

PROCESSO - N. F. Nº 232877.0120/22-9
NOTIFICADO - RESTAURANTE DA MINHA CUNHADA LTDA.
NOTIFICANTE - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/08/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0136-03/22NF-VD

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MÁQUINA POS (POINT OF SALE) NÃO VINCULADO AO SEU CNPJ. MULTA. Restou comprovado nos autos, que o Notificado realizou vendas via cartão de débito/crédito, utilizando POS não vinculado ao seu CNPJ. Infração caracterizada. Não acolhida nulidade arguida. Indeferido pedido de redução ou cancelamento da multa. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 11/04/2022, e exige crédito tributário no valor de R\$ 13.800,00, em decorrência da utilização indevida de Equipamento de Controle Fiscal – ECF, utilizando nas vendas em cartão de débito e crédito POS não vinculado ao seu CNPJ, conforme Termo de Apreensão anexo fl.03, aplicada multa fixa pelo equipamento assim utilizado. (Infração 060.005.002).

O notificado impugna o lançamento fiscal fls.10/19. Após repetir a acusação que lhe foi imputada e o respectivo enquadramento legal, diz que a infração não procede. Afirma que vem, por intermédio do seu advogado, procuração anexa, apresentar defesa, expondo e requerendo o quanto segue.

Aduz que fora recebida notificação da SEFAZ para apresentar defesa, constando no Auto de Infração que *“O contribuinte utilizou irregularmente o ECF ou qualquer outro equipamento que permita o controle fiscal, inclusive em operações ou prestações realizadas com o uso do 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. Contribuinte flagrado utilizando nas vendas em cartão de débito e crédito, POS não vinculado ao CNPJ, conforme Termo de Apreensão em anexo”*.

Entretanto, o Auto de Infração não merece prosperar, seja pelo indevido enquadramento legal ou cumprimento das obrigações legais, bem como pelas razões de mérito aqui a expor.

Informa que os documentos em anexo demonstram que rotineiramente, cumpre a determinação da SEFAZ, seja possuindo máquina de cartão de crédito e débito, bem como emitindo Cupom Fiscal referente a venda de seus produtos.

Desta forma, diz que tudo o que seria possível, vem sendo feito pela autuada, restando demonstrado que vem cumprindo as obrigações impostas, não tendo por que subsistir o presente Auto de Infração, razão pela qual roga pelo seu indeferimento e consequente arquivamento.

Caso este CONSEF entenda de forma diferente, roga seja concedido prazo para regularização das pendências, convertendo-se a presente autuação em advertência. Repete que com efeito, fora recebida a notificação desta SEFAZ, mas as alegações constantes, não são suficientes para a procedência do Auto de Infração, consoante passa a demonstrar.

Aduz que num primeiro momento, há de se ponderar, que não houve qualquer dano em decorrência dos fatos descritos no Auto de Infração, portanto, não há como ocorrer qualquer condenação neste sentido. Em consequência disto, a Autuada está abalizada sobre o princípio da

insignificância, que vem a ser uma orientação que não desconhece a antijuridicidade do fato, mas deixa de considerar a necessidade de intervenção punitiva, como preceitua lição do jurista Fernando de Almeida Pedroso.

“Muitas vezes, condutas que coincidem com o tipo, do ponto de vista formal, não apresentam a menor relevância material. São condutas de pouco ou escasso significado lesivo, de forma que, nesses casos, tem aplicação o princípio da insignificância, pelo qual se permite excluir, de pronto, a tipicidade formal, porque, na realidade, o bem jurídico não chegou a ser agravado e, portanto, não há injusto a ser considerado”.

Na linha dos ensinamentos citados, conceitua o princípio da insignificância como a norma que permite firmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem delitos de bagatela, despidos de reprovabilidade, de modo a não mereceram incidência da regra punitiva, exsurto, pois, como irrelevantes. Portanto, não tendo havido dano, a situação enquadra-se na hipótese do princípio da insignificância, razão pela qual requer o arquivamento do auto de infração.

Sustenta que da análise do Auto de Infração depreende-se que a mesma foi cuidadosa no sentido de ter recolhido todos os tributos, emitindo as respectivas notas fiscais. Repete que não houve qualquer dano, o que justifica a não imposição de penalidade. Por fim, caso assim não entendam os Julgadores, ainda que fosse considerada a infração, esta seria de menor potencial ofensivo, pelo que requer a aplicação da pena de advertência.

Assim, diante de tais explicações, diz que está totalmente equivocado o Auto de Infração, pelo que é imprestável para aplicação de qualquer penalidade, requerendo, desde já, o seu arquivamento.

Reproduz o enquadramento legal, para afirmar que analisando os referidos artigos legais, verifica que estes são inaplicáveis ao presente caso, seja por estarem revogados ou não ter o devido enquadramento do que consta no Auto, consoante passa a expor.

A princípio, diz que o art. 202, caput e seus § 3º, 5º, 8º, 9º, 10º e 11º do RICMS do Estado da Bahia, estão revogados, conforme cópia em anexo, pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, efeitos a partir de 08/12/2020. Assim, sendo dispositivo legal revogado, não possui o auto, o devido embasamento, pelo que o torna nulo.

Já o art. 34, XV e 35, da Lei 7014/96, também não servem como base para o auto, vez que são genéricos, sem aplicação ao presente caso concreto. Portanto, diz que o embasamento legal para o Auto de Infração é frágil, vez que artigos não específicos, ou ainda, revogados, pelo que deve ser cancelada a referida multa.

Entende que o Auto de Infração vai de encontro a Constituição Federal, vez que não traz todos os elementos necessários para o contraditório e a ampla defesa, notadamente por não possuir o correto embasamento legal. Sobre o tema cita jurisprudência que entendeu pela nulidade de Auto. Como exemplo, diz que a Lei nº 9.847/99, prevendo que o Auto deve conter todos os elementos necessários ao oferecimento da ampla defesa, consoante se extrai do art. 13 que transcreve. Diz que esta lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, parágrafo único, incisos I, III e IX, que reproduz. Portanto, tratam-se de princípios e determinações de observância obrigatória pela Administração Pública direta ou indireta, o que não ocorreu neste processo pois, evidenciado está, que o agente fiscalizador, por qualquer motivo que a Defendente desconhece, não enquadrando legalmente a infração da forma preceituada em lei, não atendendo as formalidades essenciais à garantia dos direitos de ampla defesa e do contraditório.

Assim sendo, afirma ser perceptível, mais uma vez, a forma incompleta, inexata e obscura utilizada pelo Fiscal para a exposição do embasamento legal para a lavratura do presente Auto de Infração, ferindo os critérios de objetividade e exigidos pelos princípios e pelo direito, dificultando assim, o amplo exercício dos direitos do administrado. Acrescenta ainda, como

violado o inciso LV do artigo 5º da Carta Maior, onde são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Deve portanto, ser declarada a invalidade do Auto de Infração por irregularidades no seu aspecto formal e por vícios de legalidade, declarando a anulação do mesmo, conforme reza o artigo 53 da lei 9.784/99, Lei do Processo Administrativo Federal.

Ante o exposto, requer o cancelamento do Auto de Infração, sendo o Processo Administrativo julgado Improcedente, pelas razões de mérito e de direito apresentadas no bojo desta peça de defesa. Requer, ainda, a conversão da multa em advertência.

Por fim, e mais uma vez observando o princípio da eventualidade, no caso de procedência deste Auto de Infração, requer seja concedido prazo de 90 (noventa) dias para se solucionar eventuais pendências porventura existentes.

Cabe registrar, a presença do patrono do Notificado na sessão de julgamento realizada por videoconferência, Dr. Luis Fernando Suzart, OAB/BA nº 17.834, que realizou a sustentação oral.

VOTO

A presente Notificação Fiscal impõe multa no valor de R\$ 13.800,00, em decorrência da utilização indevida de Equipamento de Controle Fiscal – ECF, utilizando nas vendas via cartão de débito e crédito, POS não vinculado ao seu CNPJ, conforme Termo de Apreensão anexo fl.03, aplicada multa fixa pelo equipamento assim utilizado. (Infração 060.005.002).

O defendente arguiu nulidade. Disse que o dispositivo utilizado para enquadramento legal, além de serem inaplicáveis ao presente caso, estão revogados, o que tornaria o presente lançamento fiscal nulo. Acrescenta que o embasamento legal é frágil, vez que os artigos não são específicos, ou ainda, revogados, pelo que deve ser cancelada a referida multa.

Da análise da infração imputada ao Notificado e dos elementos que compõem a presente Notificação Fiscal, verifico que a fiscalização utilizou o seguinte enquadramento legal: art. 202, caput e seus §§ 3º, 5º, 8º, 9º, 10 e 11 do RICMS/12 do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 13.780/12 c/c inciso XV do art. 34, e art. 35 da Lei 7014/96. Como tipificação da multa, constou o art. 42, inciso XIII-A, letra “c”, item 1.4 da Lei 7014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 12.917/13.

De fato, os artigos regulamentares citados se encontram revogados. Entretanto, é importante registrar que o erro na indicação de dispositivos regulamentares não implica nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99, que abaixo transcrevo para maior clareza, visto que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Assim determina o art. 19 do RPAF/99, *in verbis*:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Observo que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal e o autuado entendeu a irregularidade que lhe foi imputada e se defendeu citando a natureza da infração e reputando insignificância ao valor da multa que lhe foi aplicada.

Dessa forma, afasto as nulidades arguidas direta ou indiretamente pelo Notificado, considerando que o lançamento de ofício ora apreciado se encontra com os pressupostos materiais necessários para sua validade jurídica.

O Notificante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, a fundamentando com a indicação do documento que lastreou a acusação fiscal, assim como indicou o fundamento de direito.

Examinando a presente Notificação Fiscal, não identifiquei violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados

nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos da correspondente infração.

O defendente ponderou, que não houve qualquer dano ao Erário em decorrência dos fatos descritos na Notificação Fiscal, portanto, não há como advir qualquer condenação neste sentido. Em consequência disto, está abalizada sobre o princípio da insignificância, que vem a ser uma orientação que não desconhece a antijuridicidade do fato, mas deixa de considerar a necessidade de intervenção punitiva.

Sobre esta alegação, saliento que a penalidade aplicada ao notificado é legalmente prevista para a irregularidade apurada. Assim estabelece o art. 42, inciso XIII-A, letra “c”, item 1.4 da Lei 7014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 12.917/13, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

c) R\$ R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais):

1. ao contribuinte que:

1.4. utilizar equipamento para pagamento via cartão de crédito ou de débito que não esteja vinculado ao estabelecimento onde ocorreu a operação;

Da simples leitura dos dispositivos legais acima transcritos, podemos constatar que o legislador não vinculou a aplicação da penalidade em discussão a dano ou prejuízo ao Erário. Por outro lado, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Quanto ao alegado princípio da insignificância, ressalto que a atividade dos agentes do fisco é vinculada e não existe previsão legal para que o pleito do defendente seja acolhido.

Observo que de acordo com o § 3º, do art. 40 da Lei 7.014/96, a responsabilidade por infração referente ao ICMS, independe da intenção do agente ou beneficiário, da natureza e extensão dos efeitos do ato. Portanto, responde pela infração quem tenha incorrido de qualquer forma para a sua prática ou dela se beneficie.

O defendente requereu ainda, a conversão da multa em advertência, e em caso de procedência desta Notificação Fiscal, fosse concedido prazo de 90 (noventa) dias, para solucionar eventuais pendências existentes.

Observo que o defendente teve o prazo legalmente concedido para realizar sua defesa e esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para dispensar multa por descumprimento de obrigação tributária, nos termos do art. 158 do RPAF/99.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **232877.0120/22-9**, lavrada contra **RESTAURANTE DA MINHA CUNHADA LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$ 13.800,00**, prevista no inciso XIII-A, alínea “c”, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS — JULGADOR