



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conselho de Recursos Tributários - 1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº09/2022

1ª (PRIMEIRA) SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2022.

PROCESSO Nº 1/841/2015; AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2015.02961

RECORRENTE (reexame necessário):CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: LA UBERGUE DU VIN COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS -EPP

CONSELHEIRO RELATOR DESIGNADO: GEIDER DE LIMA ALCÂNTARA

EMENTA: OMISSÃO DE ENTRADAS – ICMS E MULTA - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL - 1 –Infração aos Art. 139 do Decreto 24.569/97. - **2** – Penalidade prevista no Art. 123, III, “a” da Lei nº 12.670/96, com a redação alterada pela Lei nº 13.418/03. **3**- Decisão singular pela nulidade do lançamento tributário, por ilegalidade procedimental em vista do impedimento da autoridade lançadora. Não intimação do autuado, para efeito de suporte da acusação fiscal, infringência ao art. 1º da IN SEFAZ nº 37/14. **4** – Decisão por unânime pelo conhecimento do Reexame Necessário, e por maioria com voto de desempate da Presidência negar-lhe provimento, no sentido de declarar NULO o AI Nº 1/2015.02961 mantendo a decisão monocrática. **5** –Decisão em dissonância com o parecer da Assessoria Processual Tributária e com o opinativo da Douta Procuradoria Geral do Estado realizado oralmente em sessão.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – OMISSÃO DE ENTRADAS – ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL – NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

01 – RELATÓRIO

Trata-se de ação fiscal em que o contribuinte foi autuado sob a seguinte descrição:

“AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL - OMISSÃO DE ENTRADAS. O CONTRIBUINTE ADQUIRIU SEM DOCUMENTO FISCAL BEBIDAS NO MONTANTE DE R\$ 2.073.835,91, COM ICMS DE R\$ 518.458,98 E MULTA DE R\$ 622.150,77 NO PERÍODO DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2011, CONFORME RELATÓRIOS E INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES EM ANEXO.”

O agente fiscal aponta como dispositivo infringido o artigo 139 do Decreto nº 24.569/97, indicando como penalidade aplicável ao caso a prevista no art. 123, III, “a”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, que dispõem:

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

[...]

III - relativamente à documentação e à escrituração:

[...]

a) entregar, remeter, transportar, receber, estocar ou depositar mercadorias, prestar ou utilizar serviços sem documentação fiscal ou sendo esta inidônea: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;

Relata o agente fiscal, nas informações complementares, o levantamento fiscal decorreu de dados extraídos de laboratório fiscal da SEFAZ com base em informações prestadas na DIEF de 2011 transmitidas pelo próprio contribuinte, utilizando das seguintes informações:

Com base nas informações da DIEF de 2011, enviados pelo contribuinte e de acordo com o arquivo SOL_274_063995867_pre_audit extraído pelo laboratório fiscal da SEFAZ realizamos o levantamento fiscal utilizando as seguintes informações:

- a) Em relação às entradas, saídas e inventários, utilizamos as informações transmitidas pelo próprio contribuinte para o banco de dados da SEFAZ através do DIEF, das notas Fiscais Eletrônicas emitidas pela empresa, destinadas a empresa referente ao período de janeiro a dezembro de 2011.
- b) Fizemos diversas análises comparativas entre as informações dos itens dos documentos fiscais e seus valores totais para verificarmos a consistência do referido banco de dados.
- c) Para efeito de omissão de entradas, utilizamos o preço médio de entradas ou o valor de inventário inicial ou o valor das saídas das mercadorias.
- d) Todos os dados que serviram de base para este levantamento de estoque de mercadorias foram disponibilizados pelo próprio contribuinte através do envio de seus arquivos (DIEF) para a base de dados da SEFAZ.
- a) O art. 874 do Decreto nº 24.569/97 cita que "Infração é toda ação ou omissão, voluntária ou não, praticada por qualquer pessoa, que resulte em inobservância de normas estabelecidas pela legislação pertinente ao ICMS".

Diante do exposto e efetuado o levantamento de estoque de mercadorias, constatamos **Omissão de Entradas** no período de 01/01/2011 a 31/12/2011, no montante de R\$ 2.073.835,91 (dois milhões setenta três mil oitocentos e trinta cinco reais e noventa um centavos), conforme Relatório Totalizador de Estoque de Mercadorias em anexo.

Pela análise feita, elaborou-se um Relatório Totalizador de Estoque de Mercadorias colacionado às fls. 9 a 39 dos autos, resultando, para o exercício de 2011, uma omissão de entrada no importe de R\$ 2.073.835,91, o que implicou no lançamento do ICMS de R\$ 518.458,98, uma vez que as mercadorias se sujeitavam a substituição tributária, e multa de 30% sobre o valor da operação.

Intimado do auto de infração, a empresa autuada apresentou defesa escrita, pela qual afirmou que as apurações do fiscal ***“não refletiram a verdade em relação à movimentação das mesmas, tendo em vista que os documentos fiscais, seus valores e quantitativos e monetários, não foram levantados corretamente e ou foram desconsideradas como operação legal”***, colacionando como anexo:

“1) Relatório levantado por amostragem dos itens mais relevantes em quantidade e valor, onde evidenciamos as notas fiscais.

2) Relatório fiscal das notas fiscais devidamente lançadas e registradas por data, número e emissor, bem como suas respectivas quantidades e valores. Nota-se que, feitas às devidas considerações, os valores apurados no referido auto, sofrerão considerável redução e até mesmo inexistência”.

Pelo que sucintamente expôs, postulou pela improcedência do auto de infração, por reputar que a acusação fiscal não refletiria a verdade sobre os fatos.

Verificando a célula de julgamento de primeira instância a existência de duas empresas, de mesmo nome fantasia, sediadas em imóveis contíguos, uma com objeto a comercialização varejista e outra atacadista, com eventual confusão física entre os estoques, baixou-se o feito em diligência por meio de despacho, por meio do qual se formalizou o laudo pericial com as informações societárias pertinentes.

Em julgamento de 1º Grau, decidiu-se *ex officio* declarar nula a ação fiscal, sem análise de mérito, por ilegalidade procedimento decorrente da infringência ao art. 1º da IN SEFAZ 37/2014¹, com suposta repercussão em cerceamento de defesa por

¹ Art. 1º Fica instituída a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico prevista no Anexo Único desta Instrução Normativa e obrigatória para os contribuintes do ICMS sujeitos ao Regime Normal de

violação ao art. 83 da lei 15.614/14 c/c art. 55, caput e §2º, inciso II, do Decreto 32.885/18.

Segundo o julgador de primeira instância, era imprescindível a intimação prévia do contribuinte para exercer a opção do arquivo eletrônico a ser objeto de fiscalização, se a DIEF ou a EFD, não sendo possível, dessa forma, firmar prova da materialidade da infração.

Vencida a fazenda pública, o processo submeteu-se ao reexame necessário, quando a Assessoria Processual Tributária, em parecer acolhido pela Procuradoria Geral do Estado, opinou pelo provimento da remessa oficial, com a determinação de retorno dos autos à célula de julgamento de primeira instância para que proceda com a análise de mérito da ação fiscal.

Para desta forma concluir, assim fundamentou a assessoria processual tributária:

“Entretanto, ao consultar o sistema CADASTRO da SEFAZ/Ce, em anexo, verifica-se que a Autuada ficou obrigada a entregar EFD apenas a partir de junho de 2011. De fato, consta no sistema EFD da SEFAZ/Ce que a Autuada entregou EFD apenas referente aos meses de junho a dezembro no ano de 2011, ao passo que entregou arquivos DIEF referente a todos os meses desse ano.

Por não existir arquivos EFD referentes aos meses de janeiro a maio de 2011, e considerando que a IN 37/14 determina, no § 3º de seu art. 1º, que deve ser utilizado somente um tipo de arquivo, DIEF ou EFD, a cada ano, entendo como desnecessário intimar o Contribuinte a fazer uma escolha em que havia apenas a opção dos arquivos no modelo DIEF.

Na prática, a falta da intimação prevista pela IN 37/14 não trouxe qualquer prejuízo à Autuada. Portanto, entendo como indevida a declaração de nulidade por parte do Julgamento Singular.”

[...]

Outrossim, observa-se nas informações complementares do Auto de Infração que o levantamento fiscal realizado por meio da análise da movimentação dos estoques da Empresa autuada, em 2011, o foi com base nas informações prestadas pela própria Impugnante à Administração Tributária, por meio da DIEF.

recolhimento, quando da fiscalização dos períodos compreendidos entre 1º de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2011. § 1º Na Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, o contribuinte deverá optar pelos arquivos da Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) ou da Escrituração Fiscal Digital (EFD), transmitidos ou não, para serem fiscalizados.

Registra-se, por pertinente, que esta ação fiscal foi iniciada pelo Mandado de Ação Fiscal 2014.12395, que resultou em diversos outros autos de infração, tais como os de n.º 2015.02965 (omissão de saída), 2015.02967, 2015.02969 (omissão de saídas), 2015.02971 (omissão de entradas) e 2015.02973, os quais versavam igualmente por auto de infrações advindos da análise de movimentação de estoque, alguns por omissão de entrada e outros por omissão de saída para períodos diversos.

Referidos processos tiveram trâmite semelhante, com idêntica fundamentação de nulidade da decisão de primeira instância e remessa oficial. Em julgamento ocorrido na 15ª sessão ordinária de 2020, em 16/03/2020, esta Colenda Câmara afastara a nulidade suscitada, devolvendo o processo à primeira instância, tal como sugerido no parecer da assessoria processual tributária.

Remessa oficial distribuída à 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários.

É o relatório.

Cuidam os autos de Reexame Necessário, visando a reanálise da decisão singular que declarou nula a ação fiscal, por infringência ao art. 55, caput e §2º, II, do Decreto nº 32.885/18, que dispõem:

“Art. 55. 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. [...]

§ 2º É considerada autoridade impedida àquela que: [...]

II- não disponha de autorização para a prática do ato;”

As conclusões da decisão singular decorrem do descumprimento ao art. 1º da IN SEFAZ 37/2014, sob o fundamento de que, a partir de 2011, o contribuinte “esteve obrigado à transmissão da EFD, sem que tivesse sido facultada à parte, beneficiária do regime especial de tributação – RET n.º 30/11, o direito de opção pelo tipo de arquivo eletrônico, com suporte no qual, deveria ser fiscalizado. [...]”, o que repercutiria em cerceamento de defesa.

Percebe-se que o agente fiscal utilizou informações prestadas pelo Contribuinte na Dief para o referido lançamento, contudo o Autuado efetuou sua escrituração no 1º semestre através da Dief haja vista nesse período ser optante do simples nacional e no 2º semestre passou a utilizar também EFD por mudar seu regime para o de apuração normal, contudo em vista de estar em um período de transição deveria a Autuada ter sido intimada da IN da SEFAZ nº 37/14.

Por não existir arquivos EFD referentes aos meses de janeiro a maio de 2011, como também a ²IN 37/14 determina, no § 3º de seu art. 1º, que deve ser utilizado

² Art. 1º Fica instituída a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico prevista no Anexo Único desta Instrução Normativa e obrigatória para os contribuintes do ICMS sujeitos ao Regime Normal de recolhimento, quando da fiscalização dos períodos compreendidos entre 1º de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2011. § 3º O contribuinte não poderá optar por arquivos distintos dentro de um mesmo exercício a ser fiscalizado, exceto as informações do Inventário com data de 31 de dezembro de 2008.

somente um tipo de arquivo, Dief ou EFD, a cada ano, entendo que a não intimação do Contribuinte macula a ação fiscal tornando a nula, pelo fato de o Agente atuante estar impedido do lançamento pela ausência de intimação da Autuada do advindo da IN da SEFAZ nº 37/14.

Fato ainda mais prejudicial por se tratar de levantamento de estoque, em vista da adequação ao novo tipo de escrituração e a possível dificuldade de transição entre os tipos de escrituração.

A não intimação do Contribuinte acarreta a plena nulidade da ação fiscal em conformidade com o Art. 55 parágrafo 2º, III do Decreto nº 32.885/2018 segue “in verbis”:


Art. 55. 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.
§ 2º É considerada autoridade impedida àquela que: III - pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.

“*Ex positis*”, voto pelo conhecimento do Reexame necessário, para negar-lhe provimento mantendo da decisão do julgamento monocrático que decidiu pela nulidade do Auto de infração.

É o voto.

Visto, relatado e discutido o PROCESSO Nº 1/841/2015; AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201502961 RECORRENTE (reexame necessário):CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. RECORRIDO: LA UBERGUE DU VIN COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS – EPP - CONSELHEIRO RELATOR: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL Decisão: A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do reexame necessário interposto, resolve, por **voto de desempate** do presidente Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior, negar-lhe provimento, confirmando a decisão proferida no julgamento singular, para declarar **NULO**, o auto de infração nos termos do voto do **conselheiro designado Geider de Lima Alcântara**, por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor contrário aos termos do parecer da Assessoria Processual Tributária adotado em sessão pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos ___ de _____ de 2022.

ASSINADO DIGITALMENTE
RAIMUNDO FRUTUOSO DE OLIVEIRA JÚNIOR
A validação pode ser feita no site: <http://serpro.gov.br/assinador-digital>


Raimundo Frutuoso de Oliveira Júnior
PRESIDENTE

GEIDER DE LIMA Assinado de forma digital por GEIDER
ALCANTARA:00008096325 DE LIMA ALCANTARA:00008096325
Dados: 2022.03.21 18:18:34 -03'00'

Geider de Lima Alcântara
Conselheira relator designado

MATTEUS VIANA Assinado de forma digital por
NETO:15409643372 MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2022.03.27 15:38:14 -03'00'

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado