

A. I. N° - 232232.0103/19-7
AUTUADO - HERNANEE SOUZA BORGES
AUTUANTE - JACKSON FERNANDES DE BRITO
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0269-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. MULTA FIXA. USO DE EQUIPAMENTO "POS" (POINT OF SALE) POR ESTABELECIMENTO DIVERSO AO QUAL ESTEJA O "POS" VINCULADO. O autuado não logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2019, refere-se à cobrança de multa em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 60.05.02: *“O 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”.*

Consta ainda na descrição dos fatos a seguinte informação: *“No exercício das nossas funções fiscalizadoras, nos termos da legislação em vigor, em diligência ao endereço Rua Eunápolis, n° 775, bairro Cidade Santa Cruz II, município de Luiz Eduardo Magalhães, tentando localizar a empresa que ali funcionava anteriormente, deparamos com a empresa recém instalada na referida localidade, Hernnee Souza Borges, que após as devidas averiguações fiscais, constatamos que a referida empresa Hernanee S. Borges Eireli, CNPJ n° 08.667.204/0001-92. Portanto efetuamos a apreensão dos referidos equipamentos, bem como os últimos cupons por eles emitidos, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, desta data, a fim de promovermos a devida regularização fiscal, além de servirem como prova material da referida infração. Dessa forma, lavramos o presente Auto de Infração, contra o contribuinte supra, tendo em vista exigirmos o recolhimento dos valores da multa formal pela infração, conforme determina o RICMS do estado da Bahia”.*

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 17 a 30 após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA – OAB/BA 44.711, e dirigidas ao endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade.

Após transcrever o teor da infração diz que a mesma não merece prosperar pelos seguintes motivos:

1º) O sujeito passivo não pertence ao regime do Simples Nacional, pois apura o ICMS pelo regime normal, ou seja, pela conta corrente fiscal, portanto falta-lhe competência legal para exigência do tributo, uma vez que a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento, conforme consta do endereço do autuado e não contra a empresa transportadora;

2º) A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento e não no trânsito de mercadorias, e, portanto, faltando o atendimento às formalidades inerentes à fiscalização de estabelecimento, a exemplo de intimação ou termo de início de fiscalização, como o CONSEF, de acordo com

Ementas que transcreveu.

Acrescenta que, como se no decorrer desta peça impugnativa, foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal sub examine, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em tela, razão pela qual este Egrégio Órgão Julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Fala sobre a função fiscal e diz que a mesma está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. É por isso que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possui, levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Em seguida aduz que, do exame dos dados cadastrais relacionados com o sujeito passivo autuado nota-se que se trata de empresa do tipo “normal”, optante pelo sistema de apuração via conta corrente fiscal, com base no cotejamento entre os débitos e créditos fiscais.

Assim, não se trata de microempresa ou empresa de pequeno porte, adstrita ao regime jurídico conhecido como “Simples Nacional”. Provido de tais características, não poderia o contribuinte sofrer a cobrança por parte do agente fiscal autuante, por faltar a este último competência legal para assim fazê-lo, consoante determina expressamente o comando disposto no art. 7º, III da Lei 8.210/2002, com redação modificada pela Lei 11.470/2009, ao dizer que faz parte da competência dos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos integrantes do Simples Nacional. Comando replicado no art. 42, II do RPAF-BA. Vale dizer, o de competir aos agentes de tributos estaduais, a constituição de créditos tributários resultantes da fiscalização de mercadorias em trânsito e das microempresas e empresas de pequeno porte, que sejam optantes pelo Simples Nacional. Igual disposição se encontra no art. 107, § 3º do COTEB, cujo teor transcreveu.

Tal vício de forma, acarreta a nulidade do procedimento, porque está a empresa cadastrada como contribuinte normal. Neste sentido, a nulidade do auto de infração vem sacramentada pela disposição do art. 18, I do RPAF-BA, assim como em decisões deste Conselho, cujas Ementas copiou.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento não só do Órgão Julgador Administrativo Baiano, como do Poder Judiciário, no sentido de que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que a constituição do crédito tributário é de competência exclusiva dos Auditores, salvo as exceções indicadas em Lei, a exemplo de créditos tributários lançados sobre as microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes do Simples Nacional, ou no caso de mercadorias em trânsito, o que não é o caso em comento, uma vez que a autuada é estabelecimento comercial.

Salienta que a lei estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na lei 8.210/2002 e nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, que passaram a vigorar com a redação, que copiou.

Afirma que como é cediço o auto de infração é ato formal e conclusivo do lançamento, exigível quando apurada infração legislação tributária, via de regra precedido de uma série de outros atos, todos voltados à verificação da ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo, quantificação da base de cálculo e proposição da penalidade cabível, não se podendo entender, portanto, o auto de infração exclusivamente como a peça que encerra o procedimento fiscalizatório.

Tendo em vista as irregularidades procedimentais e processuais já elencadas, à luz do quanto acima exposto, restando demonstrado que a autuação se encontra inquinada de vícios insanáveis, no que se refere à incompetência legal do servidor que praticou o ato de fiscalização, que deveria ter sido praticado por auditor fiscal, uma vez que o art. 18, incisos I e IV “a”, do RPAF/BA, dispõem, serem inválidos os atos praticados por servidor incompetente.

Assevera que de acordo com o constante no corpo do auto de infração em apreço, o nobre autuante desenvolve ação fiscal de trânsito no estabelecimento do sujeito passivo. Tal assertiva encontra-se comprovada não só na descrição dos fatos, mas também na própria descrição da infração, ou seja, procede fiscalização típica de trânsito no estabelecimento da empresa HERNANEE SOUZA BORGES. Porque se assim não fosse, e se efetivamente a ação fiscal fosse desenvolvida no trânsito, a autuação deveria recair sobre o transportador, jamais sob o estabelecimento autuado.

O que se verifica é que o AUTO DE INFRAÇÃO MODELO 4, ESPECÍFICO PARA FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO DE MERCADORIAS, foi lavrado para alcançar operações de comércio, deixando de observar aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício como a lavratura de termo de início de fiscalização que materialize a fiscalização de estabelecimentos.

Destarte, observa-se na constituição da acusação, vícios formais e materiais de procedimentos que inquinam a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal, quando se verifica que o e autuante desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito.

Assevera estar diante da INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO AGENTE FISCAL, para a prática de PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO TÍPICOS DE AUDITORIA FISCAL DE ESTABELECIMENTO, uma vez que, a acusação fiscal não foi verificada no trânsito de mercadorias, E SIM, NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EVIDENCIADO, NO CASO DOS AUTOS, OFENSA AO ART. 18, INCISOS I E IV, “A” DO RPAF/BA.

Frisa que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, em que o Agente Fiscal deve agir nos estritos termos da legislação, vê-se que o ICMS é um imposto que tem como fato gerador, em síntese, “a circulação de mercadorias e serviços”. A fiscalização está investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício (art. 142 do CTN), atua, em linha geral, em duas perspectivas. A primeira, na busca de fatos pretéritos, ou seja, já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador.

Diante desta situação, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, para melhor desenvolver suas atividades, divide as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, isto é, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 4, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa. A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte.

A constatação de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 3. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal definido no RPAF/BA, sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica.

Corroborando com tal situação, a própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, modelo 3 por Agentes Fiscais atuando em estabelecimento de empresas; modelo 4 por Agentes Fiscais atuando em atividades no trânsito de mercadorias. Transcreve Ementas deste Conselho, que no seu entender corrobora com a sua tese.

Diante do exposto, o lançamento de ofício em comento deve ser declarado NULO, por inobservância do devido processo legal.

Finaliza requerendo a decretação da NULIDADE TOTAL do referido auto de infração, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA. Todavia, caso assim não entenda este Órgão julgador, o que somente se admite “AD ARGUMENTANDUM TANTUM”, postula pela IMPROCEDÊNCIA da infração,

constante do auto de infração em tela.

Com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA – OAB/BA 44.711, e endereçadas a este no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

O Inspetor Fazendário da IFMT Sul presta Informação Fiscal, às fls. 40 a 42 afirmando que o impugnante encontra-se inscrito no cadastro do ICMS do estado da Bahia, na condição de MICROEMPRESA, desde 18/01/2019, apura o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade econômica principal 4721102- Padaria e confeitaria com predominância de revenda, possuindo ainda mais três atividades consideradas secundária.

Quanto a alegada incompetência do Agente de trânsito para lançar tributo afirma que o próprio impugnante já comprova a validade da autuação citando o art. 107 da Lei 8.202/2002, que traz a competência do Agente de Tributos para constituição de créditos tributários nos estabelecimentos de microempresas.

Assim, entende não assistir razão à impugnante e requer a Procedência Total do Auto de Infração.

VOTO

O ato infracional imputado ao autuado diz respeito à utilização irregular do 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”.

Na complementação descritiva da infração a Fiscalização consignou que: “em diligência ao endereço Rua Eunápolis, nº 775, bairro Cidade Santa Cruz II, município de Luiz Eduardo Magalhães, tentando localizar a empresa que ali funcionava anteriormente, deparamos com a empresa recém instalada na referida localidade, Hernnee Souza Borges, que após as devidas averiguações fiscais, constatamos que a referida empresa Hernanee S. Borges Eireli, CNPJ nº 08.667.204/0001-92. Portanto efetuamos a apreensão dos referidos equipamentos, bem como os últimos cupons por eles emitidos, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, desta data, a fim de promovermos a devida regularização fiscal, além de servirem como prova material da referida infração”.

O impugnante argui a nulidade da ação fiscal sob o argumento de que a empresa é optante pelo sistema de apuração via conta corrente fiscal, portanto, não poderia sofrer a cobrança por parte do agente de tributos, pois a ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, e não no trânsito.

Assevera que nos termos do art. 7º, III da Lei Estadual nº 8.210/2002, o agente de tributo possui atribuição de executar procedimentos de fiscalização de receitas estaduais no trânsito de mercadorias, e nas empresas optantes pelo Simples Nacional.

De fato, de acordo com a citada legislação a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio e/ou indústria é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do auto de infração, mesmo que o contribuinte seja uma microempresa ou mesmo empresa de pequeno porte que tenha feita a opção de não se enquadrar no Simples Nacional.

Ocorre que no presente caso, restou caracterizado que apesar da irregularidade ter sido detectada no estabelecimento da empresa autuada conforme atesta o “Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos”, fl. 43, trata-se de uma ação fiscal típica de trânsito de mercadorias, onde o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavrou o flagrante, impondo a exigência fiscal em relação ao ato que presenciou.

Na situação presente constato que a fiscalização flagrou o contribuinte utilizando equipamentos POS/TEF, leitores de cartão de crédito pertencentes a empresa Hernane S. *Borges Eireli*, CNPJ nº 08.667.204/0001-92. Tais equipamentos foram apreendidos pela fiscalização conforme atesta o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos”, fl. 04, assinado em 28/08/2019, pela autoridade Fiscal, que exerce o cargo de Agente de Tributos Estaduais e pelo detentor dos equipamentos.

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário, à época dos fatos geradores.

A Lei Estadual nº 11.470/09, que alterou o Código Tributário deste Estado, determina:

Art. 1º Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º 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. (grifo não original)

§ 3º 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.

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

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.

E a Lei nº 11.470/09, de igual forma, ainda alterou dispositivos da Lei nº 8210/2002, especificadamente os incisos II e III do seu art. 7º (atribuições do agente de tributos estaduais), que passou a ter a seguinte redação:

Art. 2º Ficam alterados dispositivos da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

I

...

II - incisos II e III do art. 7º:

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

Da leitura dos dispositivos legais acima expostos verifica-se que a competência para a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias de trânsito era da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, razão pela qual não há que se falar em vício do ato por incompetência do agente preposto autuante.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, rejeito os

pedidos formulados pelo impugnante.

No mérito, observo que o sujeito passivo apenas nega o cometimento da infração, entretanto, a mera negativa do cometimento do ilícito não desonera o sujeito passivo tributário de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme comando do art. 143 do RPAF/BA.

Por outro lado, observo que de acordo com a legislação é imprescindível a existência da vinculação do equipamento “POS” com o número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário, conforme previsto no § 11, do art. 202, do RICMS-BA/2012, a seguir transcrito.

“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.”

Portanto, no presente caso, restou plenamente qualificada a conduta irregular do Autuado, ao violar a proibição prevista no citado dispositivo legal, utilizando equipamento não vinculado ao seu CNPJ, o que enseja a aplicação da penalidade prevista no inciso.

Como consequência, o descumprimento da aludida obrigação acessória tem como sanção, a multa de R\$ 13.800,00, prevista no item 1.4 da alínea “c”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, 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\$ 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;

[...]

§ 9º Para os efeitos deste artigo, considera-se:

I - equipamento de controle fiscal, os equipamentos do tipo máquina registradora, impressora fiscal (PDV-modular), terminal ponto de venda (PDV) e equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

II - programa aplicativo, o programa de processamento de dados desenvolvido para envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal;”

Assim, de acordo com o constante no referido Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos” foram apreendidas quatro máquinas de cartão, sendo duas da operadora “Cielo” e duas da operadora “Rede”, devendo ser exigido o valor de R\$ 55.200,00 (R\$ 13.800x4), como procedeu à fiscalização.

Relativamente ao pedido do impugnante para que as intimações sejam entregues ao seu advogado, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade dos atos processuais, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232232.0103/19-7**, lavrado contra **HERNANEE SOUZA BORGES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 55.200,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, “c” da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis 8.534/2002 e 12.917/2013, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 18 de dezembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA