



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº. 0224 / 2019.

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM:

PROCESSO Nº: 1/814/2015

AUTO DE INFRAÇÃO: 201502957-2

RECORRENTE: VIVO S/A

RECORRIDA: CÉDULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CGF/CE: 06.356.722-9

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA.

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. O contribuinte deixou de recolher o imposto relativo ao diferencial de alíquota. Violação dos artigos 73, 74, 598 e 593 do Decreto nº24.569/97 – RICMS. Penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Decisão amparada nos termos da legislação que permeia a matéria. Recurso Ordinário Conhecido e PROVIDO para Declarar NULO a decisão da 1ª instância, pela inobservância do autuante aos requisitos elementares à constituição de crédito tributário.

PALAVRA-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – AUTUAÇÃO NULA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I – RELATÓRIO

A acusação revestida no presente processo, baseia-se no Auto de Infração de nº201502957-2, cujo o termo é a falta de recolhimento do ICMS proveniente de aquisições interestaduais de bens destinados a consumos ou ativo permanente do estabelecimento no período de janeiro a dezembro de 2011, perfazendo a ausência da obrigação tributária no montante de R\$164.667,95 (centos e sessenta e quatro mil seiscentos e sessenta e sete reais e noventa e cinco centavos), tendo como acusação: *“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazo regulamentares. O contribuinte deixou de recolher o Diferencial de Alíquotas referentes às*



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

notas fiscais destinadas ao Ativo Permanente e Consumo, no período de 2011, no valor total de R\$1664.667,95.”.

O atuante relata nas Informações Complementares que a empresa fora intimada no termo da Intimação nº2015.03512 para apresentar as notas fiscais com os respectivos comprovantes de recolhimento do diferencial de alíquotas registradas no sistema cometa e não lançadas no Sped, referente ao exercício de 2011.

Os auditores elencaram a infração dos artigos 598, §1º do Dec. 24.569/97 e Art. 3º, inciso IV da Lei nº12.670/96, com penalidade prevista no Art. 123, inciso I, alínea “c” da referida lei.

Tendo ciência da autuação, o contribuinte apresentou tempestivamente defesa aos autos (fls. 14/82);

A parte autuada pugna pela inoccorrência de hipóteses de responsabilização solidária de diretores da empresa autuada prevista na legislação aplicável, bem como ausência de indicação minimamente coerente para inclusão de “responsáveis” na autuação fiscal, além de requerem a nulidade da ação fiscal diante da inexatidão da identificação da natureza das operações autuadas nos autos de infração, ensejando em cerceamento de defesa. No mérito a autuada aborda a ilegitimidade da exigência de ICMS sobre transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista a inoccorrência do fato gerador.

Seguindo a toada, no julgamento de primeira instância evidenciou-se que a ação fiscal foi julgada PROCEDENTE, devendo ser recolhido o valor de R\$329.335,90 (trezentos e vinte e nove mil trezentos e trinta e cinco reais e noventa centavos) (fls. 83/86).

A parte autuada intentou Recurso Ordinário, nos mesmos termos de sua peça impugnatória (fls. 90/96);

Reforçando o exposto, a Cédula de Assessoria Processual Tributária, reverbera o entendimento no sentido de conhecer o Recurso Ordinário, e dar-lhe o provimento, para que seja reformada a decisão da ação fiscal, exarada na primeira instância (fls. 83/86) para que seja declarada a NULIDADE do lançamento;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

A Procuradoria adotou os mesmos termos exarados no parecer da Assessoria Processual Tributária.

Nestes termos, eis o breve relato.

II – VOTO

O fato gerador da autuação em epígrafe decorre que a ausência de comprovação da escrituração de 74 (setenta e quatro) notas fiscais com o devido pagamento do diferencial de alíquotas, conforme exigência do art. 2º, inciso V, alínea “b” do Decreto 12.670/1996.

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

(...)

V - a entrada, neste Estado, decorrente de operação interestadual, de:

(...)

b) mercadoria, bem ou serviço destinados a contribuinte do ICMS, para serem utilizados, consumidos ou incorporados ao Ativo Permanente;

A base de cálculo do ICMS é regulamentado no inciso XI, b do artigo 25 do Dec. 24.569/1997, conforme determina:

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

(...)

XI - o valor, respectivamente, da operação ou da prestação sobre o qual foi cobrado o ICMS no Estado de origem:

(...)

b) quando da entrada no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação, destinados a consumo ou ativo permanente;



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Trata-se da preceituação do art.589, §1º do Dec. 24.569/1997 que expressa a obrigatoriedade do pagamento do ICMS devido nas diferenças de alíquotas interna e interestadual sobre o valor utilizado para cobrança do imposto na origem:

Art. 589. O ICMS devido na operação e prestação com bem do ativo permanente ou de consumo, oriundo de outra unidade da Federação, será calculado com base na aplicação do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual sobre o valor utilizado para cobrança do imposto na origem, observado o disposto no inciso XI do artigo 25.

§ 1º O contribuinte obrigado a manter escrituração fiscal deverá recolher o ICMS de que trata o caput no prazo de recolhimento do imposto fixado na legislação.

Com base nos fundamentos apresentados a fim de sustentar o entendimento pela viabilidade da ação fiscal, emerge-se o supedâneo no qual pugna-se pela cobrança da referida quantia, face ao não recolhimento do ICMS devido, uma vez que o não cumprimento desta obrigação tributária acarreta a sua possibilidade de cobrança.

Por conseguinte, o não recolhimento do ICMS configura infração nos termos do art.874 do Decreto 24.569/1997, estando à responsabilidade contida no art. 877 do mesmo Decreto. Vejamos tais institutos mencionados:

Art. 874. Infração é toda ação ou omissão, voluntária ou não, praticada por qualquer pessoa, que resulte em inobservância de norma estabelecida pela legislação do ICMS;

Art. 877. Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe de intenção do agente ou responsável e da entidade, natureza e extensão dos efeitos do ato.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Como penalidade estabeleceu-se a aplicação conforme o texto do art. 123, inciso I, alínea “c” da lei nº 12.670/96.

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:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto; (Redação dada pela Lei nº 13.418, de 30.12.03)

Ocorre que o período fiscalizado pelo auditor fora entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de dezembro de 2011, ocasião em que deveria ter observado a Instrução Normativa nº37/2014 (DOE 25/11/2014) que instituiu a DECLARAÇÃO DE OPÇÃO DE ARQUIVO ELETRÔNICO como sendo obrigatória para todos os contribuintes de ICMS sujeitos ao Regime Normal de recolhimento, conforme dispositivo do art. 1º, §1º da referida instrução normativa:

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.

§ 1º Na Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, o contribuinte deverá optar pelos arquivos da Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) ou da Escrituração



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Fiscal Digital (EFD), transmitidos ou não, para serem fiscalizados.

§ 2º A opção de que trata o § 1º deste artigo é realizada de forma irrevogável.

Art. 2º A Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico deverá ser assinada por um dos sócios ou representante legal da empresa e apresentada ao agente do Fisco por ocasião da entrega da documentação solicitada no Termo de Início de Fiscalização.

Diante da inexistência da emissão da referida Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, existente no anexo único da instrução normativa 37/2014, o que impossibilitou a escolha do Arquivo (DIEF ou EFD) a fim de basear a ação fiscal, o que gera a nulidade de todo o processo, tendo em vista que o agente do Fisco encontrava-se impedido de lançar o crédito tributário, conforme previsto no art. 83 da Lei nº 15.614/2014:

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.

Entende-se, desse modo, que o lançamento do crédito tributário se torna NULO pela inexistência dos requisitos elementares para a sua formalização.

Posto isso, exarar-se o entendimento a fim de conhecer o Recurso Ordinário, para dar-lhe provimento, para nesses termos DECLARAR NULO o auto de infração.

Este é o voto.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

III- DECISÃO

Processo de Recurso Nº 1/814/2015 – Auto de Infração: 1/201502957.
RECORRENTE: VIVO S.A.. RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator:
Conselheiro **MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA. Decisão:** A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância, e declarar **NULO**, pela inobservância do autuante aos requisitos elementares à constituição de crédito tributário, inviabilizando o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Sala das sessões da 3ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, aos 13 de Novembro de 2019.


Francisco Wellington Ávila Pereira

PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA


Alexandre Mendes de Sousa

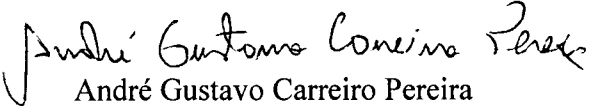
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves

CONSELHEIRO


Teresa Helena C. Rebouças Porto

CONSELHEIRA


André Gustavo Carreiro Pereira

PROCURADOR DO ESTADO


Felipe Augusto Araujo Muniz

CONSELHEIRO


Ricardo Ferreira Valente Filho

CONSELHEIRO


Mikael Pinheiro de Oliveira

CONSELHEIRO