

N.F. N° - 095188.0125/19-7

NOTIFICADO - PADARIA E MERCADO DO IMBUÍ LTDA

NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.08.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0200-06/20NF-VD

EMENTA: MULTA. USO DE EQUIPAMENTO “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. Infração não caracterizada. Falta de comprovação, nos autos, do uso irregular do equipamento apreendido. Inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Instância Única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 25/09/2019, 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” 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 na alínea “c” do inc. XIII-A do art. 42 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 anexos, às fls. 08/13, alegando que o Notificante não acrescentou os dispositivos inobservados e que lavrou duas infrações para a mesma coisa. Prossegue afirmando que o Termo de Apreensão, que estava sem numeração, não dava amparo para a pretensão do Notificante.

Aduz que esta autuação já foi lavrada pelo mesmo fiscal com o nº 095.188.00.66/19-0, de forma que está ocorrendo duas infrações para uma mesma ocorrência, o que entende como dissociado e desprovido de fundamentação. Citando, em seguida, o conteúdo do inc. XIII-A do art. 42.

Prossegue afirmando que os cupons fiscais extraídos e anexados pelo preposto fiscal possui as provas irrefutáveis, sem contar que não existe nos autos nenhuma prova da materialidade dos fatos.

Argumenta que o Termo de Apreensão foi lavrado em nome da empresa Padaria e Mercado do Imbuí, que já estava baixada, devendo ser aplicada a multa de R\$690,00, prevista no art. 42 da Lei 7.014/96, transcrita na sequência da peça defensiva.

Destaca que a empresa anterior, que já foi transferida, vendida, já se encontra baixada e com outro auto lavrado de nº 232.266.0338/190 e não mais funcionava no local, no caso, o estabelecimento que atualmente não mais pertencia aos atuais sócios.

Alega que o Fiscal entendeu e presumiu que o Notificado comercializou mercadorias, sem a emissão de documentos fiscais, não anexando nenhuma prova legal da suposta operação realizada. Prossegue ilustrando que o processo administrativo fiscal e sua instrução deverão estar pautados no Princípio da Verdade Material. Assim, para que o preposto da Fazenda capitule uma infração, deve comprovar a existência da mesma. Aduzindo que o Autuante não reuniu elementos suficientes para provar a materialidade da infração e utilizou da subjetividade para presumir uma suposta infração. Citando o conteúdo do inc. IV do art. 18, para embasar suas alegações.

No mérito, argumenta que o fiscal se baseou em suposições e que é possível verificar boa-fé objetiva do requerente, pois não realizou a ilicitude abordada.

Finaliza a peça defensiva, requerendo a nulidade do auto, mencionado os arts. 112 e 149 do CTN, frisando os incisos que tratam da capituloção legal do fato; a natureza ou as circunstâncias materiais do fato, bem como a extensão dos seus efeitos.

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\$13.800,00, 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, o 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, trata da ocorrência da utilização irregular de equipamento auxiliar de controle fiscal (POS) pelo contribuinte PADARIA E MERCADO DO IMBUÍ LTDA, CNPJ 031.809.392/0001-68, o qual foi autorizado para uso no estabelecimento de razão social MORIAH COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI, CNPJ Nº 21.962.136/0001-52, tudo conforme descrição dos fatos e Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 01 e 05).

Por meio da análise das peças constantes no processo, constato que o Termo de Apreensão e Ocorrências, s/nº, foi lavrado em **19/09/2019**; que a Notificação Fiscal foi emitida em **25/09/2019** e que os comprovantes de transações extraídos do equipamento apreendido, que serviriam para comprovar o uso irregular do equipamento, foi emitido em **10/10/2019**, ou seja, em data posterior à ação fiscal, que redundou na apreensão e consequente lavratura da Notificação.

Note-se que a infração resulta do uso irregular de equipamento auxiliar de controle fiscal, para que se configure a violação da proibição prevista no §11, do art. 202, do RICMS-BA/2012, e não da apreensão em estabelecimento diverso daquele para o qual esteja autorizado o uso, cuja vinculação se efetiva pelo número do Certificado Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

"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. "

Constata-se que, no presente caso, não restou plenamente caracterizada a conduta irregular do Notificado, referente a violação da proibição supracitada, posto que os comprovantes extraídos do equipamento têm **data posterior à apreensão e lavratura**, inexistindo, portanto, nos autos, elementos suficientes para se determinar com segurança, o cometimento da infração, por parte do Notificado.

Entendo que, no presente caso, cabia ao Estado/Administração, na pessoa do agente da fiscalização, a prova do uso indevido do equipamento, haja vista que a acusação fiscal trata da apreensão de equipamento que estava sendo utilizado irregularmente pela empresa Notificada. De fato, o Notificador não se desincumbiu desta prova.

Ressalte-se que compete ao Agente Fiscal apresentar as provas necessárias à demonstração do fato arguido, consoante determinação expressa no inciso II do art. 41 do RPAF/99, a seguir transcrita.

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

(...)

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. Trata-se de atividade vinculada.

Importante destacar, também, que existem limitações, quando do exercício das funções inerentes ao julgamento, conforme estabelecido no art. 153 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Noutras palavras, o Julgador deve se restringir aos elementos constantes do processo e ao exame das provas carreadas nos autos.

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

De tudo exposto, voto pela Nulidade 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 **NULA** a Notificação Fiscal nº **095188.0125/19-7**, lavrada contra **PADARIA E MERCADO DO IMBUÍ LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR