



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

RESOLUÇÃO Nº: 084 /2017

15ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 25/04/2017

PROCESSO Nº 1/2872/2013

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201309603

RECORRENTE: CONFPLAST CONFIANÇA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CGF: 06.359.696-2

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS OU NESSES INFORMAR DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS **1** – Divergências apuradas em confronto dos registros fiscais do arquivo magnético protocolado com os registros enviados através da DIEF, com infração ao art. 285 e 289 do Decreto nº 24.569/97. **2** – Imposta a penalidade preceituada no art. 123, VIII, alínea “L” da Lei nº 12.670/96. **3** – Nulidade absoluta por vício material, diante da impropriedade da metodologia adotada pelo levantamento fiscal, que comparou registros entre dois arquivos magnéticos, restando ausente a subsunção do fato à norma, e por ausência de provas quanto à materialidade da infração, em afronta ao art. 828 do Decreto 24.569/97 e em conformidade com o art. 83 da Lei nº. 15.614/2014. **4** – Recurso Ordinário conhecido e provido para reformar a decisão de procedência proferida em 1ª instância, declarando a NULIDADE da acusação fiscal por vício material. **5** – Decisão de NULIDADE à unanimidade de votos, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas em conformidade com a manifestação oral em sessão do ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado. **6** – Reconhecido o vício material por maioria, tendo o representante da Procuradoria Geral do Estado manifestado-se oralmente pelo reconhecimento de vício formal, nos termos do voto divergente.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS OU NESSES INFORMAR DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS – COMPARATIVO ENTRE ARQUIVOS MAGNÉTICOS - NULIDADE DA ACUSAÇÃO FISCAL POR



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

IMPROPRIEDADE DA METODOLOGIA E POR AUSÊNCIA DE PROVAS –
AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA.

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:

*“Omitir informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais.
Confrontados os registros fiscais por CFOP do arquivo magnético (protocolado) com os registros fiscais enviados através da DIEF, apuramos divergências detalhadas em papel de trabalho – CONFRONTO DOS REGISTROS DIEF X REGISTRO DE ARQUIVO – EXERCÍCIO 2009”.*

Apontada infringência ao art. 285 c/c art. 289 do Dec. 24.569/97, foi imposta penalidade preceituada no art. 123, VIII, alínea “L” da Lei nº 12.670/96.

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	6.134.750,58
ICMS	-
Multa	306.737,53
TOTAL	306.737,53

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando em síntese o seguinte: a) preliminarmente, afronta à legalidade por entender que o Mandado de Ação Fiscal, como ato designatório, não seria instrumento legítimo para iniciar a fiscalização originária, pois não teria respaldo na Lei nº. 12.670/96 nem no Decreto nº. 24.569/97; b) nulidade por cerceamento do direito de defesa, vez que a descrição dos artigos infringidos e da infração teria sido genérica, não permitindo distinguir se a contribuinte teria sido penalizada por “omitir informações em arquivo magnético”, “informar dados divergentes” ou “não apresentar os arquivos”; c) quanto ao mérito, defende que não praticou ato infracional quanto à não apresentação dos arquivos, pois teria regularmente transmitido eletronicamente os arquivos à SEFAZ, e que para a constatação da infração relativa à informação de dados divergentes, deveria a fiscalização proceder ao confronto dos registros constantes em arquivos magnéticos com os respectivos, e não comparar arquivo magnético com registros de outro arquivo magnético; d) por fim, insurge-se quanto ao caráter confiscatório da multa.



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

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, mantendo-se o lançamento fiscal em sua integralidade.


Inconformada, a empresa autuada apresentou recurso ordinário, reforçando os argumentos da peça defensiva, alegando, em síntese:

- a) Nulidade por desrespeito ao princípio da legalidade: reitera a afronta à legalidade por entender que o Mandado de Ação Fiscal, como ato designatório, não seria instrumento legítimo para iniciar a fiscalização originária, pois não teria respaldo na Lei nº. 12.670/96 nem no Decreto nº. 24.569/97, tratando-se apenas de uma figura prevista em instruções normativas, as quais representam mera norma complementar, quando o art. 142 diz ser a atividade de lançamento necessariamente vinculada a lei;
- b) Impropriedade do critério empregado: a Fazenda Pública não poderia usar os dados da EFD para comprovar a existência de omissões/divergências com os dados constantes da DIEF, pois não seria a mesma coisa que comparar com os dados constantes nos documentos fiscais, carecendo a acusação de provas fundadas;
- c) Ausência de proporcionalidade e razoabilidade do valor da multa: aduz que a penalidade possui caráter confiscatório, e que o Plenário do STF, no Recurso Extraordinário nº. 640.452, teria reconhecido a repercussão geral da matéria.

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.

É o relatório.

02 – VOTO DA RELATORA

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

O auto de infração versa sobre a existência de divergências entre registros de arquivos magnéticos, com exigência de multa de 5% sobre o valor da operação, infração detectada quando do cruzamento de informações do arquivo magnético (protocolado), com os dados enviados pela contribuinte através da DIEF.



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

Em sede preliminar, a Recorrente alega nulidade da ação fiscal, sob o argumento de que o Mandado de Ação Fiscal não teria previsão em leis, mas apenas em atos normativos, o que afrontaria o princípio da legalidade. Acerca desse ponto, entendo que devem ser mantidos os fundamentos da decisão recorrida.

Como bem destacado no Parecer da CEAPRO, o Mandado de Ação Fiscal encontra guarida não apenas em atos normativos expedidos pela SEFAZ, mas também em todo o arcabouço do ordenamento tributário estadual. O art. 196 do Código Tributário Nacional prevê que *"a autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas"*.

Sob esse comando, os arts. 87 e 88 da Lei nº. 12.670/96 apontam sobre a necessidade do agente fiscal apresentar ao contribuinte o ato que lhe credencie ao exercício da ação fiscal:

Art. 87. Antes de qualquer diligência de fiscalização, os agentes do Fisco exibirão ao contribuinte, ou a seu preposto, identidade funcional que os credencie ao exercício da ação fiscal.

Art. 88. As ações fiscais começarão com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará a identificação:

I - do ato designatório;

II - do projeto de fiscalização;

III - do contribuinte;

IV - da hora e data do início do procedimento;

V - de livros, documentos e arquivos eletrônicos necessários à ação fiscal, e do prazo em que estes deverão ser apresentados.

Na mesma esteira, seguem os art. 820 e 821 do Decreto 24.569/97, *in verbis*:

Art. 820. Antes de qualquer ação fiscal, o agente do Fisco exhibirá ao contribuinte ou a seu preposto, identidade funcional e o ato designatório que o credencia à prática do ato administrativo.

Art. 821. A ação fiscal começará com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, do qual constará, necessariamente:

I - o número do ato designatório;



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

II - o projeto de fiscalização a que se refere;

III - a identificação do contribuinte;

IV - a hora e a data do início do procedimento fiscal;

As disposições seguintes, como aquelas constantes da Instrução Normativa nº. 49/2011, são portanto normas instrumentais, complementares aos dispositivos acima mencionados, e que por estarem fundadas no CTN, em leis e em decretos estaduais, em nada afrontam o princípio da legalidade, não merecendo prosperar as razões recursais nesse ponto.

Por outro lado, assiste razão à Recorrente quanto ao argumento acerca da impropriedade do critério empregado para o levantamento fiscal. O auto de infração impõe à contribuinte multa capitulada no art. 123, VIII, 'L' da Lei nº. 12.670/96, segundo o qual preceitua a omissão de informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes **dos constantes nos documentos fiscais**, a saber:

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.

As informações complementares prestadas pela fiscalização, por sua vez, explicitam a metodologia adotada em seu levantamento, de onde se transcrevem os seguintes trechos:

"Confrontando os registros fiscais do arquivo magnético entregue mediante recibo protocolo anexo, constatamos divergências por CFOP com os registros fiscais dos documentos fiscais consolidados e entregues através da DIEF, que refletem claramente infração prevista na legislação fiscal".



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

A fiscalização apresenta então, às fls. 08-A, planilha denominada 'PAPEL DE TRABALHO – CONFRONTO DOS REGISTROS DIEF X REGISTRO DE ARQUIVO CONFPLAST – CONFIANÇA INDUSTRIA DE PLASTICOS LTDA 06.359.696-2 EXERCÍCIO 2009', em que totaliza as divergências existentes entre 'DIEF X ARQUIVO', arquivo este resultado da compilação dos dados em formato .DF0, .DF1 e .txt, transmitidos pela contribuinte, conforme protocolo de fls. 08.

Vê-se, portanto, que a fiscalização procedeu à comparação entre arquivos magnéticos: aquele enviado pela contribuinte conforme protocolo de fls. 08 e a DIEF anteriormente transmitida, quando para a caracterização da penalidade exige-se que a omissão seja detectada entre arquivo magnético e documentos fiscais.

O art. 83 da Lei nº. 15.614/2014, estabelece serem absolutamente nulos os atos praticados com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

Sobre o levantamento fiscal, dispõe o art. 828 do Decreto nº. 24.569/97, com redação idêntica à do art. 93 da Lei nº. 12.670/96, acerca da necessidade de serem anexados ao auto de infração todos os documentos que serviram de base à ação fiscal, *in verbis*:

Art. 828. Todos os documentos, livros, impressos, papéis, inclusive arquivos eletrônicos, que serviram de base à ação fiscal devem ser mencionados na informação complementar e anexados ao auto de infração, respeitada a indisponibilidade dos originais, se for o caso.

O art. 33 do Decreto 25.468/99, por sua vez, exige que o auto de infração contenha, dentre outros elementos, a 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 da infração:

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 da infração;



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

Ocorre que a autoridade fiscal não disponibilizou para a empresa autuada a relação dos documentos fiscais que teriam sido omitidos nos arquivos magnéticos, vez que a metodologia adotada se limitou ao comparativo entre dois arquivos magnéticos e não entre documentos fiscais e arquivo magnético.

Tal informação não é suficiente para garantir ao contribuinte o mínimo do direito processual à ampla defesa e ao contraditório, princípios norteadores do processo administrativo-tributário estadual, conforme art. 46 da Lei nº. 15.614/2014, como também não se caracteriza como hipótese de subsunção do fato à norma contida no art. 123, VIII, 'L', da Lei nº. 12.670/96.

Nesse sentido, diante da impropriedade da metodologia fiscal e por ausência de provas quanto à materialidade da infração, entendo pela nulidade, **por vício material**, do auto de infração em epígrafe.

Por fim, quanto ao argumento relativo ao caráter confiscatório da multa, tem-se que o mesmo restou prejudicado, considerando o reconhecimento da nulidade do auto de infração, conforme exposto mais acima. De todo modo, importa destacar que a este Órgão Julgador não compete a apreciação de inconstitucionalidade de normas que não tenham sido assim declaradas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Súmula Vinculante, na forma do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

Art. 48. Omissis.

[...]

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.



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

Ademais, o Recurso Extraordinário nº. 640.452 com repercussão geral reconhecida sobre o tema, a que faz menção a Recorrente, ainda não foi julgado, não tendo, portanto, aplicabilidade para esse órgão administrativo.

Ex positis, voto para que se conheça do recurso ordinário, dando-lhe provimento para reformar a decisão proferida em 1ª instância, declarando a **NULIDADE**, por vício material, da acusação fiscal.

É como VOTO.

03 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/2872/2013 – Auto de Infração: 1/201309603. Recorrente: **CONFPLAST CONFIANÇA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA**. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

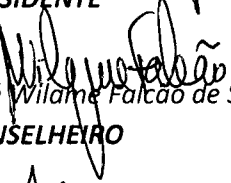
Decisão: *“Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e tomar as seguintes deliberações: 1. Em referência à de nulidade suscitada, em face do Mandado de Ação Fiscal, que segundo a autuada, não estaria previsto nem na Lei 12.670/96, nem no Decreto 24.569/97, resolvem de forma unânime, afasta-la, uma vez que o referido ato designatório se encontra normatizado pela Instrução Normativa nº 49/2011, da Secretaria da Fazenda; 2. Ainda em análise preliminar resolvem, por unanimidade de votos, declarar a **NULIDADE** do lançamento, em vista da impropriedade da metodologia empregada pelo agente do Fisco, que comparou o arquivo magnético com a DIEF, em vez de fazê-lo com os documentos fiscais, como estabelece o Art. 123, VIII, 'L' da Lei nº 12.670/96. Decisão com base no art. 33, XI do Decreto 25.468/99, 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 ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado. Registre-se que a maioria entendeu tratar-se nulidade por vício material. Divergiu da maioria neste ponto o Conselheiro Lúcio Flávio Alves, que também votou pela nulidade do Auto de Infração, mas por vício formal. Foi também nos termos do voto divergente que se manifestou o representante da Procuradoria Geral do Estado. Em relação ao argumento de que a multa aplicada possui efeito confiscatório, resolvem por unanimidade de votos não acolhê-lo, por entenderem que não compete a esta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 §2º, da Lei nº 15.614/2014.”*



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


SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza, 22 de maio de 2017.


Abílio Francisco de Lima
PRÉSIDENTE


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