

N.F. Nº - 118505.0012/19-4
NOTIFICADO - PIZZARIA PRIMO PIATO LTDA.
NOTIFICANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0279-06/20NF

EMENTA: MULTA. USO DE EQUIPAMENTOS “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO DAQUELE PARA O QUAL ESTEJAM OS “POS” VINCULADOS. Infração caracterizada. Sujeito Passivo não logra êxito em elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. Julgamento favorável à cobrança. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 09/05/2019, exige do Notificado, 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.

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 art. 42, inciso XIII-A, letra “c” 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 advogados, com anexos, às fls. 20/46, alegando preliminarmente inexistência de apontamento completo da tipificação da multa, o que no seu entender caracteriza vício formal insanável. Pelo que requer a nulidade da Notificação Fiscal, arquivando-se o procedimento, sem qualquer aplicação de penalidade.

Prossegue argumentando que existe ilegalidade na aplicação da multa por equipamento, haja vista que o preposto do fisco cobrou multa dobrada, no valor de R\$27.600,00, considerando que as maquinetas apreendidas seriam equipamentos de controle fiscal. Contrariando, assim, o disposto no art. 42, §9º, que define quais equipamentos são conceituados como de controle fiscal (Máquina registradora, impressora fiscal – PDV-Modular, terminal ponto de venda – PDV e equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF). Deste modo, jamais poderia haver o enquadramento no item 1.3 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42.

Assevera que, caso o enquadramento fosse o previsto no item 1.4 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42, a multa aplicada deveria ser equivalente a R\$13.800,00, pois neste item não há a fixação de multa por equipamento, conforme ocorre nos itens 1.1 a 1.3.

Alega, também, que inexistem provas materiais nos autos de que a empresa fez uso dos equipamentos apreendidos. Acrescentando que, quando da realização da fiscalização, no dia 07/05/2019, o agente fiscal retirou os extratos históricos das maquinetas apreendidas e nenhum dos

boletos demonstram a existência de operação realizada no dia 07/05/2019. Aduz que os boletos registram apenas operações efetivadas nos dias anteriores, quais sejam, nos dias 05 e 06/05/2019.

Esclarece que as maquinetas eram de uma terceira pessoa, amiga do proprietário do estabelecimento Notificado, que lhe pediu o favor de deixá-las na empresa, pois viria naquela mesma semana pegar os equipamentos, para levá-los para manutenção. Pouco importando se os equipamentos estavam no balcão da empresa, dentro de um armário ou gaveta.

O Impugnante alega ausência de dolo, fraude ou falta de pagamento de tributo, pelo que requer o cancelamento da multa ou sua redução. Afirma que o estabelecimento dispõe de 07 (sete) maquinetas para efetuar suas vendas no sistema delivery, todos cadastrados no CNPJ do Notificado, não havendo motivo para que usasse duas máquinas registradas em CNPJ de terceiros.

Finaliza a peça defensiva pugnando pelo cancelamento das multas aplicadas nos termos do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96. Caso isto não ocorra, requer a redução da multa em 80%, com base no mesmo dispositivo legal e em razão da realidade econômica vivenciada pela Notificada. Peticiona, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de documentos, oitiva de testemunhas, perícias e os que se fizerem necessários no curso do procedimento.

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, do Notificado, 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.

A Notificação Fiscal ora em lide, registra a ocorrência da utilização irregular de (02) dois equipamentos auxiliares de controle fiscal “POS” pelo contribuinte PIZZARIA PRIMO PIATO LTDA, CNPJ 005.303.076/0001-00, os quais foram autorizados para uso nos estabelecimentos de razão social GENTECH FOOD S/S LTDA, CNPJ Nº 32.801.488/0001-42, e RFD SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, CNPJ Nº 28.318.271/0001-09.

Constato que foram anexados aos autos os seguintes documentos, para embasar a ação fiscal, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal: 1) Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 05); 2) Fotocópias que registram os números de séries dos equipamentos apreendidos (fls. 08 e 10); 3) Fotocópias dos impressos extraídos dos equipamentos apreendidos (fl. 07). Cabendo mencionar que a Notificação Fiscal foi emitida em 09/05/2019, por um Agente de Tributos Estaduais, lotado na IFMT METRO.

Nas preliminares, o Impugnante alega inexistência de apontamento completo da tipificação da multa, o que no seu entender caracteriza vício formal insanável. Pelo que requer a nulidade da Notificação, arquivando-se o procedimento, sem qualquer aplicação de penalidade.

Note-se que tanto a infração apurada, assim como a multa aplicada, têm 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 XIII-A, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 12.917/13.

No presente caso, foi claramente possível determinar a natureza da infração, o Notificado e o montante do débito tributário. A descrição dos fatos foi realizada de forma objetiva, evidenciando o enquadramento legal, pelo que não acolho a nulidade arguida.

Cumprido destacar, portanto, que 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. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranhão aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

O Notificado aponta que é ilegal a aplicação da multa por equipamento e que o preposto do fisco cobrou multa dobrada, no valor de R\$27.600,00, por considerar que as maquinetas apreendidas seriam equipamentos de controle fiscal. Contrariando, assim, o disposto no art. 42, §9º, que define quais equipamentos são conceituados como de controle fiscal (Máquina registradora, impressora fiscal – PDV-Modular, terminal ponto de venda – PDV e equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF).

Deste modo, jamais poderia haver o enquadramento no item 1.3 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42. Prossegue asseverando que, caso o enquadramento fosse o previsto no item 1.4 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42, a multa aplicada deveria ser equivalente a R\$13.800,00, pois neste item não há a fixação de multa por equipamento, conforme ocorre nos itens 1.1 a 1.3.

Cabe ressaltar que, de fato, “POS” não se confunde com o “ECF”, pois tratam-se de tipos distintos de equipamentos. Entretanto, cabe registrar que apesar do “POS” não constar expressamente na legislação como um equipamento de controle fiscal, a exemplo do que ocorre com o “ECF” (art. 42, § 9º), ele é indubitavelmente um equipamento auxiliar de controle fiscal, que possibilita à SEFAZ acompanhar o faturamento dos contribuintes, com base nas informações fornecidas pelas empresas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito, conforme previsto no art. 35-A da Lei 7.041/96, *in verbis*:

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Nota: O art. 35-A foi acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

Note-se que o enquadramento realizado não foi o previsto no item 1.3 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42, conforme quer fazer crer o Notificado, mas sim o disposto na alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42, improcedendo, portanto, sua alegação.

O contribuinte entende que houve duplicidade na aplicação da multa, ao se impingir uma penalidade para cada equipamento, num valor total de multa equivalente a R\$ 27.600,00, quando deveria ser penalizada apenas pelo valor de R\$ 13.800,00, citando o conteúdo do art. 42, inc. XIII-A, letra “c”, item 1.4 da Lei 7.014/96, para embasar sua argumentação.

Registre-se que, na questão em lide, é imprescindível a existência da vinculação do equipamento “POS” com o 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.”

Como consequência, o descumprimento da aludida obrigação acessória tem-se 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;

[...]

No tocante à alegação de que a multa cobrada pela infração não condiz com a prevista em lei e indicada na Notificação, 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 (dois) “POS”, conforme documentos anexos na fl. 07 dos autos. Portanto, descabe a alegação, seja porque a pena aplicada é condizente com a previsão legal; seja por ter sido corretamente calculada pelo preposto do fisco.

Mister destacar, que é cabível a exigência de multa por equipamento quando da comprovação do uso irregular, haja vista que, na redação do item 1.4 da alínea ‘c’ do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, resta explícito que a infração é “utilizar equipamento” e não “utilizar equipamentos”, como entende o Impugnante, para sustentar sua alegação de que houve duplicidade de aplicação da multa. Ora, se o contribuinte utilizou um equipamento, isto equivale a uma penalidade. Como no caso em tela, usou dois equipamentos, são duas penalidades, e assim por diante.

Outro fato alegado na defesa, é que inexistem provas materiais nos autos de que a empresa fez uso dos equipamentos apreendidos. Acrescentando que, quando da realização da fiscalização, no dia 07/05/2019, o agente fiscal retirou os extratos históricos das maquinetas apreendidas e nenhum dos boletos demonstra a existência de operação realizada no dia 07/05/2019. Aduz que os boletos registram apenas operações efetivadas nos dias anteriores, quais sejam, nos dias 05 e 06/05/2019 e esclarece que as maquinetas eram de uma terceira pessoa, amiga do proprietário da empresa Notificada, que lhe pediu o favor de deixá-las na empresa, pois viria naquela mesma semana pegar os equipamentos, para levá-los para manutenção.

Quanto à alegação supra, cabe ressaltar que: 1) Conforme descrição fática, os equipamentos apreendidos encontravam-se no balcão de atendimento ao público, quando da realização da ação fiscal; 2) Os comprovantes de transações retirados dos “POS” apreendidos (fl. 07) possuem, de fato, datas dos dias 05 e 06/05/2019, ou seja, anteriores a da ação fiscal, efetivada em 07/05/2019 (fl. 05), o que atesta a utilização dos equipamentos. O que não poderia acontecer, obviamente, seriam datas posteriores ao dia da apreensão.

Ademais, negar o uso das máquinas de “POS”, flagradas no balcão de atendimento ao público, sob a alegação de que as mesmas foram deixadas para serem guardadas no estabelecimento do Notificado, prestando, assim, um favor a uma amiga, que as retiraria posteriormente, afim de levá-las para manutenção, não tem o condão de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal realizada.

Neste diapasão, é pertinente 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.

O Impugnante assevera ausência de dolo, fraude ou falta de pagamento de tributo, requerendo o cancelamento da multa ou sua redução, com base no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cabe destacar, que a caracterização e a responsabilidade independem da intenção, da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, conforme art. 136 do CTN, abaixo reproduzido:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Em relação à solicitação de redução da multa, pertinente notar que, no §7º do artigo 42 da Lei nº 7014/96, vigente até 12/12/2019, a seguir transcrito, existiam vários critérios que possibilitavam a redução ou, até mesmo, o cancelamento de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, quais sejam, dolo, fraude, simulação e falta de recolhimento de tributo. Critérios estes que não eram excludentes, ou seja, não bastava agir sem dolo, fraude ou simulação. Deveria ser provado, de forma inequívoca, que a conduta não resultou em falta de recolhimento de imposto, o que não foi realizado pela Impugnante na sua defesa:

“Lei 7.014/96

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

(...)

“§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

(...)”

Importa ressaltar, ainda, que mesmo que se tivesse sido inequivocamente comprovado a não ocorrência de omissão no recolhimento, esse fato não teria o condão de elidir a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação acessória, que se refere a somente utilizar equipamentos auxiliares de controle fiscal vinculados ao seu estabelecimento.

É cediço que a penalidade por utilização irregular de equipamentos vinculados a outro estabelecimento, independe da ocorrência de prejuízo ao Estado, vez que esta foi criada precipuamente para subsidiar o controle da fiscalização tributária.

Nos termos expendidos e com base nos documentos anexados pelo Notificante, entendo que a ação fiscal foi executada de forma criteriosa, possibilitando ao Notificado exercer plenamente o direito de defesa. Restando caracterizado o uso irregular dos equipamentos apreendidos, não tendo sido apresentado qualquer elemento fático capaz de elidir a acusação fiscal, de forma que voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **118505.0012/19-4**, lavrada contra **PIZZARIA PRIMO PIATO LTDA.**, devendo ser intimado o Notificado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$27.600,00**, prevista na alínea “c” do inciso 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, 15 de setembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR