



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

Processo nº 130.116.2015-6

Recurso EBG/CRF Nº 071/2017

Embargante: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS – CRF.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE C. GRANDE.

Autuante(s): AGAMENON AUGUSTO DE ATAÍDE.

Relatora: CONS^a. MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. MANTIDA A DECISÃO FUSTIGADA. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de omissão no “decisum” exarado neste egrégio Tribunal Administrativo, não encontram fundamento no Acórdão vergastado, restando à embargante trilhar o caminho do não acolhimento da sua pretensão, que se decide nos autos dos embargos de declaração, mantendo-se, pois, os termos da decisão exarada no acórdão contestado.

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 da relatora, pelo recebimento dos *embargos declaratórios*, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 012/2017, que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00000001609/2015-28, lavrado em 17/9/2015, contra ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.123.241-8, devidamente qualificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente processo, e ao mesmo tempo ressaltou a possibilidade da realização de outro feito fiscal com a descrição correta da infração, ao fundamento do art. 10, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016, tendo em vista o vício formal que acomete o respectivo lançamento de ofício.

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 10 de março de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Submeto a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração opostos tempestivamente e motivados por discordância ao Acórdão nº 012/2017.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001609/2015-28 (fls. 3 a 9), lavrado em 17 de setembro de 2015, a Fiscalização do ICMS formaliza denúncia contra a empresa acima identificada, ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., pelo cometimento do ilícito fiscal assim descrito na citada pela de delação:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS INTERNAS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.2000) – Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária sem retenção”.

Em nota explicativa a peça acusatória complementa:

“Constatamos que este contribuinte, entre os períodos de setembro de 2010 a agosto de 2015, recebeu mercadorias – preparados para fabricação de sorvetes em máquina – sujeitas à

Substituição Tributária, enquadradas erroneamente como não pertencentes a este regime, acarretando o não recolhimento do ICMS-ST correspondente, no valor de R\$ 697.046,44 (seiscentos e noventa e sete mil, quarenta e seis reais e quarenta e quatro centavos), com isto houve infração ao art. 390, c/c art. 391, c/c art. 395, c/c art. 396, c/c art. 397 e art. 399, II, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 18.930/97. Ocorreu também infração ao art. 1º e 2º do Decreto nº 26.486/2005”.

A referida peça de denúncia, segundo a qual os fatos geradores teriam ocorrido nos exercícios de 2010 a 2015 e motivaram a cobrança do crédito tributário no montante de R\$ 1.394.092,90, constituído do ICMS no valor total de R\$ 697.046,45, bem como da penalidade pecuniária em igual importância - R\$ 697.046,45 -, teve a devida apreciação, oportunizada pela interposição do Recurso Voluntário CRF nº 065/2016, nesta Corte “ad quem”, onde foi aprovado, à unanimidade, o voto desta relatoria, exarado às fls. 1.392 a 1.401, e deu origem ao acórdão embargado que decidiu pelo provimento do recurso voluntário, concluindo pela nulidade do lançamento de ofício, por entender ter havido vício na sua formalização. Diante do que, reformou a decisão singular que o procedeu.

Eis a ementa do acórdão paradigmático:

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. ERRO NA NATUREZA DA INFRAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. REFORMADA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização na descrição do fato infrigente, o qual inquina de vício formal a peça acusatória e acarreta, por essa razão, a sua nulidade. No caso, caracterizou-se impossibilidade na imputação formalizada, visto que ao mesmo acusado atribuiu condutas ilegais inconciliáveis entre si, devido a impossibilidade de o infrator ocupar a um só tempo, na mesma operação de circulação de mercadorias, as figuras de vendedor e adquirente, para o efeito de responder pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária incidente. Cabível a realização de novo feito fiscal com a perfeita identificação da natureza da infração que se pretende delatar.

Notificada do decisum proferido nesta instância, em 13/2/2017 (fls. 1.404 e 1.405), a recorrente tempestivamente interpôs os Embargos de Declaração em exame, em 20/2/2017 (fls. 648 a 653), mediante o qual objetiva efeitos infringentes mediante correção do defeito que acometeria o aresto embargado, o qual consistiria de omissão quanto ao fato de que o vício, de que padeceria o lançamento fiscal, caracterizar-se-ia material, e não formal, segundo a embargante, por dizer respeito à própria conduta da acusada, havendo no seu entender, que se reconhecer a inaplicabilidade do art. 173, II do CTN, ao caso dos autos.

Em defesa de sua tese transcreve doutrina, além do art. 142 do CTN.

Ao final, pugna pelo provimento dos embargos para que seja sanada a omissão suscitada, inclusive com atribuição de feitos infringentes, nos moldes admitidos pela jurisprudência judicial e

administrativa, inclusive neste eg. Conselho de Recursos Fiscais, a fim de que seja reconhecida a natureza material dos vícios do lançamento fiscal apontados no acórdão embargado e a inaplicabilidade do art. 173, II do CTN ao caso em tela.

Está relatado.

VOTO

Cuida-se de Embargos Declaratórios que têm por objetivo efeitos modificativos na implementação de solução na omissão no aresto objurgado, a qual residiria no aspecto constante no relato supra.

Com efeito, constitui pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração a omissão na decisão embargada (art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016).

Isto considerando, passo ao exame dos elementos que justificariam os aclaratórios em referencia.

OMISSÃO

A omissão se dá quando o decisório deixa de considerar pontos relevantes da matéria decidida (art. 1.022, II do CPC).

Isto considerando, observo que carece de fundamento de fato o argumento da embargante, visto que o voto, que deu origem ao aresto embargado, pronuncia-se sobre ponto relevante sobre o qual se impunha fazê-lo de ofício e fundamenta o decisório na legislação que regula o processo administrativo tributário, neste Estado, Lei nº 10.094/2013, consoante o fragmento que transcrevo:

“Assim, diferentemente da concepção singular, entendo que o lançamento de ofício não foi procedido com as cautelas da lei, visto que não observou os requisitos legais reservados à sua

formalização (Art. 142 do CTN e art. 14 a 17 da Lei nº 10.094/2013), quando não primou pela perfeita identificação da natureza da infração, conforme acima se demonstra.

(...)

Neste sentido, confirmo a existência de erro na determinação da infração denunciada, onde recorro ao texto normativo dos artigos 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal quando ocorrer equívoco na descrição do fato infringente, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, consoante aplicação do texto normativo abaixo:

“Art. 14. São nulos:

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

Com efeito, trata-se de incorreção que importa a nulidade do lançamento e, por esse fato, não comporta saneamento de ofício. Interpretação a contrario sensu do art. 15, caput, c/c o art. 15, ambos da Lei nº 10.094, de 27/9/2013, que dizem:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas de ofício quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio”.

“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.”

Nesse sentido, não se pode afirmar que o lançamento deu cumprimento à determinação da matéria tributável, na forma apropriada, como sendo uma das providências inerentes à atividade privativa vinculada e obrigatória de constituição do crédito tributário por meio de lançamento da autoridade administrativa, conforme se infere do art. 142, caput, in verbis:

“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”.

O art. 17 da Lei Estadual nº 10.094/2013 também consiste num dos fundamentos do voto refutado, conforme citação constante no primeiro parágrafo, acima transcrito. O citado dispositivo, ao relacionar os requisitos obrigatórios do auto infracional, estabelece:

“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”.

Além disso, o acórdão não se limitou à interpretação dos dispositivos legais em referência, pois apresentou a motivação, pela qual entendeu ser aplicável a norma que emana dessas diretrizes, apresentando, pois, o liame que as vincula, conforme se infere dos fragmentos extraídos das fundamentações exaradas no voto que deu origem ao acórdão fustigado que, diante da descrição da conduta da autuada, efetuada no auto infracional, assim se pronunciou:

“Dessa realidade, após criteriosa análise na descrição do fato que se pretendeu delatar, observa-se in limine a existência de um vício na sua formalização.

Com efeito, enquanto a descrição da infração efetuada no auto infracional, espaço que lhe é próprio, faz referência à venda de mercadoria sujeita à substituição tributária sem retenção do imposto, o que se revela uma conduta irregular na qual somente é passível de incorrer o substituto tributário, e não o contribuinte substituído.

A seu modo, a Nota Explicativa, ínsita no libelo basilar, ao detalhar as circunstâncias da conduta delituosa, informa que o contribuinte “recebeu mercadorias [...] sujeitas à Substituição Tributária...”. Por óbvio, a assertiva se refere à aquisição de mercadorias sujeitas ao citado regime de tributação na qual o respectivo adquirente não promoveu o pagamento do imposto. Distintamente da situação acima comentada, somente é passível incidir nessa infração o contribuinte substituído, isto é, aquele que adquire mercadorias sujeitas à Substituição Tributária sem retenção do imposto na origem, pelo substituto tributário, caso em que o adquirente, na posição de substituído, passa a responder pelo pagamento da Substituição Tributária, dada a sua condição de responsável na relação de direito

material (art. 391, §§ 5º e 7º, II do RICMS/PB).

Donde se infere que o auto infracional faz referência a duas infrações distintas e impossíveis de ser imputadas ao mesmo contribuinte, visto que advindas da mesma operação fiscal: a venda de mercadorias, onde as figuras do vendedor e do comprar não se confundem entre si, afinal, ou se é vendedor ou, então, comprador do mesmo objeto da transação comercial.

Além disso, todo o acervo documental que instrui a delação fiscal dá suporte à situação fiscal própria de contribuinte substituído tributariamente que teria adquirido mercadorias sujeitas ao Regime da Substituição Tributária e, na qualidade de responsável tributariamente, teria deixado de efetuar o pagamento do valor da substituição não retido na origem.

Dessa realidade, após criteriosa análise na descrição do fato que se pretendeu delatar, observa-se in limine a existência de um vício na sua formalização.”

Como se observa, o decisório está pautado na interpretação conjunta dos arts. 14, 15, 16 e 17 da Lei estadual nº 10.094/2013, que consolida normas de observância obrigatória pelos julgadores que exercem a instância administrativa, neste Estado. Diante do que, não há como atribuir razão ao argumento da embargante, quanto ao fato de que, segundo esta, o vício que inquinaria o lançamento de ofício se caracterizaria material, e não formal consoante decidiu o aresto paradigmático.

Apesar de o decisório embargado se referir ao vício processual detectado como se este tivesse acometido a natureza da infração, quando, em alguns trechos da fundamentação, utiliza essa expressão, fê-lo com a significação de descrição da infração. Para confirmar a assertiva, transcrevo fragmento em que o voto faz referência a erro na descrição dos fatos dados como infringentes:

“Neste sentido, confirmo a existência de erro na determinação da infração denunciada, onde recorro ao texto normativo dos artigos 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal quando ocorrer equívoco na descrição do fato infringente, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, consoante aplicação do texto normativo abaixo...” (Grifei).

Ademais, todos os elementos que compõem o lançamento de ofício são conclusivos no sentido de que a natureza da infração foi perfeitamente determinada pela Fiscalização, e que o equívoco que esta cometeu se verificou na descrição do fato infringente, efetuada no espaço do auto infracional reservado a esse fim, quando faz referência a “vendas” de mercadorias sujeitas à substituição tributária, em vez de “aquisição” dessas mercadorias. Tanto que, na nota explicativa, ínsita na peça basilar, a menção aos fatos traduz com precisão aquilo que efetivamente a autoridade lançadora

apurou e considerou infringente.

A própria ementa do acórdão vergastado revela que a utilização das expressões acima se fez com o escopo em referência.

Portanto, rechaço o argumento manejado pela embargante.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos *embargos declaratórios*, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 012/2017, que julgou *nulo* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.00000001609/2015-28, lavrado em 17/9/2015, contra ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.123.241-8, devidamente qualificado nos autos, eximindo-o de quaisquer ônus oriundos do presente processo, e ao mesmo tempo ressaltou a possibilidade da realização de outro feito fiscal com a descrição correta da infração, ao fundamento do art. 10, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016, tendo em vista o vício formal que acomete o respectivo lançamento de ofício.

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de março de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora