



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 064 /2018

7ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20/02/2018

PROCESSO Nº 1/3213/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201616983

RECORRENTE: COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF:06.191.801-6

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

**EMENTA: ICMS – FALTA RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – NULIDADE DA AUTUAÇÃO 1** – A empresa teria deixado de comprovar a saída interestadual de 49 (quarenta e nove) notas fiscais durante o ano de 2014, fato que teria repercutido diretamente no cálculo do benefício do FDI/PCDM e no valor a pagar do Imposto, com infração aos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97 c/c cláusulas segunda e quarta do Termo de Acordo FDI/PCDM 0455/2014. **2** – Imposta a penalidade preceituada no 123, I, 'c' da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/2003. **3** – Nulidade absoluta, por vício formal, em face da prejudicialidade das matérias constantes do presente auto de infração e do auto de infração nº 201616980, quanto à necessidade de comprovação das operações de saídas interestaduais, sendo o último auto de infração julgado nulo por impedimento do agente do Fisco, que emitiu termo de intimação com prazo de cinco dias, quando o mesmo deveria ser de dez dias, consoante o que dispõe o artigo 158, §4º, do Decreto nº 24.569/97. **4** – Recurso Ordinário conhecido e provido para reformar a decisão de PROCEDÊNCIA do auto de infração, declarando sua NULIDADE. **5** – Decisão à unanimidade de votos, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – NULIDADE DA ACUSAÇÃO FISCAL – PREJUDICIALIDADE DAS MATÉRIAS CONSTANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO COM O AUTO POR DESCUMPRIMENTO POR OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS, COM INOBSERVÂNCIA, PELO AGENTE FISCAL, DO PRAZO CONSTANTE DO ARTIGO 158, §4º, DO DECRETO Nº 24.569/97.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

**01 - RELATÓRIO**

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

*"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares.  
O contribuinte calculou a maior o benefício fiscal previsto no Termo de Acordo FDI/PCDM 0455/2014, quando superestimou as operações de saídas interestaduais, tendo como consequência menos ICMS recolhido no período da apuração, vide informações complementares em anexo".*

Apontada infringência aos arts. 73 e 74 do Decreto 24.569/97 c/c cláusulas segunda e quarta do Termo de Acordo FDI/PCDM 0455/2014, foi imposta penalidade preceituada no art. 123, I, 'c' da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/2003.

**Demonstrativo do Crédito Tributário (R\$)**

Base de Cálculo	-
ICMS	11.448,49
Multa	11.448,49
<b>TOTAL</b>	<b>22.896,98</b>

Segundo informações complementares, a empresa teria deixado de comprovar a saída interestadual de 49 (quarenta e nove) notas fiscais durante o ano de 2014, fato que teria repercutido diretamente no cálculo do benefício do FDI/PCDM pois, uma vez reduzido o montante das operações interestaduais pela exclusão das operações não comprovadas, o benefício do FDI/PCDM tornar-se-ia menor que o calculado pelo contribuinte no período.

Anexo à exordial do auto de infração, seguem Mandado de Ação Fiscal nº. 2016.02404, Termo de Início nº. 2016.02792, Termos de Intimação ns. 2016.06248 e 2016.07811 e Termo de Conclusão de Fiscalização nº. 2016.12049, com destaque às fls. 34/35 contendo planilha "cálculo do valor do benefício fiscal do FDI/PCDM após exclusão das saídas interestaduais não comprovadas", às fls. 36/37 contendo relação "saídas interestaduais não comprovadas" e às fls. 89/93 contendo Termo de Acordo FDI/PCDM 0455/2014.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

A empresa foi intimada do feito, e apresentou impugnação à exigência fiscal, com os seguintes argumentos:

- a) Impossibilidade de corresponsabilização dos sócios da atuada, haja vista não ter sido demonstrado o atendimento aos requisitos no art. 135, III do CTN;
- b) Impossibilidade de se computar o valor das saídas em transferência entre os estabelecimentos como total das saídas para o cálculo do benefício fiscal, haja vista que não há incidência de ICMS nessas operações, na forma da Súmula 166 do STJ;
- c) Efetiva ocorrência das operações tidas por não comprovadas, o que acarretaria, quando muito, multa de 200 UFIRCE por descumprimento de obrigação acessória, na forma do art. 878, VIII, 'd' do RICMS/CE.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA do feito, em decisão assim ementada:

EMENTA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS NA HIPÓTESE EM QUE É ASSEGURADA A REDUÇÃO DE 75% DO DEVEDOR DO ICMS, PREVISTA EM TERMO DE ACORDO DO FDI/PCDM. SIMULAÇÃO DAS OPERAÇÕES. Não faz sentido a tentativa do contribuinte de eventualmente atribuir a responsabilidade pela infração à pessoa do transportador ao à terceira pessoa. A infração não tem por causa a ausência do selo fiscal, mas a simulação das operações. A infração não diz respeito à eventual discordância do fisco quanto aos critérios jurídicos aplicáveis às operações, mas a fatos inexatos ou falsamente declarados. As alegações de não incidência do imposto ou de hipótese de “não circulação de mercadoria” em nada servem para negar ou provar os fatos em favor do contribuinte. Auto de infração PROCEDENTE. Defesa tempestiva.”

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Ordinário, onde reforçou os argumentos de defesa e o fez sob os seguintes fundamentos:

- a) Ocorrência de 'bis in idem' em relação ao Auto de Infração nº. 2016.16980, ou pelo menos prejudicialidade entre as matérias tratadas naquele Auto com o Auto em questão;
- b) Impossibilidade de corresponsabilização dos sócios da atuada, haja vista não ter sido demonstrado o atendimento aos requisitos no art. 135, III do CTN;
- c) Impossibilidade de se computar o valor das saídas em transferência entre os estabelecimentos como total das saídas para o cálculo do benefício fiscal, haja vista que não há incidência de ICMS nessas operações, na forma da Súmula 166 do STJ;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

- d) Efetiva ocorrência das operações tidas por não comprovadas, tendo anexado na oportunidade mídia digital com a comprovação das escrituração de algumas operações através de documentos enviados pelas empresas destinatária, pugnando pela realização de perícia.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o relatório.

---

## 02 – VOTO DA RELATORA

---

Trata-se de Recurso Ordinário contra decisão de procedência proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

O auto de infração versa sobre a falta de recolhimento do ICMS no ano de 2014, em decorrência do recálculo do benefício do FDI/PCDM efetuado pela fiscalização, face à ausência de comprovação quanto às saídas interestaduais de mercadorias amparadas por 49 documentos fiscais, com exigência do imposto respectivo e multa de igual valor.

A empresa Recorrente alega, em princípio, matéria afeita às preliminares processuais, no que diz respeito à prejudicialidade entre o Auto em comento e o Auto de Infração nº. 2016.16980, ambos originados da mesma ação fiscal.

Naquela autuação, o Estado exige da Recorrente o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da suposta simulação de saída de mercadorias internadas em território cearense, amparadas em 49 documentos fiscais de saída da Recorrente, que, por sua vez, procura demonstrar a efetiva ocorrência das operações. Já no presente Auto, exige-se o recolhimento do ICMS ocasionado pela redução do benefício do FDI/PCDM, considerando o expurgo das mesmas 49 saídas interestaduais não comprovadas.

Ambos os processos foram pautados para julgamento por essa Colenda 4ª Câmara, na sessão do dia 20/02/2018, tendo a Turma deliberado que o resultado do julgamento do Auto de Infração nº. 2016.16980 poderia influenciar diretamente nas razões de voto do Recurso Ordinário interposto ao presente Auto, motivo pelo qual entendeu o Ilustre Presidente por colocar em votação primeiramente o Recurso Ordinário do Auto de Infração nº. 2016.16980.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

Naquela assentada, votou-se à unanimidade pela NULIDADE, por vício formal, do Auto de Infração nº. 2016.16980, segundo entendimento de que o Agente Autuante estaria impedido para a lavratura da peça acusatória, porque concedeu ao contribuinte prazo inferior ao de 10 (dez) dias no termo de intimação previsto no artigo 158, §4º, do Decreto nº 24.569/97, consoante extrato da ata de julgamento da 7ª sessão ordinária de 2018 dessa Ilustre Câmara:

Processo de Recurso nº 1/3215/2016 – Auto de Infração: 1/201616980. Recorrente: COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relatora: Conselheira IVETE MAURÍCIO DE LIMA. Decisão: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, em exame preliminar, dar-lhe provimento, para declarar a NULIDADE formal do auto de infração, por impedimento do agente do Fisco, que emitiu termo de intimação com prazo de cinco dias, quando o mesmo deveria ser de dez dias, consoante o que dispõe o artigo 158, §4º, do Decreto nº 24.569/97. Decisão baseada no artigo 53, §2º, III do Decreto 25.468/99, nos termos do voto da Conselheira Relatora, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Gustavo Teixeira de Oliveira.

Ora, segundo art. 158, § 4º do RICMS/CE, nas operações de saída interestadual, deve ser disponibilizado à empresa fiscalizada o prazo de 10 (dez) dias para comprovar a efetivação das operações ou prestações destinadas a contribuintes de outras unidades federadas, nos casos em que não tenham sido registrados nos sistemas de controle da SEFAZ, sendo que durante a ação fiscal em referência, a fiscalização somente concedeu o prazo de 5 (cinco) dias para tanto.

É o que se infere da leitura do Termo de Intimação nº. 2016.07811 (fls. 19 do presente Auto) e seu anexo (fls. 20 e 21 do presente Auto):

“Conforme dispõe os arts. 815 e 825 do Decreto nº. 24.569, de 31 de julho de 1997 (RICMS), fica o contribuinte acima intimado: a apresentar os documentos conforme dispõe o anexo do presente termo bem como justificar as questões ali enumeradas. O não atendimento a presente intimação no prazo de 05 dias acarretará sanções previstas na legislação do ICMS”.

“Anexo ao Termo de Intimação nº. 2016.07811:

[...]



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

3. Apresentar duplicatas de clientes pagas, extratos ou transferências bancárias, dentre outros documentos hábeis que comprovem a efetiva operação de saída de mercadorias para outras unidades da Federação, acobertadas por Notas Eletrônicas emitidas e registradas em 2013 e 2014 nas Escrita Fiscal Digital da Ferro e Aço, mas que não estão registradas no SITRAM, nem escrituradas pelo contribuinte destinatário. No arquivo "NOTAS FISCAIS DE VENDAS INTERESTADUAIS A COMPROVAR", gravado em CD\_ROM em anexo, constam os 164 (cento e sessenta e quatro) documentos em questão que foram analisados pela fiscalização observando o disposto no §4º do art. 158 do Decreto nº. 24.569/97;".

Assim é que a Câmara entendeu que a concessão do prazo de 05 dias, diferentemente ao que dispõe o RICMS, demonstra inobservância de procedimento formal, que, por sua natureza, acarreta o impedimento do agente fiscal responsável pela ação fiscal para a lavratura do auto de infração, por força do art. 53, § 2º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99.

Dito isto, tem-se que no Auto de Infração de nº. 2016.16980 restou consignado que ao contribuinte foi preterido seu direito de defesa durante o curso da ação fiscal, por não ter sido observado o prazo legal para que comprovasse as operações de saída criticadas pela fiscalização, operações essas que também deram ensejo ao Auto de Infração nº. 2016.16983, em comento, já que, por terem sido consideradas não comprovadas, acabaram sendo também expurgadas do cálculo do benefício do FDI/PCDM, objeto da presente autuação.

Nas informações complementares, o Agente Fiscal faz inúmeras referências a essa correlação:

"A COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL emitiu, durante o período da ação fiscal, algumas Notas Fiscais Eletrônicas para acobertar operações interestaduais de saídas de mercadorias sem registro de passagem nos postos fiscais, e diante da não comprovação de parte dessas operações, concluiu a auditoria que não houve a efetiva saída do Estado, ou seja, a circulação das mercadorias ocorreu internamente, e por praticar tal conduta contrária à legislação do ICMS, a empresa foi penalizada em auto de infração específico por simular saídas, para outras unidades da Federação, de mercadorias efetivamente internadas no território cearense, durante o exercício de 2014.

Ocorre que essas operações de saída não comprovadas pelo contribuinte tem repercussão direta no cálculo do benefício do FDI/PCDM pois, uma vez reduzido o montante das operações interestaduais pela exclusão das operações não comprovadas, o benefício do FDI/PCDM torna-se menor que o calculado pelo



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

contribuinte no período, conseqüentemente, é devido aos cofres do Estado do Ceará uma parcela de ICMS a ser recolhida.

[...]

Como bem se percebe da leitura das cláusulas acima, a infração praticada pelo contribuinte de simulação de operações de saídas interestaduais repercute diretamente na fruição do Termo de Acordo, em face da relevância que as mesmas adquirem na forma do cálculo do valor do benefício fiscal do FDI/PCDM, já que alteram o montante do ICMS a recolher.

[...]

Dessa forma, como existem informações fiscais em comuns aos dois autos de infração, e a falta de recolhimento do ICMS, analisada no presente caso, surgiu da NÃO comprovação de algumas operações de saídas interestaduais declaradas na escrituração fiscal digital da autuada [...].”

Dessa análise, percebe-se claramente que o Auto de Infração em referência decorreu da falta de comprovação das saídas interestaduais apontadas no Auto de Infração nº. 2016.16980, sendo esse último julgado nulo exatamente porque não foi disponibilizado à Recorrente o prazo legal para a comprovação dessas operações, vício que também deve macular, portanto, a atuação em comento.

Caso as operações pudessem ter sido comprovadas pela Recorrente no tempo hábil, qual seria o desfecho do Auto de Infração nº. 2016.16980? E do Auto de Infração nº. 2016.16983? Certamente ambos teriam sido julgados improcedentes. Caso contrário, a Recorrente regularmente intimada não conseguisse comprovar a efetiva saída das mercadorias apontadas pelos documentos fiscais enumerados na ação fiscal, teríamos sem dúvidas a procedência dos Autos, pelo menos quanto à matéria de mérito.

Ocorre que um elemento essencial, antecedente à própria formação do crédito tributário, qual seja a regular intimação para que o contribuinte pudesse exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório não foi observada pelo Agente Fiscal, motivo pelo qual não se pode chegar à fase da “comprovação ou não das operações”, sem antes se vencer a fase “da regular intimação para tanto”.

Assim, mesmo que o Auto de Infração em referência não tenha como capitulação legal a simulação de saídas ou ausência de selo, dele diretamente decorre, tendo como elemento nodal a própria ausência de comprovação de saídas interestaduais, e, como reflexo, o recálculo do FDI/PCDM.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

A resolução da questão posta no Auto de Infração nº. 201616980 é notoriamente prejudicial à resolução do mérito daquela tratada no Auto de Infração em comento, mas vai além: a matéria supera a questão das prejudicialidades, pois se trata da própria força probante na qual se funda o libelo acusatório.

Se a falta de recolhimento decorre da ausência de comprovação das operações interestaduais de saída, e se não foi assegurado ao contribuinte comprovar a efetividade das mesmas por um vício formal de procedimento da ação fiscal, a conclusão lógica é de que os fatos decorrentes de ato contaminado também estão contaminados. Sobre o assunto já dispunha a chamada "Teoria do Fruto da Árvore Envenenada".

Nesses termos, em face da prejudicialidade das matérias constantes do presente Auto de Infração e do Auto de Infração nº 2016.16980, quanto à necessidade de comprovação das operações de saídas interestaduais, é de se estender a nulidade por impedimento do agente do Fisco, declarada no auto de obrigação acessória também para o presente auto de infração.

*Ex positis*, voto para que se conheça do Recurso Ordinário, para dar-lhe provimento, no sentido de modificar a decisão de procedência proferida em 1ª instância, declarando a **NULIDADE, por vício formal**, da acusação fiscal.

É como VOTO.

---

### 03 – DECISÃO

---

Processo de Recurso nº 1/3213/2016 – Auto de Infração: 1/201616983. Recorrente: **COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

Decisão: *"Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e, em exame preliminar, dar-lhe provimento, para declarar a NULIDADE formal do auto de infração, em face da prejudicialidade das matérias constantes do presente auto de infração e do auto de infração nº 201616980, quanto à necessidade de comprovação das operações de saídas interestaduais, sendo o último auto de infração julgado nulo por impedimento do agente do Fisco, que emitiu termo de intimação com prazo de cinco dias, quando o mesmo deveria ser de dez dias, consoante o que dispõe o artigo 158, §4º, do Decreto nº 24.569/97. Decisão nos termos do voto da Conselheira Relatora, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação proferida oralmente em*



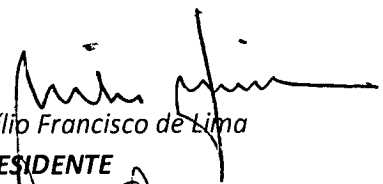


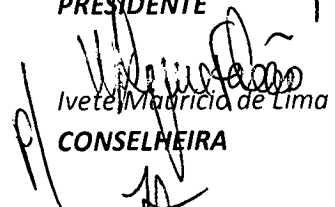
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

---

*sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Gustavo Teixeira de Oliveira."*


**SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,**  
em Fortaleza, 16 de abril de 2018.

  
Abílio Francisco de Lima  
**PRESIDENTE**

  
Ivete Maurícia de Lima  
**CONSELHEIRA**

  
Lúcio Flávio Alves  
**CONSELHEIRO**

  
José Augusto Teixeira  
**CONSELHEIRO**

  
Rafael Lessa Costa Barboza  
**PROCURADOR DO ESTADO**

  
Rodrigo Portela Oliveira  
**CONSELHEIRO**

  
Alice Gondim Salviano de Macedo  
**CONSELHEIRA RELATORA**

  
Diogo Morais Almeida Vilas  
**CONSELHEIRO**