



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº. 075/2018

7ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20 DE FEVEREIRO DE 2018 – 13h 30 min.

PROCESSO Nº: 1/3215/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016.16980-0

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

CGF: 06.191801-6

CONSELHEIRO RELATOR: IVETE MAURÍCIO DE LIMA

EMENTA: ICMS – SIMULAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – A não comprovação das operações no montante de R\$ 353.716,21, sem registros nos postos fiscais de divisa, após intimado pelo agente fiscal, na forma prevista no art. 158, § 4º do Decreto nº 24.569/97, resultou no lançamento do ICMS no valor de R\$ 35.442,76, a título de complementação da alíquota de 17% e na aplicação da multa equivalente a 20% do valor da operação – R\$ 70.743,23. Julgador singular decide pela PROCEDÊNCIA da autuação. A Assessoria Processual Tributária opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento, para que seja reformada a decisão singular para PARCIAL PROCEDÊNCIA, motivada pela redução no valor da multa, em razão da nova redação da penalidade indicada na peça basilar, dada pela Lei nº 16.258/2017, com base no princípio da retroatividade benigna, na forma requerida alternativamente pela recorrente. Por unanimidade de votos, a 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, conhece do Recurso Ordinário e dar provimento, para declarar a **NULIDADE** formal do auto de infração, por impedimento do agente do Fisco, que emitiu termo de intimação com prazo de 05 (cinco) dias, quando o mesmo deveria ser de 10 (dez) dia, baseada no artigo 53, § 2º, III do Decreto nº 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.

PALAVRAS CHAVE: ICMS – SIMULAÇÃO DE SAÍDAS – NÃO COMPROVAÇÃO - FALTA DE REGISTRO NOS POSTOS DE DIVISA

RELATÓRIO:

Na peça basilar sob análise está expresso pela autoridade fiscal que no exercício 2014 a empresa acima qualificada emitiu notas fiscais eletrônicas no valor de R\$ 353.716,21 para acobertar saídas interestaduais, sem registro nos postos fiscais de divisa e sem a efetiva comprovação das referidas operações. n

Nas Informações Complementares o agente fiscal relata os procedimentos de fiscalização, dentre eles, a emissão do Termo de Início de Fiscalização, do primeiro Termo de Intimação e do segundo Termo de Intimação de nº 2016.07811, no qual solicita do-

cumentos comprobatórios de algumas operações interestaduais de saída, com ciência por AR em 07/06/2015.

Descreve o perfil tributário do contribuinte, ressaltando que o mesmo se encontra em processo de Recuperação Judicial, condição que não prejudica o trabalho de auditoria, tendo sido remetidos ofícios à Administração Judicial e ao Exmo. Juiz da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências, objetivando dar conhecimento dos trabalhos.

Nessa descrição, cita que a empresa possui Termo de Acordo FDI, que também tem em seu favor uma liminar concedida pela 4ª Vara da Fazenda Pública (Mandado de Segurança Processo nº 089752868.2014.8.06.001), no qual determina *que a autoridade impetrada se abstenha de lançar, inscrever e exigir ICMS nas operações de transferência de mercadoria do ativo imobilizado da matriz da impetrante para suas filiais localizadas em outros Estados da federação.*

A metodologia de trabalho foi claramente demonstrada, que se deu com base no cruzamento de informações extraídas dos sistemas corporativos da SEFAZ (COMETA e SITRAM) com o banco de dados das Notas Fiscais Eletrônicas, constatando que algumas notas fiscais eletrônicas não tiveram a passagem registrada nos postos fiscais de divisa do Estado do Ceará, razão pela qual intimou o contribuinte em 02/06/2016 (Termo de Intimação) para comprovar a efetividade das operações, consoante prevê o art. 158, § 4º do Decreto nº 24.569/97.

Expõe que dos 164 (cento e sessenta e quatro) documentos fiscais constantes no Relatório "Notas Fiscais de Saídas Interestaduais a Comprovar", após considerar parte da documentação entregue pela autuada em 23/06/2016, restou caracterizada a infração em relação aos 49 (quarenta e nove) documentos fiscais, constituindo de fato uma simulação de saídas interestaduais, pois não havendo comprovado a efetividade das operações, a circulação das mercadorias ocorreu internamente.

Demonstra a legislação aplicada, os dispositivos infringidos, a penalidade, o cálculo do ICMS e da Multa por período de apuração, resultando respectivamente no valor de R\$ 35.442,76 e R\$ 70.743,23.

O autuante aponta no campo específico como dispositivos infringidos os artigos 55, 56, 157, 158 e 170, II, todos do Decreto nº 24.569/97, combinado com o art. 5 do Decreto nº 29.906/09 e arts. 1 e 2 da IN nº 14/2007.

A empresa ingressou com defesa tempestivamente em 20/09/2016 (fls. 72/85), requerendo a improcedência, alegando em síntese a não incidência de ICMS sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, uma vez ausente a circulação jurídica dos bens, nos exatos termos da Súmula 166 do STJ e dos demais julgados colacionados.

Requer ainda a exclusão dos sócios, diante da impossibilidade de corresponsabilização dos mesmos pela suposta infração tributária praticada, em consonância com o entendimento majoritário dos tribunais pátrios.

Alternativamente, a aplicação da penalidade descrita no art. 878, VIII, "d" do RICMS, em função do mero descumprimento de obrigação acessória.

Distribuído o processo em 1ª Instância, o julgador singular decide pela PROCEDÊNCIA da autuação, tendo em vista que não havendo o sujeito passivo comprovado a efetividade das operações no Estado de destino, as alegações de não incidência em nada servem para negar ou provar os fatos em favor do contribuinte.

Ressalta que o chamamento da intimação não é exatamente para fazer prova de que os documentos foram selados, mas para comprovar a efetividade das operações, não fazendo sentido o argumento de atribuir a responsabilidade pela infração à pessoa do transportador ou a terceira pessoa.

Também se mostra contrário a aplicação da penalidade prevista no art. 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96, pois a situação retratada não configura simples descumprimento de formalidade, mas precipuamente supressão do imposto devido.

No tocante à exclusão dos sócios como eventuais corresponsáveis pelo crédito, diz que foge à competência do CONAT e que em nada altera a sujeição passiva da relação tributária instaurada.

Dado conhecimento ao sujeito passivo da PROCEDÊNCIA declarada em Primeira Instância, conforme INTIMAÇÃO (fls. 113) remetida por Aviso de Recebimento-AR (fls. 115), que foi devidamente recepcionado.

Na peça recursal, o sujeito passivo ratifica os argumentos apresentados na defesa, quanto à não incidência do ICMS nas operações de transferência, nos termos da Súmula 166 do STJ e impossibilidade de corresponsabilização dos sócios pela infração imputada.

Clama ainda pela improcedência em função da efetiva comprovação das operações interestaduais, conforme o próprio método adotado pelos agentes fiscais e por este Contencioso Administrativo e em último caso, a aplicação da pena introduzida pela Lei nº 16.258/2007, na alínea H, inciso I, do art. 123 da Lei nº 12.670/96, qual seja, 1 (uma) vez o valor do imposto, em função do vaticínio contido no art. 106, II, "c" do CTN.

Por fim, indica às fls. 131 um representante legal (nome e endereço) para receber intimações e para fins de sustentação oral.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 205/2017 (fls. 146/151), deixa de acatar a alegativa de improcedência, de impossibilidade de corresponsabilização dos sócios, sugerindo ao final, a aplicação da nova redação da penalidade indicada na peça basilar, dada pela Lei nº 16.258/2017, com base no princípio da retroatividade benigna, na forma requerida alternativamente pela recorrente.

Com efeito, a Assessora Processual Tributária opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento, para que seja reformada a decisão singular para PARCIAL PROCEDÊNCIA, motivada pela redução no valor da penalidade, de R\$ 70.743,23 para R\$ 35.442,76.

VOTO DO RELATOR:

A demanda fiscal retratada nos autos se baseia em notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada para acobertar saídas interestaduais, as quais não receberam registros nos postos fiscais de divisa e quando intimado pela autoridade fiscal, deixou o contribuinte de comprovar através de documentos hábeis, a efetividade das operações.

Com base no que relata o autuante e na análise da documentação, depreende-se que a infração está configurada na ausência de comprovação da efetividade das operações, chegando o agente fiscal a conclusão de que as mercadorias foram internadas no território cearense, sendo cabível cobrar o ICMS de 13% e de 5%, a título de complementação da alíquota de 17%, resultando no ICMS de R\$ 35.442,76. N

O caso em questão se refere à saída interestadual, daí a pertinência de se deter ao que está expresso no art. 158 e seu parágrafo 4º do Decreto 24.569/97, no qual se observa a clara intenção do legislador de oportunizar ao contribuinte, um prazo para que comprove a efetividade das operações que não passaram pelo controle do Fisco através de registro nos sistemas corporativos (COMETA ou SITRAM).

Por oportuno enfatizar que toda a atividade da Administração Pública decorre de atos, procedimentos e formalidades em observância da lei, sempre com a finalidade de garantir a legalidade dos atos e que estes tenham sido praticados por aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.

De modo que a autoridade que pratica o ato se sujeita, rigorosamente às disposições legais sob pena da sua inobservância viciar irremediavelmente o ato praticado.

De fato, examinando os documentos acostados aos autos, entende-se que o procedimento de constituição do crédito tributário em análise, deixou de observar o prazo determinado no artigo 158, § 4º do Decreto nº 24.569/97.

Cumprir dizer que o prazo de 5 (cinco) dias anteriormente previsto neste artigo (redação original) foi alterado para 10 (dez) dias por meio do Decreto nº. 31.090/2013, publicado no D.O.E em 09 de janeiro de 2013, ou seja, em vigência na data da autuação.

Observa-se que o agente fiscal ao mencionar nas Informações Complementares o citado dispositivo, utilizou a redação vigente na data da autuação (prazo de 10 dias), entretanto, ao emitir o Termo de Intimação nº 2016.07811 (fls. 20) em 02/06/2016, para que o contribuinte apresentasse os documentos comprobatórios, concedeu o prazo de 05 (cinco) dias.

Assim, conclui-se que o autuante inobservou o comando normativo contido no decreto acima mencionado, que determina o procedimento a ser por ele executado, antes da lavratura do auto de infração, conseqüentemente, mostra-se impedido legalmente.

Não se apresenta pertinente ao caso, a alegativa de que não foi contrariado o direito de defesa do contribuinte, uma vez que o agente fiscal considerou os documentos entregues em prazo superior aos 10 dias previstos, pois o que está em discussão é o procedimento de fiscalização, que deve ser pautado nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Ademais, é difícil mensurar de forma subjetiva, se de fato houve ou não prejuízo ao sujeito passivo, no tocante à espontaneidade concedida para regularização espontânea, a partir da entrega de documentos que comprovem a efetividade das operações.

Logo, no caso sob exame, sem apreciação do mérito, reconhece-se a nulidade do processo na sua fonte, por entender que o agente fiscal ao inobservar a norma legal, praticou um ato contrário ao direito vigente, devendo ser anulado para manter a legalidade administrativa.

Portanto, o ato praticado nos autos encontra-se desprovido dos elementos formais necessários e condizentes para que surta seus efeitos legais, por contrariar as normas contidas na legislação vigente.

Em consequência de tal fato, temos um ato nulo, que nasceu afetado de vício insanável, pela ausência ou defeito substancial em seu elemento constitutivo ou procedimento formativo, sendo ilegítimo, não produzindo qualquer efeito que possa validá-lo.

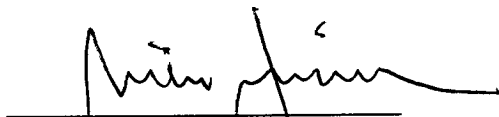
Isto posto, opina-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento, para que seja declarada a NULIDADE formal da autuação.

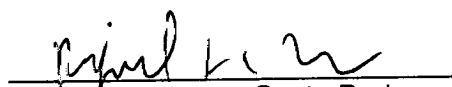
DECISÃO:

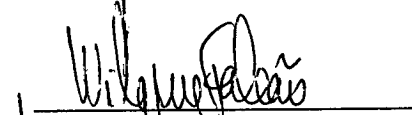
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é **RECORRENTE** a empresa **COMERCIAL FERRO E AÇO LTDA** e **RECORRIDA** a Célula de Julgamento de 1ª Instância,

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dando-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 05 (cinco) dias, quando o mesmo deveria ser de 10 (dez) dias, consoante o que dispõe o art. 158, § 4º do Decreto nº 24.569/97. Decisão baseada no artigo 53, § 2º, III do Decreto nº 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.

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

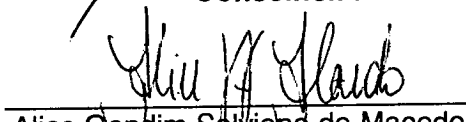

Abílio Francisco de Lima
Presidente da 4ª Câmara

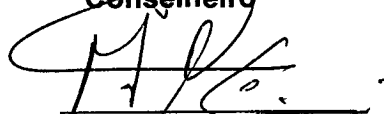

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado
Ciência em: / /

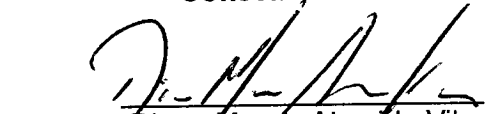

Ivete Maurício de Lima
Conselheira relatora


Rodrigo Portela Oliveira
Conselheiro


Lúcio Flávio Alves
Conselheiro


Alice Gondim Salviano de Macedo
Conselheira


José Augusto Teixeira
Conselheiro


Diogo Morais Almerda Vilar
Conselheiro