



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

RESOLUÇÃO Nº: 085 /2018

16ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 16.4.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/2596/2016 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201613874-6

RECORRENTE: Home Center Brasil Materiais para Construção Ltda.

RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª. Instância

CONSELHEIRO RELATOR: José Wilame Falcão de Souza

EMENTA: ICMS – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – A EMPRESA ENTREGOU MEMÓRIA FISCAL DIGITAL FORA DOS PADRÕES E COM DADOS INSUFICIENTES PARA COMPROVAÇÃO DAS OPERAÇÕES. Infração ao disposto no art. 21, parágrafos 2º e 3º do Decreto nº 29.907/2009 e art. 308, do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123, VIII, 'i', da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido para reformar em parte a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, em razão de aplicação de penalidade menos severa advinda com a Lei nº 16.258/17. Tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária avalizado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide denuncia que a empresa identificada à epígrafe entregou memória fiscal digital, relativa ao exercício 2011, fora dos padrões e com dados insuficientes para efetuar o levantamento fiscal.

Consta do auto de infração a indicação dos dispositivos infringidos: artigos 285, 289, 299, 300 e 308 do Decreto nº 24.569/97 combinado com Convênio 57/95, Convênio ICMS 85/2001, Cláusula 3ª, alínea "c" e art. 81 do Decreto nº 29.907/2009; a sugestão da penalidade aplicável ao caso: art. 123, VIII, 'i', da Lei 12.670/96; e o valor da multa: R\$1.081.371,36.

Nas Informações Complementares de fls. 04 a 13 a autoridade fiscal presta esclarecimentos acerca do trabalho de fiscalização e fundamenta a acusação fiscal, nos termos, em síntese, abaixo descritos:

1. Que o contribuinte apesar de regularmente intimado através do Termo de Início de Fiscalização 2016.01545, de 29/01/2016, incorreu em desobediência ao que emana o art. 285, § 1º do Decreto nº 24.569/97 ao **deixar de apresentar o arquivo magnético reclamado** (fl.04);
2. Que, em seguida, expediu o Termo de Intimação 2016.03179, em 02.03.2016, com fim específico de conceder ao contribuinte o direito de reapresentar à auditoria a Memória Fiscal Digital, nos termos do art. 7º, IX, do Decreto 31.591/2014 (fl.04);
3. Que o contribuinte enviou arquivos (mídia em CD), em 26/4/2016, contendo somente as leituras X e Z de cada equipamento fiscal (fl.05);
4. Que “... **não há que se confundir a obrigação de possuir, preconizado pelo art. 308 do RICMS, com o envio mensal da DIEF ou SPED (instituída pelo Decreto nº 27.710/05 e regulamentada pela Instrução Normativa nº 14/05).** Este último instrumento normativo, em seus artigos 2º, 4º e 5º determina que a DIEF será apresentada mensalmente por contribuintes enquadrados no regime de recolhimento normal” (fl.07);
5. Que “... o simples envio mensal eletrônico da DIEF ou SPED não desobriga o contribuinte a manter o registro fiscal em arquivo magnético, fornecendo ao Fisco quando solicitado, uma vez que são obrigações distintas” (fl.07);

Regularmente intimada acerca do auto de infração em lide, o contribuinte ingressou, no prazo legal, com impugnação (fls. 48 a 53), onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

1. “Com efeito, a fiscalização em comento iniciou em 29/01/2016 por meio do termo nº 2016.01545, no qual houve intimação para apresentação de (i) Notas Fiscais de Entrada e Saída, (ii) Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos Ocorrenciais (RUDFTO) e (iii) Arquivo Eletrônico DIEF ou EFD, caso os itens das notas fiscais dos inventários do período não tenham sido transmitidos a SEFAZ” (fl. 48 verso);
2. “Pois bem, na sequência houve nova solicitação do Sr. Agente fiscal em 02/03/2016, para apresentação da Memória Fiscal Digital (MFD) relativa ao ano base de 2011, contendo os arquivos referentes aos ECFs 13, 14, 15, 16, 17 e 18 dos mapas 2818 a 3167 nos termos do artigo 20 e 21 do Decreto 29907/2009, combinado com artigo 7º, inciso XVIII do Decreto 31591/2014” (fl. 48 verso);
3. “Assim procedeu a Recorrente que em 01/04/2016 entregou os arquivos de redução Z, os quais foram recusados pelo Sr. Agente fiscal que solicitou nova entrega de documentos, estes últimos apresentados de modo completo em 26/04/2016, no formato definido pelo Ato COTEPE 25/2011” (fl.49);
4. “Isto porque, após solicitação para que a empresa certificadora Perto S/A Periféricos para Automação (com quem mantém relação comercial

- para assistência técnica, manutenção, instalação e correlatos em equipamentos fiscais), procedesse à extração de seu conteúdo em loco, visando atender ao referido mandado, recebeu a Recorrente informação que todo o conteúdo da MF e MFD encontrava-se com sua recuperação impossibilitada devido a danos no dispositivo de armazenamento da Memória Fiscal e Memória de Fita Detalhe, conforme laudo anexo” (fl.49);
5. “Apesar da impossibilidade técnica de extração da memória das próprias ECFs, e sempre visando agir com estrita transparência, a Recorrente entregou em 26/04/2016 arquivos com TODAS as informações solicitadas, em absoluta consonância ao disposto pela Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE/ICMS nº 25/2011 ... “ (fl.49);
 6. Que “... a Recorrente agiu em estrito cumprimento aos ditames do fisco estadual uma vez que, ao contrário do alegado pelo Sr. Agente Fiscal, entregou arquivos completos com todas as informações previstas na legislação aplicável, especialmente considerando a impossibilidade de extração de dados dos equipamentos de ECFs, conforme laudo anexo da empresa PERTO” (fl.49);
 7. Que não poderia “... ter de alguma forma corrigido o problema com antecedência, uma vez que o próprio artigo 20 do Decreto 29.907/2009 é expresso ao estabelecer restrições quanto ao manuseio da informação contida na Fita-Detalhe...” (fl. 49);
 8. Que “...discorda com veemência a Recorrente da afirmação contida no auto ora impugnado de que os arquivos entregues conteriam apenas as leituras X e Z, especialmente porque no CD entregue em 26/4/2016 fora apresentado na íntegra o backup obrigatório já citado (art. 21, § 2º do Decreto 29.907/90)” (fl.49 verso);
 9. Que “... provavelmente o Sr. Fiscal sequer analisou os relatórios entregues no formato do Ato COTEPE em 26/04/2016 – frise-se incansavelmente que em razão da impossibilidade técnica de extração de dados diretamente da Fita-detalhe das máquinas – pois se os tivesse analisado certamente teria acessado TODAS as informações necessárias à ação fiscal” (fl.51);
 10. Que “...o art. 53, § 3º do Decreto Estadual/CE nº 25.468 de 31/05/1999, prevê serem absolutamente nulos os atos praticados com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, circunstâncias estas em que seja inviabilizado o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado” (fl.52).

Na finalização da peça impugnatória, a empresa requer, em grau preliminar, a declaração de nulidade do auto de infração em questão. Protesta pela produção de provas do ilícito denunciado e nesse rumo requer a realização de perícia, sobre a qual apresenta um rol de quesitos para respostas.



3

O processo foi remetido à 1ª Instância onde o julgador singular, após afastar os pedidos de nulidade e perícia, decidiu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal. O pedido de nulidade, suscitado com base no cerceamento do direito de defesa (fl.84), foi indeferido sob o entendimento que há nos autos robusta prova material colacionada pelo agente fiscal. O pedido de perícia formulado pela autuada foi indeferido, sob o fundamento que o pedido não preenche os requisitos exigidos para o deferimento, constantes do art. 464 do Novo Código de Processo Civil. (fl. 89).

A decisão singular foi enviada para o contribuinte por meio da intimação de fl.96, remetida por carta com aviso de recebimento – AR (fl.98), que foi regularmente entregue no destino.

Em seguida, a autuada protocoliza o Recurso Ordinário que repousa às fls. 101 a 107 dos autos, no qual repete, em caráter geral, as mesmas razões apresentadas por ocasião da impugnação. No final da peça recursal requer o deferimento do recurso interposto para que seja declarada a nulidade absoluta do auto de infração em face da ausência de materialidade do ilícito denunciado. Requer, também, a realização de perícia, nomeia assistente técnico e apresenta os quesitos a ser respondidos.

Por meio do Parecer nº 55/2018, fls.108 a 111, o Assessor Processual Tributário manifestou entendimento pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal em face de alteração da penalidade com o advento da Lei nº 16.258/2017, que prevê para o ilícito em evidência multa equivalente a 2 (dois por cento) do valor das operações de saída de cada período irregular, mas limitada a 1.000 UFIR-CEs por período de apuração.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR:

O auto de infração em questão foi lavrado sob o fundamento de que a empresa autuada entregou ao Fisco o arquivo da memória fiscal digital dos seus ECFs fora dos padrões exigidos na legislação e com dados insuficientes para comprovação das reais operações de saídas relativas aos itens de produtos comercializados.

Para o cumprimento dessa obrigação, o contribuinte foi intimado via Termo de Intimação 2016.03179 (fl.17) para:

“APRESENTAR MFD (MEMÓRIA FISCAL DIGITAL), CONTENDO OS ARQUIVOS REFERENTES AOS ECFS 13, 14, 15, 16, 17, 18 DOS MAPAS DE 2818 A 3167, NOS TERMOS DO ART 20 E 21 DECRETO 29907/2009 COMINADO COM O ART 7, XVIII DECRETO 31591/2014”.

Inicialmente é providencial que se diga que o lançamento foi efetuado com observação das regras previstas na legislação de regência, não existindo nos autos nenhum procedimento incompatível que nos imponha a declarar a nulidade da ação fiscal.

Quanto as razões apresentadas pela recorrente, nenhuma demonstra erro procedimental no lançamento, de sorte que não há empecilho para a tramitação regular do processo, tampouco realização de trabalho pericial para comprovação do descumprimento da obrigação acessória em evidência.

Acerca da matéria em questão no auto de infração em lide, estabelece o art. 21, parágrafos 2º e 3º do Decreto nº 29.907/2009 o seguinte:

Art. 21. A Fita-detalhe emitida a partir de dados armazenados na Memória de Fita-detalhe deverá conter em todos os documentos impressos:

(...)

§ 2º No último dia de cada período de apuração deverá ser gerado arquivo eletrônico com o conteúdo da MFD, no formato descrito em Ato expedido pelo Secretário Executivo da Cotepe/ICMS, que deverá ser mantido em poder do contribuinte usuário do ECF pelo período decadencial, para apresentação ao Fisco quando solicitado.

§ 3º O dispositivo de MFD, quando inicializado para o contribuinte, deverá ser mantido em poder deste pelo prazo decadencial, para apresentação ao Fisco quando solicitado.

A recorrente alega que entregou a MFD em 26/04/2016, no formato do Ato CO-TEPE, e o fez dessa forma em razão da impossibilidade técnica de extração de dados diretamente da Fita-detalhe das máquinas. E que se o fiscal tivesse analisado os relatórios entregues certamente teria acessado TODAS as informações necessárias à ação fiscal.

Por outro lado, o agente fiscal registra o recebimento dos arquivos (mídia em CD), em 26/04/2016, porém, somente com as leituras X e Z de cada equipamento fiscal, situação que impossibilitou a conferência das reais operações de saídas, no tocante aos itens de produtos com suas devidas modalidades de tributação. R

Por esse fato, restou configurada a infração ao § 2º do art. 21 do Decreto nº 29.907/2009 e, por consequência o descumprimento do previsto no art. 308 do Decreto nº 24.569/97. Este último tem a seguinte redação:

Art. 308. O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e arquivo magnético de que trata este Capítulo, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da exigência, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Caracteriza a infração fica a empresa autuada sujeita a sanção prevista no art. 123, inciso VIII, alínea "i", da Lei nº 12.670/96, com a alteração advinda com a Lei nº 16.258/2017, que fixa para a infração registrada no auto de infração multa correspondente a 2% (dois por cento) do valor das operações de saída de cada período, porém, limitada a 1.000 UFIRCES por período de apuração, por força do disposto no art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional, que manda aplicar, retroativamente, a lei menos severa aos atos não definitivamente julgados.

Isto posto, VOTO no sentido de conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória de 1ª Instância para PARCIAL PROCEDENTE, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PENALIDADE APLICÁVEL

Diante da infração devidamente configurada nos autos, cabível a penalidade embutida no art. 123, inciso VIII, alínea "i", da Lei nº 12.670/96, com a alteração advinda com a Lei nº 16.258/2017.

DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO

	UFIRCE	VALOR/2011	LIMITE		
	1000	2,6865	R\$2.686,50		
MÊS/ANO	BASE CÁLCULO	ALÍQUOTA	MULTA %	VALOR LIMITE MULTA	MULTA APL.
01/11	4.276.072,76	2,00%	85521,46	2686,50	2.686,50
02/11	3.768.204,80	2,00%	75364,10	2686,50	2.686,50
03/11	3.782.903,81	2,00%	75658,08	2686,50	2.686,50
04/12	4.121.313,49	2,00%	82426,27	2686,50	2.686,50
05/11	3.969.827,53	2,00%	79396,55	2686,50	2.686,50
06/11	4.436.495,30	2,00%	88729,91	2686,50	2.686,50
07/11	4.981.755,82	2,00%	99635,12	2686,50	2.686,50
08/11	4.832.391,40	2,00%	96647,83	2686,50	2.686,50
09/11	4.736.694,92	2,00%	94733,90	2686,50	2.686,50
10/11	5.114.169,63	2,00%	102283,39	2686,50	2.686,50
11/11	5.547.293,78	2,00%	110945,88	2686,50	2.686,50
12/11	4.501.444,84	2,00%	90028,90	2686,50	2.686,50
TOTAL DA MULTA A SER LANÇADA.....					32.238,00

OBS. 1. Cálculo efetuado a partir SPED - Consulta conta corrente (fl.113)

2. Multa: 1000 UFIRCES X 12 MESES = 12.000 UFIRCES

UFIRCE/2011 = R\$2,6865

12.000 x 2,6865 = **R\$32.238,00**

É o voto.

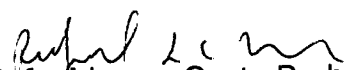
DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE** HOME CENTER BRASIL MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. e **RECORRIDO** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória recorrida para **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, reduzindo o valor do crédito lançado, em vista do abrandamento da penalidade prevista no dispositivo legal sancionador, a saber, o artigo 123, VIII, "i", da Lei nº 12.670/96, em decorrência da nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 16.258/2017. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 22 de Maio de 2018.

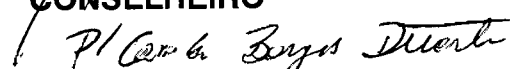

Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO
Em _____/2018


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO RELATOR


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Diogo Moraes Almeida Vilar
CONSELHEIRO