



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 0235 /2018

63ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 26 de novembro de 2018.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3023/2015 – Auto de Infração: 1/201513822

RECORRENTE: ASAF COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO EIRELI CGF: **06. 604.288-7.**

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: "EMENTA: ICMS - DEIXAR DE ENTREGAR ARQUIVOS MAGNÉTICOS —

1. A empresa deixou de entregar ao fiscal os arquivos magnéticos do ECF impossibilitando a análise das operações de vendas do contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupons Fiscais — ECF, o que inclui, o confronto entre as informações contidas na MFD e as registradas na Escrita Fiscal Digital. Afastada a preliminar de nulidade. Infração aos Arts. 285, 289, 299, 308 todos do Decreto 24.569/97. 2. Redução da multa em observância à modificação dada ao art. 123, inciso VIII, alínea " i " da Lei 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17 e, desta forma, atender ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, previsto no art. 106, II, "c", do CTN, que fixou multa em patamar inferior àquele indicado no auto de infração. 3. Período da infração de junho de 2012 a fevereiro de 2014. 4. Artigos Infringidos: 269, 276-A, 285 e 289 todos do Decreto nº 24.569/97. 5. Penalidade Prevista: art. 123, inciso VIII, Alínea " i " 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. 6. **Auto de Infração PARCIAL PROCEDENTE**, nos termos do voto do relator e em desacordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária.

PALAVRAS-CHAVE: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DEIXAR DE ENTREGAR O ARQUIVO MAGNETICO DA MEMORIA FISCAL DO ECF – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE.

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " DEIXAR O CONTRIBUINTE USUARIO DE SISTEMA ELETRONICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS DE ENTREGAR A SEFAZ ARQUIVO MAGNETICO REFERENTE A OPERACOES COM MERCADORIAS OU PRESTACOES DE SERVICO, OU ENTREGA-LO EM PADRAO DIFERENTE DA LEGISLACAO, OU. AINDA, EM CONDICOES QUE IMPOSSIBILITEM A LEITURA DOS DADOS. A EMPRESA AUTUADA USUÁRIA DE ECF DEIXOU DE ENTREGAR AO FISCO ARQUIVO MAGNÉTICO-MFD (MEMÓRIA DA FITA INFORMAÇÕES COMPLEMENT. ANEXAS. "

O agente fiscal lança a MULTA no valor R\$ R\$377.927,00, em seguida aponta como dispositivo infringido: Artigos nºs: 20, 21, §§ 1º., 2º. e 3º., artigo nº 81. IX, "a, b, c, d, e" do Decreto nº 29.907/2009; artigos nº 285 §1º., 289, "I"; 299 e 308 §§ 1º. e 2º. Do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, III, " i " da Lei nº 12.670/96.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 05, vejamos:

"Conforme antecipamos, no período ora fiscalizado, a empresa autuada possuía 01 (um) equipamento emissor de cupom fiscal — ECF ativo, o qual dispunha de Memória de Fita-Detalhe de que trata o Decreto de no 29.907/2009:

(...)

Caso se deseje alcançar a importância para o Fisco da reportada Memória da Fita-Detalhe, é suficiente se deter no disposto no art. 81, IX do já referido Decreto de no 29.907/2009, uma vez que ali se percebe que a MFD é capaz de fornecer todos os elementos existentes na primeira via do Cupom Fiscal, tais como a data e a hora de sua emissão, o contador de operação - COO, as mercadorias discriminadas por itens no documento fiscal, o valor total da operação, descontos e demais informações exigidas pela legislação, além, é claro, de fornecer elementos dos documentos de controle obrigatoriamente emitidos pelo ECF, tais como, leitura "x" e redução "z".

(...)

Através da análise do arquivo magnético que contém a MFD — Memória da Fita Detalhe vários indícios de irregularidades podem ser detectados pelos agentes da auditoria, e, desse modo, a mesma é percebida como o instrumento principal de análise das operações de vendas do contribuinte usuário de

Equipamento Emissor de Cupons Fiscais — ECF, o que inclui, o confronto entre as informações contidas na MFD e as registradas na Escrita Fiscal Digital informada à época.

4. DA NÃO ENTREGA AO FISCO DO ARQUIVO MAGNÉTICO CONTENDO A MEMÓRIA DA FITA-DETALHE DO ECF EM USO

Face à sua evidente importância, ao longo da presente auditoria solicitamos ao contribuinte por meio do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Intimação anteriormente mencionados, a apresentação do arquivo magnético contendo a memória de fita-detalhe do ECF ativo e em uso à época do período fiscalizado. No entanto, até o presente momento nada nos foi entregue e não houve qualquer manifestação expressa a respeito por parte da empresa.”

A empresa apresenta defesa tempestiva às fls. 32 e 45, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que há nulidade por ser genérica a autuação, cerceamento o direito de defesa e dificultando o contraditório;
- ✓ Que não ocorreu a infração imputada;
- ✓ Que não foram produzidas provas da infração pelo agente do fisco;
- ✓ Que é necessário de uma perícia para chegar-se a verdade material,
- ✓ Requer por fim:
- ✓ Que seja o auto de infração julgado improcedente;
- ✓ Caso não haja convencimento da improcedência, solicita a realização de diligencia e/ou exame pericial..

A julgadora monocrática julga pela parcial procedência da autuação, conforme ementa contida às fls. 49 a 57:

“EMENTA: ICMS - DEIXAR DE ENTREGAR ARQUIVOS MAGNÉTICOS — A empresa contribuinte usuária de sistema eletrônico de processamento de dados deixou de entregar a Sefaz os arquivos magnéticos. Afastada a preliminar de nulidade. Infração aos Arts. 285, 289, 299, 308 todos do Decreto 24.569/97. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE face redução da multa em observância à modificação dada ao art. 123, inciso VIII, alínea I da Lei 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/17 e, desta forma, atender ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, previsto no art. 106, II , c, do CTN, que fixou multa em patamar inferior àquele indicado no auto de infração. DEFESA. SEM REEXAME NECESSÁRIO conforme Art. 2º do PROVIMENTO 002/2017 do CRT do CONAT. “

A empresa apresenta recurso ordinário às fls. 78 e 83, com os mesmos argumentos da defesa inicial.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 251/2018, acostado as fls. 74 a 79, adotado pelo representante da Doutra Procuradoria do Estado se manifesta pela manutenção da parcial procedência do auto de infração.

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

Eis, o relatório.

VOTO:

A acusação versa sobre a não entrega de arquivo magnético, constatação decorrente da intimação do termo de início de do Termo de Intimação para que a empresa entregasse os arquivos dos equipamentos emissores de cupom fiscal eletrônico no layout do ato COTEPE, a qual analisaremos abaixo:

NULIDADE

Entendo que a nulidade arguida por suposto cerceamento ao direito de defesa, uma vez que a autuação teria sido realizada de forma genérica, deva ser afastada, tendo em vista que os autos não corroboram a alegação recursal, haja vista que a fiscalização foi de falta de entrega de arquivo eletrônico, materializado através da solicitação feita inicialmente por Termo de Início de Fiscalização e em momento seguinte pôr Termo de Intimação, portanto com clareza e precisão a infração apontada, logo presentes os elementos probatórios da infração.

DO PEDIDO DE PERÍCIA

Quanto ao pedido de realização de perícia, entendo que deva ser indeferida, pois formulado de forma genérica, além de que os elementos que constam dos autos são suficientes à formação de convencimento em relação ao fato imputado, conforme dispõe o artigo nº 97, I e II, da Lei nº 15.614/2014, vejamos:

Art. 97. O julgador indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de realização de perícia, quando:

I – formulado de modo genérico;

II – não observada a pertinência dos quesitos formulados aos fatos imputados na autuação;

III – os fatos forem incontroversos e os elementos contidos nos autos forem suficientes à formação de seu convencimento;

IV – tratar-se de fatos notórios, verossímeis e compatíveis com a realidade e as provas constantes dos autos;

V – a verificação for prescindível ou relacionada com documentos cuja juntada ou modo de realização seja impraticável;

VI – a prova do fato não dependa de conhecimento técnico especializado.

Parágrafo único. Quando da realização de perícia requerida por Julgadores Administrativo-Tributários, Assessores Processual-Tributários, Procuradores do Estado e Conselheiros, estes deverão observar o disposto nos incisos I a VI do caput deste artigo.

DO MERITO

Entendo que o agente do fisco de modo claro demonstra e comprova que a empresa deixou de entregar a fiscalização os arquivos magnéticos das operações com ECF mesmo sendo intimado: primeiramente através do Termo de Início de Fiscalização e anexo às fls. 11 a 13, em segundo momento através do Termo de Intimação nº 2015.06126 e anexo às fls. 14 a 16, portanto infringindo a determinação contida nos artigos 269, 276-A, 285 e 289 todos do Decreto nº 24.569/97 combinado com os artigos 20, 21 §§ 1º, 2º. e 3º. e Art. 81 todos do Decreto nº 29.907/09, in verbis:

"Art. 269. O livro Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos XXXI e XXXII, destina-se à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento.

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

- I - Registro de Entradas;
- II - Registro de Saídas;
- III - Registro de Inventário;
- IV - Registro de Apuração do ICMS.

Art. 285. A emissão de documentos fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados, bem como a escrituração dos livros fiscais a seguir enumerados, far-se-ão de acordo com as disposições deste Capítulo:

- I - Registro de Entradas, Anexo XLIII;
- II – Registro de Saídas;

Art.289. O estabelecimento que emitir, por sistema eletrônico de processamento de dados, pelo menos um dos documentos fiscais a que se refere o art. 285, caput, estará obrigado a manter registro fiscal em arquivo magnético com dados dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entradas e de saídas e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:

- I - por documento fiscal e detalhe de item de mercadoria (classificação fiscal), inclusive os emitidos por equipamento emissor de cupom fiscal - ECF; ”

Decreto nº 29.907/09

"Art. 20. No caso de ECF com Memória de Fita-detalhe, a Fita detalhe somente poderá ser impressa em intervenção técnica, mediante solicitação do Fisco.

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

- I - a data e a hora de sua emissão;
- II - o Contador de Ordem de Operação do primeiro documento impresso, indicado por "COOi";
- III - o Contador de Ordem de Operação do último documento impresso, indicado por "COOP";
- IV - a expressão "Fita-Detalhe", impressa em letras maiúsculas;

§1º. No caso da Leitura da Memória Fiscal, admite-se a impressão apenas do valor do Contador de Ordem de Operação, a denominação, data e hora de emissão.

§2º. No último dia de cada período de apuração deverá ser gerado arquivo eletrônico com o conteúdo da MPD, 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.

"Art. 81. Para fins deste Capítulo, considera-se:

IX - Memória de Fita-detalhe (MPD): recursos de hardware, internos ao ECF, para armazenamento dos dados necessários à reprodução integral de todos os documentos emitidos pelo equipamento, dispensada a Leitura da Memória Fiscal e que adicionalmente:

- a) não permitam o apagamento e a modificação de dados;
- b) permitam a reprodução dos dados armazenados para arquivo em meio eletrônico;
- c) permitam a impressão de segundas vias dos documentos originalmente emitidos;
- d) imprimam, em cada Redução Z (RZ), informações codificadas que possibilitem, por processo eletrônico aplicado sobre as informações impressas, a recuperação dos dados referentes a todos os documentos emitidos após a Redução Z anterior, inclusive a Redução Z que contenha as informações desta alínea, exceto a data e hora final de sua impressão;
- e) possua número de série e identificação do fabricante ou importador exibidos em sua parte externa;"

Ao não entregar os arquivos solicitados impossibilitou ao agente do fisco de proceder ao confronto entre as informações contidas na MFD e as registradas na Escrita Fiscal Digital, incorrendo na infração contida no art. 123, inciso VIII, Alínea " i " da lei 12.670/96 com a nova redação dada pela Lei nº 16.258/2017, senão vejamos:

REDAÇÃO ANTERIOR:

"i) deixar o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados ou de equipamento ECF de entregar ao Fisco arquivo magnético referente a operações com mercadorias ou prestações de serviço ou entregá-lo

em padrão diferente do estabelecido pela legislação ou, ainda, em condições que impossibilitem a leitura dos dados nele contidos: multa equivalente a 2% (dois por cento) do valor total das operações e prestações de saídas de cada período irregular, não inferior a 5.000 (cinco mil) Ufirces, sem prejuízo do arbitramento do imposto devido;.”

REDAÇÃO dada pela Lei nº 16.258/2017:

“i) deixar o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), de equipamento ECF ou de MFE de entregar ao Fisco arquivo eletrônico referente a operações ou prestações ou entregá-lo em padrão diferente do estabelecido pela legislação ou, ainda, em condições que impossibilitem a leitura dos dados nele contidos: multa equivalente a 2% (dois por cento) do valor das operações de saída ou prestações de cada período irregular, limitada a 1.000 (mil) UFIRCEs por período de apuração;

Portanto, somos pela aplicação da multa contida no artigo 123, VIII, “ i ”, da Lei nº 12.670/96, com a redação dada pela Lei nº 16.258/2017, em obediência ao Artigo 106 combinado com o Artigo 112 do CTN, aplicamos a mais favorável ao autuado, in verbis:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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.



Refizemos, portanto, o cálculo da multa, pois os valores da multa deverão seguir os parâmetros contidos no art. 123, inciso VIII, Alínea “ i ” 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 que deixaram de ser entregues, limitada a 1.000 (mil) UFIRCEs por período de apuração.

Por fim, corroboro com o entendimento da julgadora singular em relação ao mérito, no entanto, não concordamos com os cálculos da multa encontrada pela julgadora singular, pois a multa tem limites estabelecidos, ou seja, 2% do valor dos arquivos não entregues, limitada a 1.000 (mil) UFIRCEs por período de apuração, no entanto o julgador singular aplicou 1000 UFIRCEs nos meses de março, abril e maio de 2014, quando o próprio agente do fisco informa que o valor de base de cálculo é zero, portanto 2% de zero é zero, logo como mil ufirces é limite máximo, nos meses de março a maio de 2014 não há qualquer valor de multa, conforme demonstraremos mês a mês, vejamos:

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento para modificar em parte a decisão recorrida, julgando parcial procedente o auto de infração nos termos voto do conselheiro relator, em desacordo com o Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributaria adotada pela Douta Procuradoria Geral do Estado.

MÊS/ANO	MULTA APLICADA
06/12	2.836,00
07/12	2.836,00
08/12	2.836,00
09/12	2.836,00
10/12	2.836,00
11/12	2.836,00
12/12	2.836,00
TOTAL DA MULTA ANO 2012	19.852,00

MÊS/ANO	MULTA APLICADA
01/13	3.040,70
02/13	3.040,70
03/13	3.040,70
04/13	3.040,70
05/13	3.040,70
06/13	3.040,70

PROCESSO DE RECURSO N°: 1/3023/2015 – Auto de Infração: 1/201513822

07/13	3.040,70
08/13	3.040,70
09/13	3.040,70
10/13	3.040,70
11/13	3.040,70
12/13	3.040,70
TOTAL DA MULTA ANO 2013	36.488,40

MÊS/ANO	MULTA APLICADA
01/14	3.070,74
02/14	1.037,30
TOTAL DA MULTA ANO 2014	4.108,04

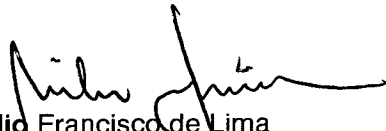
TOTAL GERAL (2012 + 2013+
2014) 60.448,44

É o voto.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: ASAF COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO EIRELI CGF: **06. 604.288-7** e 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 interposto, e tomar as seguintes deliberações: 1. Nulidade do feito fiscal por suposto cerceamento ao direito de defesa, uma vez que a autuação teria sido realizada de forma genérica. Afastada por unanimidade de votos, tendo em vista que dos autos facilmente se conclui pela clareza e precisão da acusação, que versa sobre a não entrega de arquivo magnético formalmente requerido do contribuinte pelo agente fiscal em duas oportunidades, no Termo de Início de Fiscalização e, em momento posterior, através de um termo de intimação específico para este fim; 2. Em referência ao pedido de realização de perícia, resolvem indeferir-lo com base no que dispõe o art. 97, I e II, da Lei 15.614/2014, dado que foi formulado de forma genérica, bem como porque os elementos que constam dos autos já são suficientes à formação de convencimento por parte da autoridade julgadora; 3. No mérito, resolvem dar parcial provimento ao recurso interposto, para modificar a decisão parcialmente condenatória de 1ª Instância, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o feito fiscal, excluindo-se do lançamento os meses de março a junho de 2014, tendo em vista que no referido período não houve a omissão de informações em arquivo magnético, fato este que não fora observado pela julgadora singular. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária. **Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 05 de Dezembro de 2018.**

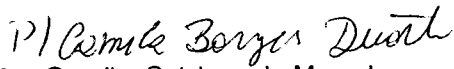

Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Sidney Valente Lima
ASSESSOR TRIBUTÁRIO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO