



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

Processo nº 125.038.2009-3

Acórdão 040/2015

Recurso EBG/CRF-897/2014

EMBARGANTE: CIENLABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE: CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ

RELATOR: V.DIVERGENTE:

CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

ACUSAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO – IRREGULARIDADE NÃO MATERIALIZADA

– FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO FULCRADA NO CRÉDITO INDEVIDO FAIN - DECISÃO EXTRA-PETITA – INFRAÇÃO DESCRITA DIVERGE DA NOTA EXPLICATIVA – ERRO QUANTO À NATUREZA DA INFRAÇÃO – AUTO DE INFRAÇÃO NULO – REFORMA DA DECISÃO AD QUEM – OMISSÃO E OBSCURIDADE CARACTERIZADAS. RECURSO DE EMBARGOS PROVIDO.

- A acusação descrita no auto de infração referente à utilização de ICMS

destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, é uma infração enquadrada no art. 74 do RICMS/PB, não tendo qualquer relação com a infração de crédito presumido FAIN, caracterizando uma sentença extra-petita, motivada pela omissão e obscuridade do voto em razão de não decretar a nulidade do auto de infração decorrente de erro quanto à natureza da infração, em função da divergência verificada entre o fato infringente descrito e a nota explicativa, que resulta na NULIDADE do auto de infração.

- O ICMS referente às matérias-primas e insumos importados por estabelecimento industrial está sujeito ao diferimento para a operação subsequente, no entanto, ocorrendo as saídas subsequentes com tributação integral, sem qualquer compensação do ICMS concernente as mercadorias importadas, desconfigurada estará a denúncia, em virtude da ausência de repercussão tributária quanto ao recolhimento do ICMS.

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

Relatório

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, com supedâneo no art. 726 do RICMS-PB c/c art. 53, V, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão

proferida no Acórdão embargado.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00001860/2009-44, lavrado em 14 de dezembro de 2009, denuncia a empresa embargante pela prática da seguinte irregularidade:

CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO)

>>> *Contrariando dispositivos legais o contribuinte utilizou-se de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual. **NOTA EXPLICATIVA:** O contribuinte em questão no mês de abril de*

2005 procedeu com a manutenção indevida de crédito presumido em razão do pagamento do ICMS apurado ter sido efetuado após o vencimento, infringindo o disposto no art. 6º, §4º do Dec. nº 17.252/94...);

-DIFERIMENTO – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO >>> *Contrariando dispositivos legais o contribuinte adquiriu mercadorias com imposto diferido e não efetuou o seu recolhimento*

NOTA EXPLICATIVA: *A firma acima identificada realizou importações de matérias-primas e insumos durante os meses de março, julho setembro de 2004 e janeiro, fevereiro, maio, julho e setembro de*

2005 e fevereiro, março e julho de 2006, conforme extratos das declarações de importação anexados ao presente processo de acordo com o Protocolo de intenções firmado entre ela e o governo do Estado da Paraíba e a Prefeitura Municipal de João Pessoa, mais precisamente em sua Cláusula oitava...).

Em sessão realizada por esta instância de julgamento, foi aprovado, por unanimidade, com o voto exarado por este Conselheiro Relator, declarando a PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento tributário, tendo sido proferido o Acórdão nº 437/2014, conforme emenda abaixo:

CRÉDITO INDEVIDO. FAIN. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO. PROCEDENTE. IMPORTAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA E INSUMOS POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL - ICMS DIFERIDO PARA ETAPA SUBSEQUENTE – INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO – RECOLHIMENTO INTEGRAL QUANDO DA SAÍDA SUBSEQUENTE – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – REFORMA, QUANTO AOS VALORES, DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Fica vedada a utilização de crédito presumido originário do FAIN quando se verifica haver atraso no recolhimento do ICMS ou débitos fiscais apurados. Ausência de provas materiais que pudesse ilidir a denúncia- Mantida a acusação.
- O ICMS referente às matérias-primas e insumos importados por estabelecimento industrial está sujeito ao diferimento para a operação subsequente, no entanto, ocorrendo às saídas subsequentes com tributação integral, sem qualquer compensação do ICMS concernente as mercadorias importadas, desconfigurada estará a denúncia, em virtude da ausência de repercussão tributária quanto ao recolhimento do ICMS.
- Redução da multa em decorrência da Lei nº 10.008/2013

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

Da supracitada decisão, a empresa foi cientificada em 17/12/2014, conforme Notificação às fls. 271, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios (fls. 279/283), de forma tempestiva, vindo a alegar a existência de omissão, contradição e obscuridade desta relatoria.

Em seu recurso questiona aspecto de mérito quanto à acusação que objeto da condenação, informando haver contradição na descrição do fato infracional plasmado no auto de infração que não se coaduna com a informação contida na nota explicativa, pois retrata crédito indevido FAIN o que caracterizaria uma omissão e obscuridade no voto proferido.

Evidencia que a natureza da infração encontra-se viciada por total divergência da nota explicativa com a acusação posta no auto de infração, o que leva a nulidade do lançamento tocante à irregularidade mantida, surgindo, desse fato, uma omissão e obscuridade no voto vergastado, vindo a requerer os efeitos infringentes dos embargos para que seja anulado o lançamento objeto a condenação por indeterminação da natureza da infração e a decisão proferida no voto embargado.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Analisa-se, nestes autos, o Recurso de **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, interposto pela empresa recorrente, perante este Conselho de Recursos Fiscais.

Saliente-se que a embargante não compareceu com a peça de recurso voluntário da qual tinha direito de impetrar nesta Corte, tendo julgamento em parte desfavorável, quando da análise meritória nas duas instâncias administrativas, vindo a interpor o presente recurso, por considerar que houve omissão, contradição e obscuridade no Acórdão proferido por este Colegiado.

Em primeiro lugar, cabe-nos considerar a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que foi interposto dentro do prazo regulamentar previsto no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, "*in verbis*":

Art. 65. Os embargos de declaração deverão ser interpostos no prazo de 05 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Passemos, então, a averiguar os pressupostos de admissibilidade do presente recurso de Embargos de Declaração conforme os termos estabelecidos no artigo 64 do Regimento Interno desta Casa, aprovado pelo Decreto nº 31.502, de 10/08/2010, conforme abaixo transcrito:

*Art. 64. O Recurso de Embargos de Declaração será interposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, **quando houver omissão, obscuridade ou contradição, na decisão proferida.***

Como se vê, a hipótese de admissibilidade do presente recurso se dá quando ocorre omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada proferida, visando corrigir lacunas, escuridão ou conflito de entendimento.

Pela norma supra, somente a existência destes vícios, nos termos do Regimento desta Casa, autoriza à parte lançar mão do remédio jurídico-processual dos embargos de declaração, no fito de instar o prolator da decisão objurgada a que se re-exprima, "*tornando claro aquilo que nele é obscuro, certo aquilo que nele se ressentido de dúvida, desfça a contradição nele existente, supra ponto omissso*" nas lições de **Moacyr Amaral Santos** - (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1989-1992 – p. 151).

Examinando as razões recursais postas pela embargante, verifica-se que estas têm como única

finalidade rediscutir aspecto de mérito da questão, proposição que não se presta a ser apreciada em sede de embargos de declaração.

Neste sentido, é de se vislumbrar que o cerne de questionamento da embargante tem como ponto central a suposta existência de “omissão, obscuridade e contradição”, quanto à decisão desta relatoria, em face da embargante entender não haver correlação da acusação que foi mantida com a nota explicativa contida no auto de infração.

Em relação aos pontos questionados, vejo que as alegações retratam comportamento precário da recorrente que, de primeiro plano, não recorreu da decisão singular em grau de recurso ordinário, onde ao debruçarmos sobre as considerações tecidas no embargo não se vislumbra qualquer situação no voto prolatado capaz de materializar a ocorrência dos pressupostos de admissibilidade dos embargos, haja vista que a matéria processual teve o devido enfrentamento meritório, por parte desta relatoria da parte recorrida, quando da análise da sentença que confirmou a regularidade da acusação de crédito indevido maior que o permitido em razão de apropriação indevida de crédito presumido em percentual maior que o permitido na Resolução de nº 58/2004 e em claro confronto às disposições contidas no Decreto nº 17.252/1994, conforme se vê na decisão contida às fls. 02634 dos autos.

Diferentemente do que apregoa a embargante, a nota explicativa contida no auto de infração complementa a infração denunciada de uso de crédito a maior do que é permitido, não havendo o que se fala em contradição, muito menos omissão ou obscuridade posto que a irregularidade originou-se, exatamente, da utilização de crédito FAIN em percentual superior ao determinado pela legislação de regência, ou seja, “crédito indevido (crédito maior que permitido)”- **fato infracionário**, que decorreu da apropriação de 74,25% ao invés de 48% do ICMS mensal apurado em forma de crédito presumido FAIN, na forma disciplinada pelo artigo 6º, §4º do Decreto nº 17.252/1994, com regulamentação pautada nas resoluções nº 13/99 e 58/2004.

Tal fundamentação foi devidamente disposta na sentença da julgadora singular, com ratificação disposta no voto desta relatoria, o que afasta a premissa de omissão e obscuridade ou mesmo obscuridade alegada pela embargante senão vejamos:

“Diante do que determina o Regulamento do FAIN, a empresa teria um benefício fiscal para sua linha de produção pautada nas Resoluções 13/99 e 58/2004 referente a um crédito presumido sobre o valor de ICMS

gerado pela produção industrial incentivada, assim, retornaria a empresa em forma de crédito fiscal o valor depositado no FAIN, sob a condição “sine qua non”, de não haver débito junto aos órgãos estaduais e municipais e que o valor fosse depositado dentro do prazo, sob pena da perda do direito do benefício, até que se regularizasse a situação”.

“Partindo dessa premissa, foi verificado pelo auditor fiscal ter havido recolhimento fora do prazo, situação claramente demonstradas nas planilhas para cálculo do FAIN com base nas linhas de produção específica, conforme fls. 20 a 21 dos autos”.

“Além do atraso de recolhimento do ICMS constatado, verificou-se, também, que a empresa se beneficiou de crédito presumido em valor superior ao previsto nas resoluções, em decorrência do erro quanto ao percentual a ser utilizado no cálculo, cabendo, assim, a glosa do valor do crédito fiscal utilizado a maior, conforme dispõe as normas de regência do FAIN”.

Como já mencionado na decisão acima, a embargante tenta desqualificar a acusação em base imprópria para sua anulação, pois as argumentações trazidas se perdem no desconhecimento pleno da repercussão tributária verificada pela fiscalização, já que não se admite a hipótese de nulidade da acusação fiscal quando se constata a perfeita descrição da matéria infracional na peça basilar dando conta de uma irregularidade de uso indevido de crédito FAIN em valor superior ao permitido, nos levando a inferir que o presente recurso denota mero inconformismo do sujeito passivo com o desfecho decisório.

Dessa forma, considero os presentes Embargos de Declaração como de cunho meramente procrastinatório, por não se vislumbrar, nos autos, qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

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**

“EX POSITIS”

V O T O - pelo recebimento do recurso de **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, a fim de manter inalterada a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do **Acórdão nº 437/2014**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000001860/2009-44**, lavrado em 14/12/2009, contra a empresa **CENLABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, já qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de janeiro de 2015.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator

PROCESSO Nº 1250382009-3
RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRF Nº 897/2014
EMBARGANTE: CENLABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
EMBARGADO : CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PREPARADORA : RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTE : CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ
RELATOR: V.DIVERGENTE:
CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

ACUSAÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO – IRREGULARIDADE NÃO MATERIALIZADA

– FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO FULCRADA NO CRÉDITO INDEVIDO FAIN - DECISÃO EXTRA-PETITA – INFRAÇÃO DESCRITA DIVERGE DA NOTA EXPLICATIVA

– ERRO QUANTO À NATUREZA DA INFRAÇÃO – AUTO DE INFRAÇÃO NULO – REFORMA DA DECISÃO AD QUEM – OMISSÃO E OBSCURIDADE CARACTERIZADAS. RECURSO DE EMBARGOS PROVIDO.

- A acusação descrita no auto de infração referente à utilização de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual, é uma infração enquadrada no art. 74 do RICMS/PB, não tendo qualquer relação com a infração de crédito presumido FAIN, caracterizando uma sentença extra-petita, motivada pela omissão e obscuridade do voto em razão de não decretar a nulidade do auto de infração decorrente de erro quanto à natureza da infração, em função da divergência verificada entre o fato infringente descrito e a nota explicativa, que resulta na NULIDADE do auto de infração.

- O ICMS referente às matérias-primas e insumos importados por

estabelecimento industrial está sujeito ao diferimento para a operação subsequente, no entanto, ocorrendo as saídas subsequentes com tributação integral, sem qualquer compensação do ICMS concernente as mercadorias importadas, desconfigurada estará a denúncia, em virtude da ausência de repercussão tributária quanto ao recolhimento do ICMS.

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

VOTO DIVERGENTE

Senhora Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, Senhores Conselheiros, Senhora Assessora Jurídica, destacando a alta estima, respeito e consideração que nutro pelo nobre relator, venho propor **VOTO DIVERGENTE** em relação a decisão prolatada que julgou parcialmente procedente o auto de infração, apesar da clareza do vício constatado quanto a natureza da infração, além de ir de encontro a decisão idêntica já proferida por este colegiado e acompanhada pelo próprio relator.

Inicialmente, cumpre registrar que o Recurso de Embargos de Declaração encontra respaldo **nos artigos 64 e 65** do Regimento do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (**Decreto nº 31.502/2010**), diante da constatação da existência de omissão e obscuridade na decisão prolatada.

Dando início as minhas fundamentações, faz-se necessário deixar claro que não irei me pronunciar sobre a infração de falta de pagamento do ICMS Diferido, em razão de concordar com a decisão recorrida, além dessa infração não ter sido objeto de questionamento nos embargos interpostos.

Quanto à matéria suscitada nos embargos, trata-se a questão a ser apreciada na alegação da embargante de que teria havido omissão e obscuridade na decisão proferida por esta Egrégia Casa, omissão em decorrência do fato do relator não ter percebido a existência de divergência entre o fato infringente denunciado e a nota explicativa, que se reportam a infrações totalmente distintas e antagônicas, gerando uma clara incerteza na natureza da infração, resultando assim num cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Já a obscuridade quanto à decisão proferida, incorreu no fato da acusação se tratar de crédito indevido, em razão do contribuinte utilizar o ICMS destacado em documento fiscal em valor maior do que o permitido, enquanto a condenação se pautou na infração de CRÉDITO INDEVIDO FAIN, o que caracteriza uma decisão *extra-petita*, que afronta a disposição contida no Código de Processo Civil, que assim determina:

“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em débito diverso do que foi demandado”.(art. 460 – CPC) (g.n)

A despeito dessas alegações, necessário se torna colacionarmos abaixo a descrição do fato descrita no auto de infração pelo auditor fiscal, a fim de demonstrar a divergência verificada entre o fato infringente descrito e a nota explicativa, cuja materialidade da acusação descrita não foi confirmada nos autos.

- CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO >>> Contrariando dispositivos legais o contribuinte utilizou-se de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

OBS: ESTA INFRAÇÃO OCORRE QUANDO UM CONTRIBUINTE LANÇA COMO

CRÉDITO FISCAL VALOR DE ICMS MAIOR QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.

NOTA EXPLICATIVA: O contribuinte em questão no mês de abril de 2005 procedeu com a manutenção indevida de crédito presumido em razão do pagamento do ICMS apurado ter sido efetuado após vencimento, infringindo o disposto no art. 6º, §4º do Dec. nº 17.252/94, além disso, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2005, ficou evidenciada uma falta de ICMS normal, em razão de apropriação indevida de crédito presumido do FAIN referente as seguintes linha de produção: aparelho de ultrasonografia, produtos de endoscopia e de modelos anatômicos, neste caso, a empresa se apropriou de um percentual maior que o devido, ou seja, ao invés de se apropriar de 48% do ICMS mensal apurado, se apropriou de um percentual de 74,25% do ICMS mensal apurado, descumprindo o regramento dos artigos 3º e 4º da Resolução nº58/2004. (g.n)

OBS: ESTA INFRAÇÃO SE REFERE À CONSTATAÇÃO DE RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO, SENDO GLOSADO O CRÉDITO PRESUMIDO DO FAIN OU O APROVEITAMENTO DE CRÉDITO PRESUMIDO FAIN EM PERCENTUAL MAIOR DO QUE O DETERMINADO NA LEGISLAÇÃO DO FAIN.

Realmente assiste razão a embargante quando alegou que de praxe, a denúncia descrita de **CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO** resulta da infração ao disposto no artigo 74 do Regulamento do ICMS da Paraíba, cujo conteúdo transcrevo abaixo.

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.

Portanto, o fato descrito pelo Agente Fiscal quando do lançamento de ofício realizado tem por escopo, em regra, a irregularidade observada em decorrência do aproveitamento do crédito fiscal maior que o que vem destacado no documento fiscal, fato este não materializado no processo ora em análise.

Pois a acusação descrita teria por fator infringente a constatação de aproveitamento de crédito fiscal de uma nota fiscal em valor maior que o permitido pela legislação, como exemplo, citamos uma nota fiscal de aquisição oriunda de outra unidade da federação, com destaque do ICMS de 17% (dezessete por cento), quando o correto deveria ser de 12% (doze por cento), onde só poderá o adquirente lançar o crédito fiscal referente à operação no valor do percentual correto, visto a utilização como crédito de valor superior ao que deveria ter sido destacado no documento fiscal caracterizar a infração de crédito indevido, em razão de se creditar com base em valor maior que o permitido, infringindo o artigo 74 do RICMS-PB, não tendo esta infração qualquer relação com o crédito indevido do FAIN, cuja materialidade é totalmente distinta.

Nesta linha de raciocínio, chamamos a atenção para a jurisprudência da casa, inclusive já sumulada, concernente à utilização de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, infração objeto da denúncia descrita no auto de infração, cujo acórdão trago abaixo:

CRÉDITO FISCAL – Limite – SÚMULA 001

O crédito fiscal tem como limite o imposto pago na operação anterior na expressão do princípio da não-cumulatividade do ICMS. **RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO**

Processo nº CRF 117/95

Acórdão nº 3.146/95 - Decisão unânime de 29-09-1995

Relator : Cons. Venícius de Amorim Coura.

Porém, apesar da existência da incerteza da natureza da infração, evidencia-se que toda a fundamentação do voto dispôs sobre crédito indevido FAIN, com base na nota explicativa, **cujo texto diverge integralmente do fato infringente denunciado**, maculando assim a decisão, a qual deveria ter sido considerada **NULA** de pleno direito, em decorrência de erro na natureza da infração.

Ora caros pares, não se concebe a manutenção de uma condenação quando o fato infringente descrito não se coaduna a nota explicativa, onde a acusação de **CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO, por ter utilizado ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, não tem qualquer relação com a acusação objeto da condenação de crédito indevido FAIN**, como consta da fundamentação do voto ora embargado.

Pois como bem colocou a embargante, verifica-se que todo o arcabouço da condenação resultante do voto proferido foi pautado na infração de CRÉDITO INDEVIDO FAIN, conforme pode ser comprovado numa leitura atenta do voto, no qual em momento algum se ateu o r. relator à infração denunciada referente à infração de **CRÉDITO INDEVIDO MAIOR QUE O PERMITIDO, por ter utilizado ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido.**

Fato este caracterizador da OMISSÃO e OBSCURIDADE suscitados pela recusante. Omissão em decorrência do fato do relator não ter percebido a existência de divergência entre o fato infringente denunciado e a nota explicativa, que se referem a infrações totalmente distintas e antagônicas, que gera uma clara incerteza na natureza da infração, resultando assim num cerceamento do direito de defesa do contribuinte, conforme corretamente alegado pela acusada.

E a Obscuridade, em decorrência da acusação se tratar de crédito indevido em razão de utilizar o ICMS destacado em documento fiscal em valor maior do que o permitido, enquanto a condenação se pautou na infração de **CRÉDITO INDEVIDO FAIN**, o que caracterizaria uma sentença **extra-petita**, caso mantivéssemos a decisão.

Portanto, caros colegas de mesa, o fato é que a decisão proferida nesta instância **ad quem** realmente contém omissão e obscuridade, devendo ser revista por esta corte julgadora, tendo em vista a incerteza quanto à natureza da infração, o que leva a decretação imediata da NULIDADE do lançamento realizado, entendimento este já pacificado nesta casa, cuja jurisprudência colaciono abaixo:

NULIDADE

A descrição no Auto de Infração deve ser clara e precisa, porquanto o contrário leva a sua nulidade. Modificada a decisão singular. Auto de Infração Nulo.

RECURSOS VOLUNTÁRIOS PROVIDOS

Recurso nº CRF- 521/2003

Acórdão nº 142/2004

Relatora: CONS^a. PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA

Decisão: Unânime Data: 07/04/2004

D.O.E.: 20/05/2004 (...)

NULIDADE – Imperfeita descrição da natureza da infração e iliquidez e incerteza do crédito tributário levantado

É condição *sine qua non* para legitimar a exigência de créditos

tributários levantados *ex-officio* que a natureza da infração esteja determinada com segurança, assim como, o crédito tributário com os pressupostos de liquidez e certeza. *In casu*, constatou-se vício formal quanto à descrição do fato infringente, bem como, quanto à liquidez e certeza dos valores alocados nos demonstrativos que embasaram as denúncias nos autos. Reformada a decisão recorrida. Auto de Infração Nulo.

RECURSOS HIERÁRQUICO E ORDINÁRIO PROVIDOS. Recurso nº CRF- 206/2002

Acórdão nº 519/2004

Relator: CONS. FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA Decisão: Unânime Data: 03/12/2004

D.O.E.: 01/02/2005 (...)

NATUREZA DA INFRAÇÃO

A imperfeita descrição do fato infringente (Natureza da Infração)

fulmina de nulidade o auto de infração. **RECURSO HIERÁRQUICO PROVIDO** Processo nº CRF 257/98

Acórdão nº 4. 439/98 -

Relator : Cons. Roberto Farias de Araújo

Decisão unânime de 22-07-1998

Lembrando colegas, que nesta mesma instância, em fevereiro de 2014, foi proferida uma decisão referente à matéria idêntica em número e grau, decretando a nulidade do auto de infração, cujo fato infringente descrito que teria originado a nulidade na ocasião é o mesmo fato infringente agora questionado, o qual divergia da nota explicativa, conforme pode ser comprovado abaixo.

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002185/2012-76

-Crédito indevido maior que o permitido – Contrariando dispositivos legais o contribuinte utilizou-se de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.(g.n)

NOTA EXPLICATIVA:

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

1) Operações de saídas de mercadorias com base de cálculo inferior as de entradas, sem com isso ter estornado o valor proporcional a redução, infringindo o art. 85, III do RICMS/PB, Aprovado pelo Dec. 18.930/97/

2) Aquisição de energia elétrica consumida no processo produtivo (padaria) em valores superiores ao permitido pela legislação;

No que diz respeito a inobservância ao art. 72, § 1º, “b” c/c art. 82, III, “a”, ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97. Tal fato se deu porque o percentual de consumo de energia destinado ao processo produtivo não foi equivalente ao total de saídas de produtos tributados do referido setor;

3) Entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária nos exercícios de 2008 e 2009, infringindo o art. 391, § 6º do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.9360/97;

4) Entradas de mercadorias isentas nos exercícios de 2008 e 2009, infringindo o art.

82, II, “b” do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97;

5) Entradas de Ativo Imobilizado sem observar a apropriação a razão de um quarenta e oito avos por mês, conforme o art. 78, I do RICMS/PB. (g.n)

Apropriação do Ativo Imobilizado sem obedecer a relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009, conforme art. 78, III do RICMS/PB e ainda alterações injustificadas no saldo acumulado (base do crédito a ser apropriada) sem haver a correspondente escrituração do documento fiscal de aquisição do bem no livro de controle de créditos do ICMS do Ativo Permanente CIAP, conforme o art. 78, § 1º do RICMS/PB.

Tendo sido na ocasião julgado NULO o auto de infração, conforme pode ser constatado no fragmento do voto transcrito abaixo:

**PROCESSO Nº 1164912012-5
RECURSO HIE/VOL/CRF nº 297/2013
ACÓRDÃO Nº 066/2014**

“Ora, apesar do acolhimento de parte das infrações por parte do contribuinte, evidenciamos ao analisarmos a denúncia da infração descrita no libelo acusatório (fls. 03), haver um vício formal insanável que macula *in totum* a exação, haja vista o fato descrito ter por cerne a seguinte descrição:

-Crédito indevido maior que o permitido – Contrariando dispositivos legais o contribuinte utilizou-se de ICMS destacado em documentos fiscais em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Pois se infere que a acusação descrita acima não se coaduna as informações descritas na Nota Explicativa contida no auto de infração, sendo antagônicas entre si, visto em nenhum momento vislumbrarmos nos autos qualquer perquirição ou prova material acerca da ocorrência de creditamento em valor superior ao ICMS destacado em documentos fiscais, sendo verificada na complementação do fato infringente (Nota Explicativa) a descrição da infração totalmente distinta da denuncia formulada pelos autores do feito como fato infringente, cujos enquadramentos são específicos para cada falta infracional.

Ou seja, com a devida *vênia*, chega-se à ilação de que deveria constar do fato infrigente descrito a acusação de falta de recolhimento do ICMS em razão de CRÉDITO INDEVIDO, com a complementação explicitada na Nota Explicativa referente às infrações que teriam originado o crédito indevido, fato este infelizmente não verificado nos autos, pelo contrário, colocou-se como fato infrigente uma denúncia que não encontra guarida nas provas materiais acostadas aos autos, ao tempo em que foi descrita como complemento várias irregularidades que destoam do fato infrigente descrito, eivando de vício a exação ora apreciada.

Nesse diapasão, é cediço que o auto de infração deve ter alguns requisitos formais de suma importância para sua legitimidade, quais sejam:

-qualificação do autuado;

-o local, a data e a hora da lavratura;

-a fiel descrição do fato infrigente;

-a capitulação legal e a penalidade aplicável;

-o prazo de trinta dias para que o infrator cumpra ou impugne a autuação;

-a assinatura do agente autuante em cargo, bem como o número de matrícula.

Assim, dentre esses requisitos, os quais devem constar da peça acusatória, pois são considerados aspectos formais do lançamento, vamos dar ênfase ao requisito da **“FIEL DESCRIÇÃO DO FATO INFRINGENTE”**.

Visto no Direito Civil Brasileiro, para reconhecer validade ao ato jurídico, exige-se agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (*art. 82 CC*), se a lei estabelecer uma forma através da qual o ato jurídico deve ser praticado, essa condição *sine qua non* deve ser cumprida, outrossim, se a lei não estabelece forma, que o ato seja praticado através de uma forma diversa eleita pelas partes, mas que não venha a afrontá-la.

Posto que, as normas processuais tributária são formais, visando proteger o contribuinte e a fazenda estadual contra erros ou vícios que tenham o condão de macular a prossecução da marcha processual, pois essa formalidade guarda pertinência com a qualidade dos atos administrativos que são estritamente atos vinculados à lei, onde mister se faz lembrar que todo ato administrativo também é um ato jurídico.

Neste ínterim, e diante das considerações tecidas, ficou patente que o ato administrativo de

lançamento tributário de ofício deve ser praticado de acordo com as formas prescritas na lei, destarte, dentre as exigências formais mais comuns, estão as da lavratura dos termos próprios para delimitar a ação fiscalizatória, a fundamentação legal do lançamento e a descrição correta da infração, o uso do instrumento material adequado para corporificar o lançamento, entre outras. Assim, considera-se vício formal toda inobservância aos requisitos e formas prescritas em lei para a elaboração do ato administrativo do lançamento.

Aquiescendo-nos com essa tese, observamos 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.

É premissa basilar o fato de caber a administração pública rever seus próprios atos, quando incorretos ou eivados de vícios insanáveis, tendo as instâncias administrativa de julgamentos de processos fiscais, como finalidade precípua, imputar ao crédito tributário a liquidez e certeza necessárias e obrigatória para inscrição na dívida ativa, assim, deve sanar qualquer vício observado no processo, garantindo-lhe a marcha processual.

Dessa forma, não estando a natureza da infração determinada com segurança, trazendo dúvidas quanto ao real fato infringente praticado, é dever funcional do julgador determinar a nulidade do lançamento de ofício, para resguardar a Fazenda estadual de arcar futuramente com o ônus da sucumbência.

Entendimento este já pacificado nesta instância *ad quem*, conforme se abebera nos Acórdãos transcritos *ipsis litteris* abaixo:

NULIDADE

A descrição no Auto de Infração deve ser clara e precisa, porquanto o contrário leva a sua nulidade. Modificada a decisão singular. Auto de Infração Nulo.

RECURSOS VOLUNTÁRIOS PROVIDOS Recurso nº CRF- 521/2003

Acórdão nº 142/2004

Relatora: CONS^a. PATRÍCIA M. DE ARRUDA BARBOSA Decisão: Unânime Data: 07/04/2004

D.O.E.: 20/05/2004

NATUREZA DA INFRAÇÃO

A imperfeita descrição do fato infringente (Natureza da Infração)

fulmina de nulidade o auto de infração.

RECURSO HIERÁRQUICO PROVIDO Processo nº CRF 257/98

Acórdão nº 4. 439/98

Relator : Cons. Roberto Farias de Araújo

Decisão unânime de 22-07-1998

Assim sendo, diante do vício verificado quanto à natureza da infração, não nos resta outra alternativa, senão, considerar o auto de infração **NULO**, por VÍCIO FORMAL, com arrimo no que dispõe o **art. 695, parágrafo único** do RICMS/PB, transcrito *in verbis*:

Art. 695.....

Parágrafo único. As incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do processo, quando dele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator.

No caso vertente, mister se faz ressaltarmos que apesar do vício que determinou o comprometimento do 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, sendo a consequência desse fato a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, desta feita com a cobrança correta do fato infringente ocorrido.”

transcrevo abaixo:

Em razão da decisão prolatada, foi publicado o Acórdão 066/2014, cujo teor

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO – ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO – VÍCIO FORMAL – CONVALIDAÇÃO DOS VALORES

RECONHECIDOS COMO DEVIDO E RECOLHIDOS PELO CONTRIBUINTE - REFORMADA A DECISÃO SINGULAR – AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

É condição sine qua non que o fato infringente esteja descrito com

clareza e objetividade para não trazer qualquer dúvida quanto a infração praticada. *In casu*, a infração descrita destoa dos fatos informados na nota explicativa, eivando de nulidade o auto de infração. Convalidado o recolhimento de parte do crédito tributário reconhecido como devido pela acusada. (g.n)

Processo nº CRF 297/2013

Acórdão nº 66/2014

Relator: Rodrigo Antônio Alves Araújo

Decisão unânime de 21-02-2014

Por fim, de acordo com a análise das peças constantes nos autos, temos a convicção de que deva ser reformada a decisão prolatada pelo insigne relator, acolhendo os embargos de declaração com efeitos infringentes, para considerar NULO, *por vício formal*, o auto de infração, DEVENDO a Fazenda Estadual proceder a um novo procedimento fiscal com a correta natureza da infração, com base no que determina o artigo 14 da Lei nº 10.094/2013.

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;

“Ex positis”,

V O T O - pelo recebimento do **RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu **PROVIMENTO**, em razão da omissão e obscuridade verificadas, resultando na aplicação de efeitos infringentes para modificar a decisão desta instância *ad quem*, a qual resultou no **Acórdão nº 437/2014**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº**

93300008.09.00001860/2009-44, lavrado em 14.12.2009 –fl. 12, contra **CENLABOR**

INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA., inscrito no CCICMS sob o nº 16.121.934-9, e julgar NULO, *por vício formal*, o auto de infração em razão de erro na natureza da infração referente ao crédito indevido.

Ao tempo em que, com arrimo no art. 10, inciso VI do Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, aprovado pelo *Decreto nº 31.502/2010*, de 11 de agosto de 2010, DETERMINO a realização de novo procedimento fiscal, com a correta determinação da natureza da infração.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de fevereiro 2015..

O Conselheiro Relator modificou seu voto acompanhando o voto divergente.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro do Voto divergente