

A. I. Nº - 232190.0090/13-0
AUTUADO - RBS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - MARIA VIRGÍNIA JANSEN MUAKAD
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.07.2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0096-01/16

EMENTA: ICMS. PENALIDADE FIXA. MULTA. REALIZAÇÃO DE INTERVENÇÃO TÉCNICA EM EQUIPAMENTO ECF POR EMPRESA CREDENCIADA. FALTA DE EMISSÃO DE ATESTADO DE INTERVENÇÃO TÉCNICA. Os documentos constantes nos autos demonstram que o que houve não foi a falta de emissão de Atestados de Intervenção, e sim a falta de lançamento de dados de Atestados no sistema de ECF. Feita a adequação do valor da multa à previsão legal específica para o caso concretamente verificado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Vencido o voto relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/11/2013, formaliza a imposição de multa no valor de R\$82.800,00, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: “Não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado, aplicada a penalidade por cada procedimento não documentado.” Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: “Em diligência datada de 12/11/2013, encontramos a empresa MCM Veras de Melo e Cia.Ltda., IE: 109.712.073, onde efetuamos procedimentos de coleta de informações e identificamos 6 (seis) equipamentos ECF, marca EPSON nº de fabricação: EP081310000000042139; EP081310000000043022; EP081310000000043212; EP081310000000043088; EP081310000000042101; EP081310000000042137. Ao consultarmos o Sistema ECF de Secretaria da Fazenda, verificamos que os mesmos não estavam cadastrados, já que não havia Atestado de Intervenção em ECF, que os identificasse. Este atestado é de responsabilidade da empresa credenciada, acima citada, que emite documento para cada procedimento executado, inclusive para o pedido de uso do equipamento, o que não aconteceu, no caso descrito. A falta de lançamento de Atestado de Intervenção Técnica, induz à multa por cada equipamento não documentado, no valor de R\$13.800,00 por equipamento. Anexos documentos comprobatórios.”

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 34 a 36) arguindo, preliminarmente, a nulidade da intimação de ciência do Auto de Infração.

Alega que tomou ciência do Auto de Infração por meio de aviso de recebimento via Correios, no dia 21/02/2014, recebendo um envelope contendo duas folhas identificadas por “Intimação” e “Auto de Infração” (Doc. 02).

Afirma que no corpo do Auto de Infração consta que a acusação se funda em documentos comprobatórios, porém estes não lhe foram entregues.

Observa que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha, consoante o art. 46 do RPAF/BA.

Diz que, dessa forma, havendo realmente os documentos comprobatórios mencionados, a intimação é nula de pleno direito, em observação ao disposto no art. 18, II, do RPAF/BA.

Prosseguindo, sob o título “Mérito”, argui a nulidade do lançamento de ofício.

Assinala que o Auto de Infração é a peça inicial do Processo Administrativo Fiscal, este formado a partir da impugnação do lançamento, sendo que, na peça inicial do processo, o autor deve apresentar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 282, VI, do Código de Processo Civil – CPC). Aduz que, assim sendo, quem acusa deve fazer prova da acusação.

Observa que o próprio RPAF, em seu art. 39, estabelece que o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inc. III) e o demonstrativo do débito tributário (inc. IV).

Salienta que não vislumbrou clareza e precisão na descrição dos fatos. Consigna que inexiste demonstrativo para o débito tributário lançado.

Diz, ainda, que o art. 41 do RPAF/BA determina que o Auto de Infração seja acompanhado de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente (inc. I) e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguído (inc. II).

Consigna que há indicação no Auto de Infração de um TAO nº 232190.0004/13-7. Questiona se este é o termo lavrado na ação fiscal no qual se fundamenta o Auto de Infração, assim como, onde estão os demonstrativos e levantamentos.

Registra que na inicial da descrição dos fatos, verifica-se que a ação fiscal teve início no estabelecimento da empresa MCM Veras de Melo e Cia Ltda., com a constatação da existência de seis equipamentos tipo ECF sem cadastro na SEFAZ.

Diz que, ao que parece, a infração seria a utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria de Fazenda, prevista no art. 42, XIII-A, b, 1.4, da Lei nº 7.014/96, tendo como infrator o estabelecimento comercial onde foi constatado o fato. Assevera que, neste caso, o Auto de Infração é nulo, com base no art. 18, IV, do RPAF/BA.

Sustenta que a simples descrição da infração apontada, sem outros elementos que parecem existir junto ao Auto de Infração e que não lhe foram entregues, o impossibilita de discorrer sobre o assunto.

Diz que avançar além do já exposto é tomar caminho incerto.

Finaliza requerendo a nulidade da intimação. Requer, também, a nulidade do Auto de Infração. Por fim, requer que intimações, notificações e outros da espécie sejam encaminhados ao endereço profissional do procurador, sítio à Alameda Salvador, 1057, Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-790, com telefone 71 3500-2500. Informa que recebe mensagem eletrônica pelo endereço ednilton@emeireles.adv.br.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 43 a 46) esclarecendo que a autuação decorreu do fato de o autuado ter efetuado intervenção técnica de iniciação de uso de equipamento ECF, sem que tenha havido o posterior lançamento do Atestado de Intervenção Técnica no Sistema ECF, conforme previsto na legislação vigente, fato constatado, de início através de ação de fiscalização realizada no estabelecimento do contribuinte usuário, e posteriormente comprovado em pesquisa envolvendo o Sistema ECF.

Discorre sobre os fatos que, no seu entendimento, justificaram a autuação.

Registra que nos dias 12 e 19/11/2013, em visita fiscal à empresa M.C.M. VERAS DE MELO & CIA LTDA - ME, IE 109.712.073, procedeu a verificação dos equipamentos ECF encontrados em uso no estabelecimento.

Diz que, da análise dos dados colhidos, constatou que os ECFs da marca Epson, modelo TM-T81 FBIII, números de fabricação EP08131000000042101, EP08131000000043088, EP08131000000043022,

EP081310000000043212, EP081310000000042137 e EP081310000000042139, não constavam no sistema ECF e, desse modo, não estavam cadastrados na Secretaria da Fazenda para uso pelo contribuinte, razão pela qual foram os seis equipamentos apreendidos, conforme Termo de Apreensão nº 142917, cópia anexada à fl. 05 dos autos.

Assinala que, desse modo, pela análise dos dados cadastrais contidos no Sistema ECF, fls. 47/ 48, constatou que o autuado, na condição de empresa credenciada pela SEFAZ/BA, no dia 21/06/2014, foi solicitada pelo contribuinte usuário a realizar intervenção técnica para iniciação de uso dos equipamentos supracitados.

Observa que a intervenção efetivamente ocorreu, conforme demonstram as cópias dos dados extraídos de suas memórias fiscais e de fita detalhe, de fls. 61 até 78. Diz que, entretanto, consoante exige a legislação vigente, o autuado não informou à SEFAZ/BA, os dados dos Atestados de Intervenção, não dando, assim, ciência à SEFAZ/BA da existência de tais equipamentos de controle fiscal.

Aduz que, assim sendo e somente por hipótese, as operações registradas nos referidos equipamentos poderão não ter sido informadas ao fisco. Acrescenta que os dados dos Atestados de Intervenção somente foram registrados no sistema no dia 19/11/2013, portanto após o início da ação fiscal. Registra que foi acostado aos autos o documento 12, fl. 14, Leitura X do dia 19/11/2013 às 9:2051hs.

Salienta que para bem definir o papel, e a consequente responsabilidade das partes envolvidas com o equipamento ECF, transcreve o disposto nos artigos 207 e 208 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012.

Consigna que o impugnante argui preliminar de nulidade do procedimento da intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, aludindo ao contido no RPAF em seu artigo 46. Entretanto, considera descabido tal pleito, pois acredita não ter havido a mínima tentativa de cerceamento da defesa, uma vez que o art. 11 do mesmo RPAF/99 garante amplo acesso ao processo pelos interessados. Transcreve o mencionado artigo.

Quanto à arguição de nulidade do lançamento de ofício, diz que o impugnante alega o disposto no artigo 18, V, do RPAF/BA, sugerindo, decerto, a configuração de ilegitimidade passiva.

Observa que, conforme relatado anteriormente, o presente Auto de Infração decorreu da ação de fiscalização de equipamentos ECF e programas aplicativos, PAF-ECF, efetuada na empresa M.C.M.Veras de Melo & Cia Ltda., IE: 109.712.073, nos dias 12 e 19/11/2013, tendo sido constatada a ausência de autorização para uso, (habilitação), concedida pela SEFAZ/BA, para os seis equipamentos ECF encontrados em funcionamento naquele estabelecimento.

Registra que, ainda como consequência da análise de dados cadastrais relativos ao Sistema ECF, concluiu que o autuado houvera realizado, em 12/06/2013, a intervenção para habilitação dos equipamentos, contudo, sem que os dados referentes à intervenção tivessem sido, à época e até dez dias após o fim da intervenção, lançados, registrados, no Sistema ECF da SEFAZ, conforme preconizado pela legislação.

Salienta que tal procedimento de lançamento e registro é uma das obrigações a que se sujeitam todas as empresas credenciadas, condição do autuado, sendo a sua inobservância passível de aplicação de penalidade.

Frisa que muito embora seja lícito dizer, como alega o autuado, que a empresa fiscalizada M.C.M Veras de Melo & Cia Ltda., estava utilizando equipamento ECF, sem a devida autorização da SEFAZ/BA, no seu entendimento o mais correto ainda é afirmar que se esse fato ocorreu, foi como consequência direta do comportamento no mínimo negligente do autuado, escolhido pelo contribuinte e credenciado pela SEFAZ/BA, para efetuar as intervenções técnicas e, complementarmente, ser a responsável por “lançar” no sistema ECF as informações e dados necessários ao controle, pelo fisco, dos atos e fatos de natureza tributária praticados pelo contribuinte usuário.

Assinala que sem o cumprimento fiel da legislação do RICMS/BA e outros diplomas legais, a exemplo da Portaria 124/99, não haverá efetivo acompanhamento e controle no uso dos equipamentos.

Ressalta que a possibilidade de eventual utilização danosa ao Erário das impressoras fiscais, em desacordo com a legislação vigente, pela empresa usuária poderá ser delineada com o aprofundamento da fiscalização pela INFRAZ de origem, principalmente através do cruzamento entre os dados extraídos das memórias fiscais e de fita detalhe, já realizadas, com as declarações econômico fiscais prestadas pelo contribuinte.

Aduz que, assim sendo, vislumbra uma ação de complemento da fiscalização realizada, de modo que cada parte responderá na medida dos seus atos.

Afirma que considera pertinente a autuação da empresa credenciada, pela falta do tempestivo registro no Sistema ECF dos dados relativos às intervenções técnicas de habilitação praticadas em equipamentos ECF, conduta esta claramente desconexa dos textos legais e que pode revelar-se em uma prática continuada e danosa ao Erário, o que, a seu juízo, deve ser prontamente coibido, sem o que o controle pretendido pelo Fisco jamais será alcançado.

Diz que, nesse caso, especificamente, sem a visita da fiscalização, talvez essa situação tivesse se prolongado por um longo período.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, em face das alegações defensivas, converteu o feito em diligência à INFRAZ de origem (fl. 95), a fim de que o órgão competente entregasse ao autuado, cópia dos documentos acostados pela autuante de fls. 08 a 30 dos autos. Foi solicitado, ainda, que deveria o autuado ser cientificado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento.

O autuado cientificado da diligência se manifestou (fls. 101 a 103) consignando que, tendo recebido os documentos comprobatórios das alegações da autuante, verifica-se a nulidade do Auto de Infração, haja vista que as Leituras X não lhe indicam como a empresa responsável pela intervenção técnica para iniciação de uso dos respectivos equipamentos, assim como as imagens do sistema ECF da SEFAZ indicam que "não existem equipamentos que satisfaçam aos critérios escolhidos". Afirma que tais elementos não lhe apontam como o sujeito passivo da obrigação secundária.

Sustenta que, nesse sentido, e em atenção ao disposto no art. 18, IV, "a", do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, o infrator. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Prosseguindo, reitera os termos da defesa inicial. Diz que ao que parece a infração seria a utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria de Fazenda, prevista no art. 42, XIII-A, b, 1.4, da Lei nº 7.014/96, tendo como infrator o estabelecimento comercial onde foi constatado o fato. Afirma que, neste caso, o Auto de Infração é nulo, com base no art. 18, IV, do RPAF/BA.

Assevera que as Leituras X acostadas não lhe indicam como a empresa responsável pela intervenção técnica para iniciação de uso dos respectivos equipamentos.

Afirma, ainda, que as imagens do sistema ECF da SEFAZ indicam que "não existem equipamentos que satisfaçam aos critérios escolhidos", mas não lhe aponta como a responsável pela inexistência de informação.

Sustenta que todos os documentos comprobatórios acostados pela autuante não trazem elementos que lhe indiquem como o sujeito passivo da obrigação secundária.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração.

A 1ª JJF, na sessão de julgamento, em face de o patrono do autuado ao exercer o direito de sustentação oral ter alegado que também não recebera cópia dos documentos juntados pela autuante na informação fiscal, o que cerceara o seu direito de ampla defesa e do contraditório, converteu o

feito em diligência à Inspetoria de origem (fl. 126), a fim de que o órgão competente da repartição fazendária intimasse o autuado, no endereço indicado pelo seu advogado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico: cópia do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 142917 (fl. 05 dos autos); Informação Fiscal prestada pela autuante (fls. 43 a 46 dos autos); documentos juntados pela autuante na Informação Fiscal de fls. 47 a 78 dos autos; do termo de diligência. Foi consignado, ainda, que deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento.

Cientificado da diligência o autuado se manifestou (fls. 132 a 134). Registra que em cumprimento à diligência todos os documentos acostados aos autos pela Agente de Tributos lhe foram apresentados, inclusive com a reabertura do prazo de defesa.

Assinala que é acusado de não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar a intervenção técnica realizada em 21/06/2013. Consigna que a autuante faz prova de que no dia 21/06/2013 ocorreram intervenções técnicas nos ECFs indicados no PAF, conforme fls. 61 a 78. Diz também que a autuante traz aos autos os Atestados de Intervenções Técnicas em ECF de fls. 49 a 60, todos emitidos em 21/06/2013 para documentar a intervenção de iniciação para uso fiscal (pedido de uso).

Sustenta que isto por si só invalida a acusação de não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado. Ou seja, os atestados foram emitidos em 21/06/2013.

Salienta que a autuante alega que os atestados foram lançados no Sistema ECF da SEFAZ em 19/11/2013, portanto, após o início da ação fiscal.

Rechaça tal alegação. Diz que se os atestados foram emitidos em 21/06/2013 e somente foram lançados no Sistema ECF em 19/11/2013, a infração correta é o lançamento intempestivo de dados do atestado de intervenção, infração esta que pode ser tipificada pelo item 2.1 da alínea "f" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Observa que a legislação tributária exige que os dados do atestado de intervenção técnica para iniciação de uso de ECF sejam lançados em até dez dias da solicitação de intervenção técnica, consoante o § 3º do art. 207 do RICMS/BA.

Aduz que a autuante traz imagem da tela do Sistema ECF, fl. 47 dos autos, onde claramente se identifica a data de 21/06/2013 como sendo a data de solicitação da habilitação de uso dos ECF.

Sustenta que, considerando a data de 21/06/2013, a empresa credenciada teria até o dia 01/07/2013 para efetuar os lançamentos dos dados dos atestados de intervenções. Acrescenta que, pelos fatos descritos e provados, não lançou, dentro do prazo de dez dias, os dados dos atestados emitidos em 21/06/2013.

Registra que, para possibilitar os lançamentos, as solicitações de habilitações foram renovadas na data de 19/11/2013, conforme atesta a mesma imagem trazida às fls. 47.

Salienta que no mesmo dia da solicitação de renovação, no caso 19/11/2013, fez os lançamentos dos dados dos atestados de intervenções técnicas emitidos em 21/06/2013.

Reitera que se houve cometimento de irregularidade a infração foi o não lançamento de dados registrados em atestado de intervenção técnica dentro do prazo legal, tipificada no item 2.1 da alínea "f" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Conclusivamente, afirma que não procede a acusação de não emitir atestado de intervenção técnica, pois os elementos comprovam o contrário, ou seja, os atestados foram emitidos em 21/06/2013, data das intervenções técnicas realizadas nos ECF, porém, somente foram lançados em 19/11/2013.

Finaliza a manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O preposto fiscal estranho ao feito designado para se manifestar opinou pela manutenção da autuação. Afirma que a ação fiscal é perfeita e cristalina e que se trata de um fato comprovado através dos elementos acostados aos autos.

VOTO VENCIDO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, por não ter emitido Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar a intervenção realizada nos equipamentos emissor de cupom fiscal pertencentes a empresa MCM Veras de Melo e Cia.Ltda., inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado sob o nº 109.712.073, sendo seis equipamentos ECF, marca EPSON, com os seguintes nºs. de fabricação: EP081310000000042139; EP081310000000043022; EP081310000000043212; EP081310000000043088; EP081310000000042101; EP081310000000042137.

Conforme consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração a Fiscalização constatou em diligência datada de 12/11/2013, que o contribuinte MCM Veras de Melo e Cia.Ltda., IE: 109.712.073, utilizava seis equipamentos ECF, marca EPSON nº de fabricação: EP081310000000042139; EP081310000000043022; EP081310000000043212; EP081310000000043088; EP081310000000042101; EP081310000000042137, sem o devido cadastramento no Sistema ECF de Secretaria da Fazenda, haja vista a inexistência de Atestado de Intervenção em ECF, que os identificasse, cuja responsabilidade é da empresa credenciada, no caso o autuado.

Por se tratar o autuado de empresa credenciada a intervir em equipamento de controle fiscal, a multa imposta totaliza R\$82.800,00, sendo correspondente ao valor de R\$13.800,00 multiplicado pelos seis equipamentos, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 2.6, da Lei nº. 7.014/96, abaixo transscrito:

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:

(...)

c) R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais);

2.6. não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado, aplicada a penalidade por cada procedimento não documentado;

Inicialmente, cabe-me analisar a nulidade arguida pelo impugnante, por ter tomado ciência do Auto de Infração através de aviso de recebimento via Correios, no dia 21/02/014, recebendo um envelope contendo duas folhas identificadas por “Intimação” e “Auto de Infração”, sendo que no corpo do Auto de Infração consta que a acusação se funda em documentos comprobatórios, porém estes não lhe foram entregues.

Efetivamente, a nulidade arguida pelo impugnante se concretizaria se, porventura, não fossem saneados os vícios apontados.

Ocorre que esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo analisado os argumentos defensivos, converteu o feito em diligência em duas oportunidades. A primeira, no sentido de que fossem entregues ao impugnante as cópias dos documentos aduzidos no corpo do Auto de Infração. A segunda, no intuito de que fossem entregues ao impugnante as cópias dos documentos trazidos na informação fiscal pela autuante. As diligências foram cumpridas. Todos os documentos foram entregues ao impugnante. Relevante registrar que, em ambas as diligências, o prazo de defesa foi reaberto, a fim de que o impugnante não fosse prejudicado no seu direito de ampla defesa.

Dessa forma, a nulidade arguida sob as alegações acima não prosperam.

No que concerne à nulidade do lançamento arguida pelo impugnante sob o fundamento de ausência de clareza e precisão na descrição dos fatos, assim como de demonstrativo para o débito tributário lançado, não vejo também como possa prosperar.

Isso porque, a descrição do fato infracional não merece qualquer reparo, haja vista que apresenta o seguinte enunciado: “Não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado, aplicada a penalidade por cada procedimento não documentado.”

Ou seja, claramente se verifica que a acusação fiscal é de que o autuado, na condição de empresa credenciada para realizar intervenção em equipamento de controle fiscal não emitiu o indispensável Atestado de Intervenção para dar conhecimento à SEFAZ/BA da referida intervenção.

Quanto à alegação de inexistência de demonstrativo, por certo que, se tratando de multa por descumprimento de obrigação acessória, cujo valor por equipamento é de R\$13.800,00 que multiplicado pela quantidade de seis equipamentos em situação irregular resulta no valor exigido de R\$82.800,00, conforme muito bem exposto no próprio Auto de Infração, não há que se falar em ausência de demonstrativo.

No que diz respeito à arguição defensiva de ilegitimidade passiva com base no art. 18, IV, do RPAF/BA, pois, a ação fiscal teve início no estabelecimento da empresa MCM Veras de Melo e Cia Ltda., com a constatação da existência de seis equipamentos tipo ECF sem cadastro na SEFAZ, e ao que parece a infração seria a utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização da Secretaria de Fazenda, prevista no art. 42, XIII-A, b, 1.4, da Lei nº 7.014/96, tendo como infrator o estabelecimento comercial onde foi constatado o fato, também não pode prosperar.

Na realidade, a exigência de que cuida o Auto de Infração em lide diz respeito à conduta infracional incorrida pelo autuado, na condição de empresa credenciada, que ao realizar intervenção para iniciação de uso dos equipamentos ECFs não emitiu Atestado de Intervenção válido, haja vista que não cumpriu as normas regulamentares.

Vale consignar que a fiscalização quanto à utilização de equipamento sem a devida autorização da SEFAZ/BA por parte do contribuinte M.C.M Veras de Melo & Cia Ltda., poderá ser feita sem qualquer afetação quanto à autuação em exame, haja vista que poderá apurar se houve apenas um descumprimento de obrigação acessória – pela falta de autorização para uso do equipamento – ou, se houve descumprimento de obrigação principal - por não ter sido apurado o ICMS porventura devido de forma correta.

Dante do exposto, não acolho as nulidades argüidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.627/99.

No mérito, constato que a autuação se apresenta correta, haja vista que, efetivamente, restou comprovada a intervenção realizada pelo autuado, conforme se verifica nos documentos acostados aos autos pela autuante, no caso as cópias dos dados extraídos da memória fiscal e da fita detalhe, de fls. 61 até 78, sem que tivesse emitido Atestado de Intervenção **válido**, consoante exige a legislação do ICMS.

Isso porque a responsabilidade do autuado quanto à intervenção nos equipamentos e a indispensável comunicação ao Fisco é clara, consoante se vê da leitura dos artigos 207 e 208 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, abaixo reproduzidos:

Art. 207. Para habilitação, manutenção ou cessação de uso de ECF, o contribuinte deverá acessar via Internet o endereço eletrônico “<http://www.sefaz.ba.gov.br>”.

§ 1º A indicação da empresa credenciada a intervir no equipamento para habilitação, 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 via Internet, 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 habilitação, manutenção ou cessação de uso do ECF deverá informar os dados referentes à intervenção técnica, conforme o caso, até dez dias após a data da sua conclusão.

§ 4º A intervenção técnica será validada após o lançamento, pela credenciada, dos dados referentes à mesma, no Sistema ECF, processado via Internet.

§ 5º 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.

§ 6º O contribuinte somente poderá disponibilizar o ECF para manutenção técnica em empresa credenciada pela SEFAZ para intervir no equipamento.

Art. 208. O uso do ECF estará autorizado após o registro dos dados da intervenção no sistema da SEFAZ.

§ 1º É vedada a utilização de equipamento em estabelecimento diverso daquele para o qual tenha sido permitida a utilização do ECF, ainda que pertencente ao mesmo titular, exceto quando autorizado pelo inspetor fazendário do domicílio do contribuinte para uso em:

I - local considerado como extensão do estabelecimento, tais como stand ou barracas em feiras e exposições ou quiosque em centros comerciais;

II - ponto de venda em estabelecimento de outro contribuinte do ICMS.

§ 2º No caso de intervenção para iniciação do ECF, a empresa credenciada somente deverá entregar o mesmo ao contribuinte juntamente com a comprovação do registro dos dados da intervenção no sistema da SEFAZ, disponibilizado através da Internet.

§ 3º O contribuinte deverá requerer a cessação de uso do ECF quando este tiver sido objeto de roubo ou furto, anexando o registro da ocorrência policial.

Vê-se da leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos, precisamente os §§ 3º e 4º, do art. 207, que a empresa credenciada contratada para realizar intervenção para habilitação, manutenção ou cessação de uso do ECF deverá informar os dados referentes à intervenção técnica, conforme o caso, até dez dias após a data da sua conclusão. Ou seja, estará obrigada a informar à SEFAZ sobre a intervenção. Portanto, não se trata de uma faculdade, mas, sim, de uma obrigação, inclusive com prazo de até 10 dias após a data de conclusão da intervenção para o seu adimplemento.

Ora, sendo uma obrigação a sua inadimplência traz uma consequência. No caso, o § 4º claramente estabelece que a *intervenção técnica será validada após o lançamento, pela credenciada, dos dados referentes à mesma, no Sistema ECF, processado via Internet*.

Significa dizer que as intervenções feitas pelo autuado, por não terem sido informadas à SEFAZ tempestivamente – no prazo de até 10 dias após a data da intervenção – não foram validadas, resultando, inclusive, em utilização irregular do ECF sem autorização por parte do contribuinte.

Relevante consignar que a fiscalização quanto à utilização de equipamento sem a devida autorização da SEFAZ/BA por parte do contribuinte M.C.M Veras de Melo & Cia Ltda., poderá ser feita sem qualquer afetação quanto à autuação em exame, haja vista que poderá apurar se houve apenas um descumprimento de obrigação acessória – pela falta de autorização para uso do equipamento – ou, se houve descumprimento de obrigação principal - por não ter sido apurado o ICMS porventura devido de forma correta.

Observo que o registro feito pela autuante de que os dados dos Atestados de Intervenção somente foram registrados no sistema no dia 19/11/2013, portanto, após o início da ação fiscal se confirma. Os documentos de fls. 24 a 30, extraídos do sistema ECF da SEFAZ/BA, claramente registram que: *Não existem equipamentos que satisfaçam aos critérios escolhidos*. Referidos documentos foram emitidos em 13/11/2013. Ou seja, até esta data não constava qualquer registro atinente à intervenção e, desse modo, qualquer Atestado de Intervenção validamente emitido.

Verifica-se que o próprio autuado admite que, considerando a data de 21/06/2013, a empresa credenciada teria até o dia 01/07/2013 para efetuar os lançamentos dos dados dos atestados de intervenções e, pelos fatos descritos e provados, não lançou os dados dos atestados emitidos em 21/06/2013, dentro do prazo de dez dias.

Importante destacar que o § 2º do art. 208 determina que, *no caso de intervenção para iniciação do ECF, a empresa credenciada somente deverá entregar o mesmo ao contribuinte juntamente com a comprovação do registro dos dados da intervenção no sistema da SEFAZ, disponibilizado através da Internet*.

Pelo visto a empresa credenciada, no caso o autuado, também descumpriu essa obrigação, haja vista que entregou o ECF ao contribuinte sem a comprovação do registro dos dados da intervenção no sistema da SEFAZ/BA, disponibilizado através da Internet.

Conclusivamente, pode ser dito que, efetivamente, o autuado, na condição de empresa credenciada a realizar intervenção técnica em ECF não cumpriu a necessária e indispensável obrigação de informar os dados referentes à intervenção à SEFAZ/BA e, consequentemente, não emitiu Atestado de Intervenção válido.

Diante disso, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

A acusação fiscal neste Auto é: “Não emitir Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado, aplicada a penalidade por cada procedimento não adotado”.

Note-se bem: o fato teria consistido em *não emitir* o Atestado de Intervenção. Repito: *não emitir*.

Ocorre que, pelos elementos constantes nos autos, juntados pelo próprio fiscal autuante, está claro que não foi isto o que a fiscalização constatou. A fiscalização apurou uma coisa e descreveu outra. O que houve, na verdade, não foi a *falta de emissão* de Atestado de Intervenção, e sim a *falta de lançamento de dados* do Atestado no sistema de ECF. Noutras palavras: o Atestado foi emitido, de modo que a *infração foi outra* – os dados do Atestado não foram informados no sistema de ECF da fazenda.

Isso muda substancialmente o fulcro da imputação fiscal e consequentemente implica nova capitulação legal do fato e da multa respectiva, porque:

a) se o fato realmente fosse aquele que foi descrito no Auto – falta de emissão do Atestado –, a multa aplicável seria a prevista no inciso XIII-A, alínea “c”, item 2.6, do art. 42 da Lei nº 7.014/96:

“2.6. *não emitir* Atestado de Intervenção Técnica em ECF para documentar o procedimento realizado, aplicada a penalidade por cada procedimento não documentado;” (grifei)

b) porém, como o fato foi outro – falta de lançamento de dados no sistema de ECF –, a multa deixa de ser a da alínea “c”, item 2.6, passando a ser a da alínea “f”, item 2.1, do mesmo dispositivo legal:

“2.1. *não lançar dado* registrado em Atestado de Intervenção Técnica em ECF, ou lançar com erro, quando exigido o lançamento do dado pelo sistema de ECF disponibilizado para uso via Internet, aplicada a penalidade por cada atestado;” (grifei)

Estou falando de uma coisa que se chama *princípio da tipicidade cerrada*. Em matéria tributária e penal, como neste caso, impõe-se a observância do princípio da tipicidade cerrada, no sentido de que o fato imputado deve corresponder, exatamente, àquele que é previsto na lei, fenômeno que é denominado de *subsunção*.

Vista assim a situação concreta deste caso, passo a apontar as provas nas quais me baseio para afirmar que não houve *falta de emissão* de Atestado de Intervenção, e sim a *falta de lançamento de dados* do Atestado no sistema de ECF:

a) conforme apontou a defesa à fl. 133, o autuado efetuou intervenção técnica nos ECFs no dia 21.6.13, conforme instrumentos às fls. 61/78;

b) precisamente no mesmo dia 21.6.13, o autuado *emitiu os Atestados de Intervenção*, conforme provam os extratos do sistema de ECF da GEAFI às fls. 49 a 60, para documentar a intervenção efetuada visando à iniciação do uso dos equipamentos. Os *Atestados emitidos* são os seguintes:

- Atestado de Intervenção nº 305 – extrato da GEAFI às fls. 49-50;
- Atestado de Intervenção nº 306 – extrato da GEAFI às fls. 51-52;
- Atestado de Intervenção nº 1368 – extrato da GEAFI às fls. 53-54;
- Atestado de Intervenção nº 310 – extrato da GEAFI às fls. 55-56;

- Atestado de Intervenção nº 307 – extrato da GEAFI às fls. 57-58;
 - Atestado de Intervenção nº 309 – extrato da GEAFI às fls. 59-60;
- c) não é verdade, portanto, que tivesse havido “falta de emissão” dos Atestados, como erroneamente acusa a fiscalização, pois os atestados foram emitidos ao final da intervenção efetuada nos ECFs, e *tanto existem que constam no sistema de ECF da GEAFI*;
- d) a infração não foi falta de emissão dos Atestados: a infração consistiu em que os dados dos referidos Atestados não foram lançados (não foram informados) no sistema de ECF. Houve portanto infração ao § 3º do art. 207 do RICMS/12, que prevê:
- “§ 3º A empresa credenciada contratada para realizar intervenção para habilitação, manutenção ou cessação de uso do ECF deverá informar os dados referentes à intervenção técnica, conforme o caso, até dez dias após a data da sua conclusão.”
- e) note-se que, de acordo com a previsão do § 3º acima transcrito, a empresa autuada *deveria informar* os dados referentes à intervenção técnica *em até 10 dias* após a data da conclusão da intervenção. Essa obrigação – *informar os dados* – é que não foi cumprida;
- f) a multa para o caso concretamente verificado – falta de lançamento (informação) dos dados – é a prevista na alínea “f”, item 2.1, do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96:
- “f) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):
-
2. à empresa credenciada que:
- 2.1. *não lançar dado* registrado em Atestado de Intervenção Técnica em ECF, ou lançar com erro, quando exigido o lançamento do dado pelo sistema de ECF disponibilizado para uso via Internet, aplicada a penalidade por cada atestado;” (grifei)
- g) porém a fiscalização, erroneamente, enquadrou a multa na alínea “c”, como se o fato fosse a “falta de emissão dos Atestados”;
- h) o próprio fiscal autuante, na informação fiscal, afirma, textualmente, à fl. 43:
- “Entretanto, como exigido pela legislação vigente, a autuada *não informou à Sefaz os dados dos Atestados de Intervenção...*” (grifei).
- i) portanto, é o próprio autuante quem atesta que o fato consistiu em o autuado não ter informado os dados dos Atestados de Intervenção, fato este objeto da multa do item 2.1 da alínea “f” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96;
- j) é certo que o autuado fez os lançamentos (informações) extemporaneamente, em 19.11.13, quando já se encontrava sob ação fiscal, mas isto não significa que os Atestados só tivessem sido emitidos agora, em 19.11.13, pois os Atestados já haviam sido emitidos em 21.6.13, embora os dados não tivessem sido informados; o que houve em 19.11.13 foi apenas uma “renovação”, para lançar os dados dos Atestados anteriormente emitidos mas cujos dados não tinham sido informados, conforme consta na coluna “Data de Renovação” do instrumento à fl. 47, em sintonia com a coluna “Data Solicitação”, que foi 21.6.13.

Em suma, concluo que o autuado tem razão ao reclamar que não procede a acusação de não emitir Atestado de Intervenção, pois as provas demonstram que os Atestados foram emitidos em 21.6.13, data das intervenções técnicas realizadas nos ECFs, e o que houve foi a falta de lançamento (informação) dos dados dos ECFs no sistema da Sefaz, os quais somente foram informados em 19.11.13.

A falta de lançamento (falta de informação) de dados no sistema de ECF é punível com multa de R\$ 460,00 em relação a cada Atestado cujos dados não foram informados, nos termos do art. 42, XIII-A,

“f”, 2.1, da Lei nº 7.014/96. Neste caso, os dados não informados correspondem a 6 Atestados. Adequando-se a multa ao caso concreto, a multa a ser aplicada é de R\$ 2.760,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, adequando-se o valor da multa à previsão legal específica.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232190.0090/13-0**, lavrado contra **RBS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 2.760,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “f”, item 2.1, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR/VOTO VENCEDOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR