

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0083-06/21NF-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-BA/99. 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, por meio de advogados, com anexos às fls. 14/35, requerendo inicialmente que todas as publicações do presente feito sejam realizadas em nome do advogado Ermíro Ferreira Neto, inscrito na OAB/BA, sob o nº 28.296, sob pena de nulidade.

Diz que a contribuinte foi notificada pelo Fisco Estadual sobre o argumento de que estaria utilizando irregularmente um equipamento de máquina de cartão de crédito, vinculado a um CNPJ distinto, pertencente a empresa Real Assessoria e Cobranças Amigáveis LTDA. Ocorre que inexiste qualquer razão ao Fisco, sendo a referida notificação claramente nula, em especial diante do fato de que a Contribuinte estava utilizando o equipamento de maneira regular, tendo em vista ter celebrado contrato com a referida empresa, que nada mais é do que uma terceirizada financeira, que atua dando suporte financeiro às empresas contratantes, inclusive por meio de disponibilização dos referidos equipamentos.

Assevera falta de correspondência entre os fatos descritos e a norma jurídica alegada como descumprida (art. 202 do RICMS/BA), haja vista que o “POS” não é um equipamento emissor de cupom fiscal e não possui o condão de interferir nas obrigações tributárias do Contribuinte.

Aduz que utiliza a máquina de cartão de forma regular, porque a empresa Real Assessoria e Cobranças LTDA é uma terceirizada responsável pelas finanças do Notificado, de modo que a

utilização da máquina de cartão com CNPJ pertencente à terceirizada se dá de maneira regular e acordada pelas partes. Prossegue afirmando que foram emitidas as Notas Fiscais relativas a cada uma das transações realizadas, caindo por terra qualquer sugestão de tentativa de “esconder” informações ao fisco.

Finaliza a peça defensiva solicitando: 1) a declaração de nulidade da Notificação, em razão da inocorrência de prática infrativa; 2) Caso não entenda pela nulidade, que seja revista a multa aplicada para advertência; e 3) caso não ocorra a reversão, que a penalidade seja reduzida aos limites da proporcionalidade e razoabilidade.

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 MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI, CNPJ 001.283.600/0003-39, o qual foi autorizado para uso no estabelecimento de razão social REAL ASSESSORIA E COBRANÇAS AMIGÁVEIS LTDA, CNPJ 40.557.308/0001-57, tudo conforme descrição dos fatos e Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 01 e 03). Cabendo destacar que a Notificação Fiscal foi emitida em 25/09/2019, por um Agente de Tributos Estaduais, lotado na IFMT METRO.

Conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte (fl. 07), 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 MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI, CNPJ 001.283.600/0003-39 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 095188.0124/19-0, lavrada contra MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR