



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

Processo nº 059.707.2013-5

Recurso EBG/CRF Nº 392/2016

Embargante: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE.

Autuantes: MÔNICA GONÇALVES S. MIGUEL E MARCELO CRUZ DE LIRA.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. VÍCIO FORMAL E NÃO MATERIAL. MANTIDA A DECISÃO FUSTIGADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. EMBARGOS DESPROVIDOS.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de contradição na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, por qualificação de vício material ao invés de formal, não encontra fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, restando, por esse fato, na rejeição das razões apresentadas para provimento dos embargos declaratórios, por serem incapazes de atribuir efeitos modificativos no aresto embargado.

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 de embargos declaratórios, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo inalterada a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 308/2016, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000000580/2013-03, lavrado em 26/4/2013, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE S.A., inscrita no CCICMS sob nº 16.067.310-0, já qualificada nos autos.

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 13 de dezembro de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
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, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Submeto a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração opostos tempestivamente e motivados por discordância ao Acórdão nº 308/2016.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000580/2013-03, lavrado em 26/4/2013, a autuada foi acusada de prática das infrações abaixo relatadas, juntamente com as respectivas notas explicativas:

- CRÉDITO INDEVIDO (crédito maior que o permitido) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is) em valor maior que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

Tal irregularidade evidenciou-se pelo fato de o contribuinte, em desacordo com a legislação tributária pertinente, utilizou-se indevidamente de créditos fiscais, em decorrência de:

1. Aquisição de energia elétrica consumida no processo produtivo (padaria) em valores superiores ao permitido pela legislação, no que diz respeito à inobservância do art. 72, § 1º, II, b, c/c art. 82, III, a, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97.
2. Entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária nos exercícios de 2008 e 2009, infringindo o art. 391, § 6º, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97;

3. Entradas de mercadorias isentas nos exercícios de 2008 e 2009, infringindo o art. 82, III, b do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 58.930/97;
4. Entradas de ativo imobilizado sem observar a apropriação à razão de um quarenta e oito avos por mês conforme o art. 78, I, do RICMS/PB;
5. Apropriação do ativo imobilizado sem obedecer a relação entre o valor das operações de saídas e prestações do período, nos exercícios de 2008 e 2009. Conforme o art. 78, III do RICMS/PB e, ainda, alterações injustificadas no saldo acumulado (base do crédito a ser apropriado) sem haver a correspondente escrituração do documento fiscal no livro de controle de créditos do ICMS do ativo permanente CIAP, conforme o art. 78, § 1º do RICMS/PB;

Na aquisição de produtos de informática.

Seguem planilhas explicativas em anexo e em mídia eletrônica que são partes integrantes deste auto de infração. (sic)

- INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado nos(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis como sendo isenta(s) do ICMS.

Nota Explicativa:

Vendas de preservativos – NBM/SH 4014.10.00 – sem observância do abatimento no preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção conforme art. 6º, XXIII do RICMS/PB, do imposto aprovado pelo Dec. 18.930/97;

- VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte vendeu mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais, culminando na falta de recolhimento do imposto.

Nota Explicativa:

Foi realizado o Levantamento Quantitativo de Mercadorias - Período de 2008 e 2009, onde foi detectado vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documento fiscal.

Em sessão realizada por esta instância de julgamento, foi aprovado, por unanimidade, o voto exarado por este Conselheiro Relator, declarando a PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento tributário, tendo sido proferido o Acórdão nº 308/2016, conforme emenda abaixo:

DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, §4º DO CTN. CRÉDITO INDEVIDO. CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO. CONFLITO DE DENUNCIÇÃO. NULIDADE. OPERAÇÕES TRIBUTADAS INDICADAS COMO ISENTAS. PROCEDÊNCIA.

RECONHECIMENTO DE PARTE DAS DENÚNCIAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. PROCEDÊNCIA. PERÍCIA. IMPERTINÊNCIA. PENALIDADE PREVISTA EM LEI. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Configurada a decadência em parte dos créditos tributários referentes à infração de crédito indevido apropriado em valores superiores ao permitido, cujo prazo para lançamento é de cinco anos contados a partir da eclosão do fato gerador, conforme previsão contida no artigo 150, §4º do CTN. Aplicação da regra matriz prevista pelo artigo 173, inciso I do CTN, às acusações derivadas de falta de recolhimento do imposto por omissão de faturamento de mercadorias em operações tributadas, via Levantamento Quantitativo de Mercadorias.

Evidenciada imprecisão quanto à natureza da infração, acarretando, por esse fato, a nulidade, por vício formal, dos lançamentos de ofício relativos aos créditos fiscais decorrentes da acusação de crédito indevido maior que o permitido, em colisão com a narrativa descrita em nota explicativa.

Recolhimento de valores relacionados à acusação de operações de vendas tributadas como se fossem isentas configura reconhecimento da legitimidade da exigência fiscal.

É irregular a venda de mercadorias sem emissão da correspondente documentação fiscal, conforme Levantamento Quantitativo de Mercadorias.

Desnecessária a solicitação de prova pericial diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente acerca das infrações constatadas.

Inexistência de afronta aos princípios constitucionais do não-confisco, da razoabilidade, da capacidade contributiva, visto a legalidade da exigência fiscal e da penalidade aplicada.

Mantida a multa por infração em face da retroatividade benigna da Lei nº 10.008/2013, que reduziu os percentuais previstos na Lei nº 6.379/96.

Notificada da decisão proferido nesta instância, a atuada tempestivamente interpôs os Embargos de Declaração em exame, às fls. 377 a 380, alegando à existência de contradição no aresto embargado, no tocante a acusação que anulou, por vício formal, parte da exigência fiscal, porque a matéria tributável divergia da realidade dos fatos, o que ensejaria a decretação de vício material, e não formal como foi decidido, citando entendimento do CARF em decisão contida no Acórdão nº 09-42011. Da 6ª Turma DTJ/Juiz de Fora.

Com esses argumentos, requer o provimento dos embargos declaratórios, para que sejam sanadas as contradições do acórdão e anular o crédito tributário por divergência na fundamentação e motivação entre a lavratura do auto de infração e a decisão desta Corte.

Está relatado.

V O T O

Cuida-se de Embargos Declaratórios que têm por objeto solucionar contradição no aresto objurgado, as quais residiriam nos aspectos constantes no relato supra.

Com efeito, constituem pressupostos de admissibilidade dos embargos de declaração a omissão, além da obscuridade e da contradição na decisão embargada (art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010 e art. 535 do CPC), sendo admissíveis, ainda, pela jurisprudência pátria superior, quando o julgado embargado padece de erro material e quando a demanda é decidida com base em premissa fática equivocada.

Isto considerando, observo que, no que concerne aos argumentos trazidos pela embargante, depara-se a alegação de existência de contradição no voto vergastado quando acolheu razões de nulidade sob o aspecto do vício formal, quando, em sua ótica, seria vício material.

Em verdade, nenhum trecho das fundamentações do voto condutor oferece margem à interpretação de que apesar de a decisão ter concluído pela existência de vício de forma no lançamento de ofício esta se baseou no fato de que haveria “erro na matéria tributada”, na expressão cunhada da peça dos embargos em exame, a qual defende que, em se tratando de erro na “matéria tributável” o vício não seria formal e, sim, material.

Efetivamente, os fundamentos do voto da minha relatoria não deixam margens para dúvida de que a matéria foi tratada como um erro caracterizado pelo desencontro entre o que consta na descrição da infração e no relato contido na respectiva nota explicativa, e não quanto à infração de fato apurada, conforme se infere dos fragmentos que abaixo transcrevo do citado voto:

“No campo “descrição da Infração”, consta a denúncia de utilizar créditos fiscais de ICMS destacados em documentos fiscais em valores maiores do que os permitidos, nos levando a inferir que o crédito fiscal utilizado faz parte do rol das hipóteses permitidas pela legislação para sua utilização do crédito, via documentos fiscais hábeis, dentro dos limites e condições previstas no RICMS/PB, porém o contribuinte apropriou-se de um valor maior do que o permitido. Eis o embasamento:

“Art. 74. Quando o imposto destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da

lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas concernentes à base de cálculo e alíquota aplicável.

(...)

Art. 75. Salvo disposição expressa em contrário, não será admitida a dedução do imposto não destacado na nota fiscal ou calculado em desacordo com as normas da legislação vigente.

§ 1º Na hipótese do imposto destacado a menor, o contribuinte poderá creditar-se, apenas, do valor destacado na primeira via da nota fiscal emitida pelo vendedor ou prestador de serviço, observado o disposto no parágrafo seguinte.”

No entanto, ao verificarmos as referidas hipóteses de crédito indevido, descritas no campo “Nota Explicativa” da peça basilar, estas entram em conflito com a narrativa da descrição da infração, por representarem situações de vedação expressa de uso de crédito fiscal em sua totalidade, conforme disciplinado pela legislação tributária.

Como se vê, o conflito na narrativa disposta pela “nota explicativa” acerca da utilização indevida de crédito fiscal destoava da denúncia formulada pelos autores do feito como fato infringente de Crédito Indevido (crédito maior que o permitido) em documentos fiscais, fato que compromete o respectivo lançamento compulsório na medida em que se tem mal demonstrada a ocorrência da irregularidade apontada pela fiscalização (Descrição da Infração x Nota Explicativa), o que se caracteriza na contramão ao preceito da Lei nº 10.094/2013, que assim se refere:

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

(...)

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

Tal anomalia representa inobservância de requisito de forma, conforme disposições constantes dos artigos 16 e 17, ambos do mesmo ordenamento processual, adiante transcrito, ensejando não só outro caminho senão a nulidade dos lançamentos relativos a estas acusações.

“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; "(g.n)

Efetivamente, a existência de defeito na tessitura do libelo basilar, mais precisamente, da natureza da infração descrita no auto de infração em contrapartida com as hipóteses descritas em nota explicativa comprometeu a ação fiscalizatória realizada, posto que contraditórias entre si, não reportando com fidelidade a materialidade do fato infringente detectado, razão pela qual não há outra alternativa senão declarar a sua nulidade.

Ressalva-se ao sujeito ativo o direito de proceder a outro feito que atenda aos reclamos da legislação de regência, para reaver os créditos tributários porventura devidos pelo contribuinte, inclusive em relação aos valores compreendidos no exercício de 2008, além de 2009, tendo em vista se tratar de vício formal quanto à natureza da infração, o que, para os efeitos da decadência, a situação se regula pelo art. 173, II, do CTN.

Portanto, nesse âmbito mantenho a decisão singular."

Pelo que se pode observar, em nenhum trecho, as razões de decidir do aresto embagado se reportam a erro na matéria tributável, e, sim, na formalização da denúncia do fato infringente efetivamente apurado e que se pretendeu delatar.

Donde se infere que, em verdade, a pretensão da embargante é de rediscutir a questão, por não se conformar com desfecho da causa e, nesse sentido, defender, mediante embargos, que se trata de questão de erro material, e, não, de erro formal, como entendeu este Colegiado em decisão fundamentada.

Como se vê, a embargante confunde os conceitos de vício formal com vício material ao defender a tese de que o lançamento presente deriva de um erro material.

Ora, com máxima vênia, não merece acolhida a tese apresentada pela embargante, visto que, quando da decisão anulatória contida no Acórdão CRF nº 308/2016, esta relatoria deparou-se diante de um ato-fato tributário que comprometeu a formalidade essencial do lançamento na medida em

que deixou de dar conhecimento da real situação infracional acerca do fato imponible que se encontra presente nos autos, porém conflitante entre o enunciado e a nota explicativa.

Em verdade, o vício de forma consiste em defeito na descrição do fato-evento, que é a motivação do ato administrativo, que pode ser expressa quando verbalizada no texto do ato administrativo. Fato-evento é, pois, a descrição em linguagem jurídica do evento jurídico tributário. É a informação que nos permite identificar o evento tributário e a regra-matriz da incidência tributária que lhe confere juridicidade, facultando, assim, o controle da legalidade. A distorção entre a descrição do fato-evento, verbalizada no ato administrativo, e o evento jurídico tributário (a motivação do ato administrativo) caracteriza, pois, vício na sua formalização, cuja correção nos próprios autos não se podia fazer, mas somente mediante outro ato administrativo, enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública (Parágrafo único do art. 149, do CTN).

Na lição do doutrinador Koch (Processo Administrativo Tributário, 2003) vício formal é toda inobservância aos requisitos e formas prescritos em lei para elaboração do ato administrativo do lançamento. Neste sentido, vício formal é uma característica do ato que o macula e lhe atribui um defeito, de maior ou de menor importância jurídica, sendo causa suficiente para anular o ato, mas que não retira a sua existência como um todo, de pleno direito, tornando o ato inexistente. O ato existe, mas estará contaminado por um ou vários defeitos.

O vício formal é intrínseco ao ato, um defeito de forma. A forma tem natureza processual e opera numa perspectiva de instrumentalidade, visando estabelecer o direito material. A forma não pode ser um fim em si, mas um meio de se atingir um fim, que é a prática de um ato jurídico perfeito. Daí porque não se pode caracterizar de vício material qualquer omissão ou inobservância das regras legais de lançamento que não tenham nenhuma importância do ponto de vista finalístico.

E continua Koch (2003, p. 124), quando o lançamento for cancelado por possuir um vício formal, e por esse se entendem os que estão intrínsecos ao ato, decorrentes da forma, não podem desqualificar o ato administrativo, a Fazenda Pública pode e deve reemitir o lançamento, fazendo uso do prazo previsto no artigo 173, II do CTN.

Mediante estas considerações, observarmos ser o vício formal uma característica do ato que o macula e lhe atribui um defeito, de maior ou de menor importância jurídica, sendo causa suficiente para anular o ato, mas que não lhe retira a sua existência como um todo, de pleno direito, tornando o ato inexistente.

Efetivamente, o desfecho decisório tomado no julgamento do recurso voluntário, não poderia ser outro e se encontra em compasso com a regularidade processual que deve reger os atos administrativos desta Corte, bastando para isso uma leitura atual da Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que inclui, como requisito do Auto de Infração, a correta **DESCRIÇÃO DA FALTA** como requisito formal indispensável ao auto de infração, tratando-se, portanto, de um

requisito de forma, com sintonia a regra basilar do artigo 142 do CTN, retratado na redação dos artigos 41 c/c 16 e 17, II, do novel diploma estadual, consoante se confere adiante:

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

(...)

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

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 – omissis;

II – à descrição dos fatos;

(Grifo não constante do original).

Portanto, considerando os fundamentos acima, não há como negar que o defeito na confecção do auto de infração quanto à identificação da real natureza da infração (veículo introdutor do ato de lançamento) caracteriza um vício formal, e não material, como equivocadamente entendeu a embargante, sendo albergado pela regra matriz do artigo 172, inciso II do CTN, suscetível de renovação da ação fiscal no prazo estipulado.

Dessa forma, considero os presentes embargos de declaração como de cunho meramente procrastinatório, por não se vislumbrar, no recurso embargado, qualquer contradição na decisão embargada.

A propósito da ausência de pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração capaz de modificar a decisão, segue jurisprudência desta Corte Administrativa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO. ARGUMENTO INEFICAZ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. DECISÃO EMBARGADA MANTIDA.

Verificada a ausência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão 'ad quem', deverão ser mantidos os termos da decisão embargada.

Acórdão nº 293/2010 Recurso EBG/CRF-298/2010

Consª Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Nestes termos,

V O T O - pelo recebimento do recurso de embargos declaratórios, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo inalterada a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 308/2016, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000000580/2013-03, lavrado em 26/4/2013, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE S.A., inscrita no CCICMS sob nº 16.067.310-0, já qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de dezembro de 2016.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator