



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 0224/2018

57ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 14 de novembro de 2018.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/995/2015 AI.: 201504204

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

RECORRIDO: O.N.R. ALMEIDA CGF: **06.377.844-0**

AUTUANTE: JOÃO MARCOS DE CAMPOS LOUZADA

RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exercício 2010. 1. Autuação Fiscal tomou por base as informações prestadas pelo contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital — EFD. 2. O contribuinte não prestou a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico para ser fiscalizado e na sua falta o agente do Fisco deveria utilizar os arquivos da DIEF. 3. Vício insanável. 4. Nulidade Absoluta. 5. Autoridade Impedida por vedação legal, nos termos do art. 83 da Lei 15.614/14 c/c art. 53, § 2º, III do Decreto 25-468/99. 5. Auto de Infração NULO, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRIBUINTE NÃO OPTOU, MESMO INTIMADO ATRAVES DO TERMO DE OPÇÃO PREVISTO NA IN 37/2014 – ARQUIVO A SER UTILIZADO PELA FISCALIZAÇÃO DIEF, CONF. ART. 3º DA IN 37/2014 – O FISCAL UTILIZOU O ARQUIVO EFD - AUTO DE INFRAÇÃO NULO.



RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER R\$45.957,84 NO EXERCICIO DE 2010 REFERENTE A APURAÇÃO DO ICMS DE PRODUTOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO NORMAL (AGUARDENTE) CONFORME DETERMINA DECRETO N O 29.560/2008. (VIDE INF. COMPLEMENTARES). "

O agente fiscal lança o ICMS no valor de R\$45.957,84 e a MULTA no valor R\$45.957,84, em seguida aponta como dispositivo infringido: Art. nº 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "C" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 04, vejamos:

"Ao iniciarmos a fiscalização, emitimos o Termo de Início n o 2014.28906 anexando a Declaração de Opção de Arq. Eletrônico, conforme determina a IN 37/2014. **O contribuinte não apresentou a opção desejada, sendo utilizada nesta auditoria os arquivos da EFD-FISCAL pelo motivo da não apresentação de nenhum Livro Fiscal.**"

A empresa apresenta devesa tempestiva às fls. 22 a 27, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que o agente do fisco utilizou, para aplicar a sanção pecuniária, das informações contidas na EFD;
- ✓ Que a exigência da transmissão da EFD não se aplica ao contribuinte que esteve obrigado a entregar também a DIEF no período de 01/01/2009 a 31/12/2011;
- ✓ Que o auditor utilizou a EFD em virtude da não escolha de outro modo pela requerente;
- ✓ Que a IN 37/2014 em seu art. 30 assevera que inexistindo opção do contribuinte, o agente do Fisco deve utilizar os arquivos da DIEF;
- ✓ Que há nulidade em virtude da violação ao disposto no art. 276-A, § 10 do RICMS e art. 3º. da IN 37/2014;
- ✓ Requer por fim:
Que seja o auto de infração julgado nulo por violação ao disposto no art. 276-A, § 10 do RICMS e art. 3º. da IN 37/2014;
Caso não seja acatada a nulidade que seja julgado improcedente a autuação.

A julgadora monocrática julga pela nulidade da autuação, conforme ementa contida às fls. 33:

“EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exercício 2010. Autuação Fiscal tomou por base as informações prestadas pelo contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital — EFD. O contribuinte não prestou a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico para ser fiscalizado e na sua falta o agente do Fisco deveria utilizar os arquivos da DIEF. Vício insanável. Nulidade Absoluta. Autoridade Impedida por vedação legal, nos termos do art. 83 da Lei 15.614/14 c/c art. 53, § 2º, III do Decreto 25-468/99. Decisão amparada no § 10 do art. 276-A do Decreto 24-569/97 c/c art. 3º da IN 37/2014. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO. DEFESA TEMPESTIVA. REEXAME NECESSÁRIO. “

A Julgadora Singular interpõe o Reexame Necessário, em virtude do que dispõe o art. 104, § 1º da Lei 15.614/2014.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 198/2018, acostado as fls. 43 e 44, adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado se manifesta pela manutenção da nulidade do auto de infração e manutenção da decisão singular.

E, opina pelo conhecimento do Reexame Necessário, negando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão proferida na instância singular de NULIDADE do auto de infração.

Eis, o relatório.

VOTO:

A acusação versa falta de recolhimento, no entanto ao observarmos as informações complementares nos deparamos com uma nulidade absoluta, pois o agente do fisco ao iniciar a ação fiscal entregou a empresa Declaração de Opção de Arq. Eletrônico para que este informasse por qual dos arquivos queria ser fiscalizado, ou seja, DIEF ou SPED, como a empresa não entregou o agente do fisco optou em fazer a fiscalização pelo SPED, fato vedado pela IN 37/2014, senão vejamos:

O agente do fisco de modo claro demonstra e informa que emitiu o Termo de Início nº 2014.28906 anexando a Declaração de Opção de Arq. Eletrônico, conforme determina a IN 37/2014, e que o contribuinte não apresentou a opção desejada, sendo utilizada pela auditoria

os arquivos da EFD-FISCAL pelo motivo da não apresentação de nenhum Livro Fiscal, conforme informação complementar, contida as fls. 04, in verbis:

"Ao iniciarmos a fiscalização, emitimos o Termo de Início nº 2014.28906 anexando a Declaração de Opção de Arq. Eletrônico, conforme determina a IN 37/2014. **O contribuinte não apresentou a opção desejada, sendo utilizada nesta auditoria os arquivos da EFD-FISCAL pelo motivo da não apresentação de nenhum Livro Fiscal.**

Contrariando, portanto o artigo 3º. da IN 37/2014, in verbis:

"Art. 1º - Fica instituída a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico prevista no Anexo Unico 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 Fiscal Digital (EFD), transmitidos ou não, para serem fiscalizados.

(...)

Art. 3º - Na falta de opção do contribuinte, o agente do Fisco deverá utilizar os arquivos da DIEF.

Com todos os elementos analisados corroboro com o entendimento da julgadora singular e da parecerista quanto a nulidade contida na autuação e para não sermos repetitivos reproduzimos parte da decisão singular às fls. 36 e 37 a qual nos acostamos, vejamos:

"Tendo em vista que o agente atuante utilizou os dados da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do contribuinte ao invés da Declaração de Informações Econômico Fiscais (DIEF), conforme prevê a norma que rege a matéria, configura-se a nulidade do processo em face do descumprimento das formalidades legais.

A atividade administrativa de lançamento do crédito tributário é plenamente vinculada, devendo o agente do Fisco sujeitar-se às disposições legais, sob pena da sua inobservância viciar irremediavelmente o ato praticado.

O fato do auditor ter utilizado a EFD em virtude da não escolha de outro modo pela requerente, contraria disposições contidas em nossa legislação tributária, cuja inobservância caracteriza-se como um vício insanável, acarretando a

nulidade absoluta do feito vez que o ato foi praticado por autoridade impedida. É o que prevê o art. 83 da Lei 15.614/14:

"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."

In casu, encontrava-se o agente do Fisco impedido para a lavratura do Auto de Infração, devendo ser considerada nula a ação fiscal em função da vedação para a prática do ato. Afinal, é nesse sentido o teor do art. 53, § 2º, III do Decreto 25-468/99, abaixo transcrito:

"Art. 53 - São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

§ 2º - É considerada autoridade impedida aquela que:

III — pratique ato extemporâneo ou com vedação legal. '

Ante o fato da autoridade fiscal ter realizado a ação fiscal com base nas informações da EFD do contribuinte, o que é vedado pela legislação, configura-se o impedimento do autuante, obrigando a declaração de nulidade do feito fiscal desde o seu nascedouro.

DECISÃO

Pelo exposto, decido pela NULIDADE do presente Auto Infração, por encontrar-se a autoridade fiscal impedida para a prática do ato por vedação legal."

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Reexame Necessário, negar-lhe provimento para manter a decisão recorrida, julgando nulo o auto de infração nos termos da julgadora singular, e de acordo com o Parecer da Célula de Acessória Processual Tributária adotado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

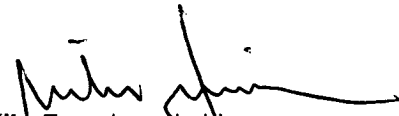
É o voto.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA e RECORRIDO: O.N.R. ALMEIDA CGF: **06.377.844-0**.

DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de NULIDADE proferida em 1ª instância, por vício material, sob o entendimento de que na hipótese de o contribuinte não assinar Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, para fins de definir qual a base de informações econômico-fiscais do contribuinte que deverá ser utilizada pela fiscalização, o agente do fisco deve utilizar os arquivos da DIEF, o que nesse caso não foi observado, tendo em vista que o autuante utilizou das informações contidas na EFD. Decisão consoante disposições contidas no artigo 3º da IN 37/2014, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Não compareceu para sustentação oral, mesmo tendo sido regularmente intimado, o representante legal da recorrente, Dr. Luiz Neto da Silva.


Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em
03 de Dezembro de 2018.



Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO

112 
Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Marce Saraiva Nobre
CONSELHEIRA