



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº. 293/2022

36ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23.09.2022.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3136/2019

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201821106-1

RECORRENTE: HAPVIDA ASSISTENCIA MÉDICA LTDA. CGF: 06.894353-9.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MANOEL MARCELO A MARQUES NETO

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido, decisão por unanimidade de votos, para deliberar nos seguintes termos: 1. Em relação a alegação de decadência – Acatada por decisão unânime a decadência parcial, relativa aos meses de agosto a dezembro de 2013, com base no art. 150, § 4º do CTN; 2. Nulidade por ausência do Termo de Conclusão – Afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que o procedimento fiscal em questão foi inaugurado com o Termo de Intimação, conforme Instrução Normativa nº 33/97; 3. Quanto a alegação de ilegitimidade do sujeito passivo, sob o entendimento de que a Recorrente não é contribuinte do ICMS e que o imposto é de responsabilidade do remetente – Afastada por unanimidade de votos, considerando que o atuado se encontra na qualidade de responsável pelo pagamento do imposto, nos termos do art. 16, inciso IV, da Lei nº 12.670/96. 4. Quanto a preliminar de nulidade sob a alegação de ausência de tipificação específica – Afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que o atuado se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal. O procedimento fiscal foi descrito no auto de infração, devidamente motivado e embasado em elementos de prova anexos, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa. 5. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada – Rejeitada por unanimidade de votos, com fundamento no art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014 e Súmula 11 do Conselho de Recursos Tributários. 6. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento ao recurso interposto para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcial procedente, nos seguintes termos: 1. exclusão do período de agosto a dezembro de 2013, atingido pela decadência, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, considerando que todas as operações deste período estão registradas no SITRAM, e foram utilizadas para a autuação. 2. exclusão do mês de março de 2014, por falta de amparo

legal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4628/DF, ao declarar a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar, deferida em 19 de fevereiro de 2014. 3. Remanescendo a cobrança do imposto relativa aos meses de janeiro e fevereiro de 2014, albergados no Protocolo ICMS nº 21/2011. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS – PARCIAL PROCEDENTE.

RELATÓRIO

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

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO AO DIFERENCIAL ENTRE AS ALIQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTA DAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DOS PERIODOS DE REFERÊNCIA DE AGO A DEZ/2013; JAN, FEV E MAR/2014, CONFORME INFORMACOES COMPLEMENTARES ANEXAS A ESTE AUTO DE INFRACAO.”

O agente fiscal aponta como dispositivos infringidos os artigos: 73, 74, 589 a 593 do Dec. n. 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123 I “d” da lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/03.

Trata a acusação de falta de recolhimento em razão do contribuinte em epígrafe deixar de recolher o ICMS relativo ao diferencial de alíquotas sobre as operações de entradas interestaduais com registro de passagem em unidade de fronteira da SEFAZ/CE (SITRAM) durante o período de 08/2013 a 03/2014 no valor de R\$ 33.241,67 (trinta e três mil duzentos e quarenta e um reais e sessenta e sete centavos) de (ICMS) e R\$ 16.620,72 (dezesesseis mil, seiscentos e vinte reais e setenta e dois centavos) referente a multa.

Instruem os autos: Informações Complementares; Mandado da Ação Fiscal nº 2018.13123; Termo de Intimação nº: 2018.14491.

O contribuinte autuado ingressa com impugnação às 164 a 188 dos autos, requerendo, em síntese: Reconhecer a decadência do direito de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, §4º do CTN; declarar a nulidade do auto de infração impugnado, por violar os princípios do contraditório e ampla defesa. No mérito, julgar totalmente IMPROCEDENTE o Auto de Infração; subsidiariamente, requer-se que seja reduzido, para 25% (vinte e cinco por cento), a multa aplicada, conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal (STF).

O processo foi distribuído para julgamento em 1ª instância onde foi proferida decisão de Procedência do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida (fls. 206 a 208):

“EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. Acusação que versa sobre falta de recolhimento do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual relativo a aquisições interestaduais de bens destinado ao ativo fixo e material de consumo. Constatada infringência aos artigos 3º, inciso XV, 25, inciso XI e 589, § 1º todos do Decreto 24.569/97, há de se aplicar a penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "d" da Lei 12.670/96. Autuação **PROCEDENTE.** Defesa tempestiva.”

A autuada apresenta recurso ordinário (fls.213 a 227), reiterando os mesmos argumentos da impugnação. Ressalta, ainda, a ausência de fundamentação da decisão recorrida, que não levou em consideração os argumentos apresentados nas razões de mérito da defesa, requerendo em síntese:

- a) Declarar a nulidade do auto de infração impugnado, diante da impossibilidade da cobrança do DIFAL-ICMS no caso em questão, por ausência de lei complementar regulamentadora no momento do fato gerador da obrigação, conforme decidido pelo STF, devendo ser extinta a presente cobrança;
- b) Reconhecer a decadência do direito de constituir o crédito tributário, tendo em vista que o lançamento ocorreu mais de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º do C TN;
- c) Declarar a nulidade do auto de infração impugnado, eis que a autuação está fundamentada em dispositivo amplo, incapaz de especificá-la, o que fulmina as teses de defesa da Contribuinte, violando os princípios do contraditório e ampla defesa;
- d) No mérito, julgue **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o Auto de Infração, a fim de cancelá-lo, tendo em vista o descumprimento dos requisitos formais do procedimento fiscal e a ausência de qualidade de contribuinte de ICMS, por parte da Impugnante, sendo de responsabilidade do vendedor o recolhimento de todo o valor devido de ICMS, por se tratar de operação interestadual com não contribuinte;
- e) Subsidiariamente, requer-se que seja reduzido, para 25% (vinte e cinco por cento), a multa aplicada, conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal (STF).

Às fls. 232 A 237 dos autos consta o Parecer de nº 2022/41, da lavra da Célula de Assessoria Processual Tributária, manifestando-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão singular de Procedência do auto de infração.

Em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

Versa a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS - Diferencial de Alíquota, durante o período de 08/2013 a 03/2014, contrariando o que preceitua o art. 589 do Dec. nº. 24.569/97.

Nas Informações Complementares o autuante esclarece que intimou o contribuinte a apresentar as Notas Fiscais de operações interestaduais do período de 01/01/2013 a 31/08/2018 e que após análise da documentação e consultas aos sistemas corporativos, constatou a falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota dos meses de agosto de 2013 a março de 2014.

Preliminarmente a apreciação de mérito, deve-se analisar o pedido da recorrente de Decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, §4º do CTN e nulidades suscitadas.

1. A ação fiscal tem início com a lavratura do Termo de Intimação nº 2018.14491, com ciência pessoal em 16/11/2018. O auto de infração em análise foi lavrado no dia 27/12/2018, com ciência em 19/02/2019.

No caso em exame, verifica-se que os fatos geradores ocorreram no período de 08/2013 a 03/2014, conforme consultas realizadas no sistema corporativo da SEFAZ – SITRAM e confronto com as respectivas notas fiscais. Consta-se, ainda, que não há indicação de fraude, dolo ou simulação e que as notas fiscais que originaram a cobrança do diferencial de alíquota, foram regularmente escrituradas e seladas pela administração fazendária.

O fato da escrituração e registro com conhecimento da SEFAZ impõe aplicação do artigo 150, §4º, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, no período de 08/2013 a 12/2013, independentemente da existência de recolhimento de qualquer valor por parte do autuado, considerando que o auto de infração em análise foi lavrado no dia 27/12/2018, com ciência em 19/02/2019. Portanto, superior ao prazo fixado para homologação, de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, remanescendo os meses de janeiro, fevereiro e março de 2014.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame autoridade administrativa, opera-se pelo ato em a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

2. Com relação a alegação de ausência do Termo de Conclusão.

Referida preliminar de nulidade deve ser afastada tendo em vista que o procedimento fiscal em questão foi executado de acordo a legislação que rege a matéria, portanto, não há por que tornar nulo o processo em questão, eis que não foi evidenciada nenhuma ilegalidade na formação do ato administrativo.

Ao analisar o caderno processual, constata-se que o ato administrativo que ampara a presente fiscalização – Mandado de Ação Fiscal nº 2018.13123 (fls. 19) é de “AUDITORIA FISCAL RESTRITA”, cujo motivo determinante de sua emissão consiste na Fiscalização por falta de recolhimento do ICMS no todo ou em parte, relativamente ao período de 01/01/2013 a 31/08/2018.

Referida modalidade de ação fiscal, enquadra-se entre aqueles que dispensam a lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização, conforme preceitua o artigo 825 do Decreto nº 24.569/97, “In Verbis”:

Art. 825. É dispensável a lavratura de Termos de Início e de Conclusão de Fiscalização nos casos de:

(...)

II - atraso ou falta de recolhimento do ICMS;

Destaca-se, ainda, que para o procedimento fiscal - falta de recolhimento do ICMS, é necessário apenas a lavratura do Termo de Intimação, conforme determina o inciso I do art. 1º da Instrução Normativa 33/97. In verbis:

Art. 1º Aprovar o formulário TERMO DE INTIMAÇÃO, Anexo Único, a ser utilizado nas intimações de maneira genérica bem como nos seguintes casos de dispensa da lavratura do Termo de Início e de Conclusão de Fiscalização:

I - atraso ou falta de recolhimento do ICMS;

3. Quanto a alegação de ilegitimidade do sujeito passivo, sob o entendimento de que a Recorrente não é contribuinte do ICMS e que o imposto é de responsabilidade do remetente.

Quanto a essa preliminar, também, deve ser afastada. Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício.

No presente caso, o autuado se encontra na qualidade de responsável pelo pagamento do imposto, nos termos do art. 16, inciso IV, da Lei nº 12.670/96.

Art. 16. São responsáveis pelo pagamento do ICMS:

(...)

IV - o contribuinte, ou destinatário, no recebimento de mercadorias ou bens e na prestação de serviços cujo ICMS não tenha sido pago, no todo ou em parte.

4. Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de ausência de específica tipificação.

Mencionada nulidade, também, deve ser afastada, considerando que o autuado se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal indicada no auto de infração. Portanto, padece de fundamento a tese de preterição do direito de defesa.

Destaco, ainda, que a eventual incorreção do dispositivo legal apontado no auto de infração não tem o condão de gerar a nulidade do levantamento fiscal, nos termos do §6º do art. 56 do Decreto nº 32.885/2018. In verbis:

Art. 56. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

(...)

§ 6º As incorreções ou omissões do auto de infração e a inobservância de exigências meramente formais que não constituam prejuízo à defesa não acarretarão nulidade do citado ato administrativo, desde que haja informações, elementos suficientes e possíveis à determinação do sujeito passivo, a natureza da infração e o montante do crédito tributário.

Deve-se levar em consideração, também, que o procedimento fiscal foi descrito de forma clara e devidamente motivado, embasado em elementos de provas, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme estabelece o §2º do art. 41 do Decreto nº 32.885/2018. In verbis:

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.

5. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada.

O argumento trazido pela recorrente não pode ser apreciado. Ressalta-se que o julgador no âmbito administrativo não tem competência legal para afastar norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, tampouco afastar penalidade por entender confiscatória, conforme previsão expressa no art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014 e Súmula nº 11 do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará.

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal –STF, observado:

A Recorrente requer, ainda, que declare a nulidade do auto de infração impugnado, diante da impossibilidade da cobrança do DIFAL-ICMS no caso em questão, por ausência de lei complementar regulamentadora no momento do fato gerador da obrigação, conforme decidido pelo STF, em sede de Repercussão Geral – Tema paradigma 1.093.

A presente demanda solicitada, confunde-se com o mérito, que passo a analisá-lo nesse momento, citando alguns trechos do artigo do Professor Alexandre Teixeira Jorge: Aspectos controvertidos do diferencial de alíquotas do ICMS: A questão da reserva de Lei Complementar.

https://www.academia.edu/77254369/Aspectos_Controvertidos_do_Diferencial_de_Al%C3%ADquotas_do_ICMS_a_Quest%C3%A3o_da_Reserva_de_Lei_Complementar

Segundo o autor, o diferencial entre as alíquotas interna e interestadual do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pela constituição de 1988, que estabeleceu uma nova disciplina para o ICMS, com o propósito de corrigir as deficiências do sistema de alíquotas, conforme estabelece o art. 155, §2º da Carta Magna.

No âmbito infraconstitucional, nos termos do art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), foi disciplinado provisoriamente pelo Convênio ICM nº 66/1988 e posteriormente pela Lei Complementar nº 87/1996.

Deve-se considerar, ainda, que o **Protocolo ICMS nº 21/2011**, que vigorou de abril de 2011 a fevereiro de 2014, determinava a cobrança da diferença entre a alíquota interna e alíquota interestadual de ICMS pela Unidade Federativa destinatária, quando o destinatário final não fosse contribuinte do imposto.

Contudo, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do referido protocolo, na ADI 4628 e ADI 4713, sob os seguintes fundamentos: impossibilidade da bitributação, ofensa ao princípio do não-confisco, ultraje à liberdade de tráfego de bens e pessoas e vedação à guerra fiscal, alcançando o período de março 2014 a dezembro de 2015.

A Emenda Constitucional nº 87/2015, promulgada em 16 de abril de 2015, alterou as normas jurídicas regulamentadoras do ICMS nas operações destinadas ao consumidor final, em que remetente e destinatário se encontrassem em diferentes estados da Federação. Ou seja, ampliou a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS para as operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto, conforme prevê o art. 14, §2º XII. In verbis:

Art. 14. Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes do ICMS:

(...)

XII - qualquer pessoa indicada nos incisos anteriores que, na condição de contribuinte ou não, consumidor final, adquira mercadoria, bem ou serviço em operações interestaduais.

(Redação do inciso dada pela Lei Nº 15863 DE 13/10/2015, efeitos a partir de 01/01/2016).

A alínea “b” do inciso VIII do § 2.º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, incluída pela supracitada emenda, atribuiu ao remetente das mercadorias a responsabilidade

pelo recolhimento do imposto correspondente ao diferencial entre a alíquota interna e a interestadual. In verbis:

“Art. 155. [omissis]

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte:

[...]

VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII – **a responsabilidade pelo recolhimento** do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) **ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;**” grifo nosso.

Vale destacar que a EC 87/2015 determinou uma regra de transição, inserindo o art. 99 no ADCT, estabelecendo a partilha e proporcionalidade entre os anos de 2015 a 2019, ocorrendo uma substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária.

Tais mudanças, propiciaram a edição do Convênio ICMS nº 93/2015, editado com a finalidade de dispor sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. Destaco a Cláusula Segunda do referido Convênio. In verbis:

Cláusula segunda. Nas operações e prestações de serviço de que trata este convênio, **o contribuinte que as realizar deve:**

I - se remetente do bem:

a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação;

- b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;
- c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”;**

Todavia, referida cláusula, igualmente com os outros dispositivos do citado convênio, foram declarados inconstitucionais por vício formal, nos autos da ADI 5469/DF, julgada em 24/2/2021, vez que a matéria ali tratada era reservada à lei complementar.

Restou ainda explicitado no julgamento que seriam válidas as leis estaduais ou distritais editadas após a EC 87/2015, que previssem a cobrança do DIFAL nas operações e prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. No entanto, estas não produziram efeitos enquanto não editada a lei complementar dispondo sobre o assunto.

No âmbito do Estado do Ceará, a Lei Estadual 12.670, de 27 de dezembro de 1996, traz a seguinte disposição, conforme trecho abaixo colacionado:

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

(...)

IX - as operações e prestações iniciadas em outra unidade da Federação que destinem bens ou serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado neste Estado.

(...)

§ 3º Na hipótese do inciso IX deste artigo, o remetente da mercadoria ou prestador do serviço recolherá o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna deste Estado e a interestadual da unidade federada de origem, no prazo estabelecido em regulamento.

Tem-se, ainda, o teor do inciso IV do art. 16 da Lei 12.670/1996:

Art. 16. São responsáveis pelo pagamento do ICMS:

(...)

IV - o contribuinte, ou destinatário, no recebimento de mercadorias ou bens e na prestação de serviços cujo ICMS não tenha sido pago, no todo ou em parte.

Destaca-se que por razões de segurança jurídica o STF realizou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que estes somente fossem produzidos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, permanecendo válidas, portanto, as cobranças realizadas em momento anterior.

Em cumprimento ao que fora decidido pelo STF, foi publicada, em 04 de janeiro de 2022, a Lei Complementar Federal n.º 190/2022, que acrescentou à Lei Kandir dispositivos necessários à regulamentação da cobrança do diferencial de alíquotas, passando a prever como contribuinte o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.

Feitos os devidos esclarecimentos, é necessário salientar que no contexto aqui tratado, a legislação tributária prever que o ICMS, *a priori*, deve ser recolhido pelo remetente da mercadoria, não se pode olvidar que o adquirente se mantém como responsável tributário pelo discutido recolhimento na hipótese de o imposto não ter sido devidamente pago pelo contribuinte domiciliado no outro estado da federação.

Feitas as considerações acima e após análise do presente auto de infração, que se ao período de 08/2013 a 03/2014; voto no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, dar parcial provimento para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcial procedente, nos seguintes termos: 1. Excluir os meses de agosto a dezembro de 2013, porque atingido pela decadência, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, sopesando que todas as operações deste período estão registradas no sistema da Sefaz – SITRAM e foram utilizadas para a autuação; 2. exclusão do mês de março de 2014, por falta de amparo legal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4628/DF, declarou a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011, que modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar, a qual foi deferida em 19 de fevereiro de 2014. 3. Cobrar o imposto relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 2014, uma vez que estão albergados pelo Protocolo ICMS nº 21/2011.

A comprovação do ilícito ocorreu, ficando caracterizado a falta de recolhimento do ICMS – DIFAL, portanto, sujeita à penalidade que se encontra prevista no art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei nº 13.258/2017.

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

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (janeiro e fevereiro/2014)

Mês/Ano	ICMS	Multa	Mês/ Ano	ICMS	Multa
jan/14	89,85	44,92	fev/14	72,95	36,47
jan/14	103,66	51,83	fev/14	179,58	89,79
jan/14	143,75	71,87	fev/14	276,00	138,00
jan/14	160,00	80,00	fev/14	575,00	287,50
jan/14	224,25	112,12	Total	1103,53	551,76
jan/14	327,25	163,62			
jan/14	424,70	212,35			
jan/14	487,75	243,87			
jan/14	1326,66	663,33			
Total	3287,87	1643,91			

É o voto.

DECISÃO

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar nos seguintes termos: 1. Em relação a alegação de decadência – Foi acatada por unanimidade de votos a decadência parcial, relativa aos meses de agosto a dezembro de 2013, com base no art. 150, § 4º do CTN, considerando que todas as operações deste período estão registradas no SITRAM, tal como foram utilizadas para a autuação. 2. Com relação a alegação de ausência do Termo de Conclusão – Foi afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que o procedimento fiscal em questão não foi inaugurado com Termo de Início de Fiscalização, mas com a lavratura de Termo de Intimação, instituído pela Instrução Normativa nº 33/97, por se tratar de auditoria fiscal restrita. 3. Quanto a alegação de ilegitimidade do sujeito passivo, sob o entendimento de que a Recorrente não é contribuinte do ICMS e que o imposto é de responsabilidade do remetente – Foi afastada por unanimidade de votos, considerando que o autuado encontra-se na qualidade de responsável pelo pagamento do imposto, nos termos do art. 16, inciso IV, da Lei nº 12.670/96. 4. Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de ausência de específica tipificação – Foi afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que o autuado se defende dos fatos imputados e não da capitulação legal efetuada pelo autuante e considerando que procedimento fiscal foi descrito no auto de infração, devidamente motivado e embasado em elementos de prova anexos, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa. 5. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada – Foi rejeitada por unanimidade de votos, com fundamento no art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014 e Súmula 11 do Conselho de Recursos Tributários. 6. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento ao recurso interposto para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcial procedente, nos seguintes termos: 1. exclusão do período de agosto a dezembro de 2013, porque atingido pela decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, considerando que todas as operações deste período estão registradas no SITRAM, tal como foram utilizadas para a autuação. 2. exclusão do mês de março de 2014, por falta de amparo legal, haja vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4628/DF, ao declarar a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011, modulou os efeitos da

declaração de inconstitucionalidade a partir da concessão da medida liminar, a qual foi deferida em 19 de fevereiro de 2014, porque encontram-se albergados no Protocolo ICMS nº 21/2011. 3. Remanescendo a cobrança do imposto relativa aos meses de janeiro e fevereiro de 2014. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de outubro de 2022.

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro Relator

Maria Elineide Silva e Souza
Presidente

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado