



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 198/2019

77ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 25 de outubro de 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº.: 1/59/2018 AI.: 1/201718779

RECORRENTE: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA –

CGF: 06.857.201-8

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR CONS.: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

AUTUANTE: REGINA LÚCIA PIRES DE CARVALHO E FRANCISCO JOSE VALE MATOS

EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVO MAGNETICO OU NESSE INFORMAR DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 1. A empresa omitiu em suas EFDs notas fiscais eletrônicas referentes a operação de entrada, conforme confronto entre notas fiscais destinadas e o SPED FISCAL. 2. Período da infração: 2013 3. Artigos Infringidos: 269, 276-A, 285 e 289 todos do Decreto nº 24.569/97. 4. Penalidade Prevista: art. 123, inciso VIII, Alínea “L” da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, conforme determinação do artigo 106, inciso II, letra “c” do CTN que estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comina punibilidade menos severa que a prevista por lei vigente ao tempo de sua prática. 5, Auto de Infração PARCIAL PROCEDENTE, nos termos do voto do Conselheiro Relator em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em Sessão do Representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNETICOS OU NESSES INFORMAR DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE.

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " DEIXAR DE ESCRITURAR, NO LIVRO FISCAL PRÓPRIO PRÓPRIO, INCLUSIVE NA MODALIDADE ELETRÔNICA, DOCUMENTO FISCAL RELATIVO A OPERAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. CONSTATAMOS QUE, DURANTE O PERÍODO AUDITADO A AUTUADA DEIXOU DE ESCRITURAR/TRANSMITIR NA EFD NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE ENTRADAS, REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 2013, TOTALIZANDO R\$699.909,49. "

O agente fiscal lança somente multa no valor de R\$69.990,95 e em seguida aponta como dispositivos infringidos: artigo 276-G, inciso I do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, III, "G" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 16.258/2017.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 04, vejamos:

"(...)

"Ao procedermos o confronto entre as entradas escrituradas no Livro de Registro de Entrada oriundo dos arquivos EFD transmitidos oportunamente e as notas fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte retro qualificado, todas registradas nos Sistemas de Registro/Controle da Sefaz-Ce, notas fiscais estas emitidas por outros contribuintes do ICMS deste e de outros Estados, que transacionaram mercadorias, bens e/ou serviços com o contribuinte ora fiscalizado, constatamos que, durante o período auditado, a autuada deixou de escriturar/transmitir na EFD notas fiscais eletrônicas de Entradas, referentes aos exercícios de 2013, totalizando R\$699.909,49 (seiscentos e noventa e nove mil, novecentos e nove reais e quarenta e nove centavos).

Encontra-se anexada ao presente relatório, planilha "RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE ENTRADAS, SEM EFD 2013", anexo integrante e complementar ao presente processo, elencando todas as operações albergadas por este Auto de Infração e que serviram de base para a valoração do presente Crédito Tributário.

Ressalte-se que o contribuinte foi previamente intimado, através do Relatório Preliminar de Auditoria a prestar informações/críticas, sobre todos os levantamentos que ensejaram a presente autuação. "

A empresa entra com defesa tempestiva, anexado às fls. 21 a 27, com os argumentos e solicitações:

- ✓ Que a multa é confiscatória e abusiva;
- ✓ Que não deveria existir multa, pois o descumprimento da obrigação acessória não trouxe qualquer dano ao Erário

A julgadora monocrática julga pela procedência da autuação, conforme ementa contida às fls. 56 A 60:

“EMENTA: FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NA EFD. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. Exercício de 2013. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Decisão com base no Art. 269 E 276-6, inciso I, do Decreto no 24.569/97. Penalidade prevista no Art. 123, inciso III, alínea "g" da Lei nº 12.670/96/03, modificada pela Lei nº 16.258/2017. DEFESA.”

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostada ao processo às fls. 64 a 74, com os mesmos argumentos utilizados na defesa, vejamos:

- Que a aplicação da multa em referência sobre o valor total da operação viola a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido de que não se pode aplicar multa com base no valor da operação quando houver descumprimento de obrigação acessória que não acarrete danos ao erário, exatamente como ocorre no caso em tela;
- Que a multa é confiscatória e abusiva;
- Requer, por fim, a improcedência da acusação.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 240/2019, acostado as fls. 81 a 83, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela manutenção da decisão do Julgador Monocrático.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão proferida na instância singular.

Eis, o relatório.

VOTO:

Os argumentos trazidos ao processo pela recorrente resistem em parte aos fatos, conforme demonstrado adiante.

DO CARATER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Quanto a alegação de inconstitucionalidade da multa por ser abusiva, deste se deve conhecer, mas indeferir, pois o caso em análise não está contido no §2º., isto é, somente pode a autoridade julgadora afastar a aplicação da norma sob o fundamento de inconstitucionalidade nos casos elencados no §2º do art. 48 da Lei 15.614/2014, in verbis:

“Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 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.”

DO MERITO

A metodologia utilizada pelo agente do fisco foi efetuada com base nos dados das Notas Fiscais destinadas ao contribuinte e notas fiscais emitidas pelo contribuinte, no qual, através de cruzamentos com o seu SPED Fiscal, ficou configurado que o mesmo OMITIU AS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS em SEU SPED FISCAL.

Verificando a seção VII-A em seu § 3º do Art. nº 276-A, constata-se que a partir da Escrituração Fiscal Digital houve uma substituição da escrituração e impressão do livro de entrada, passando a ser arquivo, tendo o dever de escriturar e a prestar informações fiscais, **em arquivo digital**, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias, das aquisições e prestações de serviços, dos lançamentos realizados nos exercícios fiscais de apuração e de outros documentos de informação correlatos, vejamos:



Seção VIII-A
Da Escrituração Fiscal Digital

Art. 276-A. Os contribuintes do ICMS ficam obrigados à Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos termos e nos prazos estabelecidos nesta Seção.

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital (EFD) constitui-se em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse do Fisco, bem como no registro de apuração do ICMS, referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, em arquivo digital.

§ 2º O arquivo de que trata o § 1º será obrigatoriamente submetido ao programa disponibilizado pela Sefaz e pela Receita Federal do Brasil (RFB), para validação de conteúdo, assinatura digital e transmissão.

§ 3º O contribuinte está obrigado a escriturar e a prestar informações fiscais, em arquivo digital, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias, das aquisições e prestações de serviços, dos lançamentos realizados nos exercícios fiscais de apuração e de outros documentos de informação correlatos, nos moldes do Manual de Orientação, Anexo Único, do Ato COTEPE/ICMS nº 9, de 18 de abril de 2008, ou outro que venha a substituí-lo.

Art. 276-C. A EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração do ICMS incidente sobre as operações e prestações praticadas pelo contribuinte, inclusive o ICMS relativo à apuração do ICMS devido por substituição tributária, ou quaisquer outras de interesse do Fisco.

Art. 276-F. **O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD**, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, pelo prazo decadencial do crédito tributário, observados os requisitos de autenticidade e segurança. **(grifo nosso)**

Art. 276-G. **A escrituração prevista nesta Seção substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:**

I - Registro de Entradas; (grifo nosso)

(...)

Como demonstrado no artigo 276-G a escrituração fiscal digital (EFD) substituiu o Registro de Entrada, portanto este livro foi incorporado a um layout de um arquivo magnético.

Entendo que para as omissões das notas fiscais de entrada encontramos mais duas penalidades para a infração referente a omissão das notas fiscais de entrada constatada pela

fiscalização ambos no art. 123 da Lei nº 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, o primeiro contido no inciso III, alínea “g” e o segundo no inciso VIII, alínea “L”, senão vejamos:

III - relativamente à documentação e à escrituração:

g) deixar de escriturar no livro fiscal próprio para registro de entradas, inclusive em sua modalidade eletrônica, conforme dispuser a legislação, documento fiscal relativo a operação ou prestação: multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor da operação ou prestação;

VIII - outras faltas:

“L) omitir informações em arquivos eletrônicos ou nestes informar dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais: multa equivalente a 2 (dois por cento) do valor das operações ou prestações omitidas ou informadas incorretamente, limitada a 1.000 (mil) UFIRCEs por período de apuração; ”

O SPED FISCAL é um arquivo eletrônico, logo quando deixa de escriturar, configura também uma omissão em arquivo eletrônico, portanto em consonância com o Código Tributário Nacional (CTN) em especial com os artigos 106, II, “c” e o 112, aplicamos ao caso concreto a interpretação mais favorável ao contribuinte, que no presente caso é o art. 123, inciso VIII, alínea “L” da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. ”



Portanto possuo entendimento divergente do julgador singular e entendo que a penalidade aplicada ao auto de infração em análise é a contida no art. 123, inciso VIII, alínea "L" da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017.

Ademais para aqueles que entendem para aplicação do artigo 123, III, "g", por entender que ainda existe o livro de entrada (na modalidade eletrônica), o auto de infração tem como período de autuação o ano de 2013, quando não havia sequer a previsão de livro de entrada na modalidade eletrônica, pois somente foi introduzido com a nova redação dada ao artigo 123, III, "g" da lei 12.670/96 dada pela Lei nº 16.258/2017.

Refizemos, portanto, o cálculo da multa, pois os valores da multa deverão seguir os parâmetros contidos no art. 123, inciso VIII, Alínea "L" da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, ou seja, multa equivalente a 2% (dois por cento) do valor das operações ou prestações omitidas ou informadas incorretamente, limitada a 1.000 (mil) UFIRCEs por período de apuração.

Quanto ao argumento de que não se pode aplicar multa com base no valor da operação quando houver descumprimento de obrigação acessória que não acarrete danos ao erário, entendo que deva ser afastada, pois o

Responsabilidade por Infrações

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário por preencher os requisitos de admissibilidade pelo seu ingresso tempestivo e pela legitimidade da parte, na forma disposta no § 2º do art. 72, da Lei nº 15.614/2014, decidindo da seguinte forma: 1. Quanto ao argumento de que não se pode aplicar multa com base no valor da operação quando houver descumprimento de obrigação acessória que não acarrete danos ao erário, entendo por afastar, tendo em vista que a multa é matéria de lei, portanto não poderia ser reduzida a multa sem previsão legal; 2. Quanto a alegação de inconstitucionalidade da multa por ser abusiva, deste se conhece, mas indefiro, pois, o caso em análise não está contido na exceção prevista no §2º. do art. 48 da Lei 15.614/2014, não cabendo a autoridade julgadora afastar a aplicação da norma sob o fundamento de inconstitucionalidade; 3. **No mérito, quanto ao reenquadramento da multa, dou-lhe provimento**, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar parcialmente procedente o feito fiscal, reenquadrando a penalidade aplicada para a prevista no



art. 123, inciso VIII, alínea "L" da Lei 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, em consonância com os artigos 106 e 112 do CTN., pois entendo que as notas fiscais devem ser informadas no SPED, como não o fez, omitiu informações, portanto incorreu na penalidade contida no art. 123, inciso VIII, alínea "L" da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, ou seja, a empresa omitiu informações no SPED das notas fiscais de entrada relacionadas pelo agente do fisco.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MÊS/ANO	BCALCULO	ALIQUOTA	MULTA %	VALOR LIMITE	MULTA APLICADA
01/13	4.754,34	2,00%	95,09	3.040,70	95,09
02/13	23.808,38	2,00%	476,17	3.040,70	476,17
03/13	10.279,41	2,00%	205,59	3.040,70	205,59
04/13	10.039,67	2,00%	200,79	3.040,70	200,79
05/13	66.313,27	2,00%	1.326,27	3.040,70	1.326,27
06/13	92.922,14	2,00%	1.858,44	3.040,70	1.858,44
07/13	11.291,74	2,00%	225,83	3.040,70	225,83
08/13	310.226,95	2,00%	6.204,54	3.040,70	3.040,70
09/13	480,90	2,00%	9,62	3.040,70	9,62
10/13	134.305,86	2,00%	2.686,12	3.040,70	2.686,12
11/13	22.496,52	2,00%	449,93	3.040,70	449,93
12/13	12.990,31	2,00%	259,81	3.040,70	259,81
TOTAL	699.909,49				10.834,35

É o voto.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA - CGF: 06.857.201-8** e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

DECISÃO: A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos conhecer do Recurso Ordinário e deliberar da seguinte forma: **1) Quanto ao argumento de que não se pode aplicar multa com base no valor da operação quando houver descumprimento de obrigação acessória que não acarrete danos ao erário** - afastada por unanimidade de votos, por entenderem os senhores conselheiros que a multa é matéria de lei, portanto não poderia ser reduzida a multa sem previsão legal; **2) Quanto à alegação de inconstitucionalidade da multa por ser abusiva.** - por unanimidade de votos, se conhece, mas indefere, pois, o caso em análise não está contido na exceção prevista no § 2º, do art. 48 da Lei 15.614/2014, não cabendo a autoridade julgadora afastar a aplicação da norma sob o fundamento de inconstitucionalidade; **3) No mérito**, por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** o feito fiscal, reenquadrando a penalidade aplicada para a prevista no art. 123, inciso VIII, alínea "L" da Lei 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, em consonância com os artigos 106 e 112 do CTN. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária. O Conselheiro Michel André Bezerra Lima Gradvohl votou pela manutenção da decisão singular de aplicação do art. 123, III, "g", por se tratar de norma tributária penal mais específica. O Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza, resguardando seu posicionamento pessoal pela aplicação do art. 123, III, "g" opinou pelo provimento do recurso, conforme precedentes da Câmara Superior do CONAT. Registre-se, a ausência do representante legal da recorrente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, embora, formalmente comunicado. **SALA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 18 de Novembro de 2019.**


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Ivete Mauricio de Lima
CONSELHEIRA


Michel André B. Lima Gradvohl
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO


Tiago Parente Lessa
CONSELHEIRO


Fredy José G. de Albuquerque
CONSELHEIRO


Sâmara Lea F. R. Silva Aguiar
CONSELHEIRA