



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

RESOLUÇÃO Nº: 189/2017
58ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 31.10.2017
PROCESSO DE RECURSO nº 1/0497/2016
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201519615-5
RECORRENTE: PARIS VEÍCULOS E SERVIÇOS LTDA
RECORRIDO: CEJUL
RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO

EMENTA: ICMS – ARQUIVOS MAGNÉTICOS. A empresa autuada não informou o Inventário de 2011 em sua DIF. AUTUAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE, em face do reenquadramento da penalidade para a inculpada no art. 123, V, “e”, da Lei 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, específica para o caso concreto. Aplicação da penalidade mais benéfica à conduta infracional indicada no auto de infração, decorrente de alteração superveniente da legislação. Retroatividade benéfica. Art. 106, II, “c”, do CTN. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. Decisão da Câmara em reformar a decisão de 1º grau, pela PARCIAL PROCEDENCIA conforme entendimento da Assessoria Processual Tributária adotado pela Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVES – REFORMA DA DECISÃO – PARCIAL PROCEDÊNCIA DO AUTO – NOVA LEGISLAÇÃO 16.258/17.

RELATÓRIO

Tratam-se os autos de aplicação de penalidade fiscal advinda do seguinte relato do auto de infração:

“OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS OU NESSES INFORMAR DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A CONSTATAÇÃO DA DIVERGÊNCIA FOI VERIFICADA NO LIVRO

REGISTRO DE INVENTÁRIO DE 2011. A EMPRESA NÃO ENVIOU INVENTÁRIO DE 2011 ATRAVÉS DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA ELETRÔNICA ATRAVÉS DA DIEF. CONSTATAMOS ATRAVÉS DOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS QUE A EMPRESA INVENTARIOU MERCADORIAS EM 31/12/2011.”

Por tal razão, totalizou-se multa na importância de **R\$ 376.594,87 (trezentos e setenta e seis mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos)**, onde o fiscal apontou como penalidade para a situação os ditames contidos no art. 123, VIII, “L”, da Lei nº 12.670/96.

Abaixo segue a justificativa do agente para aplicação da penalidade escolhida, contidas nas Informações Complementares (fl. 04), vejamos:

“Após análise dos livros fiscais da empresa, bem como consultas aos sistemas da Sefaz, constatamos divergências entre a escrituração nos livros fiscais e as informações enviadas pelo contribuinte, através de arquivo eletrônico, no caso a DIEF. A constatação da divergência foi verificada no Livro Registro de Inventário de 2011. Através de obrigação acessória eletrônica obrigatória (DIEF) a empresa não enviou o Inventário de 2011 através de tal meio eletrônico. Caracterizando, assim, divergência ou omissão de dados que estavam escriturados no respectivo livro fiscal. Tal divergência ou omissão sujeita o contribuinte às seguintes penalidades contidas nos artigos 123, VIII, “L” da Lei 12. 670/96 e 878, VIII, “L” do Decreto nº 24.569/97.”

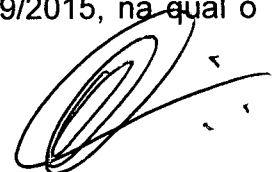
O contribuinte apresentou Impugnação ao AI, existente às fls. 21 à 29 dos presentes fôlios, na oportunidade apresenta todos os seus argumentos de defesa.

Uma vez formado o contraditório, o julgador monocrático concluiu pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, vejamos a justificativa:

“a pesquisa ao Sistema DIEF e a cópia do Inventário acostadas ao processo robustecem a infração de que o contribuinte descumpriu frontalmente os comandos normativos aqui reportados, declarando ao Fisco o montante de suas operações de entradas inferior àquele consignado nos respectivos documentos.”

Após o julgamento, a empresa Contribuinte inconformada com a decisão condenatória exarada em primeiro grau, ingressou com recurso ordinário, no qual apresentou os seguintes pontos:(fls.48 à 60)

1. Preliminarmente, tem-se nulidade patente, em razão da DIEF não se amoldar ao conceito de arquivo magnético estatuído pelo art. 123, VIII, “L”, da Lei nº 12.670/96. Neste diapasão, apontamos a Resolução nº 619/2015, na qual o



- relator alude de forma clara e precisa que a Dief mês a mês no decorrer do período de apuração não se confunde com arquivo magnético;
2. Ainda como nulidade, é possível apontar que a suposta omissão de dados em arquivos magnéticos fora apurada de modo diverso do descrito no art. 123, VIII, "L", da Lei nº 12.670/96. Isso porque o mencionado dispositivo narra a divergência entre arquivo magnéticos e documentos fiscais, todavia a divergência se deu entre Dief (ao que pese este não ser arquivo magnético) e o livro de apuração de ICMS, que não se confunde com documentos fiscais) (notas fiscais);
 3. No mérito, inexistente qualquer indício da infração apontada, em razão da totalidade dos eventos de entrada terem sido informados corretamente via EFD/SPED, ou seja, em conformidade com a legislação estadual de regência;
 4. A pretensa omissão de arquivos magnéticos decorre da ação fiscal ter se debruçado exclusivamente sobre a Dief do período. Ocorre que as operações de entradas e saídas, bem como os quantitativos de estoque inicial e final do período fiscalizado estão regulamente informadas em EFD/SPED, onde uma auditoria ou realização de perícia seria suficiente para afastar a noção de omissão de dados;
 5. Por fim, requer a realização de exame pericial.


Após exame detalhado, mediante os argumentos contidos no RO, mais precisamente o de que **"a omissão de dados não resta configurada em virtude das informações terem sido efetivamente prestadas e transmitidas ao Fisco via EFD/SPED"**, decidi a ASSESSORIA PROCESSUAL TRIBUTÁRIA encaminhar o processo em apreço para a Célula de Perícias-Fiscais e Diligências – CEPED (conforme despacho existente às fls. 64 e 65), com o intuito de solicitar do agente atuante a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, nos termos da Instrução Normativa Nº 37/2014 e, caso apresentada, procedessem à juntada do referido documento aos presentes autos.

Em momento posterior do caderno processual, a CEPED informou que solicitou ao atuante a referida Declaração, por meio da Comunicação Interna nº 46/2017 e, uma vez apresentada, a colacionou aos autos (fl.70).

Finalizada a dúvida, perante esclarecimento da CEPED, a Assessoria Processual Tributária emitiu parecer nº 148/2017 às fls. 76 à 83, sugerindo o conhecimento do Recurso Ordinário, e dando-lhe PARCIAL PROVIMENTO para reenquadramento da penalidade e aplicação da Lei 16.258/17.

A Procuradoria Fiscal adotou o entendimento sugerido pela APT.

É o Relatório.



VOTO DO RELATOR

Demonstra a fiscalização que a divergência apresentada foi detectada mediante o cruzamento de informações entre o Livro de Registro de Inventário de 2011, cuja cópia que encontra-se às fls. 14 dos autos aponta a existência de mercadorias em 31/12/2011 que totalizam o montante de R\$ 7.539.064,35 (sete milhões, quinhentos e trinta e nove reais e trinta e cinco centavos) e a DIEF transmitida no período, cuja consulta acostada às fls. 16 comprova que o inventário não foi informado.

O agente calculou o percentual de 5% (cinco por cento), que resultou no valor de R\$ 376.954,87 (trezentos e setenta e seis mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos), a título de multa.

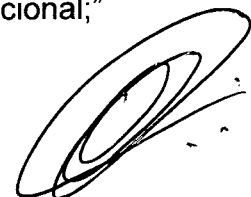
O contribuinte é acusado pelo fisco estadual de não informar na Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) o Inventário de mercadorias de 2011, caracterizando, assim, omissão ou divergência de dados que estavam escriturados no Livro de Registro de Inventário do referido exercício.

A empresa contribuinte, de maneira preliminar, solicita a nulidade da autuação, por ausência de subsunção do arquetipo legal da sanção (art. 123, VIII, "L", da Lei nº 12.670/96) à situação apresentada, ou seja, defende o autuado que as informações econômico-fiscais transmitidas pelo contribuinte mês a mês não se inserem na abrangência conceitual de arquivo magnético descrito no citado dispositivo, que faz menção apenas ao arquivo magnético entregue no início da ação fiscal, defende ainda o autuado, que o fato jurídico que desencadeia a penalidade de 5% sobre o valor da operação é a divergência ou omissão de dados extraída da comparação do arquivo magnético com documentos fiscais, isto é, notas fiscais, quando, no caso em tela, o auditor fiscal se utilizou da comparação entre a DIEF e o Livro Registro de Inventário, motivando a nulidade do feito fiscal, em decorrência da improbidade do meio utilizado pelo autuante para apuração da divergência.

Diante dos argumentos demonstrados e trazidos pela parte, entendo ser coerente que de fato não se aplica a matéria contida no art. 123, VIII, "L", da Lei nº 12.670/96, a espécie do caso, pois em minha ótica existe uma penalidade específica para essa situação.

Também entendo que não pode prosperar o argumento de nulidade da autuação, uma vez que a conduta infracional descrita na exordial – "a empresa não enviou o inventário de 2011 através de obrigação acessória eletrônica, no caso a DIEF" – se enquadra perfeitamente no que preconiza o art. 123, V, "e", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, senão vejamos:

"e) inexistência, perda, extravio ou não escrituração do Inventário de Mercadorias no Livro Registro de Inventário, **inclusive o seu não registro na DIEF** ou na Escrituração Fiscal Digital, no prazo previsto: **multa equivalente a 1.200 (mil e duzentas) UFIRCEs**, reduzida em 50% (cinquenta por cento) no caso de empresas optantes pelo Simples Nacional;"



Subscrevo integralmente o entendimento apresentado pela APT, haja vista ficar perfeitamente demonstrado aplicabilidade do fenômeno da subsunção, que ocorre com a adequação do fato (norma-fato) ao modelo ou norma jurídica (norma-tipo).

Aqui resta configurado a subsunção mediante o perfeito reenquadramento do caso concreto à norma legal em abstrato.

Em todo o ordenamento jurídico, os doutrinadores esclarecem que o acusado deve se defender de fatos narrados na peça que o acusa, pois é cômodo assim o fazer da capitulação legal a eles conferida constante na letra da Lei, no meu entendimento a escolha do artigo pelo agente fiscal é ato que não possui destaque, haja vista que mesmo não sendo apontado artigo algum, ainda assim não ensejaria em nulidade do auto, conforme determina o disposto no Decreto nº 25.468/99, que prescreve em seus artigos 33, XI, XIV, §2º e 53, vejamos:

“Art. 33 – O auto de infração será numerado e emitido por meio de sistema eletrônico de processamento de dados, sem rasuras, entrelinhas ou borrões e deverá conter os seguintes elementos:

(...)

XI – descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação e das circunstâncias em que foi praticado e, se necessário à melhor elucidação da ocorrência, o registro dos fatos e elementos contábeis e fiscais, em anexo do Auto de Infração, ou ainda fotocópia de documentos comprobatórios de infração;

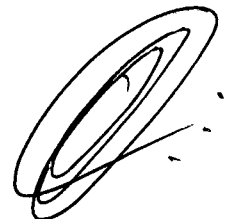
XIV – indicação expressa dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e dos que cominem a respectiva pena pecuniária.

(...)

§2º - A ausência da indicação referida no inciso XIV não ensejará nulidade, desde que o relato do auto de infração seja claro e preciso. (GN)

Frisa-se, também, que a sanção indicada pelo agente autuante constitui mera sugestão, podendo haver seu reenquadramento pelas Instâncias singular e colegiada e, assim como os dispositivos tidos como infringidos, a ausência da sua indicação não enseja a nulidade do feito, quando o relato da autuação revelar-se suficientemente claro e preciso, como no caso concreto.

Passadas as considerações acima expostas, entendo pesar um forte argumento em favor do contribuinte, a aplicação da nova legislação estadual contida na Lei 16.258/17, sendo possível tal medida pelo que determina o inciso II do art. 106, do Código Tributário Nacional, o qual permite efeitos jurídicos em face de uma lei mais benéfica para o contribuinte, segue:



*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...) II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:
a) quando deixe de defini-lo como infração;
b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer existência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

Acima verificamos a perfeita aplicação da legislação referente a possível retroatividade da lei mais benéfica aos contribuintes, estando contido na alínea “c” o princípio da benignidade, segundo o qual a sanção menos severa da lei nova substitui a mais grave da lei vigente ao tempo em que foi praticado o fato punível.

Para passar a análise do mérito, decido que não vislumbro qualquer existência de vícios no procedimento fiscal em exame que possam acarretar sua nulidade.

No mérito, a parte contribuinte defende que:

“inexiste qualquer indício da infração apontada, em razão da totalidade dos eventos de entrada terem sido informados corretamente via EFD/SPED, ou seja, em conformidade com a legislação estadual de regência.”

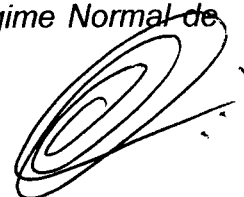
Diante de tal argumento de defesa, a APT verificou que o referido documento não estava colacionado aos autos, motivando assim o envio do presente processo à Célula de Perícias-Fiscais e Diligências (despacho às fls. 64/65), com o intuito de verificar se o contribuinte havia feito a opção dos arquivos eletrônicos a serem utilizados quando da fiscalização, conforme determina a Instrução Normativa nº 37/2014, que Institui a Declaração de Opção de Arquivo Eletrônico, obrigatório 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.

Em resposta ao despacho da APT, a CEPED anexou aos autos a declaração, na qual consta que o contribuinte havia efetuado a opção pela Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF).

Uma vez efetuada a opção pela DIEF, o contribuinte fica obrigado ao cumprimento de determinações tributárias principais e acessórias decorrentes dos dados existentes no arquivo.

Todo esse procedimento segue determinação existente no §4º, do art. 1º do sobredito instrumento, conforme demonstrado também pela APT, vejamos:

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

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

§ 3º O contribuinte não poderá optar por arquivos distintos dentro de um mesmo exercício a ser fiscalizado, exceto as informações do Inventário com data de 31 de dezembro de 2008.

§ 4º Quando da opção de que trata o § 1º deste artigo, o contribuinte estará sujeito às obrigações tributárias principal e acessórias referentes ao arquivo pelo qual fez opção.”

Portanto, conforme todo o exposto, uma vez demonstrado que na DIEF do período fiscalizado (conforme consulta à fl. 16) não há o registro do inventário de mercadorias – 2011, resta perfeitamente configurada tal infração, devendo claramente ser reenquadrada a penalidade para a existente no art. 123, V, “e” da Lei nº 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, de 1.200 Ufirce’s.

Entendo ser totalmente incabível e desnecessária a concessão do pedido de perícia por todas as razões demonstradas nesta resolução.

Diante do exposto, resta cristalino por todas as provas existentes nos autos que a empresa contribuinte cometeu sim o ilícito, devendo perante a conduta do autuado ser aplicada a penalidade preconizada no art. 123, V, “e” da Lei 12.670/96 alterada pela lei 16.258/2017.

Assim entendo pelo REENQUADRAMENTO do auto de infração com aplicação da Lei 16.258/17.

DEMONSTRATIVO:

Valor da Multa	1.200 UFIRCE’S
Valor da UFIRCE	3,3390.
Valor Total	R\$ 4.006,80.

Diante de todo o exposto, adotando fielmente as razões apresentadas pela Assessoria Processual Tributária, firme de meu convencimento, concluo meu voto **pelo conhecimento do RECURSO ORDINÁRIO e**, dar-lhe parcial provimento para modificar a decisão exarada em 1ª Instância, **JULGANDO PELA PARCIAL PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, reenquadrando a penalidade para a existente no art. 123, V, “e” da Lei 12.670/96 alterada pela lei 16.258/17 c/c o inciso II do art. 106, do Código Tributário Nacional, **conforme entendimento também da Procuradoria Geral do Estado.**



DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/0497/2016 – Auto de Infração: 1/201519615. Recorrente: PARIS VEICULOS E SERVIÇOS LTDA. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: Conselheiro RICARDO VALENTE FILHO. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, decidindo, em relação aos pedidos nele elencados, na forma exposta a seguir: 1) Com relação a preliminar de nulidade por a Dief auditada não corresponder ao arquivo magnético. Afastada, por unanimidade de votos, pois a Dief é arquivo magnético, conforme Instrução Normativa nº 14/2005. 2) Com relação a preliminar de nulidade da divergência ter ocorrido entre Dief e o Livro de Apuração de ICMS, o qual não seria documento fiscal. – Afastada, em razão do Livro de apuração do ICMS ser espécie de Documento Fiscal, pois documenta diversas informações fiscais. 3) quanto à solicitação de conversão do feito em Perícia – Afastada, por unanimidade de votos, em razão do pedido ter sido realizado de forma genérica e por ser desnecessária já que o ilícito tributário esta devidamente comprovado nos autos. No Mérito, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, também, por decisão unânime, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, no sentido de modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, e julgar parcial procedente o feito fiscal, aplicando o art. 106, “II” “c”, do CTN c/c com o reenquadramento da penalidade para o art. 123, V, “e” dada pela nova Lei nº 16.258/2017, em razão desta redação ser mais específica e benéfica ao contribuinte. 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. Ausente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, o representante legal da recorrente.

Sala das Sessões da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 20 de NOVEMBRO de 2017.


Lucía de Fatima Catou de Araújo
Presidente


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA



Ricardo Valente Filho
CONSELHEIRO RELATOR


Michel André Bezerra L. Gradvohl
CONSELHEIRO


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Teresa Helena Carvalho R. Porto
CONSELHEIRA


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado
Em: 20/11/17