

**PROCESSO** - A. I. Nº 281318.1201/13-9  
**RECORRENTE** - XL DA CONSTRUÇÃO LTDA. (LIDER DA CONSTRUÇÃO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0193-01/14  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**INTERNET** - 29/12/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0389-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. PENALIDADE FIXA **a)** EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS ARQUIVOS MEMÓRIA DE FITA-DETALHE (MFD). O cometimento de falhas formais não ocasiona nulidade do lançamento se da descrição dos fatos é possível inferir com clareza a conduta infracional imputada. Exegese do § 2º do artigo 18 do RPAF. Nulidade que não se vislumbra no presente caso. **b)** LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Razões de apelo incapazes de elidir a acusação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 18/12/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 16.956,74 (dezesesseis mil novecentos e cinquenta e seis reais e setenta e quatro centavos), em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

*01 – Utilização irregular de ECF (equipamento emissor de Cupom Fiscal) impossibilitado de emitir documento Leitura da Memória Fiscal. Falta de apresentação, mediante intimação, de MFD (memória de fita-detalhe) referente ao equipamento emissor de Cupom Fiscal marca Bematech em uso nos exercícios fiscalizados. Penalidade fixa cominada: R\$ 13.800,00;*

*02 - Entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas tributadas sem o devido registro na escrita fiscal. Penalidade fixa cominada: R\$ 3.156,74, equivalente a 10% do valor das entradas não escrituradas.*

Após a apresentação da defesa (fls. 15/19 e 24/28) e prestação de informações fiscais (fls. 58/59) a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 1ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 02/09/2014.

## VOTO

*Discute-se nestes autos a aplicação de duas multas por descumprimento de obrigações acessórias.*

*A primeira multa é por utilização irregular de ECF (equipamento emissor de Cupom Fiscal), impossibilitado de emitir o documento Leitura da Memória Fiscal. Consta um adendo na descrição do fato informando que o contribuinte, regularmente intimado, não apresentou os arquivos MFD (memória de fita-detalhe) referentes ao equipamento emissor de Cupom Fiscal marca Bematech, número de fabricação BE0306SC95510514652, que se encontrava em uso nos exercícios de 2009 e 2010, e somente em 3.1.13 foi efetuada a cessação de uso, através do processo 2013160.*

*O autuado na defesa comenta a explicação que deu ao fisco em situação similar objeto de outro Auto de Infração lavrado contra sua empresa. Admite que de fato deixou de individualizar as operações de venda, porém afirma que, apesar disso, em todos os lançamentos declarou o total de todas as vendas realizadas. Chama a atenção para o laudo técnico anexo à defesa, emitido pela Informak, dando conta da impossibilidade de emissão de leitura em virtude do esgotamento da memória fiscal, laudo este regularmente apresentado em 5.11.13 junto à inspetoria de Santo Antônio de Jesus, sendo também apresentado o correspondente Atestado de Intervenção de Cessação, o Atestado de Intervenção Técnica e o Atestado de Intervenção da impressora fiscal, todos*

*lavrados na mesma data, 3.1.13. Reclama da autuação em razão de mera falha técnica. Reitera que lançou no livro próprio todas as operações e o imposto foi pago. Observa que os arts. 765, 768 e 769 do RICMS, nos quais a autuação se baseia, foram revogados.*

*O contribuinte tem razão quanto à revogação dos arts. 765, 768 e 769 do RICMS/97, haja vista que no Auto foi indicada como data de ocorrência 31.12.10, e os referidos artigos se encontram revogados desde 2002 – foram revogados pela Alteração nº 38 (Decreto nº 8.413/02).*

*A autoridade fiscal, na informação, nada disse quanto a esse aspecto.*

*O art. 765 previa que é vedada a utilização de ECF por estabelecimento diverso daquele que obteve a autorização de uso, ainda que pertencente ao mesmo titular. Essa regra passou a ser objeto do § 2º do art. 824-I, mas se trata de regra que não tem absolutamente nada a ver com o fato em questão, pois o contribuinte não foi acusado de ter utilizado o ECF em estabelecimento diverso daquele para o qual foi autorizado.*

*Por outro lado, o art. 768 previa que o ECF deveria apresentar, no mínimo, as características ali especificadas. Tal regra foi revogada, e nas regras postas em seu lugar, a partir do art. 824-A, não existe nenhuma disposição correspondente. A rigor, mesmo a indicação do dispositivo revogado nada tem a ver com o fato em discussão, pois o que se acusa aqui é a falta de apresentação dos arquivos MFD (memória de fita-detelhe), pelo fato de o ECF se encontrar impossibilitado de emitir o documento Leitura da Memória Fiscal, sob alegação de falta de memória.*

*Quanto ao art. 769, a previsão era relativa aos dados que deveriam ser gravados na Memória Fiscal. Essa regra foi revogada, e nas regras postas em seu lugar, a partir do art. 824-A, não existe nenhuma disposição correspondente. A disposição que mais se aproxima é a do inciso II do art. 824-S, que traz o conceito de Memória Fiscal, como sendo o conjunto de dados internos do ECF que contém a identificação do equipamento, a identificação do contribuinte usuário, o Logotipo Fiscal, o controle de intervenção técnica e os valores acumulados das operações e prestações registradas diariamente no equipamento.*

*A autuação baseou-se em dispositivos legais revogados, porém os elementos constantes nos autos denotam que o equipamento foi mantido de forma irregular no estabelecimento.*

*Os dados acumulados no equipamento precisam ser lidos, devendo o usuário estar atento quanto ao esgotamento de sua memória. O autuado apresentou declaração da Informak à fl. 20, informando que o ECF em questão teve sua memória totalmente esgotada e sem possibilidade de acesso aos dados, o que ocasionou o processo de cessação de uso do equipamento. No Atestado de Intervenção Técnica emitido pela Informak, às fls. 7-8, consta como motivo da intervenção: “Cessação: não foi possível emitir as leituras devido o esgotamento da MF”. O Atestado de Intervenção é datado de 3.1.13. O Auto de Infração foi lavrado em 18.12.13. Na descrição da infração, o fiscal observou que o equipamento se encontrava em uso nos exercícios de 2009 e 2010, e foi assinalada como data da ocorrência 31.12.10, acrescentando que “Tão somente em 03/01/2013, foi efetuada a cessação do uso, através do processo 2013160, cópia anexa”.*

*Por esses elementos, conclui-se que o motivo da infração foi a demora do autuado em pedir a cessação de uso, mas não houve falta de pagamento de imposto em virtude do problema com a memória, pois nos exercícios de 2009 e 2010 as leituras foram feitas normalmente, porque o esgotamento da memória foi depois, conforme consta no rodapé da leitura à fl. 21, datada de 26.12.12: “Memória em esgotamento – informar ao credenciado”. Isso constitui um atenuante. Considero caracterizada a infração, porém proponho a redução da multa para 10%, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Assim, a multa do item 1º fica reduzida para R\$ 1.380,00.*

*Quanto ao item 2º, a multa é por ter sido dada entrada, no estabelecimento, de mercadorias relativas a operações sujeitas à tributação pelo ICMS sem o devido registro na escrita fiscal.*

*O autuado alegou na defesa que a Nota Fiscal 1346 foi emitida em 23.11.10, mas somente foi registrada no sistema fiscal da empresa em 13.1.11. Isso é o que foi alegado, mas o contribuinte não juntou prova de que a referida Nota tivesse sido registrada em 13.1.11. Não há como acatar simples alegação, sem prova.*

*Quanto às Notas Fiscais 104863 e 451, da Fame, o autuado alega que não há registro dos pagamentos de tais Notas, nem os “canhotos” com a assinatura de qualquer funcionário de sua empresa, ou sequer o carimbo de recebimento, estando na mesma situação a Nota Fiscal 16832. Trata-se de Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em nome do autuado, inclusive havendo a chave eletrônica de identificação de cada Nota, conforme fls. 11-12.*

*Outra alegação do autuado é de que as Notas Fiscais 168237 e 95368 se referem a “notas de troca/bonificação”, prescindindo por isso de escrituração, e a Nota Fiscal 1221 se refere a mercadoria recebida em comodato, não foi vendida e não se incorporou ao estoque de sua empresa. Quanto a essas alegações, cumpre notar que todas as Notas Fiscais relativas a entradas de mercadorias ou bens de uso ou consumo e a serviços tomados devem ser escrituradas, inclusive em caso de troca, bonificação ou bens recebidos em comodato.*

*Mantenho a multa do item 2º.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a redução da multa do item 1º.*

Como é possível constatar da análise do voto acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª JJF constataram que os dispositivos legais que serviram de esteio para a autuação se encontravam revogados na época dos fatos. No entanto, a despeito disso, o ECF fora mantido de forma irregular no estabelecimento.

Concluíram ainda que o motivo da infração fora a demora do autuado em pedir a cessão de uso do equipamento, conduta, que embora não tenha resultado em falta de pagamento do imposto, contaria a legislação de regência. Diante de tais circunstâncias, julgaram procedente a exigência e com fulcro no §7º do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96, procederam à redução da penalidade para 10% do valor originalmente lançado.

Quanto à infração capitulada no item 2, considerando que as provas carreadas aos autos não foram suficientes para elidir a infração, mantiveram integralmente a exigência.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.87/95), em que afirma que o Auto de Infração encontra-se vinculado à sua fundamentação, não sendo juridicamente possível seu aproveitamento quando se percebe que aquela fundamentação sequer existia positivada no Ordenamento Jurídico à época da ocorrência do fato gerador. Com base em tal argumento, pugna pelo reconhecimento da nulidade do lançamento.

No tocante ao item 2, repete as razões de defesa, arguindo que a Nota Fiscal nº 1346 fora emitida em 23/11/2010 e registrada em 13/01/2011, e que este lançamento tardio não pode ensejar a aplicação da penalidade. Afirmou que os materiais adquiridos através das Notas Fiscais de nºs 104863, 16832 e 451 não foram por ele recepcionados, pelo que não cabe qualquer escrituração.

Aduz que prescindem de lançamento por falta de circulação de mercadorias, as Notas Fiscais de nºs 168237, 95368 e 1221, pois as duas primeiras se referem a notas de troca/bonificação, enquanto que a última retrata de mercadoria posta em regime de comodato.

## **VOTO**

O Recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo então a apreciação das razões de apelo aduzidas pelo Recorrente.

Constato que, de fato, tanto os dispositivos legais tidos como infringidos quanto aquele que lastreou a aplicação da penalidade citados no corpo do Auto de Infração já se encontravam revogados na data de sua lavratura. Em verdade, como bem observou a Decisão de piso, com o advento do Decreto nº 8.4213/02, os referidos dispositivos legais foram realocados no texto do RICMS para os artigos 824 e seguintes, diante do que é possível inferir com especial clareza que o preposto fiscal autuante cometeu um erro formal ao indicá-los.

Entretanto, em que pese a falha cometida, constato que o sujeito passivo compreendeu perfeitamente a acusação que lhe foi imposta, exercendo de forma plena o seu direito de defesa. Assim é com fulcro no § 2º do artigo 18 do RPAF que dispõe no sentido de que *não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade*, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, entendo acertado o entendimento externado pelo voto condutor do acórdão recorrido, que, constatando se tratar de obrigação acessória, cujo descumprimento não decorreu de conduta dolosa ou de má-fé e não ocasionou falta de recolhimento do tributo promoveu, de ofício, a redução da penalidade para 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado, pelo que mantenho a Decisão de piso com base nos seus próprios fundamentos.

Quanto à infração capitulada no item 2 não vejo como acolher as razões recursais, cujos argumentos já foram exaustivamente analisados pelo órgão julgador de Primeira Instância.

Verifico que a alegação do Recorrente de que a Nota Fiscal nº 1346, emitida 23.11.10, foram

escriturada em 13.1.11 não encontra lastro em documento comprobatório da escrituração, razão pela qual não é possível acatar simples alegação.

Quanto às Notas Fiscais nºs 104863, 451, 16832 tratam-se de notas fiscais eletrônicas emitidas em nome do Recorrente, não havendo qualquer indícios de que estas foram canceladas.

Já no que diz respeito às Notas Fiscais de nºs 168237, 95368 e 1221, embora não se refiram a operações mercantis, devem elas ser escrituradas nos termos da legislação de regência.

Ante ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo em todos os seus termos a Decisão proferida pelo órgão julgador a quo que julgou procedente o lançamento de ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281318.1201/13-9**, lavrado contra **XL DA CONSTRUÇÃO LTDA. (LIDER DA CONSTRUÇÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.536,74**, previstas no art. 42, incisos IX e XV, “c”, com a redução autorizada no § 7º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme disposição da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS