações cujo frete foi FOB;
- c) sem que fosse provado que o valor do frete descrita nas notas fiscais com cláusula CIF não estaria incluso no preço da mercadoria e, conseqüentemente, não teriam entrado na Base de Cálculo da substituição tributária.

Os itens a) e b) podem ser retirados da Base de Cálculo com sugere a perita (fl. 66/67), restando assim, o item c) cuja análise resta prejudicada já que não se pode afirmar que o valor do frete estaria incluso no preço da mercadoria, nem negá-lo.

Porém, considerando que a ocorrência do fato jurídico tributário deveria ter sido provado pelo fiscal voto no sentido de que seja declarada a nulidade do feito fiscal.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de que seja dado o conhecimento do recurso voluntário interposto, dar-lhe provimento, para reformar a decisão de Procedência exarada na 1ª Instância alterando-a para a NULIDADE da ação fiscal..

É o voto.

  
MAB

## DECISÃO

Vistos e discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente, **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A** e Recorrido a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

Conforme consta dos registros da Ata da 18ª Sessão Ordinária, realizada em 26 de janeiro de 2006, foram julgadas, naquela data, as preliminares transcritas a seguir: "Após afastadas, por unanimidade de votos, as preliminares de nulidades alegadas pela parte, por cerceamento do direito de defesa e por incompatibilidade entre os dispositivos indicados como infringidos e o relato da infração, resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, também por unanimidade de votos, converter o curso do julgamento do processo em realização de perícia, nos termos do Despacho a ser elaborado pelo Conselheiro Relator". Retomando à pauta nesta Sessão de julgamento, a 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e, em grau de preliminar, **declarar a nulidade do processo** considerando que o fato jurídico tributário descrito no auto de infração, não foi comprovado pelo fiscal autuante, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos as Conselheiras Silvana Carvalho Lima Petelinkar, Francisca Marta de Sousa e Ana Maria Martins Timbó Holanda. A Conselheira Silvana Carvalho Lima Petelinkar foi contrária à nulidade por entender que as provas que não constam do processo sob análise, estão anexadas ao processo 1/1952/04 – AI: 1/200404007 – do qual é relatora. A Conselheira Francisca Marta de Sousa fundamentou seu voto da seguinte forma: "A meu entender, o fiscal acostou material probatório que, à luz do seu trabalho, representaria a prova da acusação fiscal, todavia, a meu ver, deve-se perquirir se esta prova é hábil ou não para sustentar o levantamento tributário, circunstância esta que deve ser analisada por ocasião dos aspectos meritórios, não sendo causa de nulidade processual por falta de provas". A Conselheira Ana Maria Martins Timbó Holanda justificou seu voto nos seguintes termos: "Com referência à nulidade em virtude da falta de provas, entendo que a ausência de documentos fiscais que embasariam a acusação fiscal não é causa de nulidade absoluta, posto que restou comprovado que o fiscal elaborou as planilhas referentes a acusação fiscal e que constam em um CD. Se as provas foram apreciadas mediante laudo pericial, como no caso presente, concluo que não se trataria de nulidade absoluta e sim nulidade relativa, passível de ser sanada. Ademais, de modo injustificado, a parte deixou de atender à intimação da Célula de perícias e Diligências Fiscais, prejudicando a busca da verdade material, contrariando o § 1º, do art. 56, do Decreto nº 25.468/99". **Em tempo:** O Sr. Presidente ao verificar a ausência da ata da sessão de julgamento que determinou a realização de perícia, nos termos do Despacho de fls. 143, chamou o feito à ordem, com vistas ao saneamento da irregularidade, determinando que fosse


juntada ao processo, às fls. 192/193, a Ata da 18ª Sessão Ordinária, realizada em 26 de janeiro de 2006.

**SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 24 de março de 2010.

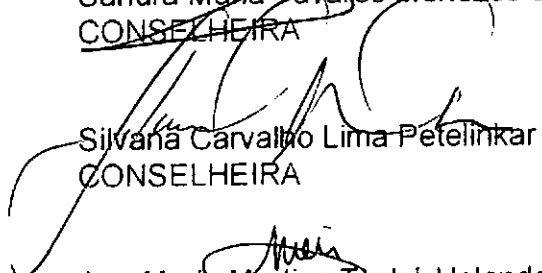
  
José Wilmar Falcão de Souza  
PRESIDENTE


  
Francisca Marta de Sousa  
CONSELHEIRO


  
Marcos Antonio Brasil  
CONSELHEIRO RELATOR

  
Sandra Maria Tavares Menezes de Castro  
CONSELHEIRA

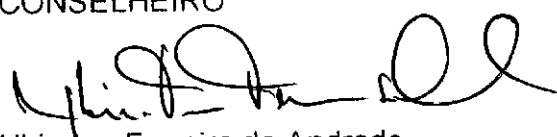
  
José Moreira Sobrinho  
CONSELHEIRO

  
Silvana Carvalho Lima Petelinkar  
CONSELHEIRA

  
Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias  
CONSELHEIRA

  
Ana Maria Martins Timbó Holanda  
CONSELHEIRO

  
Sebastião Almeida Araújo  
CONSELHEIRA

  
Ubiratan Ferreira de Andrade  
PROCURADOR DO ESTADO