

A. I. Nº - 210422.0100/10-1
AUTUADO - RICK COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA
AUTUANTES - JORGE CRUZ CORREIA DE MENEZES
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 21.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-02/11

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO FISCO. É vedada a utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria de Fazenda. Caracterizada a condição de sujeito passivo da presente relação jurídico-tributária. Mantida a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração foi lavrado em 04/11/2010 para exigir descumprimento de obrigações acessórias relativas ao ICMS no total exigido de R\$27.600,00, por utilização de equipamento de controle fiscal sem a autorização do fisco estadual.

O autuado, às fls. 16 a 33, apresenta a defesa afirmando ter sido surpreendida, em 21/10/2010, com o recebimento de Termo de Intimação (Doc. 03) intimando a ora Impugnante a “*apresentar em 48 horas, na IFMT/METRO, na Av. Fernandes Vieira, nº 30, Calçada, juntamente com esta intimação, o Atestado de Intervenção do ECF – art. 824-P, inciso IX: EPSON ECF-IF TM-T81 FBII Nº FAB: EP040810000000008319*”.

Afirma que ao receber a referida intimação e por não saber do que se tratava a ora Impugnante entrou em contato com a empresa credenciada pela SEFAZ/BA que lhe vendeu a sua impressora fiscal, a saber a SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. A referida empresa então diz que no dia 27/10/2010, entregou à ora Impugnante o Atestado de Intervenção (Doc. 04) solicitado através do Termo de Intimação retro citado, repassando-o ao fiscal prolator da intimação.

Contudo, afirma a impugnante, em que pese ter sido entregue o referido Atestado de Intervenção (Doc. 04) a ora Impugnante foi novamente surpreendida com a lavratura de Auto de Infração (Doc. 02), em 25/11/2010, sob a alegação de utilização do equipamento de controle fiscal sem autorização do fisco estadual, a saber, o aparelho Emissor de Cupom Fiscal – ECF. No referido Auto de Infração restou consignado que:

“Em data, hora e local acima referido, no exercício das nossas funções fiscalizadoras constatamos as seguintes irregularidades:

Utilização do equipamento ecf marca EPSON, modelo TM-T81 FBII, Nº FAB. EP040810000000008319, sem a devida autorização da SEFAZ para uso no estabelecimento, em conformidade com o previsto no Ricms/BA, Dec. 6284/97. Foram emitidas Leituras “X” nos dias 19/10 e 21/10/2010, (Contador de Ordem de Operação – COO, nº 011520 e 011552, respectivamente), documentos anexos, os quais comprovam a utilização do equipamento de controle fiscal. Na oportunidade o contribuinte foi intimado para apresentar o Atestado de Intervenção Técnica – Pedido de Uso, para posterior análise e verificação nos sistemas informatizados da SEFAZ.

Após a análise, ficou comprovado que o lançamento dos dados constantes no Atestado de Intervenção nº 238, emitido pela empresa credenciada SIXX AUTOMOÇÃO COM. E INFORMÁTICA LTDA, cópia anexa, foi efetuado depois da ação fiscal feita no estabelecimento no dia 21/10/2010.”

Afirma que foi apontado como dispositivo legal violado o disposto no art. 824-H, inciso I do RICMS:

“Art. 824-H. Para o uso, manutenção ou cessação de uso de ECF, o contribuinte obrigado ao uso de ECF deverá, mediante acesso via Internet ao sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br:

I - solicitar habilitação para uso;”

Afirma a que referida impressora fiscal encontra-se, desde o dia em que foi entregue pela empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda., ou seja, desde 08/09/2009, devidamente lacrada com selo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, consoante será mais minudentemente demonstrado nas linhas que se seguem.

Argui que, conforme dispõe art. 824-A do Decreto nº 6.284/97 que Regulamenta o ICMS no Estado da Bahia, o Emissor de Cupom Fiscal é um aparelho de automação comercial que tem como função a emissão de documentos de fiscalização, com finalidade de controle de natureza fiscal, referentes às operações de circulação de mercadorias ou a prestações de serviços.

Alega que este equipamento é similar a uma máquina impressora, que emite cupom (ECF-IF) ou uma caixa registradora (ECF-MR) ou ponto-de-venda (ECF-PDV), registrando as movimentações de vendas ou prestação de serviços realizados pelas empresas diariamente. Ou seja, a impugnante afirma que toda operação ou prestação existente com consumidor não contribuinte do ICMS deve ser acobertada com a emissão de cupom fiscal, nota fiscal de venda a consumidor e etc., em que serão todos emitidos exclusivamente no ECF. Assim, para as empresas que estão inseridas nos requisitos do Decreto nº 6.284/87, Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, que desejam inicializar suas atividades, são obrigadas a adquirir tal equipamento fiscal.

Aduz que este equipamento fiscal poderá ser adquirido diretamente nas empresas que fabricam este aparelho segundo a defesa, ou nas empresas credenciadas pela SEFAZ/BA, que fazem a comercialização deste equipamento.

Alega que nos termos do inciso IX do art. 824-S do RICMS considera-se *“credenciada: empresa credenciada pela SEFAZ para proceder intervenção técnica em ECF”*.

Assegura que a intervenção técnica é, na forma do inciso X do art. 824-S do RICMS, *“qualquer ato de reparo, manutenção, limpeza, programação fiscal e outros da espécie, em ECF, que implique em remoção de lacre instalado”*.

Entende que optando por fazer a aquisição do aparelho pela fábrica, da mesma forma terá o contribuinte que direcionar o equipamento a uma empresa credenciada que presta todos os serviços de intervenção técnica para programação do ECF para uso fiscal.

Assim, diz a impugnante, entregue o ECF a uma empresa credenciada, ela irá homologar o *software* utilizado para proceder à programação dos dados da empresa/contribuinte, bem como estabelecer as situações tributárias a serem utilizadas, as formas de pagamento e etc. Logo, segundo o contribuinte, todos os dados constituídos na Memória Fiscal que comportam a identificação do usuário e do produto, serão inseridos pela empresa credenciada pela SEFAZ/BA.

Nesse aspecto, a defesa ressalta que a ora Impugnante optou por adquirir o ECF junto a uma empresa credenciada pela SEFAZ/BA, a SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. Em seguida, após a credenciada preparar toda a documentação necessária, a própria credenciada poderá fazer a solicitação perante o órgão fiscal para a utilização do equipamento.

No presente caso, segundo o contribuinte, todos os procedimentos foram efetuados pela credenciada da SEFAZ/BA, a SIXX Automação Comercial e Informática Ltda.

Deste modo, a defesa entende, uma vez que a repartição fazendária defere a utilização do equipamento, será concedida à empresa credenciada um lacre para confirmar a idoneidade do aparelho a ser utilizado. Nesse sentido dispõe o Regulamento do ICMS:

“Art. 824-Q. O lacre e a etiqueta a serem utilizados para instalação no equipamento autorizado para controle fiscal serão fornecidos exclusivamente pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização, por meio da Gerência de Automação Fiscal, mediante prévio pedido da empresa credenciada a intervir em ECF (...)”

Afirma que o contribuinte somente poderá utilizar o equipamento fiscal, depois que a mesma é lacrada pela empresa credenciada, e cujo lacre apenas é entregue à empresa credenciada depois que a administração fazendária autoriza o uso do equipamento fiscal.

Conclui que, de acordo com a impugnante, depois de efetuar toda a programação indispensável para o ideal funcionamento do equipamento, formular o pedido, depois ser autorizado o uso e estiver devidamente lacrado, estará a máquina pronta para uso fiscal pela empresa.

Nessa linha de raciocínio, na condição de tomadora de serviço prestado por empresa credenciada pela SEFAZ/BA, ou seja, empresa que tem o aval da SEFAZ/BA para funcionar, ao receber a sua máquina fiscal devidamente lacrada, não tinha como saber que estaria faltando um “Atestado de Intervenção”.

Alega não ser justo imputar à ora Impugnante tão pesada multa (R\$27.600,00) por conta de uma irregularidade causada por empresa credenciada pela SEFAZ/BA.

Afirma que foi vítima de uma má prestação de serviço por parte da empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. e também vítima da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia por ter deixado de fiscalizar as atividades das empresas que ostentam o selo de “credenciadas pela SEFAZ”, por ter concedido tal título a uma empresa que não detém conhecimento da legislação a ponto de ter deixado de emitir o atestado de intervenção e ainda, o que é mais grave, ter fornecido o lacre sem que tivesse sido outorgado atestado de intervenção técnica.

Conclui que o presente Auto de Infração deveria ser a ela destinado e, portanto, a ora Impugnante é parte ilegítima da presente relação processual.

Argumenta que para corroborar com o quanto ora sustentado, convém demonstrar o que dispõe o art. 824-H do RICMS, em especial o disposto no seu §4º que trata do uso e manutenção do ECF e da interveniência da empresa credenciada nesse procedimento:

Art. 824-H. Para o uso, manutenção ou cessação de uso de ECF, o contribuinte obrigado ao uso de ECF deverá, mediante acesso via Internet ao sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br:

I - solicitar habilitação para uso;

II - comunicar a necessidade de manutenção em ECF;

III - solicitar a cessação do uso do equipamento.

§ 1º A indicação da empresa credenciada a intervir no equipamento para iniciação, manutenção ou cessação de uso poderá ser alterada pelo contribuinte, desde que os dados referentes à intervenção técnica ainda não tenham sido lançados na Internet.

§ 2º A empresa credenciada a intervir em equipamento ECF cuja indicação para intervenção tenha sido a ela atribuída pelo usuário do equipamento deverá comunicar no sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, se for o caso, que não efetuará intervenção em ECF, caso em que a informação efetuada pelo contribuinte, no que se refere à credenciada, não produzirá efeitos.

§ 3º A empresa credenciada contratada para realizar intervenção para iniciação, manutenção ou cessação de uso do ECF deverá informar os dados referentes à intervenção técnica, conforme o caso, até dez dias após a data:

I - de comunicação de uso de ECF;

II - da conclusão da intervenção técnica para manutenção do equipamento; ou

III - da comunicação de cessação de uso do ECF

§ 4º A autorização de uso, de manutenção ou de cessação de uso será processada via Internet, após o lançamento dos dados referentes a intervenção técnica, pela credenciada.

§ 5º O disposto nesta seção também se aplica aos sujeitos passivos que opcionalmente utilizem ou pretendam utilizar equipamento ECF.

§ 6º A empresa que mantém inscrição centralizada neste Estado para apuração do imposto poderá requerer habilitação de uso de ECF pelo estabelecimento centralizador e utilizar o ECF em outro estabelecimento da empresa.

§ 7º O contribuinte deverá informar à SEFAZ eventual autorização concedida à empresa credenciada para que esta possa comunicar, em seu nome, a necessidade de manutenção em ECF de que trata o inciso II do caput deste artigo.

§ 8º O contribuinte somente poderá disponibilizar o ECF para manutenção técnica em empresa credenciada pela SEFAZ para intervir no equipamento.

Alinha que o parágrafo 4.º é claro ao dispor que a autorização de uso somente poderá ser processada depois que a CREDENCIADA faz o lançamento da intervenção técnica.

Assegura que o inciso IV do art. 824-P é também muito claro ao dispor que a emissão do atestado de intervenção é uma atribuição da empresa credenciada e não do contribuinte, ora Impugnante, *in verbis*:

“Art. 824-P. Constitui atribuição da empresa credenciada:

(...)

IV - emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF sempre que efetuar intervenção técnica no equipamento e informar os dados, via Internet, para a Secretaria da Fazenda”

Destaca ainda para atribuir a responsabilidade das empresas credenciadas na intervenção das ECF os seguintes trechos da legislação (RICMS):

SEÇÃO XXVI

Dos Procedimentos Relativos à Intervenção em ECF

Art. 824-L. A empresa credenciada que efetuar intervenção técnica em ECF deverá manter anexos ao respectivo atestado de intervenção os seguintes elementos, salvo disposição em contrário:

I - no caso de intervenção para habilitação ao uso de ECF: a Leitura X, antes e após a intervenção; a Redução Z; a Leitura da Memória Fiscal, abrangendo às últimas quarenta Reduções Z gravadas; e, tratando-se de ECF-MR, quando possível a emissão, a leitura de programação dos parâmetros, ou similar;

Ainda cotejando o RICMS, por meio do seu § 4º do art. 824-N, entende que ficam evidentes os requisitos para a concessão do status de “credenciada da SEFAZ/BA”, em especial o requisito de ter suficiente conhecimento acerca da legislação aplicável, *in verbis*:

SEÇÃO XXVII

Do Credenciamento de Empresa para Intervenção Técnica em ECF e das Atribuições das Credenciadas

Art. 824-N. O pedido de credenciamento para garantir o funcionamento e a integridade do equipamento ECF, bem como para nele efetuar qualquer intervenção técnica, deverá ser dirigido à Gerência de Automação Fiscal da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, devendo o solicitante:

(...)

§ 4º O credenciamento será indeferido sempre que se verificar que o técnico indicado no Atestado de Responsabilidade e de Capacitação Técnica não possui suficiente conhecimento da legislação aplicável ou da parte técnica relacionada com o ECF.

Por meio da leitura do referido artigo entende que fica evidente que a empresa para ser credenciada deverá ter *suficiente conhecimento da legislação aplicável* e isso ficou evidente não ter ocorrido no presente caso.

Complementa que a empresa credenciada por não ter transmitido a intervenção e falhou a SEFAZ/BA por ter credenciado empresa que nitidamente não tem condições de exercer a venda de ECF.

Pede a nulidade do presente Auto de Infração em face de sua ilegitimidade passiva.

Afirma que a compra do equipamento de emissão de cupom fiscal, precisa ser feita diretamente em empresa que fabrica o equipamento ou na empresa credenciada e, dessa forma, realizou a compra do equipamento fiscal na empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda., em 08/09/2009, consoante comprova a cópia da Nota Fiscal (Doc. 05)

Alude que a empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda., comercializa o equipamento fiscal, como também, é uma das empresas credenciadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para cumprir as intervenções necessárias nestes equipamentos.

Assegura que foi entregue à ora Impugnante um equipamento em perfeitas condições para o uso imediato, devidamente lacrado e com a impressão da Leitura “X” com as respectivas descrições do ora Impugnante, conforme cópia anexa. (Doc. 06). Aduz que não houve por parte da empresa credenciada nenhuma informação a respeito de obter a autorização perante o fisco estadual para o uso do aparelho, presumindo assim, para a ora Impugnante, que o equipamento já poderia ser utilizado.

Alinha que passou a desenvolver suas atividades empresariais normalmente, sem se dar conta de que estaria utilizando um equipamento, vendido pela credenciada, sem a devida autorização do fisco.

Argumenta que ao ser intimado a apresenta o atestado de intervenção, requisitou para a empresa credenciada a exigência do órgão fazendário, caso em que obteve a primeira via do Atestado de Intervenção pela empresa credenciada somente em 27/10/10.

Ocorre que, consoante já demonstrado, o art. 824-P, inciso IX, claramente atribui à empresa credenciada a responsabilidade em fornecer ao contribuinte, ora Impugnante, e ao órgão fiscalizador, todas as informações necessárias, inclusive esta requisitada pela SEFAZ/BA. Destacar que conforme fundamentado no artigo 824-P do RICMS/BA a empresa credenciada entregou o produto lacrado conforme exigido pela legislação de regência. Vejamos:

“Art. 824-P. Constitui atribuição da empresa credenciada:

I - atestar o funcionamento do equipamento de acordo com as exigências e especificações previstas na legislação;

II - instalar e remover lacre ou etiqueta (...).”

Assegura que é de iniciativa da credenciada entregar o equipamento fiscal de acordo com as exigências e especificações imputadas na legislação que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia.

Acrescenta que, baseado no artigo 824-H, §3º e §4º do RICMS/BA, fica expressa a obrigação da empresa credenciada para transpor as informações de intervenção para iniciação do equipamento a SEFAZ/BA. Assim vejamos:

“Art. 824-H (...)

§ 3º. A empresa credenciada contratada para realizar intervenção para iniciação, manutenção ou cessação de uso do ECF deverá informar os dados referentes à intervenção técnica, conforme o caso, até dez dias após a data:

I - de comunicação de uso de ECF;

II - da conclusão da intervenção técnica para manutenção do equipamento; ou

III - da comunicação de cessação de uso do ECF.

(...)

§ 4º. A autorização de uso, de manutenção ou de cessação de uso será processada via Internet, após o lançamento dos dados referentes à intervenção técnica, pela credenciada”.

Deste modo, afirma incumbir à empresa credenciada para realizar as devidas intervenções, comunicar a repartição fazendária acerca da iniciação do aparelho, juntamente com todas os documentos necessários para sua habilitação e uso, conforme art. 824-L, § 1º do RICMS. Senão vejamos:

Art. 824-L (...)

§ 1º. Na hipótese de habilitação para uso do ECF, também deverá ser anexado ao respectivo atestado de intervenção a cópia do documento fiscal de aquisição do ECF ou do contrato de arrendamento mercantil, locação ou comodato, quando for o caso.

Considera que, conforme art. 824-P, inciso IV, para que seja realizado qualquer procedimento efetuado no ECF é necessário que a credenciada comunique à SEFAZ os dados que constam no equipamento:

Art. 824-P. Constitui atribuição da empresa credenciada:

(...)

IV – Emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF sempre que efetuar intervenção técnica no equipamento e informar os dados, via Internet, para a Secretaria da Fazenda.

Conclui que a atribuição de comunicar a administração fazendária, não é do contribuinte, mas sim da empresa credenciada autorizada a formular a habilitação do uso.

Afirma ser absurda a pretensão de atribuir uma penalidade nestas circunstâncias para a ora Impugnante, pois conforme foi explicitado, não houve qualquer procedimento contrário por parte da ora Impugnante que possa infringir os preceitos legais, mas sim, verifica-se uma irregularidade na prestação do serviço de habilitação de uso do ECF por parte da empresa credenciada.

Traz a teoria da aparência com a finalidade de demonstrar que quando do recebimento do equipamento com o lacre da SEFAZ/BA a ora Impugnante estava certa de que poderia usar o equipamento e que o mesmo, por conter o lacre, já estava autorizado pela SEFAZ/BA.

Alega que, conforme já narrado, no dia 21/10/2010 foi recebido Termo de Intimação (Doc. 03) intimando a ora Impugnante a “apresentar em 48 horas, na IFMT/METRO, na Av. Fernandes Vieira, nº 30, Calçada, juntamente com esta intimação, o Atestado de Intervenção do ECF – art. 824-P, inciso IX: EPSON ECF-IF TM-T81 FBII Nº FAB: EP04081000000008319”. Ato seguinte ao referido recebimento a ora Impugnante encaminhou a intimação para que a empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. pudesse apresentar o documento solicitado. Na sequência, no dia 27/10/2010, foi providenciado o Atestado de Intervenção (Doc. 04) então solicitado e o mesmo foi repassando ao fiscal prolator da intimação.

Alinha que o atestado emitido, foi emitido a destempo, apenas em 27/10/2010, porém baseia-se, como tem que ser, na leitura X que foi impressa justamente no dia de início de operação da máquina (08/09/2009) e analisando a leitura X de 08/09/2009 vê-se muito claramente que o equipamento estava zerado, comprovando que o mesmo não tinha sido usado anteriormente.

Complementa que foram iniciados pela empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. os procedimentos para emissão do atestado de intervenção. Tão somente deixou de ser feita a transmissão.

Confessa que, não ter transmitido a comunicação de intervenção para a SEFAZ/BA foi, sempre sombra de dúvidas, um grande equívoco da empresa SIXX Automação Comercial e Informática

Ltda. Contudo, o fato de ter transmitido, mesmo em data posterior (27/10/2010), a comunicação de intervenção contendo todos os dados da leitura X de 08/09/2009 e ter sido juntado a leitura X de 08/09/2009, e tudo isso antes da lavratura do Auto de Infração, implica na necessária convalidação do procedimento.

Com efeito, entende que teria sido muito mais grave se a empresa SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. não tivesse tirado a leitura X de 08/09/2009 atestando que a máquina estava zerada naquele momento de início de operação.

Entende que não houve lesão ao Fisco na medida em que resta comprovado que a máquina, no início da operação era nova, bem como requer que seja julgado improcedente a autuação fiscal por ter ficado demonstrado, pela leitura X de 08/09/2009 que a máquina estava zerada e que a empresa credenciada SIXX Automação Comercial e Informática Ltda. tão somente deixou-se de transmitir à SEFAZ/BA a comunicação de intervenção.

Assegura que não houve, por parte do impugnante, culpa, dolo, fraude ou simulação e adicionando-se também a inexistência de prejuízo ao erário, posto que a ora Impugnante não sonegou um só centavo de suas vendas, consoante fazem prova todos os seus documentos fiscais (Doc. 07) desde o início da operação da sua empresa (uma loja de roupas infantis no Salvador Shopping), conclui-se que, mesmo que o presente Auto de Infração seja mantido, há que ser reduzida ou cancelada a multa imposta à ora Impugnante.

Afirma que o art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, define que caso fique comprovando que o contribuinte agiu sem dolo, fraude ou simulação, não implicando na falta de recolhimento do imposto, deverá a repartição fazendária releva a multa imposta.

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal:

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo”.

Segundo a defesa, não houve conduta voluntária que pudesse trazer danos ao patrimônio público, pelo fato de a ora Impugnante sempre cumprir com o seu dever perante os órgãos fazendários, requerendo o cancelamento da multa imposta uma vez ter preenchido os requisitos legais do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96 e do art. 158 do RPAF.

Caso não entenda pelo cancelamento da multa, requer a sua redução para um patamar (10%) que venha a diminuir o ato de injustiça perpetrado pelo presente Auto de Infração.

Requer a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva; Caso superada a primeira preliminar, o que se admite apenas por força de argumento, que declare nulo o presente Auto de Infração em razão de se ter atribuído à ora Impugnante a prática de suposta infração em razão do descumprimento de obrigação acessória cuja obrigação era de terceiro; No mérito, vem requerer a procedência da presente Impugnação para que se reconheça que não houve, por parte da ora Impugnante, o cometimento de qualquer infração na medida em que se foi utilizado equipamento sem autorização pela SEFAZ/BA, vendido por empresa credenciada pela própria SEFAZ/BA, essa utilização se deu porque o tal equipamento estava revestido de todos os requisitos para ser considerado idôneo (teoria da aparência), já que possui o lacre da SEFAZ/BA, induzindo a ora Impugnante em erro; Caso seja mantido o Auto de Infração, o que se admite por amor ao debate, que diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação e ainda, diante da inexistência de prejuízo ao erário, que seja cancelada a multa imposta à ora Impugnante; Por fim, caso entenda-se pela impossibilidade do cancelamento da multa, que minimamente reduza-a ao patamar de 10% com o fito de diminuir a injustiça ora verificada.

O autuante, às fls. 328 a 329, apresenta a Informação Fiscal afirmando que o auto de Infração ora questionado, foi lavrado em razão de ter sido encontrado em utilização no dia 19/10/10 no

estabelecimento da autuada o ECF da marca EPSON, Mod. TM-T81 FBII, Nº de Fab. EP.04081000000008319, com lacre nº 98702, da cor laranja. Em consulta aos sistemas da SEFAZ, verificamos tratar-se de equipamento não autorizado para uso.

Relata que no dia 21/10/10, em nova diligência ao estabelecimento, o contribuinte foi intimado, conforme termo de intimação, à folha 09, para apresentar o Atestado de intervenção Técnica, documento fornecido por empresa credenciada a intervir em ECF após qualquer verificação no equipamento da qual decorra a necessidade de rompimento ou colocação de lacres, o qual história a vida, digamos assim, do equipamento, do seu pedido de uso até a sua cessação.

Salienta que o processo que envolve o pedido de uso de equipamento ECF e de sua autorização, requer do futuro usuário, acesso ao sistema ECF, através da pagina da SEFAZ/BA na internet e este serviço é restrito ao contribuinte do ICMS, requerendo senha para validação, e no caso em tela, selecionar o procedimento “NOVO ECF”, com o qual, então, é feita a solicitação à SEFAZ da autorização para uso do equipamento, sendo que, à escolha do contribuinte, será indicada uma empresa credenciada pela SEFAZ a intervir em equipamento de controle fiscal para executar o serviço. Tudo isto em conformidade com o Art.824-H, inciso I do RICMS, Dec.6284/97, que impõe ao contribuinte tal obrigação, alias, que foi citado pelo próprio autuado em sua defesa, à folha 22, deste PAF.

Argumenta que segundo o Art. 824-H, para uso, manutenção e cessação de uso do ECF, o contribuinte obrigado ao uso de ECF, deverá, mediante acesso via internet ao sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, no endereço eletrônico WWW.sefaz.ba.gov.br, solicitar habilitação para uso.

Por outro lado, continua o autuante, como dito anteriormente, após efetuada a intervenção solicitada pelo contribuinte, compete à empresa credenciada a emissão do documento Atestado de Intervenção Técnica- Pedido de Uso, o qual será entregue uma das vias ao solicitante do serviço, o contribuinte, tendo ainda a credenciada, no prazo máximo de 10 dias o dever de registrar, com o lançamento no sistema ECF da SEFAZ, via internet, as informações pertinentes referentes à intervenção técnica realizada. Alinha que é justamente deste entrelaçamento de exigências, deveres e obrigações, tais como a solicitação do pedido de uso do ECF por parte do contribuinte; a intervenção técnica propriamente dita e o lançamento dos dados oriundos desta, por parte da credenciada, que se fundamente o exercício do controle realizado pela SEFAZ, sendo o Sistema ECF concebido de tal forma que possa garantir a integridade física e funcional dos equipamentos de controle fiscal.

Assegura que a autuada declara que iniciou as suas atividades no dia 08/09/2009, entretanto, em consulta ao sistema ECF, não consta solicitação para uso do ECF da marca EPSON, Mod.TM-T81 FBII, nº Fab. EP04081000000008319, encontrado em uso pela fiscalização no seu estabelecimento, em data anterior ou mesmo próxima daquela (08/09/2009) sugerindo que o contribuinte deixou de cumprir o primeiro passo para o processo de autorização para uso de equipamento ECF. Assegura o autuante que há uma solicitação de pedido de uso, datada do dia 27/10/2010, para o mesmo ECF, data posterior ao início da ação fiscal e um ano após o equipamento ser posto em funcionamento.

Afirma que em toda sua peça de defesa, anexada a este PAF em 23/12/2010, esmera-se o contribuinte em alegar, basicamente, que a empresa credenciada pela SEFAZ, para intervenção técnica em equipamentos ECF, SIXX AUTOMAÇÃO COMERCIAL E INFORMATICA LTDA, foi a principal responsável pela falta da solicitação do pedido de uso do equipamento junto a SEFAZ, fazendo inclusive alusão ao artigo 824-N § 4º, à folha 25, no sentido de desqualificá-la enquanto empresa prestadora de serviço, bem como a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por havê-la credenciado.

Assegura que se torna claro a responsabilidade imposta pela legislação vigente ao contribuinte usuário de ECF quanto à solicitação via internet do pedido de uso, ou seja, a autuada.

Esclarece que não se trata de imputar a culpa pela falta do pedido de habilitação para uso do ECF em A, B, ou C, e sim da necessidade de e exigir o cumprimento do texto legal, fundamental para o

efetivo controle no uso de equipamentos de controle fiscal, exercido pela SEFAZ, o qual prevê, caso ocorra a sua inobservância, a aplicação de penalidade fixa e citado artigo 824-H, inciso I, do RICMS/BA entende que não deixa margem de dúvida em se responsabilizar o contribuinte usuário. Considera que não há porque falar em legitimidade passiva, uma vez que a lei impõe claramente a responsabilidade ao usuário do equipamento ECF.

Matem a infração imputada.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnando, se refere à imposição de multa por descumprimento da obrigação acessória, por utilização de equipamento de controle fiscal sem a autorização do fisco estadual.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que, como será melhor alinhado, em observância no art. 824-H, I do RICMS, bem como do art. 42, XII-A, b, 1, 1.4, cabe ao autuado a condição de sujeito passivo da presente relação jurídico-tributária. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

O entendimento do autuado de que não houve, por sua parte, o cometimento de qualquer infração na medida em que, utilizado equipamento sem autorização pela SEFAZ/BA, foi vendido por empresa credenciada pela própria SEFAZ/BA, e que essa utilização se deu porque o tal equipamento estava revestido de todos os requisitos para ser considerado idôneo, já que possui o lacre da SEFAZ/BA, atribuindo a responsabilidade a empresa credenciada, afastando a sua condição de sujeito passivo, não se sustenta, pois os dispositivos do RICMS/BA, alinhados pelo autuado, se referem a diversos procedimentos que realmente são de responsabilidade da empresa credenciada, contudo não há dúvidas quando o mesmo ato normativo indica em seu art. 824-H, I, que é do contribuinte a obrigação de solicitar a habilitação para uso do ECF, *in verbis*:

“Art. 824-H. Para o uso, manutenção ou cessação de uso de ECF, o contribuinte obrigado ao uso de ECF deverá, mediante acesso via Internet ao sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br:

...

I - solicitar habilitação para uso;”

Como se não bastasse a determinação expressa do aludido dispositivo, a Lei 7014/96, em seu art. 42, XIII-A, b, item 1. e 1.4, afasta qualquer dúvida de que a obrigação para solicitar a habilitação é do contribuinte quando fixa a multa por descumprimento dessa obrigação acessória exclusivamente ao contribuinte, não havendo como entender que a mesma deveria recair sobre a empresa credenciada, *in verbis*:

***Art. 42.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

***b)** R\$ 27.600,00 (vinte e sete mil e seiscentos reais):*

***1.** ao contribuinte que:*

....

***1.4.** utilizar equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria de*

Fazenda, aplicada a penalidade por cada equipamento;

Ora, em nenhum momento o autuado afirma que estava habilitado a utilizar o equipamento ou mesmo tenha efetuado tal solicitação antes do presente lançamento, e não poderia fazê-lo, pois não dispõe da documentação probatória, vez que efetivamente não solicitou tal habilitação antes da ação fiscal, havendo uma solicitação de pedido de uso, datada do dia 27/10/2010, para o mesmo ECF, data posterior ao início da ação fiscal e um ano após o equipamento ser posto em funcionamento.

Quanto ao pedido do cancelamento ou redução da multa imputada ao autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero que o uso do ECF sem autorização da SEFAZ/BA, equivale à utilização de notas fiscais sem a devida autorização da SEFAZ, com o agravante das possibilidades de intervenções nos equipamentos que inviabilizam a identificação de operações que foram ou poderiam ser realizadas por ele, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado, razões pelas quais não considero possível a aplicação da discricionariedade prevista no art. o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA, ou seja, não cabe a redução ou cancelamento das multas requeridas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **210422.0100/10-1**, lavrado contra **RICK COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$27.600,00**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, “b”, item 1 e 1.4 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR