



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº.:173/2021 **51ª SESSÃO VIRTUAL**
ORDINÁRIA:12.08.2021
PROCESSO Nº.: 1/4117/2019 **AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201911620-6**
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO: LOMACON LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.
CGF Nº.: 06.285.672-3
CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. Reexame necessário conhecido e não provido para confirmar a decisão de 1ª Instância, que julgou nulo o auto de infração por cerceamento do direito de defesa. Prova produzida insubsistente e insatisfatória para alicerçar a infração denunciada, especialmente quanto aos valores reclamados. Nulidade absoluta por força do disposto no art. 83 da Lei nº 15.614/2014, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS - FALTA RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE.

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo em análise, denuncia o cometimento da infração abaixo reproduzida:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO AO DIFERENCIAL ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER ICMS SITRAM-1090, DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS, REFERENTE AO PERÍODO DE 09/2018 A 12/2018, NO VR. TOTAL DE R\$ 32.406,24 (TRINTA E DOIS MIL, QUATROCENTOS E SEIS REAIS E VINTE E QUATRO CENTAVOS), NOS PRAZOS REGULAMENTARES. RAZÃO LAVRATURA DESTE A.I.”

O agente fiscal aponta como dispositivo infringido os artigos 73 e 74 e artigos 589 a 593 do Decreto nº 24.569/97; sugere como penalidade aplicável ao caso a

PROCESSO N°.: 1/4117/2019

AUTO DE INFRAÇÃO N°.: 1/201911620-6

prevista no art. 123, I, D da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03; indica como período da infração os meses de setembro a dezembro de 2018. O ICMS e a MULTA reclamados são nos valores, respectivamente, de R\$28.055,76 e R\$14.027,76.

Nas Informações Complementares (fls. 03 a 07), o agente fiscal informa, em síntese, que foi constatada a existência de débitos SITRAM – 1090 – Diferencial de Alíquotas vencidos, sendo emitido o Termo de Intimação nº 2019.04806 (fl.09) para o contribuinte apresentar os documentos comprobatórios dos negócios mercantis, mas decorrido o prazo de 10 dias e não sendo apresentados os solicitados foi lavrado o presente auto de infração pela falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquotas.

Informa que seguem anexos ao processo 96 (noventa e seis) DANFEs relativos ao período de setembro a dezembro/2018 (fls. 18 a 114), emitidos para o autuado em operações interestaduais, que serviram de base para o auto de infração.

Às fls. 13 a 17 constam os relatórios Sistema de Parcelamento Fiscal – Consultas Débitos por Contribuinte.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa (fls. 129 a 144) e apresentou as seguintes razões:

- a) Nulidade por cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista que não recebeu cópias dos documentos que embasaram a autuação; que inexistente detalhamento das operações, apenas valores retirados do sistema; não há como vincular as notas fiscais às supostas diferenças encontradas pelo fiscal.
- b) Ademais, alega a defendente a improcedência do feito fiscal, uma vez que atua no ramo da construção civil e não é contribuinte do ICMS, tampouco consumidor final; que é indevida a cobrança do ICMS DIFAL nas operações interestaduais realizadas por empresa do ramo da construção civil; que os materiais adquiridos pela construção civil são insumos e não deve recolher ICMS, segundo a Súmula 432 do STJ; que não há incidência de ICMS sobre a locação de bens, nos termos do art. 4º, VIII do Decreto 24.569/97.

O contribuinte apresentou uma solicitação de pagamento parcial (fl.184) e em seguida junta aos autos a informação do pagamento, conforme consta das fls. 189 a 192.

O processo foi distribuído para julgamento em 1ª instância onde foi proferida decisão de nulidade do auto de infração, nos termos da ementa abaixo (fls. 193 a 196):

“FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS – DIFAL. IMPOSTO RELATIVO AO DIFERENCIAL ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. ESTABELECIMENTO DA CONSTRUÇÃO CIVIL. Operações registradas no SITRAM. **Período Setembro a Dezembro/2018.** Prova evidentemente insubsistente para fundamentar a lavratura do Auto de Infração. **Nulidade absoluta, de acordo com o art. 83 da Lei 15.614/14.** O ilícito não resta plenamente comprovado. Descumprimento de pressuposto processual. **Preterição do direito de defesa do contribuinte,** nos termos do art. 55, §3º do Decreto 32.885/18. **DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO. Reexame Necessário.”**

Às fls. 211 a 213 dos autos consta o Parecer de nº 83/2021, da lavra da Assessoria Processual Tributária, com manifestação pelo conhecimento do reexame necessário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão singular de nulidade do auto de infração.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

Consta no auto de infração acusação de falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial entre as alíquotas interna e interestadual, pertinente aos meses de setembro a dezembro de 2018, no valor de R\$28.055,76.

No caso concreto, a autoridade fiscal apresentou como provas 96 DANFES, anexos às fls. 18 a 114, emitidos para a empresa autuada em operações interestaduais, que totalizam o valor de R\$1.205.132,73; consultas de débitos anexas às fls. 13 a 17, quando somados chegam ao valor de R\$33.396,24; no Demonstrativo do Crédito Tributário, constante das Informações Complementares (fls.03 a 06) o somatório dos valores lá apresentados é da ordem de R\$27.035,07; o relato do auto de infração diz que o diferencial de alíquotas não recolhido é da ordem de R\$32.406,24, enquanto o valor lançado no auto de infração a título de “principal” é de R\$28.055,76.

A partir das informações acima, vê-se de forma clara divergência quanto ao ICMS efetivamente devido, pois o próprio auto de infração apresenta 02 (dois) valores diferentes. Demais disso, o ICMS indicado no Demonstrativo de Crédito das Informações Complementares também é diferente do lançado no auto de infração.

Cabe destacar que nos moldes estabelecidos no art. 142 do CNT, é dever do Fisco demonstrar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar o crédito tributário, que assim dispõe:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da

obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Por sua vez, o Decreto nº 32.885/2018, no § 2º do art. 41, exige que o relato do Auto de Infração apresente de forma clara o fato que motivou a autuação e os levantamentos fiscais indispensáveis a comprovação do ilícito. Vejamos:

“**Art. 41.** O auto de infração a que se refere o artigo anterior será gerado por meio de sistema eletrônico corporativo e deve conter os seguintes elementos:

(...)

2º O relato da infração deverá conter a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado, fazendo-se acompanhar dos relatórios, planilhas, demonstrativos e demais levantamentos indispensáveis à comprovação do ilícito narrado produzidos em meio digital inclusive.”

Na verdade, os valores que originaram o auto de infração, tais como apresentados, são inconsistentes para alicerçar o feito fiscal. Ademais, carece os autos de um demonstrativo com a indicação das notas fiscais e o respectivo cálculo do imposto que deixou de ser recolhido, o que demonstra a falta de precisão quanto a acusação fiscal, mesmo diante da juntada das notas fiscais no processo.

Nesse sentido, vale aqui mostrar o esforço despendido pela julgadora singular para verificar qual o valor efetivo do ICMS Diferencial de Alíquotas denunciado na peça vestibular. Vejamos:

“Logo, constata-se a indicação de quatro valores diferentes como sendo o ICMS que deixou de ser recolhido. Aí cabe a indagação: qual o valor correto do imposto?”

Buscando ter a certeza do valor do imposto efetuei um cotejo entre os documentos anexos ao processo e os DANFES de fls. 18/114, porém o estudo foi inconclusivo, considerando o seguinte:

- as notas fiscais totalizam R\$1.205.132,73
- algumas delas não possui destaque do imposto
- o total de R\$101.952,81 são notas fiscais oriundas da região nordeste (alíquota interestadual 12%)
- se for aplicada a diferença entre as alíquotas na razão de 6% (18% alíquota interna - 12% alíquota interestadual) obteria o valor de R\$6.117,16
- outras notas no total de R\$1.103.179,92 são originárias de SP (alíquota interestadual 7%)

- se for aplicada a diferença entre as alíquotas na razão de 11% (18% alíquota interna - 7% alíquota interestadual) obteria o valor de R\$121.349,79
- totalizaria o ICMS em R\$127.466,95, que também não coincide com nenhum valor apontado nos autos.”

Como se pode observar, mesmo diante da apreciação das provas, a julgadora singular não obteve êxito em determinar qual o valor efetivo do imposto reclamado. Temos que ressaltar que as provas devem ser produzidas pela autoridade fiscal para que o contribuinte possa defender-se com precisão e a autoridade julgadora possa formar o seu convencimento. Na ausência das provas a verdade material fica prejudicada, tanto para o julgador como para a empresa autuada que fica tolhida, cerceada em seu direito de defesa.

Neste contexto, importa evidenciar que restou prejudicado o lançamento tributário. Logo, outra solução não existe que não seja a anulação do trabalho fiscal. A nulidade aqui declarada não poderá ser suprida ou sanada, vez que as informações não foram suficientemente elaboradas para se determinar a natureza da infração.

A meu ver está caracterizada a ocorrência de vício material, que maculou o lançamento tributário, pois impediu a concretização da formalização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Há dúvidas quanto à própria ocorrência do fato gerador (vício material), a descrição do fato não foi suficiente para uma decisão com razoável segurança.

Assim, diante de tal circunstância e em análise às peças processuais constata-se que a ação fiscal está eivada de vício insanável pela falta de acervo probatório robusto. A acusação fiscal deve traduzir com exatidão os fatos tidos como infracionais. Exige-se que a autoridade lançadora seja diligente quando da produção de provas. Entre as muitas regras impostas aos responsáveis pela lavratura de auto de infração (suporte físico onde serão registrados os valores cobrados a título de crédito tributário), sobressai aquela que fixa os elementos que deverão estar contidos no auto de infração.

Portanto, o ilícito não resta plenamente comprovado e está demonstrado o descumprimento de pressuposto processual que acarreta preterição do direito de defesa do contribuinte, gerando nulidade absoluta, nos moldes do art. 83 da Lei 15.614/14, senão vejamos:

“Art. 83. 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.”

Diante do exposto, e não se podendo admitir como válido ato praticado à margem da lei e tendo em vista que o Processo Administrativo-Tributário é regido, também, pelos princípios da celeridade, simplicidade, economia

PROCESSO N°.: 1/4117/2019

AUTO DE INFRAÇÃO N°.: 1/201911620-6

processual, verdade material, contraditório e ampla defesa, tem-se que a presente ação fiscal é nula de pleno direito.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer do reexame necessário interposto, negar provimento ao recurso para confirmar a decisão de **NULIDADE** proferida no julgamento monocrático.

Eis o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **LOMACON LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.**

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do reexame necessário interposto, resolve, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para confirmar a decisão de nulidade proferida no julgamento monocrático e declarar **NULO** o auto de infração nos termos do voto do conselheiro relator, em conformidade com os fundamentos contidos no julgamento singular e parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, referendado em manifestação oral pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente à sessão para sustentação oral a representante legal da parte a advogada Dra. Letícia Vasconcelos Paraíso.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de setembro de 2021.

MANOEL MARCELO Assinado de forma digital por
AUGUSTO MARQUES MANOEL MARCELO AUGUSTO
NETO:22171703334 MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2021.09.09 17:37:34 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Presidente da 1ª Câmara do CRT

MATTEUS VIANA Assinado de forma digital por
NETO:15409643372 MATTEUS VIANA
Dados: 2021.09.23 16:41:01 -03'00'

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado do Ceará

JOSE WILAME FALCAO Assinado de forma digital por JOSE
DE SOUZA:07291892368 WILAME FALCAO DE SOUZA:07291892368
Dados: 2021.09.08 17:39:55 -03'00'

José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro relator