



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 197 /2019

79ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 30 de outubro de 2019.

PROCESSO DE RECURSO No.: 1/4245/2016 AI.: 1/201620326

RECORRENTE: TERRABELLA MOTORS COMERCIAL DE PEÇAS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

AUTUANTE: UBIRATAN MACHADO DE CASTRO JÚNIOR

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDA- LEVANTAMENTO DE ESTOQUE NULIDADE POR ATO FORMAL – 1. Período da infração 2011. 2. A autoridade lançadora do crédito tributário não deu oportunidade de a empresa fazer a opção pelo arquivo previsto na Instrução Normativa nº 37/2014. 3. **AUTO DE INFRAÇÃO NULO**, por maioria de votos. 4.. Recurso Ordinário conhecido e provido para reformar a decisão da 1ª. Instância para NULIDADE DA AUTUAÇÃO, conforme disciplina o art. 53 do Decreto nº 25.468/99, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDA- LEVANTAMENTO DE ESTOQUE NULIDADE POR ATO FORMAL

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " AQUISICAO AS INFRACOES DECORRENTES DE OPERACOES COM MERCADORIAS OU PRESTACOES DE SERVICOS TRIBUTADOS POR REGIME DE SUBSTITUICAO TRIBUTARIA CUJO O IMPOSTO JA TENHA SIDO RECOLHIDO.

REALIZANDO-SE O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DAS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO, CONSTATOU-SE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS POR SUBSTITUIÇÃO, VER INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES."

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Art. 18 da Lei nº 12.670/96 e sugere como Penalidade: Art. 126 da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

A empresa entra com defesa tempestiva, anexado às fls. 18 a 22, com os argumentos:

- Que o levantamento deveria ter sido realizado de forma unitária com identificação de cada mercadoria que supostamente fora adquirida sem cobertura fiscal conforme o artigo 92, da Lei nº 12.670/96.
- Que há inúmeras inconsistências no levantamento fiscal. A título de exemplo, relaciona notas fiscais que não teriam sido consideradas, outras que teria ocorrido uma troca de valores, em duplicidade ou referente à incorporação em ativo imobilizado.
- Por fim, solicita a improcedência ou parcial procedência da acusação.

O julgador monocrático julga pela PROCEDÊNCIA da autuação "as fls. 47 a 51, conforme ementa:

"EMENTA: ICMS - OMISSÃO DE SAÚDA-VENDA DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL- DETECTADA POR LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS. Decisão amparada nos dispositivos: art. 169, 1, 174,1 e 177 do Decreto n.24.569/97. Penalidade aplicada no auto de infração: art.126, da Lei n.12. 670/96, alterada pela lei n. 16.258/17.AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE.COM DEFESA. "

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostada ao processo às fls. 56 a 60, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que as mercadorias são produtos importados e transferidos para a filial domiciliada no Estado do Ceará.
- ✓ Que o levantamento deveria ter sido realizado de forma unitária com identificação de cada mercadoria a qual supostamente fora adquirida sem cobertura fiscal, conforme o art. 92, da Lei nº 12.670/96;
- ✓ Afirma a existência de inúmeras inconsistências no levantamento fiscal, e exemplifica: relaciona notas fiscais que não teriam sido consideradas, outras que teriam valores trocados, valores em duplicidade ou referente à incorporação em ativo imobilizado.
- ✓ A penalidade aplicada no Auto de Infração — Inciso III, alínea "s", da Lei nº 12.670/96, somente entrou em vigor a partir de 09.06.2017, data da publicação da Lei nº 16.258/2017.
- ✓ Entende que deveria ser aplicada a penalidade prevista no art 123, III, "a", da Lei nº 12.670/96, que diz respeito ao trânsito de mercadoria
- ✓ Por fim, requer que seja reformada a decisão de primeira instância, decidindo-se pela improcedência do Auto de Infração.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls. 63 a 66, em seu Parecer nº 236/2019, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela manutenção da decisão do Julgador Monocrático de PROCEDENCIA do auto de infração.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, mantendo o auto de infração totalmente procedente.

Eis, o relatório.

VOTO:

Os argumentos trazidos ao processo pelo recorrente resistem aos fatos, conforme demonstrado adiante.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO

Quanto à alegação de nulidade do auto de infração, **arguida de ofício** no momento dos debates, por entender que autoridade não observou as regras contidas na Instrução Normativa nº 37/2014, isto é, não solicitou a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, garantindo o seu direito de optar pela entrega dos referidos arquivos em formato DIF ou EFD, entendendo que há obrigatoriedade por parte da fiscalização de entregar por qualquer meio o anexo único da instrução normativa 37/2014, pelo próprio texto de criação da instrução normativa, pois afirma

que é obrigatória aos contribuintes, mas determina o momento, ou seja, quando da fiscalização, portanto quando do início da fiscalização é para ser oportunizado ao contribuinte o direito constante da respectiva instrução normativa, como o agente do fisco não oportunizou entendo que o auto de infração é nulo, vejamos:

“INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 37/2014

Institui a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, obrigatória para 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.**”

O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, no uso das atribuições que lhe confere o art. 904, inciso I, do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997;

Considerando o disposto nos §§ 10 e 11 do art. 276-A do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997;

Considerando a necessidade de padronização dos procedimentos de fiscalização dos estabelecimentos de contribuintes do ICMS,

A Instrução Normativa nº 37/2014, foi criada com o fito de padronizar os procedimentos de fiscalização, portanto a comprovação de que foi oportunizado a empresa é ato de procedimento inicial de fiscalização, devendo constar no processo, logo entendo pela nulidade da autuação, conforme determina o art. 53 do Decreto nº 25.468/99, *in verbis*:

“art. 53. 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.

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário dar-lhe provimento, acatando a preliminar de NULIDADE do lançamento, nos termos desse voto em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **Recorrente: TERRABELLA MOTORS COMERCIAL DE PEÇAS LTDA** e **Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

DECISÃO: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário interposto e deliberar nos seguintes termos: **Declarar de Ofício a Nulidade do Auto de Infração**, em razão de ausência do Termo de Opção, referente a I.N. nº 37/2014; acatada a Nulidade por maioria de votos, restando prejudicada a análise de mérito do Recurso. Foram votos vencidos, a Conselheira **Ivete**, que deixou de acatar a preliminar de nulidade arguida, haja vista, que o Contribuinte transmitiu somente a DIEF, sendo este o arquivo utilizado pela fiscalização. O Conselheiro Michel também afastou a Nulidade em razão de entender que a IN 37/2014, não obriga a administração tributária a intimar o contribuinte, para fazer sua opção. Decisão em desacordo com manifestação oral do Representante da Procuradoria.

SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 18 de Novembro de 2019.


Lúcia de Fátima Galvão de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO



Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA


Michel André B. Lima Gradvohl
CONSELHEIRO


Raíael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


P/ José Osmar Celestino Júnior
CONSELHEIRO


Wemerson Robert Soares Sales
CONSELHEIRO


P/ Samara do F. R. Falcão
Fernando Augusto de Melo Falcão
CONSELHEIRO