



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

PROCESSO Nº 1174292016-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: PRISMA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA ME

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA TERCEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: ERIVALDO DA SILVA ARAUJO

Relatora: CONS.^a MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. UTILIZAÇÃO DE “POS” EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Confirmada a infração fiscal caracterizada pela utilização de POS em recinto de atendimento, sem uso de TEF interligado ao ECF, correta a aplicação da penalidade disposta no art. 85, inciso VII, alínea “c” da Lei 6.379/96.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2016-96, lavrado em 11 de agosto de 2016, contra a empresa PRISMA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA ME (CCICMS: 16.152.153-3), devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 7.176,00 (sete mil. Cento e setenta e seis reais), pela inobservância ao art.338, § 6º, do RICMS, combinado com o art. 2º, do Decreto nº 22.275/2001 e art. 1º, da Portaria nº 145/GSER de 17.07.2013, cuja penalidade está alicerçada no art.85, VII, “c”, da Lei 6.379/96.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de fevereiro de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

Relatório

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2016-96, lavrado em 11/08/2016, em desfavor da empresa PRISMA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA ME. inscrição estadual nº 16.152.153-3, relativamente a fatos geradores ocorridos no mês de julho de 2013, consta a seguinte denúncia:

0527 – POS – USO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO >> O contribuinte está sendo autuado por utilizar no recinto de atendimento ao público o POS em desacordo com a legislação tributária.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUDADO POR FAZER USO DE DOIS EQUIPAMENTOS DE “POS”: REDCARD; WY039617 E CIELO; 77424337, CONTRARIANDO O QUE DETERMINA O ART. 338, § 6º DO RICMS-PB, FOI LAVRADO O COMUNICADO E TERMO DE APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS PELO AUDITOR FISCAL RILMAR BARROS MAT. 80.117-8. TRATA-SE DE NOVO FEITO FISCAL.

Assim, foram dados como infringidos o art. 338, §6º, do RICMS, c/c art. 2º do Decreto nº 22.275/2001 e art. 1º da Portaria nº 145/GSER de 17.07.2013, com proposição da penalidade prevista no art. 85, VII, “c”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 7.176,00 (sete mil, cento e setenta e seis centavos) pela inobservância aos artigos acima citados.

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração em análise, via postal em 19/08/2016 – AR (fl.09), a autuada apresentou, tempestivamente, em 05/09/2016, peça reclamatória (fls. 10 a 12), na qual alega os seguintes pontos:

1. O procedimento fiscal que motivou o presente Auto de Infração já havia sido motivo de autuação anterior, através do Auto de Infração nº 93300008.09.000001016/2013-08, julgado e considerado NULO;
2. A Instrução Normativa GSER Nº15/2012, estabelece procedimentos fiscais diferenciados para empresas Optantes pelo Simples Nacional e não exclui a espontaneidade a expedição de ofício ou notificação para regularização da situação fiscal de contribuinte, desde que integralmente atendida a solicitação no prazo de até 30 (trinta) dias, fato não considerado pelo fiscal;
3. Afirma que o fiscal Rilmar Barros notificou a empresa no dia 02/07/2013 e logo em seguida, no dia 04/07/2013 lavrou o Auto de Infração, desrespeitando as determinações expressas na Instrução Normativa acima citada;
4. Que no mesmo dia da Notificação a empresa providenciou a aquisição do TEF e PIN PAD, fato que ratifica a boa-fé do contribuinte em se adequar a legislação vigente;
5. Que não houve dolo ao erário público, já que para cada pagamento efetuado via P.O.S era emitido o Cupom Fiscal correspondente, houve apenas equívoco quanto ao pagamento utilizado para este fim.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls.20), foram os autos conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao Julgador Fiscal Leonardo do Egito Pessoa, que decidiu pela procedência do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

“OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. UTILIZAÇÃO DE “POS” EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA CONFIGURADA.

- Confirmada a irregularidade fiscal caracterizada pela utilização de POS em recinto de atendimento ao público, em desacordo com a legislação tributária, impõe-se a penalidade acessória pelo descumprimento da obrigação de não fazer.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE”

Cientificada da decisão de primeira instância administrativa, em 15/03/2018, através do A.R. de (fls. 32), a autuada apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais em 13/04/2018 (fls.

33-39), por meio do qual “reitera e reafirma” a fundamentação da impugnação, acrescentando que:

a) Para lavratura do novo AI, alvo deste recurso, a Autoridade Fiscalizadora jamais poderia se valer dos mesmos documentos julgados maculados de vício;

b) Para a aplicação da multa apontada no Auto de Infração nº 93300008.09.00001306/2016-96, não cabe a presunção de fato, mas sim a constatação de utilização de equipamento em desacordo com a legislação vigente, fato não comprovado nos anexos do mencionado Auto de Infração, ou seja, não havendo legitimidade para aplicação da penalidade.

Ao final, requer, o acolhimento das pretensões, com a declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em análise, por ser desprovido de fato gerador e conseqüentemente de provas documentais válidas.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2016-96, lavrado em 11/08/2016, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Versam os autos sobre acusação de descumprimento de obrigação acessória, em razão de a autuada ter utilizado Equipamento POS (Point of Sale) quando deveria ter utilizado TEF (Transferência Eletrônica de Fundos).

Pois bem. A obrigação tributária consiste em uma prestação de dar, fazer ou não fazer, de conteúdo pertinente a tributo e, consoante estatui o art. 113 do Código Tributário Nacional, pode ser principal (dar), quando tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e acessória, cujo objeto são prestações, positivas ou negativas (fazer ou não fazer), previstas na legislação tributária e que, pelo simples fato de sua inobservância, convertem-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Verifica-se portanto, que a empresa autuada descumpriu a obrigação acessória insculpida no art. 338, §6º do RICMS/PB, através da qual se extrai a vedação da utilização do POS (*Poin of Sale*) de forma individualizada, sem utilizar dispositivo de Transferência Eletrônica de Fundo – TEF interligado ao Emissor de Cupom Fiscal – ECF como determina o artigo abaixo citado. Assim vejamos:

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

(..)

§6º As vendas realizadas através de cartão de débito e 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.

No mesmo sentido, foi editado o Decreto nº 22.275/2001, que, em seu art. 2º, determina, *in verbis*

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. (grifos nossos).

Assim, ao lavrar o A.I. em referência, a fiscalização procedeu com precisão em relação ao que determina o art. 3º, parágrafo único, do Decreto 19.602/98, em vigor à época do fato gerador da obrigação acessória infringida, conforme Termo de Apreensão de fls. 04. Vejamos:

Art. 3º - A utilização, no recinto de atendimento ao público, de equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operações com mercadorias ou com a prestação de serviços somente será admitida quando integrar o ECF, de acordo com autorização concedida pela repartição fiscal a que estiver vinculado o estabelecimento.

Parágrafo único - O equipamento em uso, sem a autorização a que se refere o “caput” ou que não satisfaça os requisitos desta, poderá ser apreendido pela Secretaria da Receita Federal ou pela Secretaria das Finanças deste Estado e utilizado como prova de infração à legislação tributária.

Assim, tem-se que o Agente Fiscal atuou nos limites legais, considerando que a Portaria de nº 145/GSER, de 17/07/2013, apenas instituiu o procedimento a ser adotado pela fiscalização, quando identificado o uso do equipamento em desacordo com a legislação tributária estadual, especificamente quanto ao que determina o art. 338, §6º do RICMS/PB, dispositivo presente no referido libelo.

Pela infração cometida, o Auditor Fiscal autuou o contribuinte, aplicando-lhe a penalidade do art. 85, inciso VII, alínea “c” da Lei 6.379/96. Transcrevo:

Art. 85. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso I, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

VII - de 1 (uma) a 200 (duzentas) UFR-PB, aos que cometerem as infrações abaixo relacionadas relativas ao uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF ou equipamentos similares: (Redação dada pela Lei Nº 7334 DE 29/04/2003).

(...)

c) utilizar no recinto de atendimento ao público, sem autorização fazendária, equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos às operações com mercadorias ou prestações de serviços - 100 (cem) UFR-PB por equipamento, sem prejuízo de sua apreensão e utilização como prova de infração à legislação tributária; (Redação da alínea dada pela Lei Nº 7334 DE 29/04/2003).

Dessa maneira, não há que se falar em erro no enquadramento legal da infração, porquanto presentes todos os dispositivos legais ofendidos, quais sejam o art. 338, §6º do RICMS c/c art. 2º do Decreto nº 22.275/2001, bem como quanto à penalidade proposta, esta inserta no art. 85, VII, alínea “c”, da Lei 6.379/1996.

Noutro giro, a recorrente afirma que o procedimento fiscal que motivou o Auto de Infração em análise, já havia sido motivo de autuação anterior, através do AI sob o nº 93300008.09.00001016/2013-08, onde o mesmo foi considerado nulo por vício formal do procedimento.

Alega ainda que, para lavratura do novo AI, a Autoridade Fiscalizadora jamais poderia se valer dos mesmos documentos julgados maculados de vício.

Neste aspecto, não assiste razão às alegações da recorrente, uma vez que o Auto de Infração nº 1016/2013-08 foi considerado nulo por vício de natureza formal, ou seja, erro na descrição do fato infringente e não por documentos maculados de vício. Dessa forma, dentro do prazo decadencial é possível a ocorrência de nova fiscalização com a lavratura de Auto de Infração que contemple corretamente os seus dados.

Assim sendo, a alegação de bis in idem é totalmente descabida, pois, uma vez nulo o AI por vício formal, é permitido a realização de um novo feito fiscal, com fundamento no artigo 173, inciso II do CTN, e artigo 18, da Lei nº 10.094/13, in verbis:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Art. 18. Declarada a nulidade do lançamento por vício formal, dispõe a Fazenda Estadual do prazo de 5 (cinco) anos para efetuar novo lançamento, contado da data em que a decisão declaratória da nulidade se tornar definitiva na esfera administrativa.

Por fim, alega que não cabe a presunção de fato, mas sim a constatação de utilização de equipamento em desacordo com a legislação vigente, fato não comprovado nos anexos do mencionado Auto de Infração, ou seja, não havendo legitimidade para aplicação da penalidade.

Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que comprometeu o feito fiscal anterior, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório.

Restou comprovado que a recorrente estava utilizando dois equipamentos de POS: REDECARD WY039617 e CIELO 77424337 e que foram objeto de apreensão, conforme “Termo de Apreensão de Equipamento”, contrariando o que dispõe o art. 338, §6º do RICMS/PB, como bem determinado na Nota Explicativa do referido Auto de Infração, tratando-se de novo feito fiscal.

Assim, sigo o entendimento do julgador singular, por entender que o AI de nº 93300008.09.00001306/2016-96 foi lavrado de acordo a legislação correlata, trazendo corretamente a subsunção do fato à norma, considerando-se que o novo lançamento tributário relativo ao descumprimento de obrigação acessória foi realizado apenas em virtude de vício formal do lançamento anterior, e que o contribuinte não trouxe aos autos qualquer elemento desconstitutivo do crédito tributário ora em análise.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença prolatada na instância singular, e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001306/2016-96, lavrado em 11 de agosto de 2016, contra a empresa PRISMA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA ME (CCICMS:

16.152.153-3), devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 7.176,00 (sete mil. Cento e setenta e seis reais), pela inobservância ao art.338, § 6º, do RICMS, combinado com o art. 2º, do Decreto nº 22.275/2001 e art. 1º, da Portaria nº 145/GSER de 17.07.2013, cuja penalidade está alicerçada no art.85, VII, “c”, da Lei 6.379/96.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de fevereiro de 2019.

Cunha Cavalcanti Simões

Maíra Catão da

Conselheira Relatora