

PROCESSO Nº 1598342016-0
ACÓRDÃO Nº 0103/2021
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP
Recorrida: POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO - EPP
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ – CABEDELO
Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU
Relator: CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Relator do voto vista: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF – VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS – NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO

A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

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

A C O R D A M Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto do relator pelo recebimento do recurso de ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002222/2016-70, lavrado em 4 de novembro de 2016 em desfavor da empresa POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO - EPP, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Destaco a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

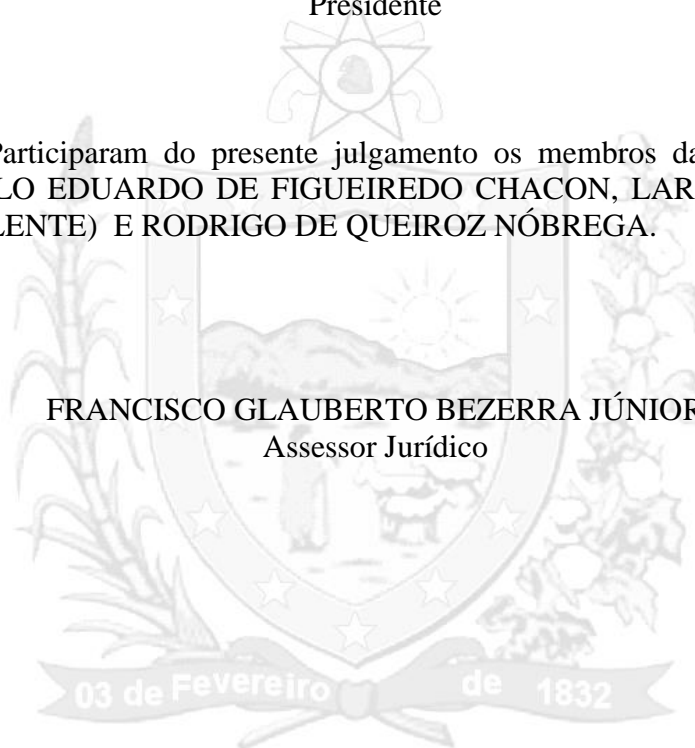
Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 17 de março de 2021.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE) E RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico



Processo nº 1598342016-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP
Recorrida: POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO - EPP
Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ – CABEDELO
Autuante: EVACI FERREIRA DE ABREU
Relator: CONS.º RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA
Relator do voto vista: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF – VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS – NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO

A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002222/2016-70, lavrado em 4 de novembro de 2016 contra a empresa POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO - EPP, inscrição estadual nº 16.133.935-2, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00006332/2016-60 denuncia o sujeito passivo de haver cometido a seguinte infração, *ipsis litteris*:

0253 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 106, II, “a” c/c os artigos 376 e 379, todos do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 268.980,70 (duzentos e sessenta e oito mil, novecentos e oitenta reais e setenta centavos), sendo R\$ 134.490,35 (cento e trinta e quatro mil, quatrocentos e noventa reais e trinta e cinco centavos) de ICMS e R\$ 134.490,35 (cento e trinta e quatro mil, quatrocentos e noventa reais e trinta e cinco centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 6 a 85 dos autos.

Depois de cientificada por via postal em 29 de novembro de 2016, a autuada, por intermédio de sua representante legal, protocolou, em 27 de dezembro de 2016, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) A denúncia descrita na inicial é genérica, vez que não descreve bem a ilicitude que teria dado causa ao não pagamento do imposto estadual;
- b) O lançamento, na forma como fora realizado, afronta as disposições contidas nos artigos 41, V e 17, II, ambos da Lei nº 10.094/13;
- c) No presente caso, faz-se necessária a descrição precisa e completa do fato imponible ensejador da infração denunciada, qual seja, o número do ECF ou do POS (*point of sale*) que teria dado causa ao não pagamento do imposto estadual;
- d) Em razão destes fatos, restou configurado afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa do contribuinte;
- e) Todas as operações envolvendo vendas de mercadorias, realizadas por meio de cartões de crédito e débito durante o período de abril de 2011 a junho de 2015, tiveram seus lançamentos corretamente escriturados no Livro Registro de Saídas da empresa;
- f) As vendas realizadas pela impugnante via cartões de crédito e/ou débito são superiores às declaradas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Considerando as justificativas apresentadas, o sujeito passivo requereu a nulidade ou a improcedência total do Auto de Infração em tela.

Com informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 213 e 214), foram os autos conclusos (fls. 2016) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal Eliane Vieira Barreto Costa, que decidiu pela nulidade do Auto de Infração por vício formal, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

EQUÍVOCO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO.

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

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora fiscal recorreu de sua decisão.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 4 de setembro de 2019, a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos ao Conselheiro Rodrigo de Queiroz Nóbrega que, na 175ª sessão ordinária da Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, realizada em 11 de fevereiro de 2021, apresentou seu voto pela nulidade do Auto de Infração por vício material.

Considerando a necessidade de uma análise mais detalhada acerca da matéria, pedi vista dos autos para melhor apreciar o tema.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação versa sobre a acusação de falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF, formalizada contra a empresa POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO – EPP, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de abril de 2011 a junho de 2015.

Ao formalizar a denúncia, a fiscalização descreveu a conduta como *falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF*, apontando, como infringidos, os artigos 376, 379 e 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, *in verbis*:

Art. 376. O contribuinte que mantiver ECF em desacordo com as disposições deste Capítulo pode ter fixada, mediante arbitramento, a base de cálculo do imposto devido.

Art. 379. São considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas deste Capítulo.

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II – até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

Com medida punitiva para a conduta infracional identificada, foi aplicada a multa insculpida no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Na instância prima, conforme já relatado, a julgadora sentenciou pela nulidade do lançamento por vício formal, no que divergiu o nobre relator originário do processo na instância *ad quem*.

Considerando a precisão e a objetividade com que a julgadora fiscal contextualizou o fato que motivara a autuação, peço vênha para reproduzir suas palavras:

“Analisando os autos verificamos que o contribuinte foi flagrado vendendo mercadorias utilizando indevidamente o equipamento POS (Point of Sale) nº 001165924 pertencente à pessoa física Silvana Martins Cabral, CPF nº 504.223.754-20, conforme relatório de movimentação financeira da CIELO anexo às folha 83, em cumprimento à Ordem de Serviço Simplificada nº 93300008.12.00006332/2016-60 que visava apurar repercussão tributária decorrente de operações mercantis realizadas no estabelecimento, com pagamentos efetuados através de POINT OF SALE – POS vinculado à pessoa física, conforme denunciado através do Processo Nº 046845/2015-3.”

Com efeito, resta inequívoco que a denúncia, na forma como fora formalizada no Auto de Infração, está em descompasso com o fato que motivara a autuação, ou seja, as provas ofertadas pela fiscalização para embasar a acusação, de fato, não estão relacionadas a irregularidades no uso do ECF.

Em que pesem os abalizados fundamentos esposados pelo íncrito relator para reformar a decisão recorrida e considerar o lançamento nulo por vício material, entendo que, para o caso em tela, a solução comporta entendimento diverso. Noutras palavras, assiste razão à julgadora monocrática que reconheceu a nulidade do Auto de Infração por vício formal.

De início, havemos de atentar para o fato de que toda a instrução processual denota a ocorrência de infração à legislação tributária do Estado da Paraíba, todavia não aquela assinalada na inicial, mormente quando analisamos conjuntamente a Ordem de Serviço Simplificada (fls. 84), o Termo de Apreensão (fls. 83), a planilha denominada “QUADRO DOS TOTAIS MENSAIS DAS VENDAS REALIZADAS NO CARTÃO CIELO Nº 01165924 DOS PERÍODOS FISCALIZADOS ABR/2011 A JUN/2015” (fls. 6) e o Relatório de Movimentações Financeiras fornecido pela CIELO referente às vendas realizadas pela pessoa física Silvana Martins Cabral (fls. 8 a 82).

A questão que se busca responder é: a dissonância existente entre as provas e a descrição da infração representa vício de natureza formal ou material?

Não podemos olvidar que, no erro de direito (vício material), há imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência.

Não foi esse o equívoco cometido pela fiscalização. No caso em apreço, não houve incorreção quanto aos critérios e conceitos jurídicos por parte da autoridade responsável pelo lançamento. O lapso ocorreu quando do registro (digitação) do código da infração.

Trata-se, manifesta e notoriamente, de um vício formal de lançamento, vez que não se compreende haver a auditoria embasado todo o arcabouço probatório com vistas a demonstrar que o contribuinte estava fazendo uso irregular de equipamento POS registrado em nome de pessoa física, ou seja, equipamento não emissor de cupom fiscal e autuá-lo justamente por falta de recolhimento do ICMS em decorrência de **uso irregular de equipamento ECF**.

Não há como assimilar que a fiscalização incorrera em erro de natureza material ao realizar o lançamento, mas sim em mero equívoco quanto ao preenchimento do Auto de Infração, o que remete a um vício formal no próprio instrumento de formalização do crédito, conforme entendera a ilustre julgadora singular.

As disposições contidas nos artigos 16 e 17 de Lei nº 10.094/13 impõem, de forma clara, que os Autos de Infração lavrados com vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores.

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.)

Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que comprometeu o feito fiscal, 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.

A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a Fazenda Pública realize novo lançamento que atenda às disposições regulamentares, nos termos do artigo 18 da Lei nº 10.094/13¹.

¹ **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.

Neste cenário, havemos de ratificar o entendimento esposado pela instância prima e declarar nulo, por vício formal, o Auto de Infração em exame.

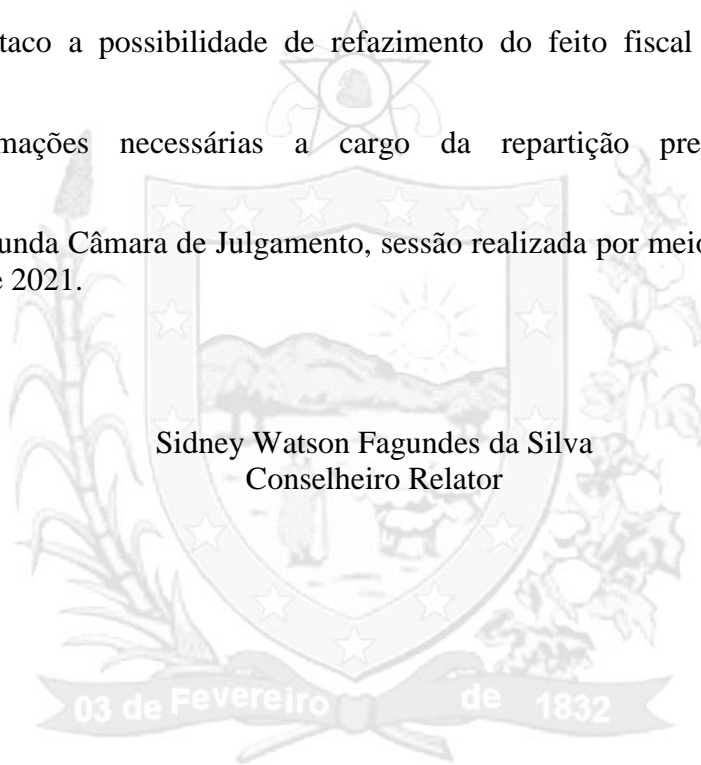
Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002222/2016-70, lavrado em 4 de novembro de 2016 em desfavor da empresa POLLYANNA MIRNA DA SILVA ARAÚJO - EPP, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Destaco a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 17 de março de 2021.



Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator

03 de Fevereiro de 1832