

N.F. Nº - 225064.0013/20-1  
NOTIFICADO - POSTO AUTO DO PARAGUAÇU LTDA  
NOTIFICANTE - MARCO AURÉLIO ALVES DE SOUZA  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01.02.2021

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0003-06/21NF-VD**

**EMENTA: MULTA.** USO DE EQUIPAMENTO “POS” (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO PARA O QUAL ESTEJA O “POS” VINCULADO. 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. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 28/04/2020, 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” 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, por meio de advogado, com anexos às fls. 10/20, alegando inicialmente a tempestividade da defesa e reproduzindo as informações contidas na Notificação Fiscal. Prossegue asseverando que não há que se falar em desatendimento à legislação, por suposta utilização irregular de equipamento “POS”. Entende que, no presente caso, se verificou uma adequação nas atividades do Requerente, com o escopo de atender à solicitação de interesse público, não se observando qualquer prejuízo à Administração Fazendária.

Aduz que o Notificado, que funciona 24 horas, está localizado no município de Itaberaba e próximo à cidade de Iaçú. Já a empresa Rosa e Ferrari Ltda., que integra o mesmo grupo do Requerente, localiza-se no município de Iaçú, bem próximo ao Auto Posto Paraguaçu. Assevera que o estabelecimento Rosa e Ferrari Ltda. faz uso de máquina com bandeira “Good Card”, a qual é usada para abastecimento de viaturas das polícias civil e militar, ambulâncias e veículos de órgão estatais.

Alega que, como o estabelecimento Rosa e Ferrari Ltda. funciona só até às 22hs, e eventualmente surge a necessidade de abastecimento de viaturas e ambulâncias, solicitou-se, em um dado

período, que fosse uma máquina mantida, no período noturno (após às 22hs) no estabelecimento do Notificado, a fim de possibilitar o abastecimento dos veículos supramencionados.

Destaca que o requerente tentou obter uma máquina da bandeira “Good Card”, o que não foi possível, haja vista que esta operadora não autoriza essa concessão a mais de uma empresa num raio de 30 km. Afirma, ainda, que a empresa Rosa Ferrari Ltda dista 02 km da Notificada.

Entende que a utilização eventual da máquina não implicou qualquer prejuízo à Administração Fazendária e cita o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, para embasar suas alegações.

Argumenta que, diante da inexistência de dolo ou má-fé, a multa aplicada é manifestamente exacerbada e de condão arrecadatório, e que o CONSEF, em situações análogas, vem aplicando a prerrogativa prevista no art. 42, §§ 7º e 8º da Lei 7.014/96, requerendo, por fim o cancelamento ou redução, para pagar 5% do valor cobrado.

Finaliza a peça defensiva peticionando a total improcedência do lançamento ou, no caso de condenação, a dispensa da multa ou redução em 95%.

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, registra a ocorrência da utilização irregular de equipamento auxiliar de controle fiscal “POS” pelo contribuinte POSTO AUTO DO PARAGUAÇU LTDA., CNPJ nº 027.831.709/0001-95, o qual foi autorizado para uso no estabelecimento de razão social ROSA E FERRARI COMBUSTÍVEIS LTDA., com CNPJ nº 26.585.163/0001-77, tudo conforme descrição dos fatos e Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 01 e 05). Cabendo destacar que a Notificação Fiscal foi emitida em 28/04/2020, por um Agente de Tributos Estaduais, lotado na IFMT NORTE.

Conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte (fl. 06), constato que o Notificado, à época da ação fiscal, 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 desta Notificação Fiscal, 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.”*

Resta patente que, no caso em tela, o preposto do Fisco, na figura de um Agente de Tributos, exerceu função fiscalizadora dentro de um estabelecimento, que não era microempresa, nem empresa de pequeno porte, tampouco optante do “SIMPLES NACIONAL”, apreendendo equipamento auxiliar de controle fiscal “POS”, o qual é um bem de uso do estabelecimento, sem objetivo de mercancia, ficando evidenciado não se tratar de uma fiscalização de mercadorias em trânsito.

Note-se que o caput do art. 42 do RPAF-BA/99 trata de “função fiscalizadora”, sem delimitar tipos de ações, sejam elas de maior ou menor amplitude (auditoria de exercícios/apurações de denúncias/diligências). Já o inciso II do mesmo artigo, especifica situação (trânsito de mercadorias) e tipos de estabelecimento que o Agente de Tributos Estaduais tem competência para constituir créditos.

Portanto, da leitura do dispositivo legal supramencionado, verifica-se que, no presente caso, a competência para exercer função fiscalizatória e constituir crédito tributário no estabelecimento POSTO AUTO DO PARAGUAÇU LTDA., CNPJ nº 027.831.709/0001-95 é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, quando da 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.

Nos termos expendidos, 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 **225064.0013/20-1**, lavrada contra **POSTO AUTO DO PARAGUAÇU LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2021

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR