Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

A C O R D A Mos membros deste Conselho de RecursosFiscais, 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 a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **NULO, por VÍCIO FORMAL,** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000003/2013-03**,lavrado em 2.1.2013, contra a empresa **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS**

- **AMBEV**, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº **16. 132.781-8**, devidamentequalificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Porém, deve a Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, com a determinação correta do período de infringência da infração, na forma prevista pelo artigo 41, inciso V da Lei n° 10.094/2013.

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 22 de maio de 2015.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.
Assessora Jurídica

Recurso HIE./CRF N.º 181/2014
RECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.
RECORRIDA:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV.
PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.
AUTUANTE:ANTÔNIO ANDRADE LIMA E JOSÉ ANATÓLIO C. CARNEIRO.
RELATOR:CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

CRÉDITO INDEVIDO. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DO FATO GERADOR DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

É considerado nulo o lançamento compulsório que se apresente com erro na determinação temporal do fato gerador da infração denunciada, visto que a denúncia formulada deve se subsumir a perfeita identificação da data do fato infringente constatado, cabendo à realização de nova medida fiscal, de modo a produzir os efeitos inerentes aos lançamentos regulares.

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

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o Recurso ***HIERÁRQUICO,*** *interposto contra a decisão monocrática que julgou NULO o Auto deInfração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000003/2013-03, lavrado em 2 de janeiro de 2013, segundo o qual a autuada, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:*

CRÉDITO INEXISTENTE >> *Contrariando dispositivos legais, ocontribuinte utilizou crédito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.*

NOTA EXPLICATIVA – A empresa apropriou-se,indevidamente, durante o período de apuração referente ao mês de setembro/2012 do ICMS no valor de R$6.091.578,04, eis que ficou constatado não haver sentença declaratória ou qualquer outra decisão judicial, certificando o indébito tributário,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

que ampare a utilização do crédito registrado na escrituração fiscal (processo judicial 200.1999.034638-5).

Por considerar infringidos os artigos 72 e 73 c/c 77, ambos do RICMS/PB, os autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R$ 6.091.578,04, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R$ 12.183.156,08, nos termos dos arts. 82, V, "h", da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R$ 18.274.734,12.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, em 2.1.2013, de forma pessoal, a autuada apresentou defesa, às fls. 44 a 97, requerendo a nulidade e cancelamento do auto de infração, diante da ocorrência de contradição e confusão na indicação do fato gerador da suposta infração, quando se analisa o período indicado na nota explicativa (setembro/2012) e o período apontado no campo "cálculo do crédito tributário" da descrição da infração 01/09/2011 e 30/09/2011. Por estas razões está eivada de nulidade a medida fiscal, diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário. No mérito, pede a improcedência, pois o crédito utilizado é legal foi autorizado judicialmente.

Instruem a defesa, provas e documentos constantes às fl. 98 a 314 dos autos.

Contestando os argumentos defensuais, os autuantes afirmam haver legalidade na medida fiscal, não sendo obstáculo à divergência ocorrida entre as datas do fato gerador na nota explicativa e da infração apurada, pois o anexo contendo o registro SPED aponta o mês correto da infração. Por fim, informa que não existe documentação legal que ampare o crédito apropriado pela autuada no mês de setembro de 2012, requerendo a manutenção a manutenção da ação fiscal, nos termos em que foi efetuada.

Com informação de existir antecedentes fiscais da autuada, porém, sem caracterização de reincidência fiscal (fl. 325), os autos foram conclusos à Gerencia Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP. Prosseguindo os trâmites processuais, foram distribuídos ao julgador fiscal, Anísio de Carvalho Costa Neto, que decidiu pela NULIDADE do auto de infração, conforme ementa abaixo:

CRÉDITO INEXISTENTE *– Valores lançados a crédito da coluna deapuração do imposto sem documento que o consubstancie – Repercussão no recolhimento do ICMS. Erro insanável ao descrever o período do fato gerador.*

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Após a interposição de Recurso Hierárquico (fl. 341), procedeu-se a regular ciência da decisão monocrática à autuada (conforme atestam os documentos de fls. 343), seguiu-se a informação da autuante que se manifestou conformada com a decisão monocrática, conforme atesta o documento de fl. 346.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Aportados os autos nesta Casa, estes me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

O objeto do Recurso Hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora que declarou nulo o auto de infração, por vício formal insanável, tendo em vista a ocorrência de divergência na descrição da data da ocorrência do fato gerador apurado quando da descrição da infração na medida fiscal.

Sob o aspecto formal, o auto de infração deve preencher os requisitos de constituição e desenvolvimento válido, previstos no art. 692, I a XIII do RICMS/PB, os quais, inclusive, foram reproduzidos no art. 41, I a XII, da Lei Estadual nº 10.094, de 27/09/2013, com vigência a partir de 1º de março de 2014.

Todavia, o que se denota é a existência de um equivoco da fiscalização ao lavrar a peça basilar, posto que enquanto a descrição da infração menciona o fato gerador como sendo no período de 1º/9/2011 a 30/9/2011, a nota explicativa o faz como sendo de mês de setembro de 2012.

É sabido, e consabido, que a determinação correta do fato gerador é condição "*sine qua non"* para a quantificação formal do crédito tributário a ser constituído, no tocante a incidência de correção monetária, juros de mora e demais importâncias incidentes, bem como no aspecto da qualificação temporal, para efeito de contagem do prazo decadencial, nas hipóteses cabíveis de repercussão tributária, e seus efeitos na relação jurídico-tributária.

Donde se conclui pela existência de vício formal e insanável nos próprios autos, o qual se caracteriza pela imprecisão na descrição temporal do fato gerador dado como infringente, de forma a não permitir que se faça iniciar a data precisa da natureza da infração que se pretendeu delatar, cerceando, assim, o direito de defesa da recorrente e acarretando, por esse fato, nulidade do auto de infração.

Efetivamente, a Lei Estadual nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, inclui, como requisito do Auto de Infração, a descrição da falta, 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".*

(Grifo não constante do original).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Trata-se de requisito de forma, conforme se infere da dicção combinada dos arts. 16 e 17, III, do citado diploma legal, senão vejamos:

"*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 – (...)

II – à ***descrição dos fatos****".*

Nesse toar, a novel legislação processual tributária no Estado da Paraíba estabelece que são sanáveis as incorreções, omissões ou inexatidões que atendam ao seguinte: não importem nulidade; não ocasionem prejuízo à defesa, salvo se o autuado lhe houver dado causa; ou, ainda, quando não influírem na solução do litígio (interpretação do art. 15, *caput*).

Donde se conclui que, por importar nulidade, a incorreção ou inexatidão contida no lançamento de ofício em tela não é passível de ser sanada, visto afeta o aspecto temporal da infração cometida, que não ser processou em setembro de 2011 como se faz constar no período do fato gerador descrito pela fiscalização e sim em setembro de 2012 como demonstra os documentos de prova inseridos às fl. 7 dos autos.

O Princípio da Instrumentalidade das Formas, orientado nos artigos 154, 244 e 249, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece:

"Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial."

"Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de penalidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

"Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ *2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta."*

É de se compreender que o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio segundo o qual os atos processuais não dependem de forma, exceto quando legalmente cominadas, restando a discussão acerca da possível existência ou inexistência de vício nos atos processuais, passíveis de nulidade, oriundos da inobservância da forma prescrita. Assim, há defensores que atribuem relevo à instrumentalidade, conforme ensina Silva sobre a escolha feita pelo direito processual:

"Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por válidos todos os atos processuais que não obedecem rigorosamente

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

à *determinação de forma estabelecida para sua realização. E nos sistemas jurídicos rudimentares, como se verificava no direito primitivo, as solenidades processuais e a rigidez formal eram absolutas. A mais insignificante inobservância dos ritos impostos por lei era motivo suficiente para causar a nulidade do processo. Contudo, no direito moderno tal não ocorre. Precisamente por sua natureza eminentemente instrumental, domina no Direito Processual o princípio da liberdade das formas, consagrado pelo art. 154 do Código, segundo qual os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de modo diverso, hajam preenchido a finalidade essencial que a lei lhe atribuir" (*Silva, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil.* 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 204).

Nessa mesma linha situa-se Paixão Júnior:

"O raciocínio que leva à aplicação do princípio é o seguinte: se ocorrer desrespeito a uma exigência formal e, ainda assim, o ato processual tiver atingido a finalidade para a qual a forma tiver sido estabelecida, ela será eficaz, pois não é um fim em si próprio, ao contrário, a criação do procedimento visa à garantia da liberdade das partes" (Paixão Júnior, Manuel Galdino da. *Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 233).*

Por visar à finalidade do ato, o Princípio da Instrumentalidade das Formas não está dissociado do devido processo legal, pois sua aplicação deve se atrelar à presença ou não de prejuízo. Em havendo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, não há que se invocar a instrumentalidade das formas. Nesse sentido, afirma Daniel Roberto Hertel: *"(...) o devido processo legal valoriza as formas no que concerne à realização das suas finalidades"* (*Técnica Processual e Tutela Jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 160).

Com base nessas diretrizes, é possível afirmar, com elevado grau de certeza, que, no caso de erro na determinação da data do fato gerador consignado na peça iniciativa não vejo como declinar pela sua regularidade. Desse modo, terá lugar a nulidade do auto infracional para que outro seja lavrado com a corretidão necessária.

Dessa forma, não vejo como discordar da decisão singular que identificou vício formal na descrição do fato infringente, não obstante a documentação acostada evidenciar a ocorrência de ilícito fiscal, não há como negar o comprometimento da peça basilar, diante dos desacertos que contrariam o preceito do art. 142 do CTN, infra:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ***determinar a matéria tributável****, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifo nosso).*

Em consequência desses fatos não me resta alternativa senão comungar com a decisão singular, para ratificar a nulidade do lançamento de ofício em tela.

Em outras oportunidades esta Corte Superior se posicionou nessa mesma direção, florescendo vários julgados, dentre os quais destaco o Acórdão nº 207/2011, desta relatoria, infra:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

"RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO – ERRO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

A peça exordial que não determina com exatidão a natureza da infração cometida deve ser declarada nula, com oportunidade de refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material e da segurança jurídica (Rec. HIE CRF nº 207/2010, Rel. Cons. João Lincoln Diniz Borges).

Por fim, ressalto que apesar do defeito da forma que determinou o comprometimento do feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. Dela resulta apenas a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida nestes autos. A consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que a fiscalização proceda à lavratura de outra peça acusatória, que atenda aos ditames da legislação de regência.

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do **Recurso Hierárquico**, por regulare, quanto ao mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para manter a sentença exarada na instância monocrática, que julgou **NULO, por VÍCIO FORMAL,** o Auto de Infração de Estabelecimento **nº 93300008.09.00000003/2013-03**, lavrado em 2.1.2013, contra a empresa **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, contribuinte inscrito no CCICMS estadual sob o nº **16. 132.781-8**, devidamente qualificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Porém, deve a Fazenda Estadual proceder à realização de um novo feito fiscal, com a determinação correta do período de infringência da infração, na forma prevista pelo artigo 41, inciso V da Lei n° 10.094/2013.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de maio de 2015.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator

Phoca PDF