



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 047 /2017

54ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08/12/2017

PROCESSO Nº 1/7/2014

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201316670

RECORRENTE: D M DE SOUSA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF: 06.216.306-0

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDAS – NOTAS FISCAIS MODELO NF1 - OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO

1 – Contribuinte extraviou notas fiscais de saídas que albergam operações sujeitas ao regime de substituição tributária em suas DIEF's, durante o exercício de 2009. 2 – Imposta a penalidade preceituada no art. 123, IV, k, da Lei nº. 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/03. 3 – Afastado o argumento referente ao cerceamento do direito de defesa e indeferida a prova pericial na forma do art. 97, inciso I da Lei nº. 15.614/2014. 4 – Reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 126 da Lei nº. 12.670/96, com redação dada pela Lei nº. 13.418/03, por se tratarem de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo multa de 10% sobre o montante arbitrado para as operações acobertadas por documentos extraviados não lançados, e multa de 1% sobre o valor escriturado na DIEF para as operações acobertadas por documentos extraviados e devidamente lançados. 5 – Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido para reformar em parte a decisão proferida em 1ª Instância, julgando pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal. 6 – Decisão à unanimidade de votos, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral do douto representante da PGE.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL – OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS – REEQUADRAMENTO PARA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 126 DA LEI 12.670/96 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 16.258/2017.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

“Extravio de nota fiscal ou formulário contínuo aferido por arbitramento. A empresa extraviou diversas NF de saídas – NF1, referentes ao exercício de 2009. Foi elaborado cálculo do arbitramento onde foram calculados os valores médios por documento utilizado na DIEF em cada mês, que posteriormente foi multiplicado pela quantidade de documentos extraviados, sempre utilizando o valor médio por mês anterior aos dos documentos extraviados”.

Apontada infringência aos art. 177 e 230 do Decreto nº. 24.569/97, foi-lhe imposta penalidade preceituada no art. 123, IV, k, da Lei nº. 12.670/96, com redação da Lei nº. 13.418/2003:

Demonstrativo do Crédito Tributário(R\$)

Base de Cálculo	4.218.282,86
ICMS	-
Multa	843.656,56
TOTAL	843.656,56

Segundo consta das informações complementares, a atuada teria extraviado diversos blocos de notas fiscais solicitados em termos expedidos durante a ação fiscal, compreendendo documentos lançados na DIEF saídas de 2009 e outros não comprovadamente lançados, ensejando o arbitramento do montante sobre o qual foi aplicada a multa de 20%, não tendo sido calculado o imposto, tendo em vista que o ICMS substituição tributária foi retido por ocasião da entrada, nos termos do Decreto nº. 28.443/2006.

Anexo à exordial do auto de infração, seguem Mandado de Ação Fiscal nº. 2013.11603, Termo de Início de Fiscalização nº. 2013.15425, Termo de intimação nº. 2013.22239, Termo de intimação nº. 2013.29544, Termo de intimação nº. 2013.31564, Termo de conclusão de fiscalização nº. 2013.36272, planilha elaborada pela fiscalização ‘Cálculo do arbitramento referente as notas fiscais extraviadas e devidamente lançadas na DIEF-Saídas 2009’, planilha ‘DIEF saídas 2009/Relação das notas fiscais lanç. e extraviadas’, planilha ‘Valores mensais das saídas registrados na DIEF-Saídas de 2009 e quantidades de documentos utilizados por mês’, planilha ‘Cálculo das notas fiscais extraviadas e não lançadas na DIEF saídas’, e cópia das DIEFs 2009.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando a insubsistência da acusação fiscal pelos seguintes fundamentos: a) nulidade da autuação por ausência de correlação entre a descrição da infração e os dispositivos legais infringidos; b) afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa; c) impossibilidade de se imputar a infração noticiada, por não configuração do tipo fiscal.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, cuja ementa se transcreve a seguir:

ICMS – EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. *A empresa extraviou diversas NF de saídas – NF1, referentes ao exercício de 2009. Decisão amparada nos arts. 31, 142, 421, 874 e 877 todos do Dec. nº. 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, inc. IV, alínea "k", da Lei nº. 12.670/96 (alterado pela Lei nº. 13.418/03). Auto de infração julgado **PROCEDENTE. DEFESA TEMPESTIVA.***

Inconformada, a empresa autuada apresentou Recurso Ordinário, reforçando os mesmos argumentos da peça defensiva, a saber:

- a) O procedimento administrativo teria sido realizado de forma equivocada;
- b) Toda a documentação solicitada pelo agente do Fisco teria sido apresentada, não tendo havido por parte do Fisco qualquer protesto nesse sentido, sendo imprescindível a contagem física do estoque de mercadorias no estabelecimento;
- c) Cerceamento de defesa por afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, ocasionado pela falta de motivação e defeito na composição do arbitramento;
- d) Impossibilidade jurídica de se imputar a infração noticiada na inicial;
- e) Necessidade de suspensão da exigibilidade do tributo exigido no auto de infração por força do art. 151, inciso III do CTN;
- f) Ao final, caso não se entendesse pela improcedência do lançamento, fosse o feito convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas quanto aos valores auferidos pela fiscalização.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela manutenção da decisão recorrida, isto é, pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal. R

É o relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

02 – VOTO DA RELATORA

Trata-se de Recurso Ordinário contra decisão de procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

O auto de infração versa sobre o extravio de documentos fiscais de saída no ano de 2009, tendo sido exigida multa equivalente a 20% do montante arbitrado pela fiscalização, prevista no art. 123, IV, k, da Lei nº. 12.670/96, com redação dada pela Lei nº. 13.418/03. A Recorrente, por sua vez, se insurge contra a autuação e contra a decisão de 1ª instância.

Em princípio, merece ser afastado o argumento por ela manifestado de que teria apresentado à fiscalização todos os documentos solicitados. Diz-se isto porque ficou inerte mesmo por inúmeras vezes intimada a apresentar as notas fiscais relacionadas no Termo de Início de Fiscalização nº. 2013.15425 e nos Termos de intimação nº. 2013.22239, nº. 2013.29544 e nº. 2013.31564, não tendo inclusive trazido em seu recurso qualquer outro elemento de prova que pudesse afastar a acusação fiscal.

Quanto a alegada ofensa ao direito da ampla defesa, a Recorrente não aponta de forma específica os motivos da sua insurgência, limitando-se a argumentos genéricos, razão pelo qual os afasto.

A Recorrente aponta a necessidade de observância da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III do CTN. Nesse ponto, importa destacar que tal suspensão é garantida pelo Código Tributário Nacional e pela lei do processo administrativo tributário, enquanto pendente a impugnação e o recurso apresentado.

Pugna ainda pela conversão do feito em diligência, mas entendo por indeferir a prova pericial, na forma do art. 97, inciso I da Lei nº. 15.614/2014, a saber:

Art. 97. O julgador indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de realização de perícia, quando:

I – formulado de modo genérico;

Por outro lado, entendo que muito embora esteja devidamente comprovado o ilícito descrito na peça inicial, a sanção aplicada para o caso deve ser revista. W

Segundo dados da infração extraído da peça exordial, a penalidade aplicada para o caso foi a prevista no art. 123, IV, k da Lei nº. 12.670/96, com redação da Lei nº. 13.418/2003, equivalente a 20% do valor arbitrado, a saber:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

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

[...]

IV - relativamente a impressos e documentos fiscais:

[...]

k) extravio de documento fiscal, de selo fiscal, de formulário contínuo ou de formulário de segurança pelo contribuinte: multa correspondente a 20% (vinte por cento) do valor arbitrado, ou, no caso da impossibilidade de arbitramento: multa equivalente a 50 (cinquenta) Ufirces por documento extraviado. Na hipótese de microempresa, microempresa social e empresa de pequeno porte a penalidade será reduzida em 50% (cinquenta por cento);

Analisando o cálculo do valor arbitrado pela fiscalização, tomado como base para o cálculo da multa autuada, destaque-se que foram adotados dois critérios: 1) quando no mês todas as notas fiscais extraviadas estavam devidamente lançadas na DIEF saídas 2009, multiplicava o valor médio por documento utilizado no referido mês pela quantidade de documentos extraviados e lançados; 2) quando no mês havia notas extraviadas e lançadas, mas também notas extraviadas porém não lançadas na DIEF saídas 2009, multiplicava o valor médio por documento utilizado no mês imediatamente anterior, pela quantidade de documentos extraviados lançados e não lançados (vide planilha resumo de fls. 17).

A fiscalização produziu ainda planilha compreendendo a base detalhada com todos os documentos utilizados para o cálculo do arbitramento (vide fls. 18 a 146), de onde se depreende os seguintes dados: a) valores das operações de saída declaradas pela Recorrente em suas DIEFs no ano de 2009, totalizadas por mês, b) relação dos documentos fiscais de saída informados em DIEF, com destaque em caso de não apresentação do mesmo pela Recorrente com a seguinte nomenclatura "Não Apres."

Tome-se como exemplo o mês de fevereiro/2009. A empresa declarou as operações de saídas de 69 documentos em sua DIEF, no valor total de R\$ 208.716,50, deixando de apresentar à fiscalização 2 (dois) documentos dessa relação, os de nº 1451, no valor de R\$ 480,00 e o de nº. 1452, no valor de R\$ 1.449,00. A acusação identificou que existiam ainda mais 25 (vinte e cinco) documentos extraviados, estes não escriturados em DIEF.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Seguindo o segundo critério explicitado mais acima, a fiscalização assim calculou o montante arbitrado: multiplicou 27 (sendo 2 documentos extraviados porém escriturados e 25 extraviados e não escriturados) pelo valor médio por documento utilizado em janeiro (mês imediatamente anterior), qual seja R\$ 3.369,19 (resultado da divisão do valor total das saídas de janeiro de R\$ 249.320,35 por 74 documentos utilizados em janeiro). Dessa operação, chegou-se ao arbitramento do montante para fevereiro de R\$ 90.968,24, sobre o qual foi calculada a multa de 20%, no valor de R\$ 18.193,65 para respectivo mês.

Ocorre que a fiscalização expressamente afirma tratarem-se de operações sujeitas ao regime de substituição tributária do ICMS, ocasião em que o imposto é retido quando da entrada das mercadorias, motivo pelo qual sequer fora exigida a obrigação principal, senão repise-se o seguinte trecho das informações complementares:

“No caso em questão, não foi calculado o imposto, tendo em vista que o ICMS substituição tributária foi retido por ocasião da entrada, de conformidade com o Decreto nº. 28.443/2006”.

Partindo dessa premissa, a infração encontra atenuante prevista no art. 126 da Lei nº. 12.670/96, com redação dada pela Lei nº. 13.418/2003, *in verbis*:

Art.126. As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido, bem como as amparadas por não-incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

Parágrafo único. A penalidade prevista no caput será reduzida para 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações quando estas estiverem regularmente escrituradas nos livros fiscais ou contábeis do contribuinte.

Nesse contexto, em sendo aplicável o art. 126 da Lei nº. 12.670/96, impõe-se ainda enquadrar as operações *“devidamente lançadas da DIEF saídas 2009”*, conforme identificado pela própria fiscalização às fls. 17, na regra do parágrafo único do mencionado dispositivo, reduzindo a multa para 1% do valor das operações então escrituradas, tomando por base o montante destacado nos respectivos documentos fiscais também apontado pela fiscalização às fls. 18/146, e não mais o montante arbitrado. Anote-se nesse ponto que da planilha acostada ao Auto de Infração, identificamos apenas 1357 (mil trezentos e cinquenta e sete) documentos extraviados, e não 1358.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Já para os 30 (trinta) documentos não lançados em DIEF e tido por extraviados, a multa fica reduzida para 10%, a ser calculada sobre o montante já arbitrado quando da autuação fiscal.

Nesse contexto, o valor da multa foi reduzido de R\$ 843.656,56 para R\$ 45.444,90 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e noventa centavos), conforme resumo a seguir, cujo cálculo detalhado encontra-se nas planilhas anexas (**doc. anexo**):

DM DE SOUSA - AI 2013.16670-4				
Resumo da multa				
	Qtidade de documentos	Base de cálculo	Percentual da multa	Multa
Documentos lançados mas não apresentados	1357	3.566.971,87	1%	35.669,72
Documentos não lançados e não apresentados	30	97.751,85	10%	9.775,19
Totais	1387	3.664.723,72		45.444,90

Ex positis, voto para que se conheça do presente Recurso Ordinário, para dar-lhe parcial provimento, no sentido de reformar em parte a decisão proferida em 1ª instância, para julgar pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal.

É como VOTO.

03 – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	3.664.723,72
ICMS	-
Multa	45.444,90
TOTAL	45.444,90

* Valores expressos em Reais



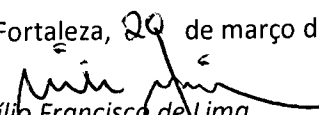
SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

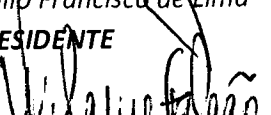
04 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/7/2014 – Auto de Infração: 1/201316670. Recorrente: D M DE SOUSA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

Decisão: “Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e dar-lhe parcial provimento, para modificar em parte a decisão condenatória de 1ª instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a acusação fiscal, considerando que, de acordo com informação prestada pelo próprio agente atuante, as operações realizadas pelo contribuinte estão sujeitas ao regime de substituição tributária em razão da atividade econômica por ele exercida. Eis as modificações: 1. Nos casos em que os documentos fiscais extraviados estavam registrados nas DIEFs, reequadrar a penalidade aplicada para a prevista no art. 126, Parágrafo único, da Lei nº 12.670/96 tomando-se como base de cálculo os valores constantes nas DIEFs; 2. Em relação aos demais casos, reequadrar a penalidade para a prevista no artigo 126, caput, da mesma Lei. Registre-se que a decisão do Colegiado em diferenciar o tratamento dado em relação aos documentos fiscais registrados na DIEF, do adotado em referência aos não-registrados, se deveu ao fato de o agente atuante ter considerado válidos os valores constantes na DIEF para fins de determinação da base de cálculo do lançamento. Decisão nos termos do voto da Conselheira Relatora, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.”


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza, 20 de março de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO

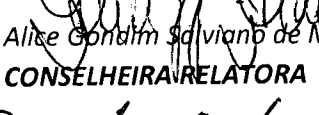

Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO