



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

RESOLUÇÃO Nº: 001/2020

34ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 25/11/2019

PROCESSO Nº 1/3170/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201515901

RECORRENTE: DIÓGENES COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.

RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ

CGF: 06.976.834-0

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – OMITIR INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO 1 – Contribuinte deixou de informar notas fiscais de entrada em suas EFD's, durante o período de janeiro 2010 a dezembro de 2011, com infringência aos arts. 285 e 289 do Decreto 24.569/97. **2** – Imposta a penalidade preceituada no art. 123, VIII, 'L' da Lei nº. 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/03. **3** – Caráter objetivo da obrigação acessória e regularidade quanto ao método de cruzamento dos documentos fiscais com a Escrituração Fiscal Digital transmitida pelo contribuinte. **4** – Impossibilidade de aplicação da penalidade inserta no parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, vez que a autuada não se desincumbiu do ônus de provar a regular escrituração dos documentos fiscais em livros fiscais ou contábeis. **5** – Recurso Extraordinário conhecido e desprovido para manter a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal proferida pela segunda instância de julgamento. **6** – Decisão à unanimidade de votos, de acordo com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo douto representante da PGE.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – OMISSÃO DE INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE INSERTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 126 DA LEI Nº 12.670/96 POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA REGULAR ESCRITURAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS NA CONTABILIDADE DA EMPRESA.

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:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

“Omitir informações em arquivos magnéticos ou nesses informar dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais.

Constatamos que a empresa emitiu e realizou aquisições acobertadas por notas fiscais eletrônicas e não as informou na sua escrituração fiscal digital referente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2011, cujo somatório total das operações totalizam a cifra de R\$ 3.118.959,56”.

Apontada infringência aos arts. 285 e 289 do Decreto 24.569/97, foi-lhe imposta multa de 5% sobre o valor das operações não escrituradas, penalidade preceituada no art. 123, VIII, 'L' da Lei nº. 12.670/96, com redação da Lei nº. 13.418/03:

Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	3.118.959,56
ICMS	-
Multa	155.947,98
TOTAL	155.947,98

Segundo consta das informações complementares, a fiscalização teria constatado que algumas notas fiscais de aquisição não teriam sido registradas na EFD da empresa autuada, referente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2011.

Anexo à exordial do auto de infração, seguem Mandado de Ação Fiscal nº. 2015.08302, Termo de Início de Fiscalização 2015.08570, Termo de Conclusão 2015.15715, Declaração de opção de arquivo eletrônico manifestada através da EFD e mídia digital de fls. 11.

A empresa foi intimada do feito e apresentou defesa, alegando a insubsistência da acusação fiscal pelos seguintes fundamentos abaixo sintetizados:

- a) Nulidade por falta de cumprimento de formalidade legal prevista no art. 821, §1º e 6º do Decreto nº. 24.569/97;
- b) Nulidade por erro na descrição da infração e capitulação dos dispositivos legais infringidos;
- c) Prescrição e decadência em relação às notas fiscais cujos fatos geradores ocorreram até 18/10/2010;
- d) Que todas as notas fiscais objeto do levantamento fiscal estão escrituradas e registradas na contabilidade da empresa, o que inclusive ensejaria aplicação da penalidade inserta no art. 126, parágrafo único da Lei nº. 12.670/96.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, no sentido de reconhecer a infração, entretanto reduzindo a multa para o montante de R\$ 47.874,24, considerando a nova redação do art. 123, VIII, 'L' da Lei nº. 12.670/96, com aplicação de 2% diretamente sobre os valores das operações, em decisão assim ementada:

“EMENTA: DIVERGÊNCIAS DE INFORMAÇÕES ENTRE ARQUIVOS MAGNÉTICOS E OS DOCUMENTOS FISCAIS. O contribuinte omitiu na EFD – Escrituração Fiscal Digital informação referente às suas operações de Entradas e Saídas de mercadorias. Exercícios 2010 e 2011. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de extinção do feito fiscal. Decisão amparada nos arts. 276-A, §3º, 276-E e 276-G do Decreto 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, VIII, “L”, da Lei 12.670/96, com a nova redação dada pela Lei 16.258/17, em conformidade com o art. 106, II, c do CTN. O crédito tributário restará reduzido, ensejando reconhecimento em parte da acusação. DEFESA TEMPESTIVA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. Vedada a interposição do Reexame Necessário, em virtude do que dispõe o art. 2º do Provimento nº. 002/2017 do CRT CONAT”.

Dessa decisão, a empresa autuada ingressa com Recurso Ordinário, que além de repisar os argumentos de sua peça defensiva, acrescentou à discussão argumento que intitulou de “verificação superveniente”, em que requer a exclusão de parte dos documentos fiscais listados pela fiscalização, os quais teriam sido cancelados pelo fornecedor NORSÁ REFRIGERANTES LTDA, ocasião em que anexou planilha e mídia digital às fls. 50/57.

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela reforma da decisão singular, mantendo-se a parcial procedência da acusação, mas apresentando cálculo diverso daquele que deu ensejo ao julgamento de primeira instância, no sentido de verificar o valor limite da multa em 1000 UFIRCE para cada período de apuração. Em planilha de cálculos de fls. 75 e 76, sugere-se a redução da multa para R\$ 36.601,55.

O julgamento de segunda instância afastou todos os argumentos recursais, e foi formalizado através da Resolução nº. 24/2019, da Egrégia 4ª Câmara de Julgamento, assim ementada:

“ICMS - AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS EM EFD - CARACTERIZAÇÃO DE OMISSÃO DE INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS ELETRÔNICOS - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Comete infração à legislação tributária estadual o contribuinte que deixa de escriturar em sua EFD notas fiscais decorrentes



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

de operações sujeitas ao recolhimento do ICMS, caracterizada tal conduta como omissão de informações em arquivos eletrônicos, a ensejar a penalidade prevista no art. 123, VIII, "L", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.525/17. 2. Parcial procedência do recurso, em razão da previsão legal expressamente limitar o valor da multa a 1000 UFICE's, havendo a Célula de Assessoria Processual Tributária apresentado divergência no cálculo realizado e que melhor representa a consolidação do quantum debeat da obrigação tributária. 3. Decisão UNÂNIME, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado".

Irresignada, a empresa au tuada ingressa com Recurso Extraordinário, pugnando pela reforma da decisão de 2ª instância, onde reforça os seguintes argumentos:

- a) Decadência de parte do crédito tributário, com base no art. 150, §4º do CTN, apontando como paradigmas as Resoluções 117/2014, 275/2015, 751/2015 e 818/2015 da 1ª CJ; 229/2016 da 2ª CJ; 65/2016 da 4ª CJ;
- b) Exclusão de notas fiscais efetivamente não recebidas e anuladas pelo fornecedor NORSA REFRIGERANTES LTDA.;
- c) Aplicabilidade de penalidade mais benéfica ao contribuinte, inserta no parágrafo único do art. 126 da Lei nº. 12.670/96, de 1%, por se tratarem de operações sujeitas ao ICMS-ST e estarem as mesmas escrituradas e registradas na contabilidade da empresa, consoante Resolução paradigma nº. 153/2016 da 1ª CJ.

Em exame de admissibilidade, o Recurso Extraordinário foi admitido por decisão da Ilustre Presidente desse Contencioso, exclusivamente no tocante à matéria tratada na Resolução Paradigma de nº. 153/2016, da 1ª Câmara de Julgamento, assim ementada:

"EMENTA: - ICMS - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVOS MAGNÉTICOS. Contribuinte omitiu informações em arquivos magnéticos. Deixou de informar na EFD, Notas Fiscais Eletrônicas emitidas nos meses de janeiro/2012 e outubro/2013. Preliminar de Nulidade arguida pela recorrente em razão de cerceamento do direito de defesa por ausência de nexo e indeterminação da base de cálculo, afastada por decisão unanime, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, por unanimidade de votos, resolve dar parcial provimento ao recurso, reformando em parte a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE a



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

presente ação fiscal, por infringência aos artigos 285 e 289 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123, VII, "I", combinado com o parágrafo único do art. 126, da Lei nº 12.670/96, por se tratar de produtos sujeitos a Substituição Tributária, nos termos da manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado”.

É o relatório.

02 – VOTO DA RELATORA

Trata-se de Recurso Extraordinário apresentado em face da decisão de parcial procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância, admitido exclusivamente quanto ao pedido de reenquadramento da penalidade aplicada pela decisão recorrida (art. 123, VIII, “L” da Lei nº. 12.670/96 com redação dada pela Lei nº. 16.258/2017) para a prevista no art. 126, parágrafo único da Lei nº. 12.670/96, considerando tratar-se de operações sujeitas à substituição tributária do ICMS.

Para melhor elucidação, vejamos o que dispõe o parágrafo único do art. 126 da Lei nº. 12.670/96:

Redação anterior do art. 126, determinada pelo art. 1º, inciso XV, da Lei nº 13.418, de 30/12/2003, vigente à época dos fatos geradores:

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.** (grifou-se)*

Redação dada pelo art. 2º da Lei nº 16.258, DOE 09/06/2017, atualmente vigente:

Art. 126. As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido retido, bem como as amparadas por não incidência ou contempladas com isenção



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

*Parágrafo único. A penalidade prevista no caput deste artigo será reduzida para 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações **quando estas estiverem regularmente escrituradas nos livros fiscais ou transmitidas na EFD do sujeito passivo.** (grifou-se)*

Analisando o teor da norma “mais benéfica”, pretendida pela Recorrente, tem-se que dois são os requisitos primordiais para sua aplicação: 1) serem as operações tributadas pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido retido, ou amparadas por não incidência ou contempladas com isenção incondicionada; e 2) as operações estarem regularmente escrituradas nos livros fiscais ou contábeis do contribuinte.

Ainda que se entenda que o requisito nº. 1 esteja satisfeito, considerando tratarem-se as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entendo que a Recorrente não logrou êxito em demonstrar o atendimento ao requisito nº 2, qual seja, a prova da escrituração fiscal ou contábil das notas fiscais objeto do levantamento guerreado.

Desde sua impugnação a Recorrente vem afirmando que tais documentos estariam regularmente escriturados em sua contabilidade, mas em nenhum momento trouxe prova da referida afirmação. Não acostou aos autos livro de entradas, livro razão ou mesmo livro diário que pudesse dar suporte ao seu argumento.

Lembre-se que a autuação por si só já tomou por base a seguinte premissa “*constatamos que a empresa emitiu e realizou aquisições acobertadas por Notas Fiscais Eletrônicas e não as informou na Escrituração Fiscal Digital (EFD)*” (fls. 04). Ou seja, tais documentos já não estavam escriturados na EFD do período, tendo sido essa a declaração a ser fiscalizada, conforme opção assinalada pelo sujeito passivo às fls. 10 dos autos.

E não prospera eventual questionamento de que a EFD não poderia ser utilizada para a constatação do tipo infracional. Sua instituição ocorreu por meio do Convênio ICMS nº143, de 15 de dezembro de 2006 e do Ajuste SINIEF nº2, de 3 de abril de 2009, os quais estabelecem que a Escrituração Fiscal Digital – EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como outras de interesse das administrações tributárias das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

Referida legislação, por sua vez, foi incorporada nas disposições do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997, que disciplina, na Seção VIII-A do Capítulo II do Título II de seu Livro Segundo, o uso da EFD pelos contribuintes deste Estado.

Nessa toada, o contribuinte, às fls. 10, optou por ser fiscalizado através da referida Escrituração Fiscal Digital, cujas informações foram confrontadas com os documentos fiscais emitidos pelos fornecedores da autuada, resultando na constatação de omissões quanto ao registro dos referidos documentos na escrituração do contribuinte.

A fiscalização, por sua vez, cuidou de juntar a relação das notas não escrituradas (fls. 11). Por outro lado, o contribuinte não trouxe qualquer elemento concreto que pudesse afastar as conclusões dos auditores fiscais, deixando de desincumbir-se do ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Fisco constituir o crédito tributário, a teor do que prescreve o art. 373 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[...]”

Assim é que o art. 113 do Código Tributário Nacional dispõe sobre o aspecto objetivo que envolve as obrigações acessórias:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

E complementa o art. 115 do referido diploma legal:

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

A ausência de escrituração das notas fiscais eletrônicas nas declarações do contribuinte enseja, de forma objetiva, infração por descumprimento de obrigação acessória, a qual está capitulada nos incisos do art. 123 da Lei nº. 12.670/96.

Por outro lado, inexistindo prova de que tais documentos estivessem escriturados em livros fiscais ou contábeis da Recorrente, não há como ser aplicado o parágrafo único do art. 126 da Lei nº. 12.670/96 considerando apenas o fato de que as operações estão sujeitas à substituição tributária.

Ex positis, voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Extraordinário, mantendo a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal proferida pela 4ª Câmara de Julgamento.

É como VOTO.

03 – DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	-
ICMS	-
Multa	36.601,55
TOTAL	36.601,55

04 – DECISÃO

Processo de Recurso Extraordinário nº 1/3170/2015 – Auto de Infração nº: 1/201515901.
Recorrente: DIÓGENES COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA. Recorrido: ESTADO DO CEARÁ.
CONSELHEIRO RELATOR: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO.

DECISÃO: A Câmara Superior do Conselho de Recursos Tributários, deliberando sobre o Recurso Extraordinário admitido pela Presidência com base no que dispõem os Artigos 5º, inciso II e 107 da Lei nº 15.614/14, Resolve, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para manter a decisão de **PARCIAL PROCEDÊNCIA** proferida pela Câmara




SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – Câmara Superior

recorrida, nos termos do voto da Conselheira Relatora. Ausente o Conselheiro Filipe Pinho da Costa Leitão. Presente a Assessora Processual Tributária, Dra. Ana Carolina Cisne N. Feitosa.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 22 de **JANEIRO** de **2020**.

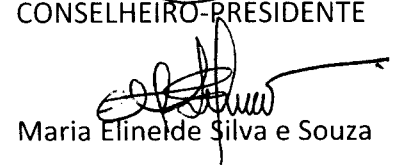
Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE DA CÂMARA SUPERIOR


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO-PRESIDENTE


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO-PRESIDENTE


Francisco Wellington Avila Pereira
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

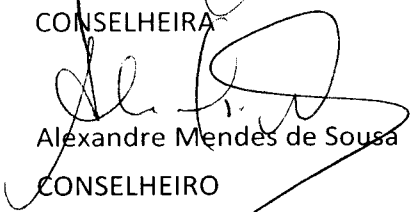

Lúcia de Fátima Carol de Araújo
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

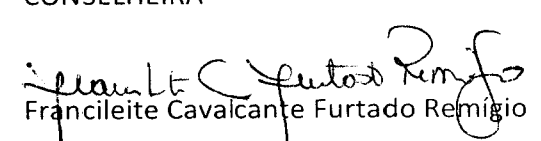

Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA

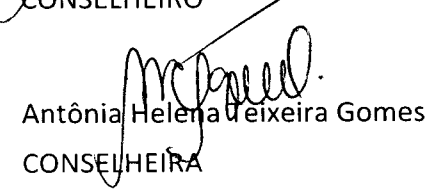

Felipe Augusto Araújo Muniz
CONSELHEIRO

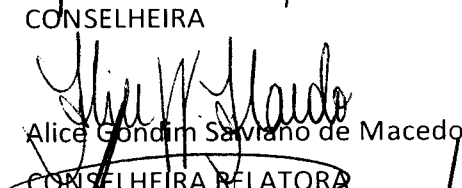

Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA

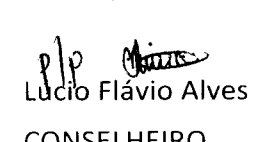

Sandra Arraes Rocha
CONSELHEIRA

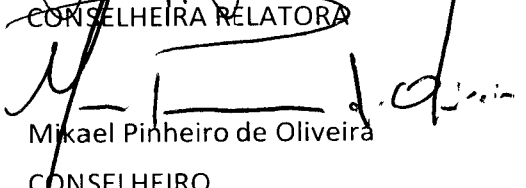

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

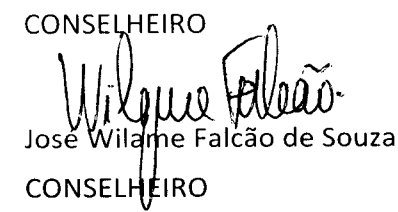

Francileite Cavalcante Furtado Remigio
CONSELHEIRA



Antônia Helena Teixeira Gomes
CONSELHEIRA


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Mikael Pinheiro de Oliveira
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Ana Carolina Cisne Nogueira Feitosa
ASSESSORA PROCESSUAL TRIBUTÁRIA