

N.F. N° - 095188.0055/17-2
NOTIFICADO - R. B. NETO MERCADO POPULAR - ME
NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02.10.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0275-06/20NF-VD

EMENTA: MULTA. USO DE EQUIPAMENTO “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. Infração insubstancial. Falta de comprovação, nos autos, do uso irregular dos equipamentos apreendidos. 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 04/07/2017, 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. Obs. Infração Fiscal referente a 02 ocorrência(s) de Penalidade Fixa de 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 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.

A Notificada apresenta peça defensiva através de advogado, com anexos, às fls. 25/54, começa alegando que o Ilmº Agente Fiscal descreveu os fatos como “Apreensão de dois (02) equipamentos REDE Serie nºs WZ046444 e 12307PP30150858, vinculados ao CNPJ 21.032692/0001 (Inapt), da empresa RFJ Comercial de Alimentos – Eireli, com endereço na Av. Aliomar Baleeiro, 30/Loja/A-Bairro/São Cristóvão/SSA/BA, sendo utilizados irregularmente pela empresa R. B. Neto Mercado Popular – Me, CNPJ 26.132.020/0001-00, com endereço na Av. Aliomar Baleeiro, 30/Loja/A, Bairro São Cristóvão/SSA/BA, em operações ou prestações (SIC) realizadas com o uso dos equipamentos TEF/POS por estabelecimento diverso do titular para qual esteja o TEF/POS vinculado”

Diz que os equipamentos que supostamente estariam servindo ao notificado de forma irregular por estarem supostamente vinculados a CNPJ diverso da notificada, estão VINCULADOS À PRÓPRIA AUTUADA como se verifica dos documentos em anexo.

Como meio de prova, requer ainda que seja oficiada a empresa fornecedora do equipamento para que comprove a titularidade dos equipamentos apreendidos, e desde quando estão vinculados à empresa autuada/notificada, conforme preconiza o art 133 do Código Tributário Estadual.

Junta ainda, neste ato, os extratos das máquinas apreendidas, para que reste comprovada a vinculação à autuada, ao contrário do que dispôs, com a devida vênia, de forma equivocada a autoridade autuante.

Face o exposto, requer seja julgada improcedente a autuação/notificação fiscal.

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.

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 N° 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 R.B. NETO MERCADO POPULAR -ME, CNPJ 026.132.020/0001-00, o qual foi autorizado para uso no estabelecimento de razão social R F J COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI, CNPJ N° 21.032.692/0001-20, tudo conforme descrição dos fatos e Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 01 e 02).

Por meio da análise das peças constantes no processo, constato a existência do Termo de Apreensão e Ocorrências, s/nº, lavrado em 03/07/2017, e uma cópia com a identificação dos equipamentos apreendidos (fl.03), não existindo os comprovantes de transações extraídos dos equipamentos apreendidos, documentos estes que serviriam para comprovar o uso irregular do equipamento, 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 à violação da proibição supracitada, posto que não existe no processo comprovantes extraídos dos equipamentos apreendidos, 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 Notificado 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 aos 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 095188.0055/17-2, lavrada contra **R. B. NETO MERCADO POPULAR – ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR