



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

Processo nº 130.022.2013-2

Acórdão nº 517/2015

Recurso HIE/CRF-468/2014

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

Recorrida: C RODRIGUES SILVA

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: ERIVALDO DA SILVA ARAÚJO

Relator: CONS.º PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR

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 infringente 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...

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, 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 n.º **93300008.09.00001638/2013-28**, lavrado em 3/10/2013, contra **CRODRIGUES SILVA**, CCICMS 16.122.116-5, eximindo-o 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 16 de outubro de 2015.

**Pedro Henrique Barbosa de Aguiar
Cons. Relator**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

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

Assessora Jurídica

RECURSO HIE/CRF nº 468/2014

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

Recorrida: C RODRIGUES SILVA

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: ERIVALDO DA SILVA ARAÚJO

Relator: CONS.º PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR

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 infringente 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...

R E L A T Ó R I O

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente **recurso hierárquico**, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou **NULO o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001638/2013-28**, lavrado em 3/10/2013, (fl.3), no qual o contribuinte acima identificado é acusado da(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões) descrita(s) na forma abaixo:

“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 FOI LAVRADO TÊRMO DE APREENSÃO E

DEPÓSITO DOS EQUIPAMENTOS DE ‘POS’: CIELO(MONOTEL) - 08058FT50207712 E REDECARD (INGÊNICO)-12173CT30972598, POR USO INDDEVIDO (sic)

DESSES EQUIPAMENTOS DE POS, QUANDO DEVERIA UTILIZAR A TRANSFERENCIA ELETRONICA DE FUNDOS-TEF, CONFORME §6º DO ART. 338 DO RICMS.”

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\$ 14.428,00**, com fulcro no **art. 85, VII, “r”, da Lei nº 6.379/96**.

Instruem os autos, OSS nº 93300008.12.00010101/2013-09, 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, 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 9/10/2013 (*anexo à fl.14*), o contribuinte tornou-se revel, consoante Termo de Revelia lavrado em 19/11/2013 (*fl.15*).

Sem registro de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo estes distribuídos ao julgador fiscal, Alexandre Souza Pitta Lima, 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, “... foram feitos *serroneamente*, haja vista, a descrição dos fatos inserto na inicial, não condiz com as provas documentais paradigmáticas constantes do processo.”, exarou sentença (*fls.16/20*) julgando o Auto de Infração **NULO**, nos termos do entendimento descrito a seguir.

“REVEL. ECF – NÃO EMISSÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO POR CARTÃO. MULTA ACESSÓRIA. ERRO NA CONFIGURAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ILÍCITO FISCAL ANULADO.

Devido ao poder-dever da administração em zelar pela legalidade de seus atos, emerge no processo administrativo o Princípio da Oficialidade, que tem como um de seus corolários a obrigação de se proceder à correção do erro, se sanável, ou a anulação do ato, se insanável, foi procedida à análise das provas do processo, sendo que, em razão de erro no lançamento tributária, anulamo-lo, deixando reservado, todavia, o direito do fisco de refazê-lo sob novas bases.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO.”

Regularmente cientificado da sentença singular, através de AR – Aviso de Recebimento dos Correios, em 12/3/2014 (*fl.25*), o contribuinte não se apresentou nos autos.

Em contra-arrazoado, o autuante descreve os procedimentos fiscais adotados na ação fiscal e informa que naquela oportunidade “... foram apreendidos dois

(2) equipamentos de ‘POS’ ...”, bem como que “O equipamento de POS não esta (sic) interligado com o equipamento Emissor de Cupom Fiscal e suas operações nas formas de pagamento não são registrados no aplicativo do PAF-Programa Aplicativo Fiscal, ou seja, aquelas operações ficam alheias aos registros da impressora fiscal.”, que “... o sistema ATF (...) na linha de produção do Auto de Infração de Estabelecimento seleciona o disposto do diploma legal e neste caso específico surgiu o art. 339 do RICMS-PB, como também, o valor da multa gravado no Auto de Infração de Estabelecimento de nº 93300008.09.00001638/2013-28 ...”, que o campo Nota Explicativa constante no Auto de Infração tem a finalidade de evidenciar a “... anomalia cometida pelo contribuinte ...”, para ao final declarar que “... deixamos o julgamento final ao Conselho de Recursos Fiscais, isto porque, somos favoráveis à manutenção do referido Auto de Infração.”. (fls.28/29)

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

É o relatório.

V O T O

Versam os autos sobre acusação de 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 irrecurável 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 n.º 93300008.09.00001638/2013-28, lavrado em 3/10/2013, contra C RODRIGUES SILVA, CCICMS 16.122.116-5, eximindo-o 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 16 de outubro de 2015.

PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR
Conselheiro Relator