



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 140.878.2013-0

Acórdão nº 119/2016

Recurso /EBG/CRF-086/2016

EMBARGANTE: JADER SALES DE BRITO.

EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE.

AUTUANTE: ISABEL JOSELITA DA ROCHA ALVES.

RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. INEXISTÊNCIA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTRIBUINTE QUE OPERA EXCLUSIVAMENTE COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. EFEITO MODIFICATIVO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acolhido a existência de premissa fática equivocada acerca da repercussão tributária sobre a denúncia de saídas de mercadorias tributáveis apuradas em equipamento não fiscal, quando se constata que a empresa opera, exclusivamente, com mercadorias sujeitas ao regime de tributação por substituição tributária cujo imposto integralmente é previamente recolhido na origem, encerrando, assim, a fase de tributação. Infere-se, pois, que a recorrente não é passível da acusação de falta de pagamento do imposto, dado que este já foi pago na origem. Efeito infringente parcial dos Aclaratórios.

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 no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para lhes conferir efeitos infringentes, e reformar a decisão exarada através Acórdão n° 049/2016, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de **Estabelecimento nº 933.00008.09.00001795/2013-33**, lavrado em 30/10/2013, contra a empresa **JADER SALES DE BRITO., CCICMS-PB nº 16.147.050-5**, alterando os valores exigidos para o importe de R\$ **16.654,89 (dezesseis mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos)** de ICMS, por infringência aos artigos 54 e 55 c/c 158, c/c 160, l c/ fulcro nos artigos 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e de Multa por infração no valor de R\$ **16.654,89 (dezesseis mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos)**, nos termos do art. 82, V, “a” da Lei nº 6.379/96 perfazendo um crédito tributário total de R\$ **33.309,78 (trinta e três mil, trezentos e nove reais e setenta e oito centavos)**.

Ao tempo em que **CANCELO**, por indevido, o valor total de **R\$ 750.122,42**, sendo **R\$ 296.717,97** de ICMS e de **R\$ 453.404,45** de multa por infração.

Urge ressaltar que do montante devido acima, o contribuinte efetuou o recolhimento de ICMS, com correspondente valor de multa por infração, conforme se depreende do Termo de Juntada constante às fl. 076/079 dos 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 06 de maio de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA. Ausência não Justificada do Conselheiro RICARDO ANTÔNIO E SILVA AFONSO FERREIRA.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, previsto no art. 64, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão proferida no Acórdão embargado.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001795/2013-33**, lavrado em 30 de junho de 2013, denuncia a empresa embargante pela prática das seguintes irregularidades:

OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

NOTA EXPLICATIVA. O contribuinte está sendo autuado por omitir saídas de mercadorias tributáveis conforme constatado no detalhamento da consolidação ECF/TEF/GIM.

VENDAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional, vendeu mercadorias tributáveis, sem emissão de notas fiscais,

culminado na falta de recolhimento do imposto.

NOTA EXPLICATIVA: Tal irregularidade embase-se pela venda de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais hábeis, constatado in loco pelo uso do equipamento não fiscal, marca Bematech nº 44200070474928, o qual emitia documento confundível com cupom fiscal. Foi considerado, como base de cálculo, para o imposto devido o totalizador geral constante em documento confundível com leitura X(COO 077986), emitido pelo contribuinte no ato da autuação fiscal através do citado equipamento.

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 049/2016, conforme emenda abaixo:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE FISCAL. PARCELAMENTO. SAÍDA DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. USO DE EQUIPAMENTO NÃO FISCAL. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- É pacificado o entendimento acerca da existência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, quando se constatar a ocorrência de diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com as quais a declarante operacionalizou o meio de pagamento de suas vendas. A diferença tributária foi reconhecida pela recorrente que efetuou composição de parcelamento após decisão de primeira instância singular.

- Usar equipamento não fiscal e sem autorização fazendário é o mesmo que promover saída sem emissão de documentos fiscais, representando um verdadeiro caixa não oficial em pleno recinto comercial, situação que caracteriza a ilicitude denunciada. Redução da penalidade por força da alteração advinda da Lei 10.008/2013.

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

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 24/3/2016, conforme Notificação expedida às fls. 98, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios (fls. 100/106), de forma tempestiva, vindo a alegar a existência de contradição e obscuridade na decisão embargada, diante de posição jurisprudencial desta Corte em julgados análogos já que a empresa industrializa e comercializa produtos de panificação com desoneração da obrigação de pagar ICMS, haja vista que o referido tributo já se encontra com ciclo de tributação encerrado, tal como acontece na revenda de combustíveis, cimento, cigarros e outros inseridos no universo da substituição tributária.

Dessa feita, aduz que o Acórdão deve ser revisto pela plausibilidade dos presentes embargos, com efeito modificativo, diante da mansa jurisprudência de que não se exige ICMS pelas saídas de quem

já recolheu o imposto pelas entradas antecipadamente, mesmo sobre técnica presuntiva de auditoria, citando, para isso, o Acórdão CRF nº 150/2010.

Por conclusão, volta a discorrer alegações apontadas no recurso voluntário para, no final, pugnar pela admissibilidade dos embargos dando-lhe o efeito infringente a fim de reformar a decisão embargada.

É O RELATÓRIO.

V O T O

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

Saliente-se que a embargante teve julgamento em parte desfavorável, quando da análise meritória nas duas instâncias administrativas, vindo a interpor o presente recurso, por considerar que houve 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 36.581, de 26/2/2016, 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, obscuridade ou conflito de entendimento, 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.

Pela norma supra, somente a existência destes vícios, nos termos do Regimento desta Casa da jurisprudência pátria, 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 ressentia de dúvida, desfazendo a contradição nele existente, supra ponto omissivo"* 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, vejo, em primeiro plano, que no tocante à primeira acusação fiscal, esta não foi objeto de questionamento dos embargos, diante da ocorrência de pagamento realizado pela empresa recorrente que reconheceu a ilicitude fiscal apurada, através do Processo de Parcelamento nº 0853852014-8, situação devidamente comprovada no relatório analítico de situação dos débitos fiscais emitidos pela Gerência de Arrecadação, o que se encontra superada qualquer discursão da matéria, nos moldes do artigo 156, inciso I do CTN.

Partindo para o ponto central do aresto embargado, a embargante alega a ocorrência de contradição da relatoria em reconhecer a procedência da segunda denúncia relativa ao uso de equipamento não fiscal com repercussão em vendas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais, quando a empresa opera com mercadorias sob a égide da substituição tributária, o que não repercutiria em falta de recolhimento do ICMS, haja vista que o referido tributo se encontra com ciclo de tributação encerrado, visto que não se exige ICMS pelas saídas de mercadorias quando ocorreu recolhimento do imposto pelas entradas, com retenção na origem, via substituição tributária.

Neste sentido, sou compelido a reconhecer a ocorrência, não de contradição, no entanto de premissa fática equivocada, quando da análise meritória sobre a acusação em tela.

De fato, diante da análise das operações fiscais e mercantis desenvolvidas pela recorrente, anteriores aos fatos apurados pela fiscalização sobre o GT do equipamento não fiscal flagrado, com a movimentação declarada pelo contribuinte nos exercícios de 2011, 2012 e 2013, conforme demonstrativos e relatórios das GIM'S, das notas fiscais de saída e de extratos do Simples Nacional

acolhidos por esta relatoria através do Termo de Juntada, às fl. 108/131 dos autos, percebe-se, documentalmente, não haver saídas mercantis com tributação normal, tendo em vista que se trata de contribuinte que exerce atividade, exclusivamente, com produtos sujeitos à substituição tributária, cujo ICMS é retido na origem pelo substituto tributário, não se vislumbrando a repercussão tributária prevista na legislação, quando se comprova a ocorrência de encerramento da fase de tributação, restando provado o equívoco da exigência posta na peça exordial, razão por que não é passível de lançamento indiciário por descumprimento de obrigação principal, decorrente de falta de emissão de notas fiscais de saídas, dado que o tributo já fora recolhido na origem e alcança até a última etapa da circulação de mercadorias.

Nesta hipótese, não resta repercussão tributária pelo descumprimento da obrigação principal, caberia, no entanto, a adoção de multa por descumprimento de obrigação acessória, por uso de equipamento não fiscal confundível com fiscal, situação não aventada pela fiscalização neste presente contencioso. Pela circunstância, resta prejudica a exigência fiscal por falta de repercussão tributária quando das saídas declaradas no GT- Grande Total do equipamento não fiscal, não se podendo presumir que se trata de operações tributáveis.

Para apaziguar qualquer resquício de dúvida ou conflito de entendimento sobre a falta de repercussão tributária sobre as saídas posteriores sem movimentação tributável comprovada, quando se constatar operações com mercadorias, exclusivamente, sujeitas ao regime de substituição tributária, trago a colação jurisprudência desta Corte “**ad quem**” para caso de idêntica natureza processual, conforme transcrição dos acórdãos que revelam desfecho semelhante ao da questão em foco, senão vejamos:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS. NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. CONTRIBUINTE QUE OPERA EXCLUSIVAMENTE COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE.

Diante da comprovação de que a empresa opera exclusivamente, com mercadorias sujeitas ao regime de tributação por substituição tributária cujo imposto integralmente é previamente recolhido, na origem, encerrando, assim, a fase de tributação, infere-se que a recorrente não é passível da acusação de falta de pagamento do imposto, dado que este já foi pago na origem, o que exclui a denúncia em foco.

(Acórdão nº 094/2016, Relator Cons. Francisco Gomes Lima)

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO – NOTA FISCAL NÃO LANÇADA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONFIRMAÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS SEM NOTA FISCAL. MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Reputa-se legítima aplicação de multa por infração sempre que restar evidenciado que a obrigação

acessória de efetuar o lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias na escrita fiscal do adquirente foi por este descumprida.

Quanto ao Levantamento Financeiro **restou comprometida a exigência fiscal que tem como suporte o seu resultado, dado a que todos os valores nele alocados se referem a operações cujas saídas não ensejam repercussão quanto à falta de pagamento do ICMS, mas, tão-somente, mero descumprimento da obrigação acessória de emitir nota fiscal, posto consistirem de saídas não tributadas, ou sujeitas ao regime da substituição tributária, no qual o imposto é antecipadamente recolhido na origem, encerrando a fase de tributação. Improcedência do lançamento de ofício. Reformada a decisão da Instância “a quo”.**

(Acórdão nº 234/2012, Relatora. Consª. Maria das Graças D. O. Lima)

Em face da jurisprudência desta Corte, acolho os embargos de declaração em pauta, para sanar a ocorrência de premissa fática equivocada em referência, determinando a correção do acórdão embargado, a fim de que este espelhe os valores do ICMS e da multa por infração, efetivamente, devidos e condizentes, de fls. 80 a 93, incluindo-se, na corrigenda, os valores cancelados do crédito tributário.

Diante desta constatação, reconheço efeitos infringentes em parte nos embargos declaratórios, ao passo em que, demonstro abaixo o crédito tributário, com correção e exclusão do lançamento atingido pela premissa fática equivocada, senão vejamos:

Cálculo do Crédito Tributário

Infração	Data		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim	R\$	R\$	R\$
Omissão de vendas.	01/06/2008	30/06/2008	14,82	14,82	29,64
Omissão de vendas.	01/08/2008	31/08/2008	546,32	546,32	1.092,64

Omissão de vendas.	01/09/2008	30/09/2008	10,73	10,73	21,46
Omissão de vendas.	01/10/2008	31/10/2008	685,07	685,07	1.370,14
Omissão de vendas.	01/11/2008	30/11/2008	659,30	659,30	1.318,60
Omissão de vendas.	01/12/2008	31/12/2008	393,86	393,86	787,72
Omissão de vendas.	01/01/2009	31/01/2009	300,60	300,60	601,20
Omissão de vendas.	01/03/2009	31/03/2009	187,37	187,37	374,74
Omissão de vendas.	01/05/2009	31/05/2009	143,33	143,33	286,66
Omissão de vendas.	01/09/2009	30/09/2009	336,01	336,01	672,02
Omissão de vendas.	01/10/2009	31/10/2009	398,07	398,07	796,14
Omissão de vendas.	01/11/2009	30/11/2009	469,14	469,14	938,28
Omissão de vendas.	01/12/2009	31/12/2009	632,43	632,43	1.264,86
Omissão de vendas.	01/01/2010	31/01/2010	251,64	251,64	503,28
Omissão de vendas.	01/06/2010	30/06/2010	660,25	660,25	1.320,50

Omissão de vendas.	01/07/2010	31/07/2010	769,86	769,86	1.539,72
Omissão de vendas.	01/08/2010	31/08/2010	716,34	716,34	1.432,68
Omissão de vendas.	01/09/2010	30/09/2010	511,31	511,31	1.022,62
Omissão de vendas.	01/10/2010	31/10/2010	660,45	660,45	1.320,90
Omissão de vendas.	01/01/2011	31/01/2011	535,91	535,91	1.071,82
Omissão de vendas.	01/02/2011	28/02/2011	569,08	569,08	1.138,16
Omissão de vendas.	01/05/2011	31/05/2011	153,88	153,88	307,76
Omissão de vendas.	01/02/2012	29/02/2012	29,26	29,26	58,52
Omissão de vendas.	01/05/2012	31/05/2012	178,34	178,34	356,68
Omissão de vendas.	01/06/2012	30/06/2012	834,14	834,14	1.668,28
Omissão de vendas.	01/10/2012	31/10/2012	823,40	823,40	1.646,80
Omissão de vendas.	01/11/2012	30/11/2012	1.392,85	1.392,85	2.785,70
Omissão de vendas.	01/12/2012	31/12/2012	2.115,76	2.115,76	4.231,52
Omissão de	01/01/2013	31/01/2013	1.285,79	1.285,79	2.571,58

vendas.					
Omissão de vendas.	01/02/2013	28/02/2013	382,24	382,24	764,48
Omissão de vendas.	01/08/2013	31/08/2013	7,34	7,34	14,68
Vendas sem emissão de notas fiscais.	09/10/2013	09/10/2013	0,00	0,00	0,00
CRÉDITO TRIBUTÁRIO TOTAL			16.654,89	16.654,89	33.309,78

“EX POSITIS”

V O T O - pelo recebimento do recurso de Embargos Declaratórios, por regular, e tempestivo, e no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para lhes conferir efeitos infringentes, e reformar a decisão exarada através Acórdão n° 049/2016, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de **Estabelecimento n° 933.00008.09.00001795/2013-33**, lavrado em 30/10/2013, contra a empresa **JADER SALES DE BRITO.**, CCICMS-PB n° 16.147.050-5, alterando os valores exigidos para o importe de **R\$ 16.654,89 (dezesesseis mil, seiscientos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) de ICMS**, por infringência aos artigos 54 e 55 c/c 158, c/c 160, I c/ fulcro nos artigos 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto n° 18.930/97, e de Multa por infração no valor de **R\$ 16.654,89 (dezesesseis mil, seiscientos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos)**, nos termos do art. 82, V, “a” da Lei n° 6.379/96 perfazendo um crédito tributário total de **R\$ 33.309,78 (trinta e três mil, trezentos e nove reais e setenta e oito centavos)**.

Ao tempo em que **CANCELO**, por indevido, o valor total de **R\$ 750.122,42**, sendo **R\$ 296.717,97** de ICMS e de **R\$ 453.404,45** de multa por infração.

Urge ressaltar que do montante devido acima, o contribuinte efetuou o recolhimento de ICMS, com correspondente valor de multa por infração, conforme se depreende do Termo de Juntada constante

às fl. 076/079 dos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 6 de maio de 2016.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator