



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

PROCESSO Nº 147.911.2012-4

Recurso VOL/CRF N.º 492/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida: SAINODA COMÉRCIO & REPRESENTAÇÕES LTDA

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE BAYEUX

Autuante: JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES

Relatora: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM AMBAS AS ACUSAÇÕES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Ficou demonstrado nos autos que, em parte do crédito tributário, referente às acusações suscitadas, ter-se-á contado o prazo decadencial, para efeito do lançamento de ofício, a partir da ocorrência do fato gerador, configurando o efeito decadencial, previsto no art. 150, § 4.º do CTN.

No que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, especificamente o mês janeiro de 2008, o lançamento tributário apresenta falha na definição da matéria tributável, posto que descrita de forma genérica, apresentando-se viciado quanto ao aspecto formal, devendo ser declarada sua nulidade, com oportunidade para refazimento do mesmo e restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

Aplicam-se, ao presente julgamento, as disposições que alterou o valor da multa referente ao descumprimento da infração em comento- Lei nº 10.008/2013.

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

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, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003319/2012-76**, lavrado em 13 de dezembro de 2012 contra a empresa **SAINODA COMÉRCIO & REPRESENTAÇÕES LTDA.**, (CCICMS: 16.132.743-5), declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 80,02 (oitenta reais e dois centavos), por infração aos artigos 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II e art. 106, todos do RICMS/PB,

aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40,01(quarenta reais e um centavo), e proposta aplicação de multa por infração no importe de R\$ 40,01 (quarenta reais e um centavo), com fundamento no artigo 82, inciso V, alínea “c” da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 126.466,52, sendo R\$ 50.130,24, de ICMS, e R\$ 76.336,28, de multa por infração.

No que diz respeito à acusação de falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro de 2008, fica ressalvada a realização de outro feito fiscal com a descrição precisa e devida do fato imponible relativo ao lançamento de ofício que teve a nulidade declarada, por vício formal, ao fundamento no art. 10, inciso VI, do Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, devendo, para tanto, observar o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN.

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 04 de março
de 2016.**

Francisco Gomes de Lima Netto

Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS

GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PEDRO HENRIQUE BABOSA DE AGUIAR, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Relatório

Cuida-se do recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003319/2012-76, lavrado em 13 de dezembro de 2012, contra a empresa **SAINODA COMÉRCIO & REPRESENTAÇÕES LTDA** (CCICMS: 16.132.743-5), em razão das seguintes irregularidades, conforme descrição dos fatos:

-“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO) >> Falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte substituído ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária sem a devida retenção do imposto devido.

NOTA EXPLICATIVA >> REFERENTE ÀS NOTAS DE ENTRADAS INTERESTADUAIS.”

-“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA >> REFERENTE ÀS NOTAS DE ENTRADAS INTERESTADUAIS.”

Pela infringência aos artigos 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, a fiscalização exigiu ICMS no valor de R\$ 50.170,25 e propôs aplicação de multa por infração no importe de R\$ 76.376,29, com fundamento no artigo 82, incisos II e V, alíneas “c” e “e” da Lei nº 6.379/96, perfazendo, o crédito tributário, o montante de R\$ 126.546,54.

Tendo em vista o insucesso da citação através de Aviso de Recebimento – AR, motivado pela mudança de endereço do contribuinte, realizou-se a ciência por Edital com publicação datada de 10 de janeiro de 2013, conforme fl. 222, dos autos.

A empresa não compareceu aos autos, sendo declarada a sua revelia, conforme termo à fl. 223, com informação de não haver antecedentes fiscais e com encerramento da fase de preparação dos autos, estes foram conclusos e encaminhados à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais, sendo distribuído ao julgador singular Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração, em face da constatação de erro da natureza da infração e decadência de parte do crédito tributário, fls. 228 a 232, dos autos.

Com as alterações propostas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 80,02, conforme notificação à fl. 234, dos autos.

Novamente, diante do insucesso da citação, através de Aviso de Recebimento – AR, motivado pela mudança de endereço do contribuinte, realizou-se a ciência da decisão monocrática por Edital, com publicação datada de 19 de março de 2014, fl. 238 dos autos.

À fl. 242, verifico o contra-arrazado da fiscalização, concordando com a sentença prolatada na instância prima.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre as infrações abaixo elencadas e particularizadas, tendo como objeto o Recurso Hierárquico, interposto contra decisão monocrática que procedeu parcialmente o lançamento de ofício, oriundo desta lide em comento.

A matéria em foco retrata mais um caso de ocorrência de caducidade do crédito tributário em face da perda do direito estatal de lançamento indiciário, fato ocorrido sobre o prisma do período de abril a outubro de 2007, já que a ciência teve publicidade eclodida após o interregno de 5 (cinco) anos na forma prevista pelo artigo 150, § 4º do Código tributário Nacional.

Em linhas gerais, o conceito de decadência se traduz na perda do direito, por parte do sujeito ativo de determinado tributo, de promover o lançamento tributário, procedimento capaz de tornar a obrigação tributária líquida e certa, surgindo assim o crédito tributário. Consistindo, com certeza, um dos pontos importantes da segurança jurídica, por não permitir a protelação ao longo do tempo do dever de agir da autoridade administrativa, e promove a estabilização da relação Fazenda Pública x Contribuinte.

O CTN, no artigo 150, § 4º, estipula o prazo de cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação, caso a lei não fixe outro prazo:

Art. 150 – (...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de

dolo, fraude ou simulação.” (g.n.)

Este reporta um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva e exclusiva do contribuinte. O cumprimento da obrigação por parte do sujeito passivo, evita controvérsia. No entanto, quando este deixa de recolher ou recolhe parcialmente o tributo devido, começam a surgir divergências.

Contudo, aqui se faz necessário enfatizar que o ICMS está sujeito ao lançamento por homologação, aquele em que o próprio contribuinte apura, informa e recolhe o tributo antecipadamente sem prévio exame do Fisco. O Estado disporia, então, do prazo de cinco anos para dizer se concorda ou não com o valor pago pelo contribuinte, concordando dentro desse prazo, ocorreria sua homologação expressa; se não se manifesta nesse prazo, ocorre à homologação tácita; e ainda, se não concorda dentro desse prazo, faria o lançamento de ofício (auto de infração) da diferença que entender cabível.

Assim, neste aspecto, torna-se relevante a análise de qual seria o termo inicial, nos casos de **homologação**, para efeito da contagem do prazo da decadência na esfera tributária. Neste interim, necessário se faz ressaltar as disposições do Ordenamento Processual Tributário do Estado da Paraíba, aprovado pela Lei nº 10.094, de 27 de Setembro de 2013, que consagraram o prazo da decadência, nos seguintes termos:

“**Art. 22.** Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n)”

Como se denota nos autos, o prazo para usufruto do direito de constituição do crédito tributário, em relação aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2007, teve início a contar da ocorrência de cada fato gerador, dado ao conhecimento da sua ocorrência, comprovado mediante a emissão das faturas para pagamento, e o seu término, após 5 anos contados das respectivas datas dos fatos geradores, sendo os últimos, em 10.7.2012.

Todavia a ciência do lançamento oficial, somente, ocorreu no dia 15 de janeiro de 2013, através de Edital publicado no Diário Oficial, em 10 de janeiro de 2013, fato que materializou a caducidade do direito estatal para a exigência formulada na peça exordial em debate.

Cumprir registrar que o lançamento é condição de exigibilidade do crédito tributário mesmo considerando que o Estado teria exercido seu direito de lançar o tributo com a lavratura do auto de infração, este lançamento, contudo, somente tornar-se-ia completo e passaria a produzir efeitos a partir da ciência do sujeito passivo, que, para assegurar a regular constituição do crédito tributário, deve ocorrer dentro do prazo decadencial previsto no supracitado dispositivo legal.

Diante dessas considerações, tem-se demonstrado e materializado, através dos documentos oficiais que formam o presente contencioso fiscal, a caducidade do crédito tributário, no período de abril a outubro de 2007, uma vez que se constatou haver expirado o prazo para sua constituição regulamentar, conforme também estatui o art. 176 da Lei nº 6.379/96, que seguiu o ensinamento da lei tributária nacional.

No que diz respeito à acusação de falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, período de janeiro de 2008, encontram-se nos autos determinados a natureza da infração e a pessoa do infrator, circunstâncias suficientes para garantir a legitimidade do procedimento, conferindo suficiente grau de certeza e liquidez, conforme o art. 105, § 1º da Lei nº 6.379/96.

A citada acusação se refere às diversas faturas com o código de receita -1106 - ICMS Substituição Tributárias Entradas, encontradas com o status de não quitado nos sistemas da SER-PB, consignadas em relatório de Consulta de Contribuintes Omissos / Inadimplentes, trazido aos autos pela fiscalização, fl.7, dos autos.

Como se vê, através dos documentos acostados, trata-se de mercadorias, sujeitas à cobrança do ICMS – Substituição Tributária, que deram entrada no estabelecimento adquirente, sem a devida retenção na fonte pela remetente e, como consequência, sem o recolhimento do ICMS devido, situação que conduziu à lavratura do auto de infração referente às faturas não quitadas.

Ora, o fato de a empresa remetente não reter o ICMS, incidente nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não inibe ou exclui a responsabilidade tributária do contribuinte substituído em proceder ao recolhimento do ICMS devido nestas operações.

Neste contexto, encontra-se materializada a subsunção do fato a norma tributária, sendo imprópria a alegação de deficiência em relação à capitulação legal da infração cometida fundamentado pela julgadora singular, diante da previsão legal sobre a responsabilidade tributária, artigo 33, inciso I, parágrafo sexto da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

“**Art. 33** – Fica atribuída à condição de sujeito passivo por substituição, em relação às prestações de serviços e às mercadorias constantes do Anexo Único desta Lei, ao:

I - Industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo único desta Lei.

(...)

§6º- A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária. (grifo nosso)”

Não obstante a definição legal da responsabilidade do sujeito passivo por substituição, o próprio

Regulamento do ICMS é normatizador desta condição e da forma, indicando o procedimento a ser adotado pelo contribuinte, especificando, inclusive, o prazo para o recolhimento do imposto devido, conforme inteligência emergente do artigo 415, parágrafo único, inciso II c/c artigo 429, todos do RICMS/91:

“Art. 390. Nas operações internas e interestaduais com os produtos constantes do Anexo 05, adotar-se-á o regime de substituição tributária, obedecendo-se aos percentuais nele fixados como índices mínimos de taxa de valor acrescentado (TVA).

(...)

§ 6º As mercadorias que estejam sob regime de substituição tributária, quando provenientes de outras unidades da Federação, sem retenção do imposto, ficarão sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, nas formas e prazos estabelecidos neste Capítulo. (g.n)

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

(..)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

I -omissis;

II - qualquer possuidor, **inclusive o comerciante varejista**, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.(g.n)

§ 8º A responsabilidade de que trata o inciso III do “caput” não exclui a do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto do recolhimento fonte (Lei nº 7.334/03). (g.n)

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - **no momento da entrada do produto no território deste Estado**, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;” (g.n)

Nesse sentido, não há dúvidas de que o contribuinte adquiriu mercadorias sem a devida retenção do ICMS – Substituição Tributária quando da entrada em território paraibano, fato que se encontra provado pela fiscalização às fls. 7 a 219, dos autos.

Assim sendo, ressalvada a evidência de decadência parcial do lançamento, conclui-se pela sua legalidade, inexistindo qualquer outro vício que comprometa a identificação da infração que se pretendeu imputar ao autuado, muito menos qualquer cerceamento ao direito de defesa capaz de acarretar nulidade do auto de infração, razão pela qual deve ser mantida em parte a acusação que resultou na falta de recolhimento do ICMS- Substituição Tributária.

Por outro lado, no que tange à acusação de falta de recolhimento do **ICMS**, especificamente no período de janeiro de 2008, a análise deve perquirir rumo diverso.

Em verdade, analisando o teor da denúncia apresentada acima, verifica-se a plena falta de clareza e objetividade da notícia crime a ser alcançada, vez que a falta de recolhimento de ICMS se processa de várias formas e maneiras, necessitando, portanto, de uma perfeita descrição do fato imponível para efeito de execução fiscal.

Portanto, diante do texto acusatório em debate, a situação infringente necessária e suficiente à determinação da natureza da infração não foi alcançada pela Fiscalização no momento da descrição do fato, apesar de as provas carreadas aos autos, já que os fatos demonstrados evidenciam a ocorrência típica de três situações distintas: “ICMS – GARANTIDO, ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e ICMS-DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, fl. 7, dos autos”.

Nesse sentido, é de se reconhecer que a demanda retrata a ocorrência de vício formal quanto à descrição da natureza da infração, fato motivador de nulidade do respectivo lançamento de ofício em decorrência do vício formal caracterizado por imprecisão e incerteza na tipificação do fato, vício esse insuscetível de ser sanado nos próprios autos, o qual não foi considerado na instância singular.

Tal entendimento encontra âncora em parecer proferido pela Assessoria Jurídica desta Casa, na pessoa da Procuradora Dra. Sancha Maria Formiga C. e Rodovalho de Alencar, representante da Procuradoria da Fazenda Estadual, para que se pronunciou a respeito de matéria de idêntica natureza no Processo de nº 090.695.2012-5, que continha narrativa de infração formulada de forma genérica, fato prejudicial diante do desconhecimento do teor narrativo e do estado de revelia da parte autuada, o que tornaria inaplicável o disposto legal contido no artigo 15 da Lei nº 10.094/2013, conforme emenda abaixo transcrita:

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER Nº 01/2014

Processo n.º 090.695.2012-5

RECORRENTE

Gerência Executiva de Julg. De Processos Fiscais
GEJUP

RECORRIDA

Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda.

REPARTIÇÃO

Coletoria Estadual de Sousa

AUTUANTE

Wanderlino Vieira Filho

RELATOR(a)

Consª. Patrícia Márcia de Arruda Barbosa

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO – REVELIA DA PARTE AUTUADA – DECLARAÇÃO DE NULIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 15 DO NOVO PAT (LEI Nº 10.094/2013).

.....

Trata-se de diligência requerida pelo Conselho de Recursos Fiscais, quando do julgamento do Recurso Hierárquico do Processo nº 629/2013, após decisão monocrática proferida pela Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001668/2012-53, lavrado em 07 de agosto de 2012 contra a Indústria e Comércio de Laticínio Dirce Ltda., condenando-a ao recolhimento da quantia total de R\$ 164.248,22 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos), referente à multa por infração e ao ICMS. Ao mesmo tempo foi cancelado o crédito tributário no valor de R\$ 85.799,25 (oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), onde R\$ 1.827,57 de ICMS e R\$ 83.951,68 de multa. Assim ementado:

"REVELIA – FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IMPRECISÃO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO.

Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Todavia, a Lei nº 10.008/2013, que alterou o percentual da multa aplicado e a imprecisão na natureza da infração acarretam a sucumbência parcial do crédito."

Para melhor entendimento do caso, passamos a responder o questionamento das páginas 560/561, item por item:

1 – No que tange à primeira pergunta, se a narrativa ("falta de recolhimento de ICMS") e a capitulação (art. 106 do RICMS PB) no Auto de Infração atendem aos artigos 40 e 41, V, da Lei 10.094/2013, **entendemos que a referida tipificação não atendeu os requisitos legais, pois os documentos constantes nos autos, nitidamente o auto de infração, não trazem com clareza o**

fato gerador do ICMS.

Assim, **resta evidenciado que não foi cumprido o disciplinamento dos artigos referidos, pois se tipificou de forma genérica a infração no auto, não trazendo com objetividade em qual inciso estaria tipificada a infração, em desacordo com o princípio da estrita legalidade, da tipicidade cerrada do direito tributário, ferindo, desta forma, os princípios constitucionais da ampla defesa e o contraditório** (Art. 5º, LV, da CRFB-88).

Art. 40. O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis, inclusive as recidivas, quando for o caso.

§ 1º A Representação Fiscal terá como objeto qualquer das seguintes hipóteses:

I - o imposto declarado e não recolhido;

II - o imposto lançado e apurado em livro próprio, não declarado e não recolhido, no todo ou em parte;

III - o saldo de parcelamento decorrente de denúncia espontânea;

IV - a omissão da entrega de documentos de controle e informações fiscais.

§ 2º Entende-se como imposto declarado e não recolhido aquele sujeito ao lançamento por homologação, não recolhido, total ou parcialmente, no prazo estabelecido, mas declarado pelo contribuinte:

I - por escrituração fiscal eletrônica;

II - em guias de informação e apuração.

§ 3º O registro do imposto em livros fiscais importa a confissão de dívida, ressalvada a hipótese de retificação, quando houver, na forma prevista em legislação específica.

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

[...]

V - a descrição da falta com o respectivo montante tributável;

Ora, segundo os artigos acima referidos, para que a tipificação constante no Auto de Infração seja válida, **esta tem de coadunar com os fatos narrados e ser expressa de forma clara e específica, sendo inadmissíveis tipificações genéricas, imprecisas, que possam impedir a defesa do contribuinte, bem como que não tragam com clareza e objetividade o motivo real da exação fiscal.**

Observe-se, ainda, que o art. 106 traz diversas hipóteses referentes ao recolhimento direto do ICMS de responsabilidade direta do contribuinte.

Assim, a mera descrição do caput do art. 106 do RICMS não especifica em qual das diversas hipóteses constantes neste estaria tipificado o autuado, **sendo, portanto, genérico, e, desta forma, impossibilitando a ampla defesa do autuado.**

Neste sentido são esclarecedores os comentários de Ana Paulo Dourado sobre a tipicidade, pois, entende que esta “estaria assegurada se a incidência do imposto e os fundamentos para o cálculo do montante de imposto a pagar ou base tributária e taxa de imposto constassem, em regra, da lei (DOURADO, 2007).”

Segundo o princípio da tipicidade fechada (ou cerrada) no direito tributário, a lei não pode definir genericamente os aspectos típicos do tributo, de forma que se possa tentar dar uma interpretação extensiva e diferenciada, tentando adaptar o fato descrito ao caso concreto, pois esta prerrogativa dada ao administrador, ao magistrado, ou intérprete, seria uma forma de burlar a lei e gerar uma insegurança jurídica.

Assim, a infração tem de ser descrita de forma precisa, taxativa, para que não permita dúvidas ou interpretações ampliativas.

Nos moldes do Auto de Infração, que menciona unicamente a violação ao art. 106 do RICMS, dificulta a defesa do autuado, posto que não se pode exigir que alguém se defenda de maneira adequada em face da multiplicidade de supostas infrações que poderiam ocorrer com o menção genérica em uma só capitulação legal - “falta de recolhimento de ICMS”. É clara a afronta ao princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa o que, por conseguinte, gera condição inócua à pretensão fiscal almejada, devendo ser sanado tal vício formal.

2 – Em relação ao segundo questionamento, como já respondido no item acima, entendemos que a tipificação constante no AI referido não atendeu aos princípios da tipicidade cerrada, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que no lançamento tributário em questão a narrativa fora realizada de forma abstrata e imprecisa, impossibilitando o autuado de identificar sobre o que está sendo acusado.

3 – Quanto à terceira indagação, também entendemos que não há clareza acerca da natureza da infração cometida, posto que o art. 106 do RICMS, tido como violado, por “falta de recolhimento de ICMS”, traz diversas hipóteses referentes à necessidade de recolhimento

direto do ICMS pelo contribuinte, e, sem que haja a menção ao inciso e à alínea correlatos, não se tem clareza quanto à tipificação.

.....

Para justificar a não nulidade do auto de infração na hipótese acima mencionada, temos que uma defesa escrita que discorrer e rebate as imputações que lhe são dirigidas de modo pleno e eficaz, só poderia fazê-lo caso compreendesse as infrações que rebateu. Assim, onde residiria o cerceamento à ampla defesa de quem magistralmente se defendeu e a impossibilidade de contraditório de quem soube contraditar?

Além do mais, se o próprio contribuinte apresentou sua defesa, rebatendo a infração, fazendo juntada de documentos/provas de seu direito, sem alegar nenhum prejuízo, restaria precluso seu direito de arguir nulidade por “infração descrita de forma genérica ou imprecisa”, já que teria demonstrado que os demais documentos dos autos, eventual diligência realizada, teriam possibilitado o conhecimento pormenorizado da tipificação imposta, possibilitando, assim, o seu exercício amplo de defesa.

Vejamos que o seguinte julgado apenas admite a nulidade do auto de infração por “descrição imperfeita” quando acarretar perceptível prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, o que não ocorrerá caso este mesmo tenha se defendido quanto ao mérito da acusação, sem fazer qualquer ressalva:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Nulidade do Auto de Infração. A imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração".(Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Registre-se, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da “pas de nullité sans grief”, que exige a respectiva comprovação do prejuízo para que seja declarada nulidade do processo, aplica-se também à esfera administrativa, como se observa:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO CDC. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTE: RMS 21.520/RN.

1. A multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas

sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo.

2. Não se reconhece a nulidade de auto de infração sem a demonstração do prejuízo causado pela ausência do cumprimento de determinada formalidade (RMS 18.188/GO, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ de 29.05.2006; RMS 131.44/BA, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.04.2006; MS 10.770/DF, 3ª S., Min. Félix Fischer, DJ de 06.02.2006), o que, no caso, não ocorreu.

3. A juntada de apenas algumas das peças que formaram o processo administrativo impede o exame a respeito da alegada falta de oportunidade para a apresentação de defesa antes da aplicação da multa.

[...]5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e desprovido. (STJ. RMS 22.610/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 165) grifamos

"ADMINISTRATIVO -SERVIDOR PÚBLICO -PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
-COMPETÊNCIA -INSTAURAÇÃO DAÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA -DELGAÇÃO
-LEGALIDADE -ANULAÇÃO DE ATO PROCESUAL -AUSÊNCIA DE

COMPROVAÇÃO -PREJUÍZO -PROCESSO CRIMINAL -SUPENSÃO CONDICIONAL
-SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO -DESNECESSIDADE -INDEPENDÊNCIA DAS
ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL -PRECEDENTES -RECURSO DESPROVIDO.

I -omissis

I -Aplicável à espécie o princípio do “pas de nullité sans grief”, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, que não ocorreu no presente caso.

III e IV –omissis.

V -Recurso conhecido e desprovido." (STJ. RMS 18.8/GO, 5ªT., Min. Gilson Dip, DJde 29.05206) grifamos

Por fim, deve-se destacar que o auto de infração deve ser descrito de forma pormenorizada, específica, clara, posto que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante, ou seja, é sua oportunidade de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra as tipificações das quais discorde.

Assim, para se evitar discussões quanto à nulidade de auto de infração por violação à ampla defesa/contraditório, deve o autuante descrever a infração apurada, com a indicação da

origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

João Pessoa, 07 de outubro de 2014.

SANCHA MARIA F C R ALENCAR

Procuradora do Estado

Assessora Jurídica do Conselho de Recursos Fiscais

Assim sendo, é fácil concluir que o lançamento compulsório em foco caracteriza-se incompleto e, nessas circunstâncias, não se observa um dos requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo: “a descrição da falta” conforme preconizado nas disposições constantes do art. 41, V e art. 17, II, ambos, do novo ordenamento processual deste Estado, aprovado pela Lei nº 10.094/2013, adiante transcritos:

“Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

(...)

V - a **descrição da falta** com o respectivo montante tributável;”

Com efeito, trata-se de incorreção que importa a nulidade do lançamento e, por esta razão, atrai para si a determinação de seu refazimento na conformidade da previsão dos arts. 14, III e 18 ambos, da Lei Estadual nº 10.094/2013, que assim dispõem:

“Art. 14. São nulos:

III – os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados” (Grifo não constante do original).

“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 sentido, transcrevo a jurisprudência precedente desta Corte:

“DENÚNCIA GENÉRICA. VÍCIO FORMAL NÃO SANÁVEL. REVELIA. NULIDADE. NOTAS

FISCAIS NÃO LANÇADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS. MANTIDA A ACUSAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁQUICO DESPROVIDO.

- A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, lacunoso na descrição acusatória e com narrativa genérica em seu teor, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 10.094/2013, diante da falta de manifestação por parte do sujeito passivo, devendo ser devida a nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

- Mantida a acusação fiscal, decorrente de entrada de mercadorias não contabilizada, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente.

- Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013” (Proc. nº 081.602.2013-8, Rec. Hie/CRF nº 60/2014, rel. Cons. João Lincoln Diniz Borges).

Desse modo, nessa acusação, confirmo a decisão monocrática para que seja refeito o lançamento no fito de que a denúncia seja formulada de acordo com o tipo infringente, pois a descrição do fato não estar determinada com segurança jurídica, em face do seu teor genérico o que fragiliza a exigência quando da execução fiscal.

PENALIDADE APLICADA

As penalidades aplicáveis às infrações denunciadas no auto de infração em tela têm na lei o seu fundamento e, repercutem o atributo da legitimidade da sua aplicação ao infrator, uma vez configurada a conduta típica e antijurídica nela prevista, o que ocorre no caso vertente.

Todavia, é de suma importância ressaltar que a legislação da Paraíba recebeu uma alteração recente, que deve ser usada em benefício do contribuinte, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Desse modo, o art.82, V, “c” da Lei nº 6.379/96 foi alterado pela Lei 10.008/2013 (DOE 06/06/2013, com efeito legal a partir de 01/09/2013), passando a ter a seguinte dicção:

“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):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

(...)”

Portanto, cabível se torna a redução da multa disciplinada na Lei nº. 10.008/13, não nos restando outra opção senão, alterar o percentual atribuído à multa do presente libelo fiscal de 200% para 100%, conforme nova redação dos artigos supracitados.

Diante do exposto, entendo que se justifica a alteração no tocante aos valores e a multa, passando o crédito tributário remanescente a apresentar a seguinte composição:

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/01/2008	31/01/2008	40,01	40,01	80,02
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/06/2007	30/06/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/07/2007	31/07/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO)	01/04/2007	30/04/2007	0	0	0

TRIBUTÁRIA
(CONTRIBU
INTE SUBSTI
TUÍDO)

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS - SUBSTITUI ÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBU INTE SUBSTI TUÍDO)	01/05/2007	31/05/2007	0	0	0
---	------------	------------	---	---	---

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS - SUBSTITUI ÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBU INTE SUBSTI TUÍDO)	01/08/2007	31/08/2007	0	0	0
---	------------	------------	---	---	---

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS - SUBSTITUI ÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBU INTE SUBSTI TUÍDO)	01/09/2007	30/09/2007	0	0	0
---	------------	------------	---	---	---

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS - SUBSTITUI ÇÃO TRIBUTÁRIA (CONTRIBU INTE SUBSTI TUÍDO)	01/10/2007	31/10/2007	0	0	0
---	------------	------------	---	---	---

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/06/2007	30/06/2007	0	0	0
--	------------	------------	---	---	---

FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/07/2007	31/07/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/09/2007	30/09/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/06/2007	30/06/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/07/2007	31/07/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/04/2007	30/04/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/08/2007	31/08/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/09/2007	30/09/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/10/2007	31/10/2007	0	0	0
FALTA DE R ECOLHIMEN TO DO ICMS.	01/01/2008	31/01/2008	0	0	0
TOTAL			40,01	40,01	80,02

Em face desta constatação processual,

VOTO, pelo recebimento do Recurso **HIERÁRQUICO**, por regular, e, quanto ao mérito pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003319/2012-76**, lavrado em 13 de dezembro de 2012 contra a empresa **SAINODA COMÉRCIO & REPRESENTAÇÕES LTDA.**, (CCICMS: 16.132.743-5), declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 80,02 (oitenta reais e dois centavos), por infração aos artigos 399, VI, com fulcro no art. 391, §§ 5º e 7º, II e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40,01 (quarenta reais e um centavo), e proposta aplicação de multa por infração no importe de R\$ 40,01 (quarenta reais e um centavo), com fundamento no artigo 82, inciso V, alínea “c” da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 126.466,52, sendo R\$ 50.130,24, de ICMS, e R\$ 76.336,28, de multa por infração.

No que diz respeito à acusação de falta de recolhimento do ICMS, no período de janeiro de 2008, fica ressalvada a realização de outro feito fiscal com a descrição precisa e devida do fato impositivo relativo ao lançamento de ofício que teve a nulidade declarada, por vício formal, ao fundamento no art. 10, inciso VI, do Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, devendo, para tanto, observar o prazo decadencial previsto no art. 173, II, do CTN.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 4 de março de 2016.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro Relator