

N.F. N° - 095188.0002/17-6

NOTIFICADO - COMERCIAL BAHIANA DE MÓVEIS LTDA.

NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03/06/2020

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0104-06/20NF-VD

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. AGENTE FISCAL SEM A COMPETÊNCIA LEGAL PARA O ATO. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Instância ÚNICA. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 02/01/2017, 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 Decreto 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 nº 7.014/96, alterada pelas Leis nºs 8.534/02 e 12.917/13.

O Notificado apresenta peça defensiva, por meio de advogado, com anexos, às fls. 15/42, alegando que a impugnante, COMERCIAL BAHIANA DE MÓVEIS LTDA deixou de exercer as suas atividades desde meados de 2016, oportunidade em que o seu antigo ponto comercial foi cedido para instalação de uma das filiais da empresa TOP LAURO DE FREITAS COMERCIAL DE MÓVEIS LTDA, CNPJ nº 18.589.896/0002-32, conforme extrato expedido no site da SEFAZ/BA, ora anexado.

Prossegue afirmando que existiu erro do agente fiscal na indicação do endereço em que os equipamentos foram apreendidos, pois o preposto do fisco destaca que os equipamentos estão autorizados para uso da empresa J. PEREIRA LIMA, situado na Estrada do Coco, nº 3.024, local visitado pela fiscalização e onde ocorreu a apreensão. Contudo, o citado evento não possui qualquer relação com o antigo estabelecimento da notificada (Estrada do Coco, nº 3.092, loja 06), ocupado pela TOP LAURO DE FREITAS COMERCIAL DE MÓVEIS, desde julho/16.

Prossegue afirmando que se pode verificar através das DMA'S, as quais seguem anexas (referentes a 2016), que desde aquela época que esta empresa (a Notificada) não realiza qualquer operação mercantil, sendo incompreensível, portanto, a ilação extraída pela autoridade fiscal emitente da notificação ora questionada. Ademais, qualquer exame fiscal mais aprofundado, feito a partir das informações prestadas ao fisco pelas administradoras dos cartões de

débito/crédito, permite confirmar que a COMERCIAL BAHIANA DE MÓVEIS LTDA encerrou as suas atividades desde meados de 2016, portanto, jamais fez uso dos equipamentos apreendidos pelo equivocado agente fiscal.

Aduz que, o fato da inscrição estadual da notificada se encontrar ativa à época da diligência fiscal, não autoriza, de modo algum, o equivocado proceder da autoridade notificante. Sabe-se que o procedimento para se obter a baixa dos registros de qualquer estabelecimento mercantil envolve um longo percurso burocrático perante a Junta Comercial do Estado e órgãos fiscais de todos os níveis, e somente se conclui depois de superadas todas as pendências existentes, como ocorreu neste caso.

Finaliza a peça defensiva alegando que o único fato visto e provado, inclusive pela narrativa do fiscal notificante, é que os equipamentos em questão foram autorizados para uso da empresa J. PEREIRA LIMA EIRELI, CNPJ nº 14.688.184/0002-10, e que tais equipamentos foram vistos pelo agente fiscal em operação no estabelecimento desta empresa, assim nada justifica a emissão do referido Termo de Apreensão e muito a multa imposta a empresa que ora se defende. Pelos fatos expostos, requer que a presente justificativa seja integralmente acolhida, determinando-se, por conseguinte, o cancelamento da Notificação Fiscal nº 095188.0002/17-6 e da correspondente multa pecuniária.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige da Notificada 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.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo, são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

*(...)"*

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*(...)"*

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

*(...)"*

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

A Notificação Fiscal, ora em lide, registra a ocorrência da utilização irregular de dois equipamentos de controle fiscal pelo contribuinte COMERCIAL BAHIANA DE MÓVEIS LTDA, CNPJ 14.688.184/0002-10, os quais foram autorizados para uso no estabelecimento de razão social J. PEREIRA LIMA EIRELI - ME, CNPJ Nº 23.701.581/0001-94, tudo conforme descrição dos fatos, Termo de Apreensão e Ocorrências e Termo de Arrecadação de Bens e Transferência de Depositário) (fls. 01, 02 e 10). Cabendo destacar que a Notificação Fiscal foi emitida em 02/01/2017, por um Agente de Tributos Estaduais, lotado na IFMT METRO.

Conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte, constato que atualmente o Notificado se encontra na situação de “BAIXADO”. Contudo, na época da ação fiscal (02/01/2017), que resultou na apreensão dos dois equipamentos “POS”, era um estabelecimento que possuía inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “NORMAL” e apurava o imposto pelo regime de “CONTA CORRENTE FISCAL”. Dessa forma, no presente caso, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;*

*II - 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.”*

Cabe registrar, que no caso em tela, não se trata de fiscalização de **mercadorias** em trânsito, seja porque os equipamentos apreendidos são bens para utilização no estabelecimento, sem objetivo de mercancia; seja porque restou claro que o preposto do fisco estadual, na figura de um Agente de Tributos, ao apreender equipamentos auxiliares de controle fiscal (POS), realizou ação fiscalizatória dentro de um estabelecimento, o qual não era “MICROEMPRESA” ou “EMPRESA DE PEQUENO PORTE”, nem tampouco optante pelo “SIMPLES NACIONAL”, inclusive lavrando Termo de Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais (fl.08).

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar NULA a Notificação Fiscal nº 095188.0002/17-6, lavrada contra COMERCIAL BAHIANA DE MÓVEIS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2020.

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - (CONSEF)*

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR