



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

RESOLUÇÃO Nº. 011/2022

61ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 23 DE SETEMBRO DE 2021 – 13:30 h

PROCESSO No.: 1/2228/2016 **A.I.:** 1/201611711

RECORRENTE: SOUSA PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA (VOTO DIVERGENTE): IVETE MAURÍCIO DE LIMA

EMENTA: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – Omitir informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais. Infração configurada nas divergências apuradas entre os valores contidos nos livros fiscais de entradas e saídas e aqueles informados na DIEF. Indicado como infringidos os artigos 285 combinado com o art. 289 do Decreto nº 24.569/97 e a penalidade prevista no art. 123, VIII, “I” da Lei nº 12.670/96. NULIDADE declarada na PRIMEIRA INSTÂNCIA por vedação legal nos termos do art. 53, § 2º, III do Decreto nº 24.569/97, em razão da inadequada metodologia aplicada, uma vez que o agente fiscal adotou base comparativa diversa da definida no tipo infracional. Na 93ª Sessão Ordinária de 16 de dezembro de 2019 a 4ª Câmara decide por maioria de votos pelo retorno do processo para Primeira Instância, para apreciação do mérito e emissão do novo julgamento, pois a seu ver o ilícito fiscal tem origem nos arquivos eletrônicos fornecidos pela empresa (DIEF) e as informações constantes nos documentos fiscais/livros fiscais. Em novo julgamento de Primeira Instância, a autoridade julgadora declara a PARCIAL PROCEDÊNCIA, em respeito ao princípio da retroatividade da Lei mais benéfica, aplicando a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, que leva a redução do valor da crédito tributário. Recurso Ordinário Conhecido e Provido para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando IMPROCEDENTE a acusação fiscal, entendendo que a acusação fiscal não está comprovada nos autos, nos termos do voto da Conselheira Ivete Maurício de Lima, designada para lavrar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVE: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – OMISSÃO OU DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES – ARQUIVO DIEF – LIVRO FISCAL – ENTRADA – SAÍDA – NULIDADE – METODOLOGIA INADEQUADA – PARCIAL PROCEDÊNCIA – RETROATIVIDADE BENIGNA – AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA.

RELATÓRIO:

Conforme peça basilar, o agente fiscal relata que verificou divergências entre os valores contidos nos livros fiscais de entradas, saídas e apuração do contribuinte e aqueles informados na DIEF, conforme demonstrado em planilha anexa.

Informa complementarmente que a empresa optou por ser fiscalizada pela Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF), conforme Anexo Único da Instrução Normativa nº 37/2014 em anexo. No campo específico do auto de infração indica como infringidos os artigos 285 combinado com o art. 289 do Decreto nº 24.569/97, indicando a penalidade prevista no art. 123, VIII, "I" da Lei nº 12.670/96.

A multa autônoma lançada no valor de R\$ 45.418,10 (Quarenta e cinco mil, quatrocentos e dezoito reais e dez centavos) equivale a 5% do valor total das operações de entrada que deixaram de ser escrituradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital do montante das informações omitidas ou divergentes no valor de R\$ 908.362,06 (Novecentos e oito mil, trezentos e sessenta e dois reais e seis centavos) referente ao período de janeiro a setembro de 2011.

Do rol de documentos fiscais que embasam a autuação destaca-se 01 (uma) Planilha de Divergências Livro de Apuração do ICMS X DIEF anexa às fls. 21, no qual discrimina mensalmente as diferenças constatadas em relação às operações de entradas e saídas (livros fiscais X DIEF). Anexa ainda consultas extraídas do Sistema DIEF e cópias dos livros fiscais com a escrituração das operações de entradas e saídas.

A autuada apresenta impugnação (fls. 53/56) pedindo o cancelamento do auto de infração alegando em linhas gerais que a penalidade aplicada acarretaria um prejuízo de monta impagável e inviabilizaria a continuidade da empresa.

Na Primeira Instância, a autoridade julgadora decide pela NULIDADE (fls. 72/76), por considerar inadequada a metodologia aplicada, uma vez que o agente fiscal adotou base comparativa diversa da definida no tipo infracional, cujo dispositivo infracional se refere literalmente ao cotejo entre o arquivo eletrônico e os documentos movimentados pelo contribuinte no curso do exercício fiscalizado, fato que configura impedimento por vedação legal nos termos do art. 53, § 2º, III do Decreto nº 24.569/97. De ofício, na forma da legislação processual submete a decisão ao Reexame Necessário, amparado no art. 104, §1º e 4º da Lei nº 15.614/2014.

A Assessoria Processual Tributária emite o Parecer nº 273/2019 (fls. 82 a 86) opinando pelo retorno do processo para Primeira Instância, para apreciação do mérito e emissão do novo julgamento, pois a seu ver o ilícito fiscal tem origem nos arquivos eletrônicos fornecidos pela empresa (DIEF) e as informações constantes nos documentos fiscais/livros fiscais.

Na 93ª Sessão Ordinária de 16 de dezembro de 2019 a 4ª Câmara decide por maioria de votos, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em desacordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado, sob o fundamento de que a metodologia aplicada é adequada para detectar a irregularidade discriminada no art. 123, VIII, "I" da Lei nº 12.670/96.

Em novo julgamento de Primeira Instância (fls. 103/109) a autoridade julgadora declara a PARCIAL PROCEDÊNCIA, em respeito ao princípio da retroatividade da Lei mais benéfica, aplica a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, que

leva a redução do valor da MULTA para R\$ 18.197,22 (Dezoito mil, cento e noventa e sete reais e vinte e dois centavos). Registra que deixou de interpor Reexame Necessário, em consonância com o disposto no art. 2º do Provimento nº 01/2017.

O sujeito passivo interpõe Recurso Ordinário (fls. 115/118), ratificando as razões apresentadas na impugnação, no qual requer o cancelamento da cobrança, tendo em vista que a empresa em momento algum teve a intenção de ferir a legislação estadual, em face do grande prejuízo que seria causado que inviabilizaria a continuidade dos seus negócios.

A Célula de Assessoria Processual Tributária no Parecer nº 133/2021, acostado às fls. 132/134, ratifica a decisão de PARCIAL PROCEDÊNCIA exarada na Primeira Instância.

É o RELATÓRIO.

VOTO DIVERGENTE E VENCEDOR:

A questão emergida nos autos traz a denúncia de descumprimento de obrigação acessória, que se ampara no cruzamento de informações constantes nos arquivos transmitidos no padrão DIEF e os registros em livros fiscais eletrônicos, especificamente em relação às operações de entradas e saídas referentes ao período de janeiro a setembro de 2011.

Da análise do demonstrativo acostado às fls. 21 e as provas apresentadas pela fiscalização, chega-se a conclusão diversa da firmada no julgamento de Primeira Instância, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, em face da nova redação dada ao art. 123, VIII, "I" da Lei nº 12.670/96, dada pela Lei nº 16.258/2017 (2% limitada a 1.000 UFIRCE's), mostrar-se mais benéfica do que a vigente à época do fato gerador (5% sobre o total das operações omitidas ou divergentes).

Firma-se o entendimento de que a presente autuação não deve ser mantida no mérito, uma vez que pela situação fática narrada pelo autuante não há como se proceder à sua subsunção à norma.

Nesse contexto, não se trata de falha na metodologia que fulmine o feito fiscal preliminarmente, mas de impossibilidade de subsumir o fato à norma, tendo em vista que o dispositivo legal que prevê a penalidade específica já mencionada para a infração "omitir informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais" traz em sua redação a clareza de que o confronto deve ser feito entre arquivos x documentos fiscais e não entre arquivos (DIEF) e os registros nos livros fiscais pertinentes.

O cerne da questão é que não existem provas nos autos de que as informações constantes nos arquivos DIEF omitem informações ou divergem daquelas constantes nos documentos fiscais, como assim prescreve o dispositivo sancionador:

*"Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:
(...)"*

VIII – outras faltas:

l- omitir informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais: multa equivalente a 5% (cinco por cento) do valor das operações ou prestações omitidas ou informadas incorretamente, não inferior a 1.000 (uma mil) Ufirces por período de apuração;"

Interessante destacar que, no caso em tela, a MULTA indicada se baseia na diferença constatada nos totais das operações de entradas e saídas registradas nos livros fiscais e os arquivos DIEF transmitidos pelo contribuinte à SEFAZ, consoante planilha acostada às fls 21.

Observa-se inclusive que o montante das entradas e saídas declaradas na DIEF foram superiores ao registrado nos respectivos livros fiscais, de forma que, a partir desse indício deveria o agente fiscal ter se debruçado sobre as informações dos documentos fiscais para identificar o real valor das operações e se de fato houve omissão e divergência nos arquivos DIEF transmitidos à SEFAZ.

Não se tem dúvidas de que a fonte original que dá a certeza da ocorrência do fato gerador do ICMS é o documento fiscal e somente a partir dele é que se pode comprovar se houve omissão de informações e qual o montante omitido ou mesmo divergente, quando se confronta com as informações que estão no poder do Fisco (DIEF) e não dos livros fiscais, motivo lógico e plausível que justifica a instituição da penalidade em questão.

Diante desse cenário poderia surgir a seguinte dúvida: Os livros fiscais não seria uma espécie de cópia dos registros dos documentos fiscais emitidos, fato que por si só garante ser o espelho dos documentos fiscais? Poderia se estender o conceito de "documentos fiscais" aos livros fiscais?

Nas duas hipóteses se entende que não, a Legislação Tributária elenca quais seriam os tipos de documentos fiscais, tratando-se de obrigações acessórias distintas, qual seja, a emissão do documento fiscal e a escrituração desses, sendo perfeitamente factível que ocorram falhas técnicas na inserção ou importação das informações dos documentos fiscais para os arquivos DIEF ou até mesmo manipulação de dados com fins de fugir ao controle do Fisco.

Dito isso, conclui-se que, a planilha que embasou a autuação comprova que o total das operações de entradas e saídas informadas nos arquivos DIEF foram superiores aos registrados nos livros fiscais, mas não se prestam para comprovar que as informações prestadas ao Fisco por meio da DIEF não estão condizentes com as constantes nos documentos fiscais.

Outrossim, discorda-se do reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96, por entender que culminaria na inovação do feito fiscal, uma vez que o ilícito fiscal narrado se baseia na premissa de que os arquivos DIEF foram transmitidos com omissão ou divergência de informações constantes nos documentos fiscais.

Assim sendo, evidencia-se na espécie que o fato descrito não se amolda àquele descrito na norma sancionadora apontada como violada, de forma a

ensejar a configuração do ilícito fiscal imputado ao sujeito passivo, mostrando-se descabida a manutenção da sanção administrativa, em consonância com o entendimento firmado pelo Representante da Procuradoria Geral do Estado por ocasião dos debates.

Amparada nos fundamentos anteriormente expostos, esta Conselheira profere VOTO divergente do Conselheiro Relator designado ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO, pelo conhecimento do Recurso Ordinário interposto para dar-lhe provimento e reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela Primeira Instância para IMPROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

É o VOTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é RECORRENTE **SOUSA PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA** e RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

Presentes à Sessão o Presidente Dr. José Augusto Teixeira, os Conselheiros Ivete Maurício de Lima, Michel André Bezerra Lima Gradvohl, Dalcília Bruno Soares, José Osmar Celestino Junior, Robério Fontenele de Carvalho e Thyago da Silva Bezerra. Presente ainda o Procurador do Estado Dr. Rafael Lessa Costa Barboza e secretariando os trabalhos da 4ª Câmara de Julgamento, a Secretária substituta Ana Paula Figueiredo Porto.

DECISÃO

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **IMPROCEDENTE** a acusação fiscal, entendendo que a acusação fiscal não está comprovada nos autos, nos termos do voto da Conselheira Ivete Maurício de Lima, designada para lavrar a resolução por ter proferido o primeiro voto divergente e vencedor, em conformidade com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os votos dos Conselheiros Robério Carvalho (relator) e Michel Gradvohl, que se manifestaram pela procedência com aplicação da penalidade prevista no art. 123, VIII, "L" da Lei nº 12.670/96, como nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017 e o Conselheiro Thyago Bezerra que votou pela parcial procedência aplicando a penalidade do art. 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza-Ce, aos 14/02/2022.

IVETE MAURICIO DE LIMA:48652075387
Assinado de forma digital por IVETE MAURICIO DE LIMA:48652075387
Dados: 2022.02.16 16:06:29 -03'00'

Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA – VOTO DIVERGENTE

MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA GRADVOHL:43043526368
Assinado de forma digital por MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA GRADVOHL:43043526368
Dados: 2022.02.17 10:11:00 -03'00'

José Augusto Teixeira
PRESIDENTE

RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Assinado de forma digital por RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2022.02.21 11:20:16 -03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado