

N.F. N° - 095188.0031/20-6
NOTIFICADO - ATACADÃO DOS REMÉDIOS LTDA
NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - DAT METRO – INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/07/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0165-06/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. MULTA. USO DE EQUIPAMENTO “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. Sujeito Passivo não consegue elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Documentos acostados pelo Notificante comprovam o cometimento da irregularidade apurada. Infração caracterizada. Rejeitado pedido de nulidade do lançamento. Indeferido pedido de perícia. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 07/04/2020, exige do Notificado, multa no valor de R\$ 13.800,00, 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” esteja 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. Tipificação da Multa: art. 42, inc. XIII-A, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nº 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 com anexo (fls. 10/20), inicialmente pugnando pela nulidade do lançamento em virtude do cerceamento do seu direito de defesa, no momento da diligência fiscal, realizada pelo agente de tributos, que utilizou de meio coercitivo (estava acompanhado de dois Policiais Militares), para configurar fato inexistente. Embasando sua alegação nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18 do RPAF/BA.

Expressa o entendimento de que falece de competência o preposto do Fisco para praticar atos fiscalizatórios formais, os quais ensejam a constituição do crédito fiscal, já que é um Agente de Tributos Estaduais, haja vista que somente lhe é concedido poderes para cobrar de tributos aos contribuintes inscritos no Simples Nacional, lhe sendo vedada a apuração e fiscalização em contribuintes normais, que apurem o ICMS através de conta corrente fiscal, consoante § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, em redação ofertada pela Lei 11.470/2009.

Considera que o único fato visto e comprovado é que o equipamento foi avistado pelo agente fiscal em operação realizada nesta empresa, não justificando a emissão de Termo de Apreensão e muito menos a multa imposta, pois os recolhimentos dos tributos decorrentes de tais vendas são apurados via conta corrente fiscal do contribuinte. Sendo descabida a utilização irregular de

equipamento, uma vez que o preposto fiscal não possuía a sua disposição de elementos materiais para comprovar tal situação, já que não foi efetuada nenhuma análise fiscal/contábil dos arquivos magnéticos do contribuinte.

Menciona o Acórdão JJF nº 0074-062/20NF-VD, o qual entende corroborar com a linha de defesa adotada.

Finaliza a peça defensiva protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive prova pericial no equipamento apreendido de forma irregular a arbitrária, que se encontra em poder do Notificado, na condição de fiel depositário. E mais, que o agente fiscal comprove, com extratos próprios dos sistemas internos da SEFAZ, que o equipamento estava sendo usado indevidamente no estabelecimento do contribuinte no momento da malfadada ação fiscal.

Cabe registrar que não consta Informação Fiscal nos autos.

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.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado, multa no valor de R\$ 13.800,00 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A presente Notificação Fiscal registra a ocorrência da utilização irregular de equipamento “POS” pelo contribuinte ATACADÃO DOS REMÉDIOS LTDA, CNPJ 004.020.620/0007-39, o qual foi autorizado para uso vinculado ao CNPJ de nº 004.020.620/0005-77, o qual corresponde ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica de ATACADÃO DOS REMÉDIOS LTDA, Inscrição Estadual nº 123.672.478 (fls. 01 e 07/07-v).

Inicialmente, cumpre destacar que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No presente Auto de Infração, foram indicados de forma comprehensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal.

Por sua vez, o Autuado compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração impugnada que entendia lhe amparar, trazendo fatos, elementos e argumentos, os quais, ao seu entender, elidiriam a mesma, exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação. Isto posto, rejeito o pedido de nulidade formulado pelo Defendente.

Em relação ao pleito de realização de prova pericial no equipamento apreendido (fl. 11), indefiro com base no previsto no art. 147, inciso II, alínea “b” do RPAF-BA/99, por considerar desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Quanto à alegação defensiva que trata da falta de competência do Agente de Tributos Estaduais para praticar atos fiscalizatórios formais e constituir crédito fiscal perante o Notificado, esclareço que o procedimento fiscal realizado se caracteriza como uma **típica ação do trânsito de mercadorias, que tem como principal característica a instantaneidade do ato**, com vistas a apurar a existência ou não de irregularidade, quanto ao uso de equipamento “POS”. Isto posto, entendo que a ação fiscalizatória efetivada pelo Agente de Tributos Estaduais da SEFAZ/BA foi realizada em consonância com o que determina o § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/81, a seguir transscrito.

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

(...)

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. (grifos nossos)

Quanto à menção do Acórdão JJF nº 0074-062/20 do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, realizada pelo Requerente na peça defensiva, constato, após verificar os acervos das decisões proferidas neste egrégio Conselho, que inexiste Acórdão com esta numeração. Considero que, houve equívoco de digitação por parte do Notificado, que queria fazer menção ao Acórdão JJF nº 0074-06/20.

Imperioso asseverar que no Acórdão JJF nº 0074-06/20, o estabelecimento Notificado, na época da ação fiscal, era inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia na condição de “NORMAL” e tinha como forma de apuração de imposto o “CONTA CORRENTE FISCAL”. Conquanto, o Requerente é cadastrado no CADICMS/BA como “EMPRESA DE PEQUENO PORTE” que apura o imposto no regime de “CONTA CORRENTE FISCAL”. Sendo que, os dois processos resultaram de ações fiscais, que visavam apurar o uso irregular de equipamento “POS”.

Isto posto, esclareço que, apesar do tema debatido no Acórdão supra, datado de **27/04/2020**, apresentar algumas correlações com a questão discutida no presente PAF, a jurisprudência dominante não apenas nesta Junta de Julgamento Fiscal, assim como nas demais Juntas deste Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, é a de que a verificação de regularidade quanto ao uso de equipamento “POS”, repiso, é ação tipicamente realizada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, desempenhada por meio de Agente de Tributos Estaduais lotados nesta área. Pelo que entendo não prevalecer a argumentação defensiva de que a estes agentes fiscais somente é conferido poderes para cobrar tributos em desfavor de contribuintes inscritos no regime do “SIMPLES NACIONAL”.

Constatou que foram anexados aos autos pelo Notificante os seguintes documentos para embasar a ação fiscal: 1) Termo de Apreensão e Ocorrências, lavrado em 14/04/2020 (fl. 03); 2) Fotocópia de impresso do “POS” apreendido, extraído em 14/04/2020 (fl. 06), 3) Consultas realizadas no Sistema INC da SEFAZ/BA, relativas aos dados cadastrais do Notificado e da empresa proprietária do equipamento apreendido (fls. 05/05-v e 07/07v); 4) Fotocópia do código de barras do “POS”, constante na parte anterior do equipamento (fl. 04).

Registre-se que, no caso em concreto, é imprescindível a existência da vinculação do equipamento “POS” com o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário, consoante previsto no § 11 do art. 202 do RICMS-BA/2012, a seguir transscrito, que teve seus efeitos no período de 15/08/14 a 07/12/2020.

“§ 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.”;

Em caso de descumprimento do acima estabelecido, sujeita-se o Contribuinte à multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, letra “c”, item 1.4, a seguir transcrita:

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):

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

(...)”

Note-se que, na questão ora debatida, com base nos documentos acostados pelo Notificante, restou caracterizada a conduta irregular do Notificado, de violar a proibição supracitada, utilizando equipamento não vinculado ao seu CNPJ.

É cediço que a penalidade por utilização irregular de equipamento vinculado a outro estabelecimento, **independe da ocorrência de prejuízo ao Estado**, vez que esta foi criada precipuamente para **subsidiar o controle da fiscalização tributária**. Isto posto, entendo como descabida a alegação defensiva, que trata da forma de apuração do imposto que realiza, qual seja, conta corrente fiscal, haja vista não ter similitude com a irregularidade apurada.

Por fim, considero que as argumentações apresentadas na impugnação não têm o condão de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Sendo pertinente, neste momento, transcrever o disposto no art. 142 do RPAF-BA/99.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Constatou que, na impugnação apresentada, o Requerente não nega o cometimento da irregularidade apurada. A bem da verdade, confessa o uso de equipamento não vinculado ao seu CNPJ ao afirmar:

“O único fato visto e comprovado, inclusive pela narrativa do fiscal notificante é que o equipamento em questão foi autorizado para uso na empresa e que tal equipamento foi avistado pelo agente fiscal em operação realizada nesta empresa, não justificando a emissão de Termo de Apreensão e muito menos a multa imposta à corrente, uma vez que o imposto incidente em tais operações, pois os recolhimentos dos tributos decorrentes de tais vendas são apurados via conta corrente do contribuinte. Sendo descabida a utilização irregular do equipamento, uma vez que o preposto fiscal não possuía a sua disposição de elementos materiais para comprovar tal situação, já que não foi efetuada nenhuma análise fiscal/contábil dos arquivos magnéticos do contribuinte.”

Considero que a confissão supra atesta o acerto da ação fiscal.

Para finalizar, entendo que a ação fiscal realizada, que redundou na lavratura da presente Notificação, possibilitou ao Notificado exercer plenamente o direito de defesa e do contraditório. Restando evidenciado o cometimento da irregularidade apurada e não foi apresentado elemento fático capaz de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, julgar **PROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº **095188.0031/20-6**, lavrada contra **ATACADÃO DOS REMÉDIOS LTDA**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$ 13.800,00, prevista no item 1.4, 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, 18 de junho de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR