

N.F. N° - 210727.0097/15-0
NOTIFICADO - GILMAR INÁCIO DE OLIVEIRA – ME
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/06/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0129-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. USO DE EQUIPAMENTOS “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. O sujeito passivo não consegue elidir a acusação fiscal. Julgamento favorável à cobrança. Modificada a tipificação da multa para a prevista no item 1.4 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Instância única. Notificação Fiscal. **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16/12/15, exige do Notificado a multa no valor de R\$ 27.600,00, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 60.05.02: Contribuinte utilizou irregularmente 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. Obs.: Notificação Fiscal referente a 02 ocorrências de Penalidade Fixa do ECF.

Enquadramento Legal: art. 202, caput e seus §§3º, 5º, 8º, 9º, 10 e 11 do RICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 13.780/12 c/c inciso XV do art. 34, art. 35, § 9º do art. 42 da Lei 7.014/96. Multa prevista no inc. XXII do art. 42 da Lei 7.014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 12.917/13.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva, por meio de advogado, com anexos, às fls. 15/35, alegando preliminarmente a tempestividade da defesa apresentada. No mérito, alega nulidade da Notificação por erro de capitulação e tipificação legal da multa. Assevera que o representante do Fisco Estadual se equivocou ao afirmar que o estabelecimento que fazia uso irregular dos equipamentos apreendidos era o de CNPJ 17.214.512/0001-59, o qual consultado junto à Receita Federal retorna como inválido.

Prosegue afirmando que não houve cometimento de qualquer infração, mas sim um equívoco e falta de comunicação entre as pessoas presentes no estabelecimento Notificado no dia 16/12/2015. Alega que o Sr. Gilmar Inácio de Oliveira, titular da empresa GILMAR INÁCIO DE OLIVEIRA –ME, CNPJ 17.214.512/0001-53, é também funcionário da empresa ARMENAIDE SOUZA PIRES DAS VIRGENS – ME, CNPJ 12.580.393/0001-39 e que o mesmo estava de posse das duas maquinetas, pois iria fazer uma venda externa (sistema “delivery”) para a empresa ARMENAIDE SOUZA PIRES DAS VIRGENS – ME. Cita o inc. II, § 12 do art. 202 do RICMS/BA, que trata de vendas no sistema “delivery”, para fundamentar seu entendimento de que as maquinetas são móveis, assim como menciona o §10 do art. 202 do RICMS/BA, que trata da desobrigação do uso de ECF até 30/06/16, por entender enquadrar-se em um dos tipos de estabelecimento nele previsto.

Continua sua argumentação alegando que o Sr. Gilmar, de posse dos “POS”, antes de se dirigir ao seu local de trabalho (Empresa ARMENAIDE), titular das maquinetas, resolveu passar no estabelecimento, que é proprietário, para ver como estavam as coisas, momento em que ocorreu a abordagem fiscal, o que não significa dizer que a Notificada estava usando indevidamente os “POS”.

Assevera que os dispositivos citados no enquadramento legal pelo preposto fiscal não guardam qualquer identidade com a multa aplicada, observando que o valor cobrado de R\$ 27.600,00 se refere ao inc. XIII-A, alínea “C” do art. 42 da Lei 7.014/96 e o aplicado pelo Fiscal foi o inc. XXII do art. 42 da Lei 7.014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 12.917/13, que não passa de R\$ 460,00. Aduzindo que, não sendo acolhida a preliminar de nulidade, que seja estipulada a multa de R\$ 460,00, marcando prazo para o seu pagamento.

Considera que não há elementos suficientes que indiquem que o estabelecimento Notificado infringiu a legislação fiscal da Bahia, assim como inexistem provas materiais do uso indevido das maquinetas, somente restando a alternativa de tornar nula a Notificação lavrada.

Outra nulidade suscitada pelo Impugnante trata do valor máximo que deve ser exigido por meio de uma Notificação Fiscal. Segundo a defendant, este tem o limite estipulado em R\$ 10.000,00, conforme o RPAF-BA/99. Por consequência entende que jamais a multa poderia ser a cobrada na ação fiscal no valor de R\$ 27.600,00.

Finaliza a peça defensiva afirmando: 1) que em nenhum momento utilizou indevidamente as maquinetas de outra empresa para vendas em seu estabelecimento; 2) que não houve qualquer fato gerador que sustentasse a autuação, pois não há nos autos qualquer documento que prove que o estabelecimento autuado estivesse utilizando as maquinetas apreendidas; 3) O valor, conforme da multa aplicada não ultrapassa R\$ 460,00, na alínea “c”, do inc. XXII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelas razões expostas, requer a nulidade da Notificação, primeiro por falta de fato gerador e inexistência de infração, e segundo por erro na capitulação legal e tipificação da multa. Caso não seja o entendimento, que seja retificado o valor da multa para R\$ 460,00, estabelecendo o prazo de 10 dias para pagamento.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado a multa no valor de R\$ 27.600,00, e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

O lançamento de ofício obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade. A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade. Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória tem poderes para funcionar no processo, conforme se atesta no documento de fl. 26. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

A presente Notificação Fiscal regista a ocorrência da utilização irregular de dois equipamentos “POS” pelo contribuinte GILMAR INÁCIO DE OLIVEIRA- ME, CNPJ 17.214.512/0001-53, os quais foram autorizados para uso no estabelecimento de razão social ARMENAIDE SOUZA PIRES DAS VIRGENS - ME, com CNPJ 12.580.393/0001-39.

O equívoco apontado pelo Impugnante quanto à indicação do CNPJ, realizada pelo preposto fiscal na descrição dos fatos, evidencia um simples erro de digitação, haja vista que o CNPJ do Notificado é 17.214.512/0001-**53** e o referenciado na citada descrição é 17.214.512/0001-**59**. Fato este que não tem o condão de elidir a ação fiscal desenvolvida, conforme pode-se constatar nos documentos acostados pelo agente fiscal (fls. 3 e 9), os quais evidenciam de forma cristalina todos os dados referentes aos estabelecimentos envolvidos.

Note-se que tanto a infração apurada, assim como a multa aplicada tem previsão legal, conforme art. 202, caput e seus §§3º, 5º, 8º, 9º, 10 e 11 do RICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 13.780/12 c/c inciso XV do art. 34, art. 35, § 9º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e multa tipificada no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

No tocante à multa aplicada, verifico que a penalidade cobrada, no valor de R\$27.600,00, decorre do somatório do valor de R\$13.800,00, para cada equipamento indevidamente utilizado pelo Notificado, que no presente caso foram 02 “POS”. Constatou que, por lapso, o Notificante tipificou a multa prevista no inciso XXII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, mas aplicou a multa correta de R\$13.800,00, estabelecida no item 1.4 da alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. No presente caso, foi claramente possível determinar a natureza da infração, o Notificado e o montante do débito tributário, e o erro da indicação da multa foi plenamente superado pela descrição dos fatos, que evidencia o enquadramento legal. Devendo, portanto, a tipificação da multa ser transmutada para a prevista no item 1.4 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Convém, de plano, assinalar a singularidade da acusação fiscal, por se tratar de uma constatação realizada no estabelecimento Notificado, referente à utilização de equipamentos “POS” com autorização de uso para outro estabelecimento. Fato apurado e registrado por meio dos seguintes documentos: 1) Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 06), cuja data de lavratura e ciência são idênticas, ou seja, 16/12/2015; 2) Fotocópias que registram os números de séries dos equipamentos apreendidos. (fls. 04 e 05); 3) Fotocópias de comprovantes de pagamentos extraídos dos equipamentos apreendidos, que discriminam o CNPJ 12.580.393/0001-39, assim como via de Nota Fiscal de Venda ao Consumidor – Série D-1, que discrimina o CNPJ 17.214.512/0001-53 (fl. 03); e fls.04) Termo de Arrecadação de Bens e Transferência de Depositário (fl. 13). Com base nestes documentos, ficou plenamente caracterizado o uso irregular dos equipamentos apreendidos.

A impugnante transcreve o conteúdo do inc. II, § 12 do art. 202 do RICMS, que trata de vendas no sistema “delivery”, para fundamentar seu entendimento de que as maquinetas são móveis, assim como menciona o §10 do art. 202, que trata da desobrigação do uso de ECF até 30/06/16, por entender enquadrar-se em um dos tipos de estabelecimento nele previsto.

Quanto à esta alegação, importa notar que, apesar destes tipos de equipamentos poderem ser utilizados em vendas no sistema “delivery”, imprescindível é a existência da vinculação deles ao número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário, consoante o previsto no §11, do art. 202, do RICMS-BA/2012, a seguir transcrito.

“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.”

Note-se que, no presente caso, restou plenamente caracterizada a conduta irregular do Notificado, ao violar a proibição prevista no §11, do art. 202, do RICMS-BA/2012, utilizando equipamentos não vinculados ao seu CNPJ.

Como consequência, o descumprimento da aludida obrigação acessória tem como sanção, a multa de R\$13.800,00, preconizada no item 1.4 da alínea “c”, do inciso XIII-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;

[...]

Outra nulidade suscitada pelo Impugnante trata do valor máximo que deve ser exigido por meio de uma Notificação Fiscal. Segundo a deficiente, este tem o limite estipulado em R\$10.000,00, conforme o RPAF-BA/99. Por consequência, entende que jamais a multa, no valor de R\$27.600,00, poderia ser a cobrada na ação fiscal.

A alegação é descabida, conforme preceitua o caput do art. 48 do RPAF-BA/99, cuja redação atual foi dada pelo Dec. nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, com efeitos a partir de **01/02/15**, ou seja, data anterior à emissão da presente Notificação Fiscal (**16/12/2015**).

Art. 48. A Notificação Fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência de crédito tributário de valor inferior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Saliento que a utilização irregular dos equipamentos, independe da ocorrência de prejuízo ao Estado, ou seja, não apura omissão de recolhimento de imposto, uma vez que instituída precipuamente para auxiliar no controle da fiscalização tributária.

Cabe ressaltar que, mesmo que o Requerente tivesse inequivocamente comprovado que não ocorreu omissão de recolhimento do imposto, o que não foi realizado, esse fato não teria o condão de elidir a responsabilidade tributária legalmente estatuída do Notificado de cumprir a obrigação acessória, que se refere a somente utilizar equipamentos “POS” vinculados ao seu estabelecimento.

Importante destacar que o Notificado alega que inexistem evidências materiais do uso indevido das maquinetas e que não cometeu a infração apurada, todavia sem trazer aos autos prova da não utilização irregular de equipamentos “POS”, com vistas a elidir a ação fiscal. Por outro lado, os documentos acostados pelo Notificante na fl. 03 (comprovantes de pagamentos) e fl. 06 (Termo de Apreensão e Ocorrência), atestam, respectivamente, que houve a utilização irregular e que a apreensão ocorreu em estabelecimento diverso daquele para o qual estavam autorizados os usos dos “POS”.

Neste diapasão, cabe referenciar o disposto no art. 143 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por fim, cabe notar que o Sr. Gilmar Inácio de Oliveira não é apenas um funcionário da empresa ARMENAIDE SOUZA PIRES DAS VIRGENS – ME, que transportava duas maquinetas, para realizar uma venda no sistema “delivery”, conforme afirmado pelo Impugnante, por meio do seu advogado. A bem da verdade, conforme consulta realizada no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, em 22/04/2020, o Sr. Gilmar além de ser dono, na condição de empresário, desde 25/06/2012, da microempresa Notificada, conforme fl.10 dos autos, é também sócio administrador da microempresa G&M Comércio de Produtos da Fazenda Ltda., CNPJ Nº 02.251.083/0001-17, desde 13/05/2004.

Em suma, resta evidenciado na Notificação Fiscal o cometimento pelo sujeito passivo da irregularidade apurada, haja vista que se afigura devidamente caracterizada e não foi apresentado qualquer elemento fático capaz de elidir a acusação fiscal. Registre-se que o erro da indicação da multa foi plenamente superado pela descrição dos fatos, que evidencia o enquadramento legal.

Nos termos expendidos, entendo que a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação, foi executada de forma criteriosa, possibilitando ao Notificado exercer plenamente o direito de defesa. Restando clara a ocorrência da infração, de forma que voto pela Procedência da Notificação Fiscal, devendo a tipificação de multa ser transmutada para a prevista no item 1.4 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar **PROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº 210727.0097/15-0, lavrada contra **GILMAR INÁCIO DE OLIVEIRA - ME**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$ 27.600,00, prevista no item 1.4 da alínea “c” do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR