

N. F. Nº - 095188.0018/17-0
NOTIFICADO - ACQUA COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA - ME
NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO INTERNET - 21.10.2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-03/19NF

EMENTA: ICMS. MULTA FIXA. USO DE EQUIPAMENTO “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. Somente consta da Notificação a comprovação da utilização de um equipamento não vinculado ao estabelecimento autuado. O Notificado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de diligência. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 07/03/2017, refere-se à exigência de R\$27.600,00, decorrente da multa por descumprimento de obrigação acessória, Infração **60.05.02** - em razão da utilização irregular o ECF ou qualquer outro equipamento que permita o controle fiscal, inclusive em operações ou prestações realizadas com o uso de equipamento “POS” (*Point of Sale*) ou similares, não integrados ao ECF, ou utilizados por estabelecimentos diversos do titular para o qual esteja o “POS” vinculado. Sugerida a multa prevista na alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nºs 8.534/02 e 12.917/13.

Consta na “Descrição dos Fatos”: “Apreensão de dois (02) equipamentos TEF/POS, um da Rede nº WW096860 e um Cielo nº 60421513466369, vinculados ao CNPJ Nº 07.430.113/0001-76 e Inscrição Estadual/SEFAZ nº 066.426.896 (Inapto), sendo usados irregularmente pela empresa Accqua Comércio de Utilidades para o Lar LTDA-ME, CNPJ nº 25.241.416/0001-22, em operações realizadas com uso dos equipamentos TEF/POS, por estabelecimento diverso do titular para o qual esteja os TEF/POS vinculados.”

Constam à fl. 02, Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, à fl. 03, cópias replicadas de um boleto da operadora Cielo, datado de 02/03/2017, à fl. 04, cópia da placa de identificação dos “POS”, às fls. 05 a 10, cópias de Notas Fiscais de Venda ao Consumidor da Acqua Lar Comércio de Utilidades para o Lar Ltda-ME e à fl. 18, Termo de Arrecadação de Bens e Transferências de Depositário.

O Notificado, por meio de advogado, apresenta impugnação às fls. 22 a 29 da Notificação Fiscal, inicialmente requerer que as intimações e notificações sejam realizado em nome dos advogados que subscrevem, com endereço profissional na Avenida Dom João VI, nº 11, Edf. Seta Empresarial, Brotas, Sala 20, CEP 40285-000, Salvador/BA, sob pena de nulidade processual.

Depois de observar a tempestividade da Justificação, registra que o Autuante realizou a apreensão de dois equipamentos TEF/POS, um da REDE nº WW096860 e um da CIELO nº 60421513466369, vinculados ao CNPJ nº 07.430.113/0001-76 e inscrição estadual/SEFAZ nº 066426896 (INAPTO), sendo usados irregularmente pela empresa ACQUA ACQUA COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA-ME, CNPJ 25.241.416/0001-22, em operações realizadas com uso dos equipamentos TEF/POS, por estabelecimento diverso do titular para o qual estejam os TEF/POS vinculados.

Explica que existe uma série de pormenores que devem ser esclarecidos a fim de evitar maiores

constrangimentos ou danos desnecessários, uma vez que, os fatos realmente ocorridos não se enquadram em qualquer tipificação judicial capaz de gerar multa ou qualquer sanção às pessoas jurídicas envolvidas.

Assevera que o sócio, Luciano Bezerra Ribeiro representa as duas empresas, bem como sempre está no espaço físico de ambas as empresas. Salienta que as máquinas foram levadas para a outra empresa pelo sócio, porém não foram utilizadas. Sustenta que houve um grande engano na apreensão, haja vista que, ambas as empresas trabalham com a mesma atividade fim. Afirma que não houve prova da utilização da máquina, mas apenas a apreensão ilegal desta, porque estava no espaço físico de outra pessoa jurídica, porém, com os mesmos sócios e atividades fins.

Salienta ainda, que nunca houve sonegação de imposto ou qualquer outra irregularidade fiscal envolvendo as empresas supracitadas, sendo que todas as obrigações fiscais sempre foram devidamente cumpridas e realizadas com os profissionais responsáveis pela área contábil.

Nas alegações de preliminares, suscita nulidade por cerceamento de defesa e da ausência de emissão de Termo de Apreensão.

Pontua que a legislação que regulamenta os procedimentos administrativos é incontestável ao determinar a obrigatoriedade de emissão do Termo de Apreensão quando há apreensão de documentos e objetos para compor a notificação ou processo administrativo.

Esclarece que a apreensão de dois equipamentos TEF/POS, um da REDE nº ww096860 e um da CIELO nº 60421513466369 na empresa notificada, configura posse ilegal, uma vez que não houve emissão de Termo de Apreensão por parte do agente administrativo. Acrescenta que a posse ilegal em questão resulta incontrovertido cerceamento de defesa, haja vista que, além de não cumprir o procedimento determinado por lei, ainda retira de forma irregular um equipamento da empresa que em nada ajuda na composição da notificação.

Requer a nulidade da Notificação Fiscal objeto da defesa, por ter descumprido preceito legal e acarretado cerceamento de defesa, de modo que, não interessa nesse momento o mérito da notificação em questão.

Suscita preliminar de nulidade por ausência de provas documentais. Revela que o CTN prevê a possibilidade de nulidade em casos que a notificação fiscal está destituída de demonstrativos ou provas documentais que lhe deram origem. Afirma que no caso em tela, verifica-se a apreensão de duas máquinas e a afirmativa pelo agente que, as máquinas estavam sendo utilizadas por pessoa jurídica diferente daquela que está vinculada nos registros ou CNPJ.

Registra que a notificação não traz documentos comprobatórios de suas afirmações, como por exemplo, registro de compras (e emissão de nota fiscal), registro das referidas máquinas, imagens ou vídeos da utilização dos equipamentos.

Declara que a Notificação Fiscal é vazia, desprovida de provas contundentes capazes de provar os fatos narrados. Sustenta que inexitem elementos que demonstrem a necessidade da notificação fiscal, motivo pelo qual requer a determinação da nulidade da notificação objeto dessa defesa. Arremata pugnando pela nulidade por insegurança na determinação da infração. Assinala restar provado que a descrição do fato registrado na Notificação Fiscal objeto da defesa, não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração.

Observa que na fundamentação da infração não há coerência, pois deveria haver uma ligação entre os fatos narrados na notificação, as provas recolhidas e o enquadramento legal descrito. Afirma não se verificar essa coerência tão necessária para a manutenção de uma notificação fiscal. Consigna não haver prova de utilização dos referidos equipamentos apreendidos pelo agente e que poderia haver notas de compra ou até notas fiscais daquele momento, o que não consta registrado na notificação.

Reafirma a insegurança na determinação da infração, e sustenta que o Estado não pode aplicar sanção sem fundamentação segura e clara o suficiente para basilar as decisões, além disso, não

há provas para possibilitar uma segurança jurídica, motivo pelo qual requer a nulidade da notificação fiscal por insegurança em sua determinação.

Prossegue alegando a existência de força excessiva do agente administrativo no que concerne ao procedimento administrativo, pois desde seu inicio é coberto por princípios constitucionais, inclusive a ampla defesa e o contraditório.

Assevera que o agente responsável pela notificação fiscal, agiu de forma agressiva com os funcionários que o atenderam, inclusive na ausência do dono do estabelecimento. Informa que o agente atravessou o balcão para parte interna, empurrou o funcionário e disse: “*Ligue para seu patrão porque eu vou levar esses equipamentos para averiguação de irregularidades*”. Observa que seu funcionário tentou conversar e mais uma vez o agente agiu com agressividade, não oportunizando ao funcionário ligar para o dono do estabelecimento.

Afirma que todo o procedimento, inclusive a apreensão dos equipamentos estão eivados com vícios de impossibilidade de defesa, motivo pelo qual requer a nulidade da Notificação Fiscalização.

Solicita diligência para verificar as contas e declarações, a fim de provar que não há sonegação ou irregularidades envolvendo as empresas, determinando por fim sua boa-fé e sua regularidade fiscal e tributária.

No mérito, impugna pela inexistência de prejuízo ao Erário e da exorbitância da multa aplicada.

Salienta que o fato narrado na notificação fiscal objeto da defesa, em nenhum momento traz uma situação que resultou em prejuízo ao Erário, omissão ou diminuição de recolhimento do imposto ICMS. Registra que o fato narrado pelo agente, apesar de afirmar a utilização de máquina vinculada à um outro CNPJ que não âquele do estabelecimento, não afirma que houve manobra para outras irregularidades com a finalidade de prejudicar o Erário ou terceiros.

Afirma que a multa aplicada ofende a proporcionalidade e a razoabilidade legal. Afirma ser inadmissível que uma Notificação Fiscal não tenha base fática e jurídica, além de não apontar prejuízos, crimes ou irregularidades fiscais, porém arbitre uma multa exorbitante e iníqua.

Ressalta que são empresas pequenas, com capitais sociais de R\$15.000,00 e R\$20.000,00, respectivamente, sem condições alguma para efetuar um pagamento dessa natureza. Observa que o resultado da manutenção dessa notificação fiscal e da consequente multa é a falência das empresas, e o desemprego dos funcionários.

Pede que seja levado em consideração que a confusão das máquinas não trouxe prejuízo ao Erário, bem como não resultou em quaisquer irregularidades fiscais ou sonegações de impostos, livrando assim as empresas notificadas das multas e aplicando, se for o caso sanção mais branda, sob pena de irrefutável falência das microempresas envolvidas.

Aduz que o sócio é comum às duas pessoas jurídicas e da falta de motivação para notificar a empresa ACQUA. Esclarece que as empresas juntaram os contratos sociais e reiteram que o sócio LUCIANO BEZERRA RIBEIRO é o responsável legal por ambas as empresas. Afirma não ter havido, no caso concreto, tentativa de furtar-se ao regramento legislativo ou quaisquer obrigações legais referentes ao ICMS.

Afirma que as empresas notificadas cumprem rigorosamente suas obrigações fiscais. Diz que as alegações relatadas na notificação fiscal não configuram a ilegalidade descrita no art. 202, parágrafos citados na notificação. Sustenta não haver prova de emissão de nota fiscal por parte das máquinas apreendidas, bem como não há quaisquer prova de utilização das máquinas.

Esclarece que não está se negando que as máquinas estavam no espaço físico de uma das empresas, mas isso porque o sócio não prestou a devida atenção. Ainda assim, se fosse hipoteticamente utilizada, não é a máquina que emite nota fiscal automática à compra. Diz ainda, restar confirmado à impossibilidade de conduta irregular por parte das empresas. Registra que, as

duas empresas foram notificadas, porém a apreensão da máquina da primeira empresa foi realizada no estabelecimento da segunda empresa, a ACQUA, contudo, a referida empresa possui equipamento de pagamento de crédito e débito devidamente registrado em seu nome, não havendo, portanto motivação legal ou fática para notificação da segunda empresa, consoante consta na observação da notificação fiscal.

Alega inexistir comprovação da ausência de pagamento do ICMS. Pontua que o agente administrativo notificou as empresas por acreditar existir irregularidades no uso da máquina de cartão de crédito, contudo em nenhum momento alega ou traz elementos capazes de comprovar ausência de pagamento do ICMS.

Explica que não há no caso em tela ausência de pagamento do imposto relatado, pois as empresas notificadas pagam os impostos de forma regular e legal, inclusive se colocando à disposição dos órgãos competentes para diligências externas, uma vez que, não possuem informações ou irregularidades que possam desabonar suas condutas.

Sustenta que não há negativa de pagamento do imposto, motivo pelo qual, requer que seja indeferida a notificação fiscal objeto da defesa, não havendo justa motivação para mantê-la, diante de flagrante ausência de provas e coerência dos fatos e adequação ao enquadramento legal.

Consigna ausência de emissão de Nota Fiscal pelo equipamento apreendido. Esclarece que os equipamentos apreendidos pelo agente administrativo são máquinas de cartão de crédito/débito que emitem, tão-somente, o comprovante de compra e as notas fiscais sempre foram emitidas pela empresa de forma regular.

Explica que o agente administrativo afirma em sua notificação que houve intenção de burlar o sistema fiscal, haja vista que o equipamento serve para controle fiscal por parte de instituição competente.

Diz ser necessária uma averiguação das contas da empresa, para que não restem dúvidas quanto à regularidade das prestações de contas das pessoas jurídicas notificadas, visto que, não havendo sonegação ou irregularidades, não há motivação fática para aplicação de multa.

Conclui requerendo que:

- sejam reconhecidas as nulidades suscitadas em sede de preliminar, determinando nulo de pleno direito a Notificação objeto dessa defesa;
- seja deferida o pedido de diligências, no intuito de esclarecer quaisquer dúvidas que circundem o processo administrativo, fazendo com que, o órgão responsável tenham acesso à documentos e prestação de contas das empresas notificadas;
- se superadas as preliminares, sejam deferidos os pedidos realizados no mérito, reconhecendo as fragilidades e ilegalidades da notificação fiscal, vencendo-a por fim e arquivando-a, sem cobrança de multa ou quaisquer outras sanções;
- a apresentação de outras provas em momento posterior, no intuito de auxiliar no processo administrativo e esclarecer eventuais elementos para o perfeito deslinde do feito.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar as nulidades suscitadas em sede de preliminar pelo Notificado, ao fundamento de que ocorreu cerceamento de defesa por falta do Termo de Apreensão e pela falta de prova da utilização dos equipamentos apreendidos. Ao compulsar os elementos da Notificação constata que não procede a alegação veiculada na Justificação, haja vista que, ao contrário do pontuado pelo Contribuinte, foi efetivamente lavrado o Termo de Apreensão, fl. 02, e o Termo de Arrecadação de Bens e Transferências de Depositário, fl. 18, todos assinados por preposto do Notificado, portanto, não há que se falar em descumprimento de preceito legal, como aduzido na Justificação. Do mesmo modo, verifico que consta à fl. 03, cópia de boleto comprovando, inequivocamente, que no estabelecimento Notificado um dos equipamentos

apreendidos encontrava-se em operação no estabelecimento autuado, o que evidencia a total convergência entre a acusação fiscal e a fundamentação legal da irregularidade cometida.

No tocante à alegação de utilização de força excessiva pelo Autuante alegada pelo Notificado também não tem o condão de inquinar a presente ação de nulidade, uma vez que, além de se tratar de mera alegação sem qualquer elemento fático de prova, não se constitui motivo para nulidade do feito.

Assim, nos termos expendidos, fica afastada a nulidade suscitada pelo Notificado, visto que na Notificação Fiscal foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como pela inexistência de qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18, do RPAF-BA/99.

Em relação à solicitação de diligência, cabe de plano, consignar que os elementos existentes na Notificação são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência, com fulcro na alínea “a”, inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

No mérito, a presente Notificação Fiscal trata da utilização irregular de ECF ou qualquer outro equipamento que permita o controle fiscal, inclusive em operações ou prestações realizadas com o uso de equipamento “POS” (*Point of Sale*) ou similares, não integrados ao ECF, ou utilizados por estabelecimentos diversos do titular para o qual esteja o “POS” vinculado.

A conduta irregular do Notificado, ou seja, a utilização de equipamento de controle fiscal autorizado para uso em estabelecimento distinto, materializada na apreensão no estabelecimento autuado de dois equipamentos de controle fiscal vinculados a estabelecimento distinto, afigura-se expressamente prevista no §11, do art. 202, do RICMS-BA/2012, *in verbis*:

“Art. 202. O contribuinte fica obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento em que ocorrer vendas a varejo de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS.

[...]

§11. Não é permitido o uso de equipamento POS (Point of Sale) ou qualquer outro equipamento para registro de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente que não esteja vinculado ao número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário.”

Como consequência, o descumprimento da aludida obrigação acessória tem como sanção, para cada um dos equipamentos irregularmente utilizado, a multa de R\$13.800,00, preconizada na alínea “c”, do inciso XXIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, *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:

[...]

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

1. ao contribuinte que:

[...]

1.4. utilizar equipamento para pagamento via cartão de crédito ou de débito que não esteja vinculado ao estabelecimento onde ocorreu a operação;

[...]

§ 9º Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - equipamento de controle fiscal, os equipamentos do tipo máquina registradora, impressora fiscal (PDV-modular), terminal ponto de venda (PDV) e equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

II - programa aplicativo, o programa de processamento de dados desenvolvido para envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal;”

Em sede de Justificação, o Contribuinte, ao cuidar do mérito, pugnou pela improcedência da Notificação Fiscal aduzindo que não ocorreria prejuízo ao erário Estadual, asseverando não ter ocorrido qualquer manobra para evitar pagamento de imposto.

Saliento que o descumprimento da obrigação acessória de utilização de equipamento de controle

fiscal não vinculado ao estabelecimento autuado, objeto da presente Notificação Fiscal, independe da ocorrência de prejuízo ao Estado, ou seja, não apura falta de recolhimento de imposto, uma vez que instituída precipuamente para auxiliar no controle da fiscalização tributária, independendo assim, a sua aplicação de qualquer vinculação a omissão de recolhimento.

Logo, na presente Notificação Fiscal, mesmo que se tivesse sido inequivocamente comprovado a falta de recolhimento do imposto, o que não ocorreu, esse fato não teria o condão de elidir a responsabilidade tributária legalmente estatuída do Notificado de cumprir a obrigação acessória de somente utilizar equipamentos de controle fiscal vinculado ao seu estabelecimento.

No que diz respeito à alegação de que os equipamentos apreendidos pertencem à empresa que tem como sócio o mesmo do estabelecimento autuado, e que por isso, não houve no caso concreto tentativa de furtar-se de regramento legislativo ou quaisquer obrigações legais referentes ao ICMS e não restou configurada a ilegalidade preconizada no art. 202, do RICMS-BA/12, assevero que não assiste razão ao Notificado, uma vez que, independente, da origem ou da propriedade dos equipamentos apreendidos, a falta de vinculação destes ao estabelecimento autuado configura de forma indubiosa o descumprimento da obrigação acessória.

Depois de examinar as cópias dos boletos dos equipamentos apreendidos acostadas à fl. 03, constato que se refere ao mesmo equipamento pertencente à operadora Cielo. Portanto, resta patente na presente Notificação Fiscal que não ficou comprovada a efetiva utilização irregular de dois equipamentos, haja vista que não consta cópia do boleto relativo ao equipamento da operadora Rede.

Assim, entendo remanescer caracterizada apenas a acusação fiscal atinente a um equipamento de controle fiscal.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada é exorbitante, saliento que a sanção imposta é a prevista para a irregularidade cometida pelo Notificado estatuída na alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, portando, deve ser mantida. Quanto ao pedido para a sua redução, consigno que, apesar dessa prerrogativa das Juntas de Julgamento constar do art. 158, do RPAF-BA/96, não dever ser aplicada no presente caso, haja vista que não restou inequivocamente evidenciado que o descumprimento da obrigação acessória, objeto da autuação, não implicou falta de recolhimento de tributo.

No que concerne à solicitação do patrono do Notificado para que as intimações e notificações sejam realizado em nome dos advogados que subscrevem, com endereço profissional na Avenida Dom João VI, nº 11, Edif. Seta Empresarial, Brotas, Sala 20, CEP 40285-000, Salvador/BA, sob pena de nulidade processual, destaco que nada obsta que a Secretaria deste CONSEF atenda o pleito. Entretanto, assinalo que, de acordo com o inciso II, do art. 26, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Com fulcro no art. 156, do RPAF-BA/99, represento a autoridade competente para que verifique a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, objetivando resguardar os interesses do Estado.

Concluo pela subsistência parcial da Notificação Fiscal com a exigência da multa no valor de R\$13.800,00, correspondente à efetiva comprovação da utilização do equipamento da operadora CIELO não vinculado ao estabelecimento autuado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **095188.0018/17-0**, lavrada contra **ACQUA COMÉRCIO DE UTILIDADE PARA O LAR LTDA. - ME**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.800,00**, prevista na alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 alterada pelas Leis nºs 8.534/2002 e 12.917/2013, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR