



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº 133.171.2013-4

Recurso VOL/CRF N.º 500/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida: MODA CARIOCA CALÇADOS E ACESSÓRIOS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: ISABEL JOSELITA BARBOSA DA ROCHA

Relatora: CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

ECF – NÃO EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO. IMPROPRIEDADE NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. ACUSAÇÃO EIVADA DE VÍCIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O lançamento que apresenta vício de forma configurada pelo equívoco na descrição do fato infrigente deve ser declarado nulo, devendo ser realizada a constituição regular do crédito tributário mediante novo feito fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M pelo recebimento do Recurso **HIERÁRQUICO**, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou **NULO** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001700/2013-81**, lavrado em 14/10/2013, contra a empresa **MODA CARIOCA CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.**, inscrição estadual nº **16.162.921-0**, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

À repartição preparadora, com fulcro no art. 18 da Lei nº 10.094/2013 e art. 10, inciso VI, do Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, caberá as providências necessárias à realização de novo feito fiscal, com a correta descrição da infração, nos termos da legislação tributária aplicável.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 de janeiro de 2016.

Roberto Farias de Araújo

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO .

Assessora Jurídica

Relatório

Em exame o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001700/2013-81, lavrado em 14/10/2013, contra a empresa MODA CARIOCA CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA., inscrição estadual nº 16.162.921-0, onde consta a seguinte denúncia:

ECF – NÃO EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO POR CARTÃO >> O contribuinte está sendo autuado por deixar de emitir, pelo equipamento ECF, o comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado por cartão de crédito ou débito, nos termos da legislação vigente.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO POR FAZER USO DO EQUIPAMENTO POS REDECARD Nº 528652358, CONTRARIANDO O QUE REZA O ART. 338, §6º do RICMS/PB.

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao **art. 369**, do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e art. 1º do Decreto nº 22.275/01, sendo proposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 7.214,00**, com fulcro no **art. 85, VII, “r”, da Lei nº 6.379/96**.

Instruem os autos, OSS nº 93300008.12.00008810/2013-24, Termo de Visita e Verificação de Regularidade Fiscal nº 29, Comunicado e Termo de Apreensão de Equipamentos, Notificação para regularização de situação de TEF ECF, com ciência pessoal dada pelo contribuinte em 23/12/2013, Comprovantes de extrato emitidos por POS e Extratos de Equipamento Por Usuário de ECF e Dados do Contribuinte, emitidos pelo sistema ATF.

Cientificado da autuação por via postal, em 17/10/2013 (*anexo à fl.8*), o contribuinte não apresentou defesa, tornando-se revel, consoante Termo de Revelia lavrado em 25/11/2013 (*fl.9*).

Sem registro de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo estes distribuídos à julgadora fiscal, **Adriana Cássia Lima Urbano**, que, após apreciação e análise, concluiu que o enquadramento do suporte fático ao art. 369 do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, combinado com o art. 1º do Decreto nº 22.275/01, “... *que a denúncia não identifica com precisão qual a natureza da infração, visto divergir da descrição constante em nota explicativa, impossibilitando à autuada identificar com precisão do que está sendo acusada, cerceando o seu direito de defesa.*”, exarou sentença (*fls.13 a 15*) julgando o Auto de Infração **NULO**, nos termos do entendimento descrito a seguir.

“REVELIA – IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO.

Quando a peça acusatória determina de forma imprecisa a natureza da infração, apresenta-se viciada em sua forma, fato este suficiente para ensejar a nulidade.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO.”

Regularmente cientificado da sentença singular, por via posta, conforme AR, datado de 13/2/2014 (*fl.20*), o contribuinte não apresentou recurso voluntário.

Seguindo critério regimental previsto, os autos foram, a mim, distribuídos, para análise e decisão.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Hierárquico, interposto contra decisão de primeira instância que julgou NULO o Auto de Infração de nº 93300008.09.00001700/2013-81, lavrado em 14/10/2013, contra a empresa em epígrafe, com exigência do seguinte crédito tributário:

=> Crédito Tributário ICMS			MULTA	TOTAL
Obrigação Acessória (POS)	0		7.214,00	7.214,00
Total	0		7.214,00	7.214,00

Versam os autos sobre acusação por descumprimento de obrigação acessória, em razão de a autuada não emitir o comprovante de pagamento de operação ou prestação por cartão de crédito ou débito, complementada por Nota Explicativa, a qual descreve a ocorrência de comunicação e apreensão de equipamentos *POS – Point Off Sale* sendo utilizados pelo autuado sem autorização fazendária.

Com relação à infração em análise, devo concordar com a decisão monocrática que anulou o lançamento tributário consignado no libelo acusatório, em virtude da presença de falhas na autuação, mais precisamente, na determinação da natureza da infração, quando o autuante descreve o fato infringente de forma confusa. Essa confusão reside no fato de a descrição da infração na peça acusatória (ECF – NÃO EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO POR CARTÃO) apresentar divergência com o fato descrito em sua Nota Explicativa (UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE EQUIPAMENTO POS, QUANDO DEVERIA UTILIZAR A TRANSFERENCIA ELETRONICA DE FUNDOS-TEF), levando-se à imprecisão na determinação da infração e incerteza para o contribuinte quanto a acusação declarada, se por falta de emissão de cupom fiscal decorrente de venda realizada por cartão de débito/crédito, ou se por utilização indevida de equipamento *POS*, cerceando assim o amplo direito de defesa do autuado.

Com efeito, analisando os documentos acostados aos autos (Termo de Visita e Verificação de Regularidade Fiscal nº 66, Comunicado e Termo de Apreensão de Equipamentos, Notificação para regularização de situação de TEF ECF), concluo que a correta acusação, à época, no presente caso, seria a de “POS – USO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO”, capitulada como inobservância ao disposto no art. 338, §6º, do RICMS-PB aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, combinada com as disposições do art. 2º do Decreto nº 22.275/2001 e do art. 1º da Portaria nº 145/GSER, de 17.7.2013, *in verbis*:

“RICMS-PB:

Art. 338. *Os estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica, não contribuinte do imposto estadual, estão obrigados ao uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF.*

(...)

§ 6º *As vendas realizadas através de cartão de débito ou crédito deverão ser efetuadas através de*

dispositivos de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, interligado ao ECF, de forma que a impressão do comprovante de pagamento se dê, exclusivamente, através do ECF, sendo vedado o uso de equipamentos POS (Point of Sale), excetuando-se os casos previstos em portaria do Secretário de Estado da Receita.”

“Decreto nº 22.275/01:

Art. 2º *A impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao uso de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF) deverá ocorrer obrigatoriamente no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS) que possua recursos que possibilitem ao contribuinte usuário a não emissão do comprovante.”*

“Portaria nº 145/GSER/2013

Art. 1º *Caberá à fiscalização, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, apreender os POS (Point of Sale) que se encontrarem em uso em desacordo com a legislação tributária, adotando os seguintes procedimentos:*

I - extrair do POS (Point of Sale) o registro das vendas efetuadas;

II – verificar se há registro no equipamento apreendido que identifique o CNPJ ao qual esteja vinculado;

III – preencher o Termo de Apreensão e lavrar Auto de Infração por uso indevido de equipamento não autorizado pela Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996 e Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930, de 19 de junho de 1997;

IV – em sendo o equipamento identificado como não pertencente ao estabelecimento vistoriado, a fiscalização deverá levantar todas as vendas registradas, autuar aquele que operava o POS (Point of Sale) no momento da apreensão e emitir Representação Fiscal para Fins Penais, fazendo constar desta, na condição de responsável solidário, o dono do equipamento retido;

V – no caso previsto no inciso IV, por constituir-se elemento de prova no julgamento dos processos administrativos e judicial, o equipamento só poderá ser liberado, após a decisão definitiva e irreversível desses.”

Por essas razões, entendo que agiu erroneamente a fiscalização ao enquadrar o acusado na infração de “ECF – NÃO EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO POR CARTÃO”, quando, em verdade, ocorria a utilização de POS sob forma vedada pela legislação tributária.

Dessa forma, perfilando o entendimento da instância monocrática quanto a descrição da infração denunciada, recorro ao texto normativo dos arts. 15, 16 e 17, inciso II, da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal quando ocorrer equívoco na descrição do fato infringente, na hipótese de incorreções que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal** na acusação, passível de novo procedimento fiscal, como se vê nos textos normativos transcritos abaixo:

“Art. 15. *As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.*

Parágrafo único. *Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.*

Art. 16. *Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.*

Art. 17. *Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:*

(...)

II - à descrição dos fatos;

(...)”

Nesse sentido já decidiu, esta Egrégia Corte Fiscal, em recente voto desta relatoria em demanda de mesma natureza, cuja ementa transcrevo abaixo:

“ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. DENÚNCIA DIVERSA DA INFRAÇÃO CONSTATADA - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MANTIDA DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

É considerado nulo o auto de infração que se apresente com erro na determinação da natureza da infração, visto que a denúncia formulada deve se subsumir ao fato infringente constatado, cabendo a realização de novo lançamento fiscal por parte da Fazenda Estadual.” (Acórdão 098/2015. Recurso HIE/CRF-085/2014).”

Por fim, entendo justificada a ineficácia do presente feito fiscal, diante das citadas razões que caracterizam a NULIDADE do referido Auto de Infração de Estabelecimento, restando, assim, à Fazenda Estadual, o direito de refazê-lo, nos moldes regulamentares exigidos.

Em face do acima exposto,

V O T O pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou **NULO** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001700/2013-81, lavrado em 14/10/2013, contra a empresa MODA CARIOCA CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA., inscrição estadual nº 16.162.921-0, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente contencioso tributário.

À repartição preparadora, com fulcro no art. 18 da Lei nº 10.094/2013 e art. 10, inciso VI, do Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, caberá as providências necessárias à realização de novo feito fiscal, com a correta descrição da infração, nos termos da legislação tributária aplicável.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 25 janeiro 2016.

ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO

Conselheiro Relator