



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

**RESOLUÇÃO Nº. 78/2019**

24ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 29 DE ABRIL DE 2019 – 13h 30 min.

**PROCESSO Nº: 1/1674/2016**

**AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2016.05339-8**

**RECORRENTE: KILLING CEARÁ TINTAS E ADESIVOS LTDA**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

**CGF: 06.989249-0**

**CONSELHEIRA RELATORA: IVETE MAURÍCIO DE LIMA**

**EMENTA:** ICMS – DEIXAR DE ESCRITURAR NO LIVRO PRÓPRIO PARA REGISTRO DE SAÍDAS E DE RECOLHER O ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR SAÍDAS. Infração ao art. 270 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, III, “g” da Lei nº 12.670/96. PROCEDÊNCIA declarada em Primeira Instância com aplicação da penalidade prevista no art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96. NULIDADE declarada de ofício por inobservância ao procedimento de fiscalização definido na Instrução Normativa nº 37/2014, que institui a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico. Recurso Ordinário Conhecido e Provido.

**PALAVRAS CHAVE:** ESCRITURAÇÃO – NOTA FISCAL DE SAÍDA – ICMS SUBSTITUIÇÃO POR SAÍDA – INDÚSTRIA DE TINTAS – DIEF – EFD – DECLARAÇÃO DE OPÇÃO – ARQUIVO ELETRÔNICO.

**RELATÓRIO:**

A acusação fiscal em tela versa sobre a falta de escrituração de documentos fiscais no Livro Registro de Saídas e conseqüente falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária por saídas, por contribuinte do setor de fabricação de tintas, conforme estabelecido no art. 559 e 560, § 1º, I, do Decreto nº 24.569/97.

Nas Informações Complementares o agente fiscal esclarece que a fiscalização utilizou como base, relatório fornecido pelo Laboratório Fiscal, do qual se verifica que as notas fiscais arroladas no demonstrativo em anexo não foram lançadas na DIEF ou SPED, no montante de R\$ 18.984,25 (Dezoito mil, novecentos e oitenta e quatro reais e vinte e cinco centavos).

Explica que sobre o valor total das saídas não registradas agregou o percentual de 35%, para a cobrança do ICMS Substituição Tributária devido nas saídas, perfazendo uma base de cálculo no valor de R\$ 25.628,74 (Vinte e cinco mil,

seiscentos e vinte e oito reais e setenta e quatro reais) e apurando o ICMS de R\$ 4.356,88, com MULTA de igual valor.

A autoridade fiscal indica como dispositivo infringido o artigo 270 do Decreto nº 24.569/97 e como penalidade a inserta no art. 123, I, "g" da Lei nº 12.670/96.

No julgamento de Primeira Instância (fls. 40/45), a autoridade julgadora diz que não prospera o argumento de cerceamento de defesa, visto que a impugnante não elenca os erros, as confusões e as lacunas que comprometeram esse exercício. No mérito, afirma que a defesa não controverteu a acusação, devendo permanecer a pecha acusatória da inicial, entretanto, com base no estabelecido no art. 84, § 7º da Lei nº 15.614/14, aplica a penalidade inserta no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, dado que a falta de escrituração de nota fiscal de saída, implica diretamente na falta de recolhimento do imposto.

Decide pela PROCEDÊNCIA da autuação fiscal.

O sujeito passivo apresenta Recurso Ordinário (fls. 64/67), mantendo a linha de defesa da impugnação, alegando principalmente que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo anexo ao auto de infração, não foram emitidas pela empresa, pois a numeração ali constante não tem qualquer relação com as relativas aos documentos fiscais que emitiu nas operações de saída de mercadorias. Indaga como poderiam essas notas fiscais serem registradas no SPED se não têm qualquer relação de pertinência com os seus registros fiscais e contábeis. Alega que é impossível se defender se não tem ideia a respeito da materialidade da infração, impondo-lhe o ônus da prova negativa.

Requer a NULIDADE do lançamento ou no mínimo que a decisão recorrida seja reformada, determinando-se a baixa dos autos à instância originária para que sejam realizadas as necessárias diligências e/ou exames periciais para demonstrar a efetiva regularidade das operações.

No Parecer nº 83/2019 (fls. 64/67), a Assessora Processual Tributária sugere a NULIDADE da autuação ao constatar que o auditor fiscal não observou ao estatuído na Instrução Normativa nº 37/2014, não possibilitando ao contribuinte a escolha do arquivo eletrônico (DIEF ou EFD) a ser utilizado na ação fiscal, por meio da Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, uma vez que o regime de recolhimento é o NORMAL e o exercício fiscalizado é 2011.

Diante do exposto, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento a fim de que seja reformada a decisão singular para NULIDADE do lançamento.

É o RELATÓRIO.

#### **VOTO DA RELATORA:**

A presente demanda decorre de análise de Recurso Ordinário interposto pelo sujeito passivo em razão da PROCEDÊNCIA declarada na Primeira Instância.

*A priori*, insta salientar que no exercício fiscalizado – 2011, tratando-se de empresa enquadrada no regime NORMAL de recolhimento, a Administração Tributária cearense exigiu do contribuinte o cumprimento de 02 (duas) obrigações acessórias semelhantes, qual seja, a DIEF – Declaração de Informações Econômico Fiscais e a EFD – Escrituração Fiscal Digital.

Em razão disso, mostrou-se necessário a padronização dos procedimentos de fiscalização, cujas regras foram definidas na Instrução Normativa nº 37, em 19 de novembro de 2014 (fls. 61/62).

Da leitura do referido instrumento normativo, depreende-se a clara intenção do legislador de oportunizar ao contribuinte que obrigado estava a entrega da DIEF e EFD, escolher o tipo de arquivo eletrônico para fins de fiscalização.

Com efeito, por ocasião da entrega da documentação solicitada no Termo de Início de Fiscalização, a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico - Anexo Único da Instrução Normativa nº 32014, deverá ser apresentada ao agente do Fisco, devidamente assinada por um dos sócios ou representante legal da empresa.

Em análise ao Termo de Início de Fiscalização nº 2016.03350 (fls. 06), verifica-se que o agente fiscal solicitou arquivos eletrônicos (DIEF ou EFD), entretanto, não especificou dentre OUTROS DOCUMENTOS, a entrega da citada declaração.

Responsabilizar exclusivamente o contribuinte pela não entrega da declaração, seguindo a compreensão de que compete observar os instrumentos normativos, parece-me desarrazoado, visto que a fiscalização tributária representa uma espécie de atividade administrativa, cabendo ao agente público proceder na forma determinada nos atos normativos infralegais, sob pena de se promover uma insegurança jurídica.

Outrossim, não esclareceu o agente fiscal qual o critério adotado para fiscalização, ou seja, que tipo de arquivo eletrônico foi utilizado no levantamento fiscal e o que levou a essa escolha.

Melhor explicando, mesmo que se entenda que, não estivesse o agente fiscal obrigado a solicitar formalmente a Declaração de Opção no Termo de Início de Fiscalização, mas somente o contribuinte a proceder a sua entrega nessa oportunidade, não restam dúvidas de que, estaria o agente fiscal obrigado a utilizar somente os arquivos da DIEF, na falta de opção do contribuinte, consoante determinado no art. 3º da referida instrução normativa.

É bem verdade que nem toda irregularidade ensejará a sanção de nulidade, visto que a forma não é um fim em si mesmo.

No caso em que se cuida, não se busca trilhar pelo rigor formal, mas seguindo a lógica de que, a ausência da Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, gera um prejuízo ao sujeito passivo, na hipótese de que se tivesse escolhido o modelo de arquivo que a seu ver não teria falhas nos registros fiscais de saídas, infração alguma teria se configurado.

Assim sendo, conclui-se que, a irregularidade constatada provocou nulidade absoluta, visto que a omissão por parte da Fiscalização de procedimento formalístico preparatório essencial à conformação jurídica do lançamento às suas normas de regência afeta a sua própria validação.

Com efeito, verifica-se que o procedimento fiscal instaurado em desacordo com a Instrução Normativa nº 37/2014, como dito alhures, contamina o lançamento de vício formal insanável, ensejando a sua nulidade, nos moldes estabelecidos no art. 83 da Lei nº 15.614/2014.

Face ao exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário interposto e por maioria de votos, de ofício, declarar a nulidade do feito fiscal, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, em desacordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

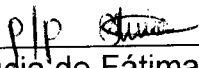
É o VOTO.

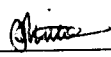
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é **RECORRENTE** KILLING CEARÁ TINTAS E ADESIVOS LTDA e **RECORRIDA** a Célula de Julgamento de 1ª Instância.

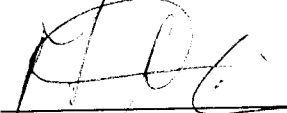
### DECISÃO:

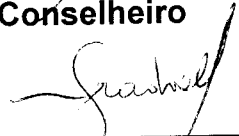
A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por maioria de votos, conhecer do Recurso ordinário interposto, e de ofício, declarar a Nulidade do Feito Fiscal, por Vício Formal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, de Acordo como Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em desacordo com manifestação oral proferida em Sessão, pelo Representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o Conselheiro **MICHEL BEZERRA LIMA GRADVOHL**, em razão de que, mesmo que o Contribuinte tivesse optado pela DIEF, o Livro Registro de Entradas seria a EFD.


**SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS**, em Fortaleza, aos 19 de 06 de 2019.


  
Lúcia de Fátima Calou de Araújo  
Presidente da 4ª Câmara


  
Ivete Maurício de Lima  
Conselheira relatora

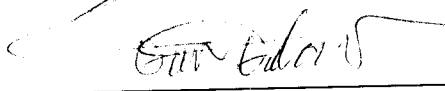
  
José Augusto Teixeira  
Conselheiro

  
Michel André Bezerra Lima Gradvohl  
Conselheiro

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

  
José Osmar Celestino Júnior  
Conselheiro

  
Fredy José Gomes de Albuquerque  
Conselheiro

  
Sâmara Lea F. R. Silva Aguiar  
Conselheiro