



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

2ª. CÂMARA *420/06*
SESSÃO DE: 21/08/2006
PROCESSO DE RECURSO Nº 004756/05
AUTO DE INFRAÇÃO: Nº 1/200509042
RECORRENTE: COMERCIAL DE MIUDEZAS FREITAS LTDA.
RECORRIDO : CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.
RELATOR CONS: JOSÉ MARIA VIEIRA MOTA

Cópia ✓
Regina

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ação fiscal que denuncia a ocorrência de rasura eletrônica dos valores lançados em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) impedindo a acumulação das vendas na memória fiscal do equipamento. Rejeitadas as Preliminares de Nulidade e Perícia suscitadas pela Recorrente. Quanto ao mérito, o conjunto probatório dos autos revela que sobre os valores das vendas contidas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal foram sobrescritos o numeral zero em determinados dias do período fiscalizado, e dentre essas provas de que nesses dias ocorreram vendas estão os cupons fiscais coletados na Campanha "Programa Nossa Nota", cujos valores não foram declarados ao Fisco. Caracterizada a infração descrita na inicial. Violação aos artigos 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. Confirmada, por voto desempate da Presidência, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância. Recurso Voluntário improvido.

RELATORIO

A peça inicial do presente processo traz no seu relato a seguinte acusação fiscal: " Falta de recolhimento do Imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte rasurava eletronicamente, de forma reiterada, os valores lançados na memória fiscal dos equipamentos ECF impedindo a acumulação dos valores de venda, ocasionando falta

de recolhimento do ICMS, conforme Informações Complementares anexas. Exercício fiscalizado: 01/2003 a 12/2003

O agente autuante indicou como dispositivo legal infringido os arts. 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97, art. 37, da Lei nº 12.670/96, com penalidade prevista no art. 123, I, c, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares, a autoridade fiscal presta esclarecimentos acerca das irregularidades detectadas nos ECF's, que implicaram na falta de recolhimento do imposto, dos quais destacamos os seguintes pontos:

Inicialmente, diz que a fraude consistia no "zeramento" dos registros lançados na Memória Fiscal dos Equipamentos ECF's. Isto é, o contribuinte rasurava eletronicamente os valores de venda acumulados, subscrevendo ZEROS sobre os registros, impossibilitando a leitura dos mesmos pelo ECF. Ressalta que o zeramento ocorria nos campos, data, hora, CRZ, CRO e venda bruta.

Aduz, que tais irregularidades permitiam que os valores de vendas de vários dias fossem omitidos, fazendo crer que os ECF se encontravam parados, bem como não foram registradas e apuradas nos competentes livros fiscais. No entanto, foi detectada a existência de vários cupons fiscais, em anexo, emitidos em períodos nos quais os ECFS, supostamente, estariam inativos. Destaca que nesses períodos, os equipamentos não registram defeitos, haja vista que não foram ocorreram intervenções técnicas.

Afirma, também, que os Equipamentos ECFs efetivamente funcionaram e foram adulterados com a finalidade de omitir valores de vendas, pois os registros diários ficaram gravados na memória fiscal, e posteriormente foram sobrescritos, permanecendo ocultos na leitura extraída desta memória. Caso realmente não tivesse havido movimento por nestes dias, nenhum registro seria gerado.

Esclarece que da análise da Leitura X emitida no Pedido de uso do ECF e a Leitura X emitida no momento da realização da leitura eletrônica da memória fiscal pela fiscalização verifica-se que existe um quantitativo de reduções informado pelo equipamento que foi omitido e que corresponde exatamente ao quantitativo de registros fraudados apurados pela análise da memória fiscal. Portanto, nas próprias leituras fornecidas pelo contribuinte e impressas na fita detalhe, tem-se a confirmação da fraude levantada pelo relatório de análise dos arquivos eletrônicos de ECF.

Informa que em procedimento de fiscalização executados no Grupo Freitas decidiu-se arrecadar alguns equipamentos ECF's e remetê-los à empresa fabricante (DARUMA), cuja análise realizada por equipe de engenheiros eletrônicos constatou-se uma ação de fraude na qual foram sobrescritos aos dados originalmente gravados pelo equipamento, prejudicando seu funcionamento irregular. Acrescentaram, também, que a fraude foi realizada por pessoa que tem elevado nível de conhecimento de circuitos eletrônicos e que teria utilizado dispositivos ou arranjos eletrônicos

sofisticados que demandariam altos custos. (ver depoimento prestado pela Sra. Silvia Helena Pereira dos Santos na Delegacia de Crimes Contra a Fé Pública).

Informa, ainda, que uma equipe da SEFAZ, foi devidamente treinada pela empresa fabricante dos ECFs, que realizou copiagem dos dados da memória fiscal dos equipamentos, na presença do representante legal da empresa que acompanhou todo o procedimento. Posteriormente, esses dados foram copiados para o Banco de Dados MSAccess, com auxílio de software desenvolvido pela empresa fabricante, que permitiu a leitura, conversão e identificação dos registros diários nos arquivos dos ECFs.

Portanto, conhecendo com exatidão a quantidade de registros fraudados, arrimado na legislação em vigor, realizou o arbitramento dos valores das vendas omitidas, apurando um montante de R\$ 842.038,05, resultou na falta de recolhimento do imposto no valor de R\$ 143.146,46.

A autuada, tempestivamente, impugnou o feito fiscal às fls. 137 e 142 dos autos.

A ilustre julgadora não acolheu as razões de defesa e decidiu pela procedência da autuação.

Inconformada com a decisão singular, a autuada dela recorre afirmando que não procedeu a nenhuma rasura eletrônica dos ECF's sub examine, nem tampouco utilizou qualquer dispositivo ou programa aplicativo para sobrescrever o numeral zero sobre os valores das vendas por ela realizadas.

Aduz que é perfeitamente possível que em virtude de problemas internos acusados por tais equipamentos, causados por intempéries, sem qualquer ingerência da Recorrente, tenham sido gerados alguns cupons fiscais sem que os dados neles constantes fossem levados à memória fiscal ECF.

Afirma que todas as acusações feitas em desfavor da Recorrente são fruto de conjecturas e presunções, ilações estas que não têm como escora instrumentos probatórios obtidos junto à Recorrente, atestando que efetivamente ela foi responsável pela prática de algum ilícito.

Sustenta que no presente caso dispõe de informação prestada não pela empresa que comercializa o equipamento emissor de cupom fiscal (DARUMA), mas sim pelos próprios fabricantes da memória fiscal utilizada em tais ECF's – HITACHI (doc. 1) e ATMEL (doc. 2), no sentido de que não há sequer a possibilidade técnica de se aperfeiçoar o comportamento apontada no Auto de Infração nº 2005.09042 (Rasuras Eletrônicas - Subscrição de valores nos dados gravados na memória).

Reitera o que foi dito na impugnação, relativamente à existência de problema técnico nos equipamentos examinados, defeitos estes não causados pela Recorrente, mas que ocasionaram os problemas aludidos no Auto de Infração nº 2005.09042, podendo tal fato ser confirmado pela realização de perícia e/ou diligência, desde já requerida, junto aos indigitados ECF's.

Argumentou, que a acusação inserida na peça vestibular do processo fiscal (“auto de infração”) tem de estar acompanhada de todas as provas dos fatos que são imputados ao contribuinte, já que a prova da ocorrência dos fatos e a averiguação da verdade material para a Administração Fiscal, muito mais do que um ônus é um dever jurídico. Logo, não seria correto, com base em alguns indícios extrair-se a conclusão de determinado fato, imputando-se ao contribuinte o dever de provar o fato negativo, de modo que na falta dos elementos aduzidos, torna-se vaga a autuação.

Assevera que se não há nos autos prova de que a recorrente rasurou os registros constantes das memórias dos ECF's elencados no lançamento tributário *sub oculi*, nem muito menos se diz qual o programa aplicativo empregado para o atingimento daquele resultado, não pode prosperar o Auto de Infração nº 2005.09042.

Adverte que se o meio de prova sob comento presta-se à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde do litígio, é incontestável que para a decisão do processo em tela a perícia nos ECF's considerados pelo distinto autuante contribuirá definitivamente para a realização de uma cognição mais fiel dos fatos relevantes para a justa solução dos conflitos de interesses de que cuida este processo.

Em relação a metodologia empregada na formação da base de cálculo, aduz que o digno autuante não estava autorizado a aplicar retroativamente a fórmula prevista na Lei nº 13.418, de 30/12/2003, que alterou no art. 123, VII, alínea i, da Lei nº 12.670/96, a saber: “ a média aritmética das vendas brutas registradas nos equipamentos de uso fiscal autorizados para o estabelecimento “.

Nesse tocante, esclarece que de acordo com o art. 106, do Código Tributário Nacional, a referida retroação somente tem cabimento quando ela favorece o contribuinte, deixando de definir determinada conduta como infracional, ou então estabelecendo sanção menos gravosa para situações ainda não definitivamente julgadas. E complementa, dizendo que à época da presente fiscalização (2003) a legislação tributária não estatuiu critérios para fins de realização do aludido arbitramento, daí porque jamais poderia o autuante ter adotado metodologia até então inexistente.

Por último, sustenta que aquilo que realmente a recorrente deixou de fazer foi realizar as cabíveis intervenções, na forma exigida pela legislação tributária, quando os citados ECF's apresentaram tais defeitos. Só que se esta involuntária omissão causou algum transtorno ao Fisco Estadual, em contrapartida não ocasionou o prejuízo fiscal aludido no Auto de Infração nº 2005.09042 (falta de recolhimento de R\$ 342.915,53 a título de ICMS).

Ao final, requer a realização de exame pericial para que fique comprovada a inexistência do ilícito apontado, e seja, portanto, declarada a improcedência do Auto de Infração.

A Consultoria Tributária emitiu o Parecer nº 370/2006, opinando pela confirmação da decisão singular, o qual foi referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO:

Consta na peça inicial que o contribuinte rasurava eletronicamente, de forma reiterada, os valores lançados na memória fiscal dos equipamentos ECF impedindo a acumulação dos valores de venda, fato este que ocasionou a falta de recolhimento do ICMS, no exercício de 2003 no valor de R\$ 143.146,46 (cento e quarenta e três mil, cento e quarenta e seis reais e quarenta e seis centavos).

A ilustre julgadora singular decidiu pela procedência da autuação.

A Recorrente, por sua vez, argüiu oralmente em sessão uma de preliminar a nulidade do feito fiscal, sob o fundamento de que no presente caso o lançamento do crédito tributário teria sido praticado de forma extemporânea, haja vista que acordo com a Instrução Normativa nº 07/2004, no caso da empresa possuir 03 Equipamento de Cupom Fiscal, o prazo para conclusão da fiscalização seria de 60 (sessenta) dias e não mais de 90 (noventa) dias. Isto é, a referida instrução normativa já aplicaria ao presente caso, por se tratar de norma atinente à procedimento de fiscalização, consoante disposição contida no CTN.

A mencionada preliminar não pode ser acatada, haja vista que a referida norma entrou em 05/04/2005, isto é, em data posterior ao início da contagem do prazo de 90 (noventa dias) para conclusão da presente ação fiscal fixado no Termo de Início de Fiscalização nº 2005.05874 (fls. 09), cuja ciência foi formalizada em 30.03.2005 através de AR. Ressalte-se, que a fixação do prazo de 90 (noventa) dias se deu em estrita observância ao art. 88, § 1º, da Lei nº 12.670/96, reproduzido pelo art. 821, § 2º do Dec. nº 24.569/97.

Em relação ao pedido de perícia, cumpre observar que a documentação comprobatória da acusação fiscal reveste-se de elementos objetivos, tais como, os relatórios extraídos dos Equipamentos ECF's demonstrando o zeramento das operações, os cupons fiscais emitidos nos dias em que esses registros foram zerados, as alterações no Contador de Reduções, as ausências das leituras da memória fiscal referente aos dias em que ocorreram os zeramentos, as quais não foram apresentadas ao Fisco Estadual e nem constaram do Livro Registro de Saídas da Recorrente.

Portanto, manifesto-me pela sua rejeição por considerar bastante e suficiente as provas constantes no processo, para firmar livre convencimento de que a providência pericial consubstanciada no quesitos formulados, fls. 225/227 não alteraria os fatos consignados em sede de autuação, daí porque, com escopo no inciso II do art. 59 do Dec. nº 25.468/99, entendo ser desnecessária a produção de perícia, em vista das provas já produzidas nesses autos.

Em sede mérito, a Recorrente, afirma que não procedeu a nenhuma rasura eletrônica dos ECF's sub examine, nem tampouco utilizou qualquer dispositivo ou programa aplicativo para sobrescrever o numeral zero sobre os valores das vendas por ela realizadas, e que referida a acusação é fruto de conjecturas e presunções, já que não teria sido comprovada pelo agente do fisco.

Por oportuno, convém esclarecer que a recorrente não trouxe nenhum elemento de prova que pudesse desconstituir as provas apresentadas pela autoridade fiscal cingindo-se a negar a existência dos fatos e aduzir a possibilidade de falhas técnicas nos ECF's.

Ao contrário do que afirma a Recorrente, a acusação de fiscal de ocorrência de fraudes nos equipamentos ECF's não se baseia em presunções, mas nos relatórios extraídos dos Equipamentos ECF's demonstrando o zeramento das operações, nos cupons fiscais emitidos nos dias em que esses registros foram zerados, as alterações no Contador de Reduções, bem como nas ausências das leituras da memória fiscal referente aos dias em que ocorreram os zeramentos.

Como bem salientado pela ilustre Consultora Tributária "a recorrente tenta atribuir tais fatos à ocorrência de meros defeitos de "ordem técnica" trazendo documentos da suposta fabricante da memória fiscal, cujo teor só informa que o referido equipamento é sensível a algumas condições externas, porém, tais informações além de serem inerentes a qualquer equipamento de uso eletrônico, não afastam as demais evidências de fraude, tais como lacres que foram encontrados rompidos nos referidos equipamentos, nem justificam os tipos de irregularidades identificadas no interior destes equipamentos que foram periciados por técnicos especializados".

Acrescentou, ainda em suas observações que a autoridade fiscal "teve o cuidado, em verificar o histórico das intervenções naqueles equipamentos e constatou não ter havido intervenções durante o período em que aqueles equipamentos supostamente não teriam funcionado".

Destacou, também, que concomitantemente com as verificações citadas, foram encontrados na Campanha "Programa Nossa Nota", cupons fiscais que tinham sido emitidos pelos equipamentos de ECF's que estariam supostamente sem uso, fato que comprova a realização de operações que não foram registradas pelos referidos equipamentos (fl. 118 a 122).

Com se vê, embora a que a recorrente tenha contestado a presente acusação fiscal, esta não apresentou nenhuma prova documental sólida, capaz de tornar controverso fatos relatados e as provas constantes nos autos e no disquete que fazem parte integrante do processo, para fins de desconstituir a infração descrita na inicial do presente processo.

A Recorrente, também, questionou a composição da base de cálculo, sob fundamento de a legislação vigente à época da infração não previa o arbitramento em caso de

irregularidades constatadas pelo uso indevido do ECF no art. 413, do Dec. nº 24.569/97.

Não procede referida argumentação, eis que o art. 37, inciso II, da Lei nº 12.670/96 autorizava o agente autuante promover o arbitramento das operações irregulares praticadas pela Recorrente, vejamos:

“ Art. 37. Nos seguintes casos especiais, o valor das operações ou prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, sem prejuízo das penalidades cabíveis:

II – fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real da operação ou da prestação.

Veja, ainda, o que estabelece o art. 92, §§ 5º, 6º da referida Lei ao tratar do levantamento fiscal:

Art. 92

§ 5º Para efeito de cobrança do ICMS serão desconsiderados os livros fiscais e contábeis quando contiverem vícios ou irregularidades que comprovem a sonegação de tributos.

§ 6º Caracterizada a situação prevista no parágrafo anterior, o valor das saídas promovidas pelo contribuinte poderá ser arbitrado pelo Fisco, na forma disposta em regulamento.

Discordo, também, do argumento da recorrente de que a metodologia empregada pela autoridade fiscal não poderia ser aplicada ao caso, porquanto o mencionado arbitramento obedeceu a um critério lógico e racional, ou seja, **a obtenção da média aritmética de vendas dos registros declarados e aplicá-la pelo quantitativo de registros fraudados**, haja vista se compatibilizar com outras situações previstas na legislação para os casos de arbitramento das operações, senão vejamos:

“ Nas hipóteses de fraude de documentos fiscais impressos sem autorização da SEFAZ, **deverá ser arbitrado o valor do ICMS não recolhido, tendo como base de cálculo a média aritmética dos valores constantes nos documentos fiscais emitidos, multiplicados pela quantidade de documentos** compreendidos entre o número inicial e final de toda a seqüência impressa e o maior número de emissão identificado “ (art. 92, § 7º da Lei nº 12.670/96) .

Veja, também, o que dispõe a legislação de regência quando ocorrer o extravio de documentos fiscais em relação à sistemática de cálculo adotada para aplicação da penalidade referente ao extravio de documentos fiscais deverá obedecer ao seguinte:

“ I – tratando-se de notas fiscais não utilizadas o montante sobre o qual incidirá o ICMS e a multa será arbitrado utilizando-se a **média aritmética das saídas e entradas, conforme o caso, referente ao período imediatamente anterior, ou na sua falta, pelo imediatamente posterior em que tenha havido movimento econômico. A base de cálculo será o produto obtido pela multiplicação da quantidade de documentos extraviados pela média apurada** na forma retromencionada. II - quando os documentos fiscais extraviados tiverem sido utilizados e regularmente escriturados devesse ser deduzido, após o arbitramento, o valor do ICMS efetivamente recolhido.”

Destarte, restou plenamente caracterizada a infração descrita na peça inicial do presente processo, relativa a falta de recolhimento do ICMS nos termos dos arts. 73 e 74, do Dec. nº 24.569/97, sendo aplicável ao caso a penalidade prevista no art. 123, inciso I, “c”, da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei Nº 13.418/2003.

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	=	R\$ 143.146,46
MULTA	=	<u>R\$ 143.146,46</u>
TOTAL	=	R\$ 286.292,92

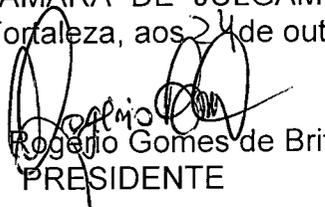
DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente COMERCIAL DE MIUDEZAS FREITAS LTDA. e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após examinados e discutidos os autos, resolve: 1. Em relação à Preliminar de Nulidade: Rejeitar, por unanimidade de votos, a Preliminar de Nulidade argüida oralmente em Sessão, pelo representante legal da Recorrente, sob o fundamento de que o ato praticado não teria sido extemporâneo, ao verificar existir a conformidade deste, em face do procedimento e das disposições legais de regência, contidas no ordenamento jurídico tributário estadual, notadamente a Lei nº 12.670/96 e disposições regulamentares e normas que lhe são inerentes, cujo dispositivos evocados trazidos à discussão foram examinados e discutidos pelas partes, em debates, e em discussão, dentre os Conselheiros; 2. Em relação ao Pedido de Realização de Perícia: Indeferir o pedido de conversão do curso do julgamento em realização de perícia, por voto de desempate da Presidência que, considerando as provas articuladas no processo a que se referiu o Relator, quando de seu relatório, a manifestação das partes, as questões de ordens levantadas e

resolvidas, em Sessão, a que permitiu, no exercício do cumprimento das garantias processuais constitucionais, da Ampla Defesa e do Contraditório, pela intervenção das partes, trazendo esclarecimentos ao deslinde da questão, e referencia ao aporte documental, resultante do caderno de provas, que considerou bastante e suficiente para firmar livre convencimento que considerou protelatória toda e qualquer mais providência pericial, a qual conduziria, senão, em robustecer os fatos consignados em sede de autuação, daí porque, com escopo no inciso II do art. 59 do Dec. nº 25.468/99 decidiu, em desempate que, em face das provas carreadas aos autos, outras mais a serem colacionadas, se faziam desnecessárias em vista das que já tinham sido produzidas, e constantes dos autos; e 3. Em relação ao mérito: consignados o empate de votos pela procedência e pela improcedência, em face da divergência, por voto de desempate da Presidência, decidiu a 2ª Câmara de Julgamento, em conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos e fundamentos constantes do voto emitido em Sessão, pelo Conselheiro Relator, a ser consignado em Resolução, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, aprovado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Ildebrando Holanda Junior, Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Regina Helena Tahim Souza de Holanda e Vanessa Albuquerque Valente que se manifestaram pelo deferimento do pedido de realização de perícia sob o argumento de que, dentre os itens constantes do referido pedido, afastar-se-iam as dúvidas que se lhes apresentavam pertinentes esclarecer e que, em face das circunstâncias materiais dos fatos imputados lhes conduzirem em dúvida, com base no art. 112 do Código Tributário Nacional, votaram pela improcedência da autuação. Presentes, para sustentação oral do recurso, os representantes legais da recorrente, Dr. Carlos Cintra e dr. Eliseu de Matos Batista.

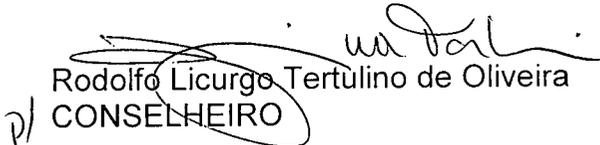
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de outubro de 2.006.

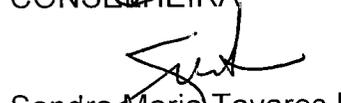

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO RELATOR


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares M. de Castro
CONSELHEIRA


p/ Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO