

17/10/18



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS  
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº: 168/2018**

**50ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 19.09.2018**

**PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/56/2014**

**AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201316857**

**RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

**RECORRIDO: YAKULT S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**

**CGF: 06.092.266-4**

**RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL**

**EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS.** Levantamento de estoque. Ação fiscal referente ao ano de 2009. Utilização de informações oriundas dos arquivos eletrônicos DIEF e EFD. Possibilidade antes do início da vigência da Instrução Normativa nº 37/2014. Incidência do art. 276-A, §11, do Decreto nº 24.569/97. Informação não prestada na EFD e apresentada na DIEF. Ausência de nulidade e de prejuízo. Retorno do processo à Instância Singular para novo julgamento. Reexame Necessário conhecido por unanimidade e provido por maioria de votos, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em consonância com a manifestação oral em sessão do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE**

ICMS. Levantamento de Estoques. 2009. Arquivos Eletrônicos DIEF e EFD. Possibilidade. Ausência de Nulidade. Retorno para Instância Singular.

**RELATÓRIO**

Versa o presente Auto de Infração sobre omissão de saídas em 2009 detectada por meio de levantamento de estoques.

A Autoridade Fiscal Autuante aponta como infringido o art. 127, do Decreto 24.569/97 - Regulamento do ICMS (RICMS). Sugere como penalidade a prevista no art. 123, III, "b" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Nas informações complementares ao Auto de Infração expõe que:

- Foi realizado levantamento quantitativo de estoques de mercadorias utilizando o programa IDEA e os estoques inicial e final do ano de 2009, assim como as entradas e saídas de mercadorias no período, tendo sido apontada omissão de saídas de mercadorias no valor total de R\$249.368,35, motivo e base de cálculo do presente lançamento de imposto e multa.

Instrui o presente processo, dentre outros documentos, com as primeiras e última páginas do relatório de entradas em 2009 (fls. 10/15), relatório levantamento quantitativo de mercadorias (fl. 16), primeiras e última páginas do relatório de saídas com NF1 em 2009 (fls. 17/23), primeiras e última páginas do relatório de saídas com NFe em 2009 (fls. 23/28), inventário inicial em 31/12/2008 (fl. 29), inventário final em 31/12/2009 (fl. 30), tabela de produtos (fls. 31/32), CD com os arquivos eletrônicos dos relatórios citados (fl. 34) e protocolo de autenticação desses arquivos eletrônicos (fl. 33).

#### **Demonstrativo do Crédito Tributário:**

Base de cálculo (omissão de saídas)	R\$ 249.368,35
ICMS (17%)	R\$ 42.392,61
Multa (30%)	R\$ 74.810,51
<b>Total</b>	<b>R\$ 117.203,12</b>

Tempestivamente a Autuada apresentou Impugnação, a qual repousa às fls. 41 a 56 dos autos, onde alega, em síntese, que:

- Não existe a diferença apontada pelo Fisco.
- Não está demonstrado nos autos quais notas fiscais deixaram de ser escrituradas em livros próprios.
- A realização de perícia nos livros fiscais constataria que não há omissão de sua parte.
- A presente autuação foi baseada em mera presunção de omissão, ferindo o contraditório e a ampla defesa.

Ao final, requer:

- Perícia e que seja declarada a nulidade ou, subsidiariamente, a improcedência do Auto de Infração.

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, às fls. 64 a 70, assevera que:

- Em relação ao ano de 2009 a Autuada tinha o direito de optar por ser fiscalizada por meio dos arquivos eletrônicos DIEF ou EFD, conforme art. 276-A, §10, do Decreto nº 24.569/97, art. 1º, §1º, da Instrução Normativa nº 37/2014, combinados com o art. 106, II, b, do CTN.
- Conforme informações de fls. 04, 07 e 33, tanto a DIEF quanto a EFD foram utilizados no levantamento quantitativo de estoque, não havendo "esclarecimentos acerca dos motivos de utilização de ambos os arquivos, quando, em princípio, a lavratura deveria ter base de dados de apenas um deles", acarretando "prejuízo ao exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte".

Conclui julgando nulo o Auto de Infração parcial em razão do disposto no art. 83 da lei nº 15.614/2014 e interpondo Reexame Necessário.



A Autuada apresenta Contra-Razões ao Reexame necessário (fls. 74 a 88), onde alega as mesmas razões apresentadas na sua peça impugnatória ao Auto de Infração. Ao final, requer que seja negado provimento ao Reexame Necessário.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o Parecer de nº 45/2018 (fls. 104 a 108) onde reafirma os fundamentos apresentados pelo Julgador de Primeira Instância.

Em razão do exposto, sugere conhecer do Reexame Necessário para negar-lhe provimento, a fim de confirmar a decisão de nulidade de primeira instância.

Às fls. 108, o douto Procurador do Estado adota o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

É o relatório.

#### **VOTO DO RELATOR**

Trata-se de Reexame Necessário onde é Recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e Recorrida YAKULT S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (CGF: 06.092.266-4), por meio do qual a Recorrente se insurge contra decisão de nulidade proferida no Julgamento Singular.

O lançamento tributário materializado no Auto de Infração se reporta à conduta de deixar de emitir documentos fiscais de saídas (omissão de saídas) em 2009, detectada por meio de levantamento de estoques.

O Julgamento de Primeira Instância foi pela nulidade do Auto de Infração em razão da utilização de informações oriundas simultaneamente dos arquivos DIEF e EFD para realizar o levantamento dos estoques de mercadorias, sem ter sido apresentada justificativa para tal fato, o que violaria o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, observando o caso concreto, não é essa a decisão mais adequada.

Nos autos, inclusive no CD de fl. 34, resta claro que o inventário de mercadorias de 31/12/2008 (fl. 29) teve como fonte o arquivo eletrônico no formato DIEF e que as entradas de mercadorias em 2009 (fls. 10/15), as saídas de mercadorias em 2009 com documentos fiscais no modelo NF1 (fls. 17/22) e o inventário de mercadorias em 31/12/2009 tiveram como fonte os arquivos eletrônicos no formato EFD.

Não há motivos para afastar o procedimento adotado pelo Agente Fiscal.

Em primeiro lugar, quando da conclusão da ação fiscal (em 27/11/2013 – fl. 09), havia a obrigatoriedade da Autuada enviar à Sefaz tanto os arquivos no formato DIEF quanto os arquivos eletrônicos no formato EFD, tendo em vista que o art. 276-A, §10, do Decreto nº 24.569/97, somente entrou em vigor no dia 24/07/2014, assim como ainda não estava em vigor a Instrução Normativa nº 37/2014 que determina a escolha, pelo contribuinte, de apenas um dos dois citados modelos de arquivo eletrônico para ser utilizado como fonte



de informações para o desenvolvimento de ação fiscal.

Assevere-se que não é o caso de ser aplicado o art. 106, II, b, do CTN (norma geral), em razão do art. 276-A, §11, II, do Decreto nº 24.569/97 (norma específica) determinar que o referido parágrafo 10 do mesmo artigo “não se aplica aos créditos tributários já constituídos”.

Não bastasse o já exposto, há de se observar que quanto aos inventários de mercadorias, os dois modelos de arquivos eletrônicos devem apresentar a mesma informação. No presente caso, a Autuada deixou de informar nos arquivos EFD o inventário de 31/12/2008, pois, como se verifica na consulta ao sistema EFD, a Autuada informou em seu lugar o inventário de mercadorias em 28/02/2009 (consulta em anexo).

Face à falta da informação no arquivo EFD, não há qualquer óbice, inclusive de ordem lógica, à utilização do valor do inventário de 31/12/2008 informado no arquivo modelo DIEF (única fonte de informação prestada à Sefaz pela Autuada).

Por fim, verifica-se que a Autuada não sofreu prejuízo ao seu direito de realizar ampla defesa e de contraditar o informado no Auto de Infração, como se verifica na sua longa Impugnação (fls. 41/56) e nas suas Contra-Razões (fls. 74/88), onde aduz uma série de argumentos a serem apreciados. Assim, ainda que houvesse nulidade pela falta de justificativa de usar dois modelos de arquivos eletrônicos – que não há no caso concreto, em razão de todo o analisado e pelo fato da Autuada sequer ter aludido a eventual erro ou prejuízo por terem sido utilizados dois arquivos eletrônicos -, é o caso de ser aplicado o princípio de *pas nullité sans grief*.

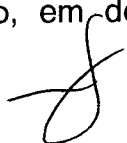
Por todo o exposto, voto no sentido de que seja o Reexame Necessário conhecido para dar-lhe provimento, no sentido de afastar a nulidade apontada no Julgamento Singular e, com fulcro no art. 85 da Lei nº 15.614/2014, determinar o retorno do processo à Instância singular para a realização de novo julgamento, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em sessão do douto representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

## DECISÃO

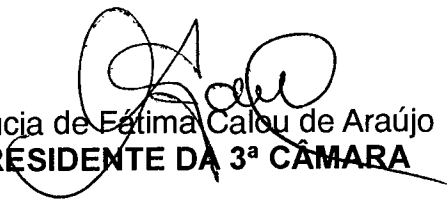
Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorrida **YAKULT S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO** (CGF: 06.092.266-4).


A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer por unanimidade do Reexame Necessário, resolve, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para não acatar a preliminar de nulidade proferida pela 1ª Instância e determinar o **RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA MONOCRÁTICA** para novo julgamento, conforme art. 85 da Lei nº 15.614/2014, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Michel André Bezerra Lima Gradvohl, que ficou designado para lavrar a Resolução, em desacordo com o Parecer da Assessoria



Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado. Vencido o Conselheiro Ricarco F. Valente Filho (relator originário), que se pronunciou conforme julgamento singular.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de 10 de 2018.

  
Lúcia de Fátima Calou de Araújo  
**PRÉSIDENTE DA 3ª CÂMARA**

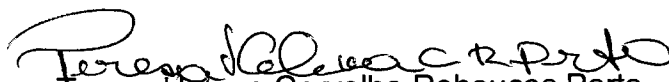
  
André Gustavo Carreiro Pereira  
**PROCURADOR DO ESTADO**  
Ciente em 17/ 10 / 18

  
Michel André Bezerra Lima Gradvohl  
**CONSELHEIRO RELATOR**

Ricardo Ferreira Valente Filho  
**CONSELHEIRO**

  
Ana Mônica Figueiras Menescal  
**CONSELHEIRO**

  
Osvaldo Alyes Dantas  
**CONSELHEIRO**

  
Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto  
**CONSELHEIRA**

  
Renan Cavalcante Araújo  
**CONSELHEIRO**

Dados consultados em 12/09/2018 12:34:23

SPED - Sistema Público de Escrituração Digital - Escrituração Fiscal Digital

INVENTÁRIO

CGF:  
06.092266-4

Razão Social:  
YAKULT S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Finalidade:  
INCLUSÃO

Início Período:  
01/02/2009

Final Período:  
28/02/2009

DATA

VALOR

MOTIVO

28/02/2009

13.757,87