



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 1

PROCESSO Nº 0501102018-5

ACÓRDÃO Nº 0402/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado: Sr.º LAUDELINO DE CAMARGO JÚNIOR, inscrito na OAB/RJ sob o nº 117.233

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO GERVAL PEREIRA FURTADO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. DESCRIÇÃO IMPRECISA DOS FATOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador relativo à acusação de “Falta de Recolhimento do Imposto Estadual em Virtude de Irregularidades no Uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a denúncia e acarretou, por essa razão, a sua nulidade, 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 à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, reformando, de ofício, a sentença prolatada na instância singular e julgar *nulo por vício formal* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000442/2018-20, lavrado em 19 de abril de 2018 contra a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, IE 16.138.497-8, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 2

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório em função dos vícios formais indicados, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 25 de julho de 2022.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, **PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.**

FLÁVIO LUIZ AVELAR DOMINGUES FILHO
Assessor



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 3

PROCESSO Nº 0501102018-5

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogado: Sr.º LAUDELINO DE CAMARGO JÚNIOR, inscrito na OAB/RJ sob o nº 117.233

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ANTÔNIO GERVAL PEREIRA FURTADO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. DESCRIÇÃO IMPRECISA DOS FATOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato gerador relativo à acusação de “Falta de Recolhimento do Imposto Estadual em Virtude de Irregularidades no Uso do ECF”, o qual inquinou de vício formal a denúncia e acarretou, por essa razão, a sua nulidade, 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

Em análise nesta Corte, o Recurso Voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000442/2018-20, lavrado em 19 de abril de 2018 em desfavor do contribuinte ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, inscrição estadual nº 16.138.497-8.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 4

0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO ECF. >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa: APÓS ANÁLISES DAS ECFS FOI CONSTATADO MERCADORIAS VENDIDAS TRIBUTADAS COM EMISSÃO DE ECF COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS A RECOLHER NO TOTAL DE R\$ 28.850,36 ECFS ...6279, ...6295, ...7187.

Foram dados como infringidos, os artigos 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com aplicação de multa por infração com fulcro no art. 82, II, alínea “e”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 43.275,58 (quarenta e três mil, duzentos e setenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos)**, sendo R\$ 28.850,38 (vinte e oito mil, oitocentos e cinquenta reais e trinta e oito centavos) de ICMS e R\$ 14.425,20 (quatorze mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e vinte centavos) de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 5 a 17 dos autos.

Em cumprimento à Portaria nº 113/GSER, publicada no Diário Oficial em 11 de maio de 2012, foi apensada aos autos, REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, em 19 de abril de 2018.

Notificado desta ação fiscal em 04 de maio de 2018, através de Aviso de Recebimento - AR (fl. 18), o acusado interpôs petição reclamatória em 30 de maio de 2018 (fl. 19), portanto de forma tempestiva, conforme estabelecido no caput do art. 67 e seu §11, da Lei nº 10.094/2013.

A empresa autuada, em sua defesa acostada às fls. 20-36, alega, em síntese, que realmente a empresa autuada havia deixado de tributar determinadas operações, por classificá-las incorretamente, entretanto solicitou, ao agente fiscal, o recolhimento do ICMS devido com a aplicação da alíquota de 2,4%, com base em sua atividade econômica e no que dispõe o Decreto nº 33.657/2012, e não a de 17%, aplicada nesta autuação.

Por conseguinte, o autuado requer que seja julgado nulo o Auto de Infração, haja vista ser optante do regime diferenciado de tributação previsto no Decreto nº 33.657/12. Subsidiariamente, requer que sejam recalculados os valores exigidos, de forma que seja aplicada a carga tributária de 2,4%.

Sem informação de reincidência, foram os autos conclusos (fls. 67) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. ACUSAÇÃO CARACTERIZADA.



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 5

- Reputam-se devidos valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas do Regulamento do ICMS. Atividade do impugnante (lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares) não enquadrada no benefício disposto no Decreto nº 33.657/12, destinado somente a bares, restaurantes e similares, bem como a empresas preparadoras de refeições coletivas. Entendimento sedimentado, por unanimidade, no Acórdão nº 176/2016 do CRF-PB.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

A autuada foi cientificada, regularmente, da decisão singular em 19/04/2021, via DTe (fls. 79), e apresentou, em 17 de maio de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 82 a 100), em que, após uma breve exposição dos fatos, reitera os argumentos apresentados na Reclamação, embora com mais ênfase.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Com pedido de sustentação oral firmado na própria peça recursal (fl. 100), foi emitida solicitação de parecer (fls. 108/109), com expedição do mesmo pelo assessor jurídico da Casa, doutor Flávio Luiz Avelar Domingues Filho, conforme disposição no processo às folhas 110 a 119 dos autos.

É o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000442/2018-20, lavrado em 19/04/2018, contra a empresa em epígrafe, com o crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos, preambularmente, como tempestivo, o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

De início, importante destacar que a ação fiscal que resultou nos lançamentos em análise, como se depreende dos autos, teve como prova a planilha de fls. 05/06, onde resta demonstrado quais produtos foram indicados como substituição tributária de forma errônea, e por via de consequência, deixou-se de recolher o ICMS devido. Esses dados são



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 6

suficientes para que o contribuinte possa exercer o sagrado direito de defesa, uma vez que o processo e seus anexos ficaram à sua disposição na Repartição Fiscal.

Antes de qualquer análise do mérito, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Neste ponto, necessário se faz consignar que a ausência de provocação por parte da defesa quanto à nulidade do auto de infração, não exime os órgãos julgadores de analisar a questão, devendo, quando configurada, ser reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estabelece o artigo 16 da Lei nº 10.094/13.

Pois bem. Após criteriosa análise do libelo basilar e dos documentos que o instruíram, verifico, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado. Explico.

Sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, e em divergência com o entendimento esposado pela instância monocrática, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, havendo um descompasso entre a Descrição da Infração e a Nota Explicativa.

Enquanto a primeira relaciona a conduta infracional a irregularidades no uso do ECF, a segunda afirma que o contribuinte classificou mercadorias tributáveis, como sendo substituição tributária, gerando diferença de Icms a recolher.

Em verdade, o que se depreende dos autos é que o fato infringente consistiu em haver o sujeito passivo indicado nos documentos fiscais emitidos, mercadorias tributáveis como sendo tributadas por substituição tributária em etapa anterior, reduzindo, desta forma, o valor do tributo devido. Assim, o contribuinte não cometeu, ao menos não restou demonstrado, irregularidades no uso dos equipamentos ECF, ou seja, que teria descumprido algum ponto estabelecido no Capítulo VII do RICMS/PB, “AS OPERAÇÕES COM USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF”, conforme indicado nos arts. 376 e 379, que fundamentou a inicial.

Este capítulo regulamenta a forma de uso do referido equipamento, como sua autorização, uso de lacres, transferências do ECF entre lojas (matriz/filial), uso do programa PAF, gravação da memória de Fita Detalhe, características do ECF, sobre a memória fiscal, credenciamento do equipamento, características dos cupons fiscais, entre outros. O fato de o contribuinte codificar os produtos de vendas pelos cupons fiscais, de forma a haver recolhimento a menor não é irregularidade no uso do equipamento ECF, e sim de débito do ICMS calculado a menor.

Portanto, com todo respeito à decisão proferida pelo nobre Julgador Fiscal, entendo que resta configurado um vício formal previsto no art. 17, incisos II e III da Lei nº 10.094/2013:



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 7

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.

Neste sentido, divirjo do entendimento exarado pela primeira instância, pela existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de **vício formal na acusação**, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexactidões, 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.

Ressalto que situação similar já foi objeto de decisão deste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão nº 490/2020, de relatoria do digníssimo Conselheiro Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, infracitado:

03 de Fevereiro de 1832

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IRREGULARIDADES NO USO DO ECF - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL - FALTA DE PROVAS - ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL - IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A descrição da infração que se apresenta incompatível com a narrativa contida na nota explicativa enseja reconhecimento de vício quanto à forma, tendo como consequência a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos reclamos regulamentares.
- Acusação que não produz instrução probatória suficiente acarreta a



Estado da Paraíba
Secretaria de Estado da Fazenda
Conselho de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO 0402/2022
Página 8

improcedência da acusação, por falta de certeza e liquidez do crédito tributário, impossibilitando a defesa do contribuinte na determinação da matéria tributável.

ACÓRDÃO Nº 490/2020
PROCESSO Nº 1566052015-4
Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

Diante das considerações supra, reformo a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do auto de infração em exame, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta tipificação.

Por fim, ressalte-se que em razão do vício formal identificado, restou prejudicada a análise de mérito.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, reformando, de ofício, a sentença prolatada na instância singular e julgar *nulo por vício formal* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000442/2018-20, lavrado em 19 de abril de 2018 contra a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, IE 16.138.497-8, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório em função dos vícios formais indicados, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de julho de 2022.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Relator