Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 089.794.2013-7
Recursos HIE/VOL/CRF Nº 780/2014
1ª Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP
1ª Recorrida:BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA.
2ª Recorrente:BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA.
2ª Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS - GEJUP
Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE
Autuante:MARIA DO SOCORRO CONSERVA ARRUDA
Relator:CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ERRO NA DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE. VÍCIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A peça acusatória contendo lançamento tributário em que consta erro na descrição do fato se apresenta viciada no aspecto formal, insuscetível de correção nos próprios autos, devendo ser declarada nula, sem prejuízo de novo feito fiscal, com a correta narrativa do fato delituoso.

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

A C O R D A M os membrosda **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos recursos hierárquico**,** por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e prejudicada a análise do segundo, pelo vício de natureza formal identificado, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001043/2013-72, lavrado em 11 de julho de 2013, contra a empresa BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA. (CCICMS: 16.163.355-2), qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Contudo, **ressalvo** a realização de um novo procedimento acusatório**,** em função do vício formal acima indicado, com fulcro no art. 173, II, do CTN.

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 05 de maio de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO .

Assessora Jurídica

#R E L A T Ó R I O

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001043/2013-72, lavrado em 11 de julho de 2013, contra a empresa BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA. (CCICMS: 16.163.355-2), em razão da seguinte irregularidade identificadas nos exercícios de 2013 e 2014, conforme a descrição dos fatos, abaixo transcritos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADE NO USO DO ECF >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

NOTA EXPLICATIVA:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO PELO TOTAL DA RECEITA LEVANTADA NAS OPERAÇÕES REALIZADAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO DOS EQUIPAMENTOS POS IDENTIFICADOS EM UTILIZAÇÃO EM SEU ESTABELECIMENTO, QUANDO NÃO PERTENCIA AO MESMO, POIS O CNPJ IMPRESSO NOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO É DE OUTRO ESTABELECIMENTO (06.152.018/0001-95) DESCUMPRINDO A PORTARIA Nº 128/GSER – DOE 18/06/13.

Pelo fato, foi enquadrada a infração ao artigo 106, II, “a”, c/c, art. 376 e art. 379, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, sendo proposta aplicação de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo um crédito tributário no valor de R$ 1.711.191,66, sendo R$ 570.397,22 de ICMS, e R$ 1.140.794,44 de penalidade por infração.

Demonstrativos e provas documentais juntados pela fiscalização às fls. 6 e 7.

Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais para o contribuinte autuado, constando como responsável solidário Maria Verediana Costa Barbosa, dono dos equipamentos POS denunciados, em conformidade com o art. 6º, IV, da Portaria 128/GSER, de 18/06/2013, por meio do Processo nº 0897952013-1, em apenso.

Cientificada da acusação por via postal, por meio de Aviso de Recebimento – AR, fl. 05-A, recepcionado em 17/7/2013, a autuada apresentou defesa tempestiva, protocolada em 15/8/2013, fls. 11 a 15, em que alega, em suma, não haver subsunção do fato à norma de regência, bem como, quanto à penalidade, que, neste ponto, teria havido uma solicitação de diligência fiscal, nº 10400162013-3, fls. 17 a 18, no sentido de que fosse apresentada documentação que demonstre quais vendas teriam sido omitidas. Diligência esta que não teria sido atendida, requerendo, ao final, anulação do feito fiscal, e, alternativamente, deferimento da citada diligência.

Em contestação, em síntese, argumenta a autuante que as provas colhidas comprovam o uso de equipamentos POS pertencentes a terceiros, Firma Individual: Maria Veridiana Costa Barbosa, sócia da empresa autuada, optante pelo regime de recolhimento por meio do Simples Nacional.

Aduz que foi elaborada a planilha à fl. 6, em que se demonstra os valores das operações com cartões de crédito/débito relativas aos equipamentos POS pertencentes a firma Maria Veridiana Costa Barbosa, demonstrado analiticamente nas planilhas gravadas em meio magnético, fl. 37, e entregues ao contribuinte em atendimento à diligencia solicitada no Processo nº 1040162013-1, fl. 38.

Consta ainda na peça contestatória, que foi realizada diligência no endereço da empresa Maria Veridiana Costa Barbosa, sendo identificado ser este residencial, sem nenhum comércio funcionando no local. Requer, ao final, manutenção do feito fiscal em sua totalidade.

Com informações de não haver antecedentes fiscais, fl. 48, foram os autos conclusos e remetidos à instância prima, e distribuídos à julgadora fiscal Gilvia Dantas de Macedo, que em medida saneadora retornou o Processo à repartição preparadora para cumprimento da diligência solicitada pelo contribuinte à fl. 17, nos termos do art. 704, do RICMS/PB.

Em resposta, foram anexadas informações das administradoras de cartões de crédito e débito o relativos às vendas dos terminais instalados para o PV 16875494, do período autuado, fls. 64 a 453 (mídia em CD à fl. 81).

Retornando os autos a instância *a quo*, a julgadora singular decidiu pela parcial procedência da acusação, de acordo com a sua ementa que abaixo transcrevo:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IRREGULARIDADE NO USO DO ECF – UTILIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO POS DE OUTRA EMPRESA – CABE AUTUAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA OPERAÇÃO – CORRIGENDA DO VALOR DA MULTA APLICADA PARA ADEQUAR À LEGISLAÇÃO VIGENTE – CONSEQUENCIA – PROCEDENCIA PARCIAL DA ACUSAÇÃO.

A lei específica que cuida da penalidade atribuída ao caso em comento sofreu alteração, cuja circunstância resultou em redução do quantum a ser exigido do contribuinte. Tem-se assim, que a infração cometida pelo autuado fica amparada pelos dispositivos contidos na nova lei, tendo em vista que, à luz do art. 106 do Código Tributário Nacional, a lei retroage para beneficiar o réu.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

Na decisão supra, o contribuinte foi condenado ao crédito tributário de R$ 1.140.794,44, sendo R$ 570.397,22, de ICMS, e R$ 570.397,22, de multa por infração.

Cientificada da sentença por via postal, por meio do AR nº RQ 58450938 5 BR, fl. 464, recepcionado em 14/8/2014, a autuada apresentou recurso voluntário, protocolado em 11/9/2014, em que aborda os seguintes pontos em sua defesa:

1. que a situação de fato, embora ocorrida, levaria a cobrança e multa por descumprimento de obrigação acessória, objeto do Auto de Infração nº 93300008.09.00001007/2013, e nunca ICMS a pagar, já que se encontra tributada e recolhida;

2. o ICMS teria sido pago pela titular dos equipamentos POS;

3. a empresa Maria Veridiana opera com bebidas tratadas como substituição tributária pelas entradas;

4. pelos fundamentos dos arts. 376 e 379, não houve subsunção do fato à norma;

5. haveria cometimento de *bis in idem* a exigência tributária ora em questão;

6. requer a improcedência do feito fiscal, pugnando pela apresentação de memoriais e sustentação oral do recurso.

Em 2/3/2017, a autuada ingressou com um aditivo do recurso voluntário, motivado pela nova representatividade constituída para fins de defesa e sustentação oral, na pessoa do advogado Sr. Roberto Farias de Araújo (OAB/PB nº 2708), em que alega preliminar de nulidade da peça acusatória, fundamentado em divergência de enunciação da infração praticada, em que na descrição do fato se reporta a irregularidade no uso do ECF, e na nota explicativa, que complementa o fato infringente descrito, reporta-se ao uso indevido dos equipamentos POS, havendo um vício na descrição da natureza da infração.

No mérito, solicita a improcedência da exigência fiscal, além das razões exposta no recurso voluntário inicialmente apresentado, por incerteza e iliquidez do crédito tributário, sob a alegação de que o POS teria sido utilizado apenas por 02 dias no estabelecimento da autuada, e que a fiscalização teria arbitrado indevidamente o período em relação a todas as operações dos

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

equipamentos apreendidos, requerendo ainda diligência afim de verificar no detalhamento da consolidação ECF/TEF X GIM que os valores considerados no auto de infração são os mesmos informados pela empresa Maria Viridiana Costa – ME, como operações realizada com cartões de crédito, e que tais valores foram colocados pela empresa proprietária dos equipamentos POS.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório**.**

V O T O

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001043/2013-72, lavrado em 11/7/2013, fl. 3, contra a empresa BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA., devidamente qualificada nos autos, referente à acusação nele descrita, acima relatada.

Quanto ao aditivo do recurso voluntário, protocolado em 2/3/2017, não há como ser acolhido, tendo em vista sua intempestividade, já que a ciência pelo contribuinte da decisão monocrática se realizou em 14/8/2014, tendo a peça recursal voluntária sido apresentada regularmente em 11/9/2014, nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13. Além do que, o fundamento de que teria havido mudança na representatividade do contribuinte para defesa e sustentação oral não tem base legal para o acolhimento do aditivo pretendido.

Portanto, não reconheço o “aditivo do recurso voluntário”, recebido e juntado a este Processo em 2/3/2017, às fls. 473 a 484.

Depreende-se dos autos que a natureza da infração está caracterizada pela falta de recolhimento do ICMS, pela utilização indevida de equipamentos POS pertencente a outro estabelecimento (Maria Veridiana Costa Barbosa, I. E. nº 16.141.937-2, fl. 28), empresa individual constituída pela sócia-administradora da empresa autuada, cujo ilícito foi reconhecido pela recorrente em seu recurso voluntário, que não contesta o fato, e sim o crédito tributário levantado pela autora da inicial.

É de bom alvitre salientar que a fiscalização destacou em “Nota Explicativa”, *in fine*, que o contribuinte descumpriu a Portaria n° 128/GSER – DOE 18/06/13, que disciplina o uso de equipamentos POS.

Contudo, verifico um equívoco da descrição do fato infracional, em que a fiscalização denuncia “Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF”, complementada pela nota explicativa que revela a real situação fática, relacionada ao uso indevido de equipamentos POS, e não por uso irregular do seu ECF .

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Tal delito caracteriza omissão de vendas, já que a denúncia decorre do fato de estas terem sido realizadas com equipamentos POS de outra empresa, sem identificação de registros das saídas das respectivas mercadorias, o que resulta na falta de recolhimento do ICMS.

Assim, denota-se não se tratar de mera imprecisão, e sim em um equívoco na descrição do fato infringente, o que macula a exigência do crédito tributário de acordo com a peça inicial, agravada pela não subsunção do fato real identificado, com a norma posta como infringente, relativamente aos artigos 376 e 379, do RICMS/PB, pois, estes acompanharam a enunciação equivocada da infração praticada, que tratam de irregularidades do uso do ECF.

Portanto, a descrição do fato infringente não se encontra em consonância com o conteúdo da nota explicativa e as provas contidas nos autos, o que revela um vício em sua narrativa.

Destarte, verificando que a infração ora em comento foi denunciada em desacordo com o artigo 142 do CTN[1], em consonância com o artigo 17 da Lei nº 10.094/13, infracitado, considero nulo de ofício este lançamento, por vício formal insanável, conforme exegese do artigo 16 do mesmo diploma legal. Vejamos:

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:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. (g. n.)

Fatos similares a este já julgados por esta colenda Corte, a exemplo do Acórdão nº 155/2016, de relatoria do Douto Conselheiro João Lincoln Diniz Borges, que abaixo transcrevo:

ECF. NULIDADE. VICIO FORMAL. DIVERGÊNCIA NA ENUNCIAÇÃO DA INFRAÇÃO PRATICADA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIMENTO.

A narrativa descritiva que se apresenta viciada por erro na determinação da natureza da infração, deverá ser nula para que outra seja feita de acordo com a realidade factual encontrada. *In casu*, a fiscalização informa que o contribuinte utilizava um equipamento ECF sem autorização fazendária, porém o que se denota ao caso presente é a utilização de um equipamento de POS (POINT OF SALE) que se assemelha e se confunde com um equipamento ECF, devendo a denúncia formulada se subsumir ao fato infringente constatado.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Apesar da nulidade por vício formal, fica ressalvada a realização de novo feito acusatório com a descrição correta da natureza da infração, com fundamento na real norma legal infringida.

Ex positis,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico**,** por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e prejudicada a análise do segundo, pelo vício de natureza formal identificado, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001043/2013-72, lavrado em 11 de julho de 2013, contra a empresa BAR DO CUSCUZ E RESTAURANTE LTDA. (CCICMS: 16.163.355-2), qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente contencioso.

Contudo, **ressalvo** a realização de um novo procedimento acusatório**,** em função do vício formal acima indicado, com fulcro no art. 173, II, do CTN.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de maio de 2017.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

Phoca PDF