



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

Processo nº 166.440.2014-3

Recurso EBG/CRF Nº 212/2017

EMBARGANTE:PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA.

EMBARGADO:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

AUTUANTE:FERNANDO ANTÔNIO CRUZ VIEGAS.

RELATORA:CONSª. DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDO. ARGUMENTOS INEFICAZES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

O cabimento do Recurso de Embargos de Declaração está condicionado à existência de omissão, obscuridade ou contradição.

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 esta instância trilhar o caminho do não acolhimento da pretensão da embargante, 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 da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso de embargos de declaração*, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu *desproimento*, para manter a decisão embargada proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 162/2017, que considerou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001978/2014-30 (fls. 3 e 4), lavrado em 30/10/2014, contra a empresa, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA (inscrição – 16.137.122-1), devidamente qualificada nos autos.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
14 de julho de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

RELATÓRIO

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal *Embargos de Declaração*, com fundamento nos arts. 75, V, 86 e 87, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão emanada do Acórdão nº 162/2017, que, por sua vez, foi exarado a propósito do *recurso voluntário*, interposto contra a decisão da Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, objetivando esclarecimentos a respeito da motivação da decisão da autoridade julgadora para *proceder parcialmente* o lançamento de ofício, porquanto concluiu como indevida a exação de parte do crédito tributário, ao excluir a nota fiscal onde restou comprovada a remessa de bem em comodato.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001978/2014-30 (fls. 3 e 4), lavrado em 30/10/2014, de acordo com o qual a empresa autuada, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA (inscrição – 16.137.122-1), constam as seguintes acusações:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

- NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis, conforme documentação fiscal.

Em sede de recurso apreciado por esta instância de julgamento, foi aprovado, por unanimidade, o voto exarado por esta Conselheira Relatora, declarando a *parcial procedência* do lançamento tributário, fixando o crédito tributável exigível em R\$ 772.147,94, sendo R\$ 392.628,27 (trezentos e noventa e dois mil, seiscentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) de ICMS, como infringente aos artigos 158, I; 160, I, c/fulcro, art. 646, e Art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e, multa por infração na quantia de R\$ 379.519,67 (trezentos e setenta e nove mil, quinhentos e dezenove reais e sessenta e sete centavos), com fulcro no art. 82, inciso V, “f” e art. 82, inciso II, alínea “b”, da Lei 6.379/96, conforme ementa abaixo:

OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. AJUSTE REALIZADO. FALTA DE REGISTRO NOS LIVROS PRÓPRIOS DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Preliminar de nulidade não acolhida. O Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade,

Reputa-se legítima a exigência fiscal relativa à infração de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, detectadas mediante a falta de lançamento de notas fiscais de aquisições nos livros próprios, diante da regularidade do procedimento de detecção da falta. Legitimidade que pode ser afastada por prova inequívoca a cargo de quem a contestar. Exclusão de nota fiscal de remessa de bem em comodato.

A falta de registro das operações de saídas nos livros próprios enseja a falta de recolhimento do imposto estadual. Infração caracterizada.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 6/6/2017, conforme folha 166, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios (fls. 167-179), em 12/6/2017, tempestivo, vindo a requerer reapreciação da matéria processual, mediante os seguintes argumentos de OMISSÃO:

- a) “Sequer foi realizada uma análise nas notas fiscais que compõem a acusação, onde se constata diversas notas, cujas operações não ocorre o efetivo desembolso, a exemplo de “Remessa de bem por conta do contrato de comodato”, “Remessa para utilização na prestação de serviços”, “Remessa de mercadorias para conserto/ reparo”, “ Retorno para conserto”, tendo sido excluída pela primeira instância apenas a nota fiscal nº 2064, no valor de R\$ 4.200,00”;
- b) “Não foi analisada a EFD apresentada e o motivo do indeferimento da retificação solicitada, a qual não poderia ter sido indeferida em razão da espontaneidade do contribuinte”;

c) “Foi rejeitada pela relatora a solicitação e análise da contabilidade mesmo a empresa alegando que as notas fiscais objeto da acusação estavam lançadas no diário”.

Por fim, requer o esclarecimento das omissões e a necessidade da reforma da decisão e, em melhor entendimento, que sejam atribuídos efeitos modificativos ao aresto embargado.

Diante do exposto, requer que seja dado provimento aos embargos declaratórios ora emanados, para rechaçar a cobrança dos pontos embargados.

É O RELATÓRIO.

V O T O

Cuida-se de *Embargos Declaratórios* que têm como objetivo a obtenção de efeitos modificativos na implementação da solução, de *omissões* no *Acórdão 162/2017*, ora vergastado, as quais residiriam nos aspectos constantes no relato supra, com fundamento no art. 726 do RICMS-PB, c/c os arts. 75, V, 86 e 87, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, conforme transcrição abaixo:

“Art. 75. *Perante o CRF, serão submetidos os seguintes recursos:*

(...)

V – de Embargos de Declaração”.

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Com efeito, os pressupostos de admissibilidade do presente recurso se dão quando ocorrer omissão, obscuridade ou contradição na decisão Colegiada proferida, art. 535 do CPC, sendo ainda admissíveis pela jurisprudência pátria, quando o julgado embargado padece de erro material e quando a demanda foi decidida com base em premissa fática equivocada, visando corrigir tais lacunas, bem como, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de *Embargos Declaratórios*, também estabelece prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso.

É certo que o processo administrativo tributário prescinde de algumas formalidades, por força do princípio do formalismo moderado, conquanto hajam de ser observadas noções precípuas acerca dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, dentre os quais o *cabimento*.

Inicialmente, ressalvo: a omissão só se dá quando o decisório deixa de considerar pontos relevantes da matéria decidida (art. 1.022, II do CPC).

Observe que carece de fundamento de fato o argumento da embargante, visto que o voto, que deu origem ao Acórdão embargado, pronuncia-se sobre pontos relevantes sobre os quais 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, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade”.

Em suas razões, a embargante traz os seguintes argumentos, fl.169:

a) “Sequer foi realizada uma análise nas notas fiscais que compõem a acusação, onde se constata diversas notas, cujas operações não ocorre o efetivo desembolso, a exemplo de “Remessa de bem por conta do contrato de comodato”, “Remessa para utilização na prestação de serviços”, “Remessa de mercadorias para conserto/ reparo”, “Retorno para conserto”, tendo sido excluída pela primeira instância apenas a nota fiscal nº 2064, no valor de R\$ 4.200,00”;

Com relação a esse questionamento, entendo que não merece prosperar, pois o Acórdão nº 162/2017 foi bem claro ao estabelecer que:

“Ocorre que a acusação se reporta a notas fiscais declaradas por terceiros e que não foram registradas nos livros próprios, conforme demonstrativos acostados. Deve-se observar que, em nenhum momento a empresa acosta cópias dos livros fiscais, que realizaram estas escriturações, acostando, exclusivamente, um arquivo eletrônico, DVD, EFD retificadora de 2013.

No voto proferido, ressalta-se, ainda, que, nesses casos, *não importa a situação da tributação das mercadorias constantes das Notas Fiscais ou a simples negativa da aquisição*, diante de cópias de notas fiscais, apensadas aos autos, cujo destinatário encontra-se a empresa autuada, não se vinculando, também, *a tipo de operação*, a qual as mercadorias estejam submetidas, pois a *presunção é de que houve o pagamento de despesas, ou seja, aquisição de mercadorias*, com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Frise-se que, conforme consta do Acórdão nº 162/2017:

Quanto ao ajuste promovido pela instância “a quo”, corroboro, ao confirmar à exclusão do lançamento indiciário referente à nota fiscal nº 2064, de 27 de novembro de 2013, fls. 83 e 84, haja vista tratar-se de uma nota fiscal a título de comodato, não suscitando em venda posterior, e, portanto, não configurando, na forma que a acusação é explicitada na peça fiscal”.

No caso em questão, conforme os trechos acima, haja vista tratar-se de uma nota fiscal, a título de comodato, não caracterizou, em instante algum, uma venda, ou mesmo uma compra, portanto, conforme consta do voto, não ocorreu, nem tão pouco se constatou, uma operação anterior de aquisição, não tendo suscitado desembolso de numerário pela autuada.

Pois, segundo disposições previstas nos artigos 579 e 585 do **Código Civil Brasileiro**, comodato é um tipo de contrato em que ocorre o **empréstimo gratuito de coisas que não podem ser substituídas por outra igual**, como um imóvel. A única obrigação de quem recebe o bem é devolvê-lo no prazo combinado, e nas mesmas condições de que a recebeu.

b) “Não foi analisada a EFD apresentada e o motivo do indeferimento da retificação solicitada, a qual não poderia ter sido indeferida em razão da espontaneidade do contribuinte”;

Prosseguindo relata ter ocorrido uma grande omissão da relatora ao não analisar com acuidade esperada, o ponto central do deslinde da matéria, pois o fato de ter sido aberta ordem de serviço

para fiscalização não é hipótese de exclusão da espontaneidade.

Acrescenta que foi acostado ao processo notificação, fl. 27, a qual solicita que o contribuinte retifique a EFD, solicitada pelo fiscal.

Informa, ainda, que, para dirimir dúvidas, se realizava a retificação da EFD, ou não, segundo solicitação do auditor fiscal, apresentou consulta, e em razão da resposta, não realizou a retificação e nem os lançamentos extemporâneos.

Efetivamente, neste tópico, em nenhum dos fundamentos ou razões de decidir o aresto peca pela falta de clareza, ou mesmo omissão, capaz de permitir dúvidas na interpretação, tampouco no seu comando impositivo, visto que o respectivo decisório se restringiu ao foco do recurso voluntário, interposto pela interessada, conforme consignado no Acórdão fustigado, cujos fragmentos transcrevo:

Examinando os autos, observa-se que a consulta dirigida à GET – Gerência Executiva de Tributação foi protocolada em 7/8/2014, sobre a possibilidade de efetuar a escrituração extemporânea de diversas notas fiscais eletrônicas, relativas ao exercício de 2013, e o parecer, de conhecimento da embargante, é claro ao afirmar, fl. 76, *que a ordem de serviço de fiscalização foi emitida em 14/5/2014, ou seja, antes da formalização da consulta, razão pela qual se opinou no sentido do indeferimento, não sendo possível a escrituração extemporânea.*

Em Notificação acostada à fl. 27, o autor do feito estipulou o prazo máximo para retificação da escrituração Digital – EFD, em caráter espontâneo, até o dia 31/7/2014, com cientificação do contribuinte realizada em 22/7/2014.

Logo, conforme consignado no Acórdão fustigado, cujos fragmentos transcrevo abaixo, segundo provas acostadas, denegou-se o pedido da autuada:

“No presente caso, a reclamante comparece aos autos, alegando que trocou de software no início de 2013, tendo sido constatado que por um problema de software, os registros de algumas notas fiscais de entrada e saída, referentes ao exercício de 2013, deixaram de ser exportadas, que entrou com consulta formulada a Gerência de Tributação, solicitando retificação espontânea dos arquivos EFD, exercício de 2013. Tendo sido indeferida a solicitação, pois o estabelecimento estava sob fiscalização, perdendo a espontaneidade”.

“Ocorre que a acusação se reporta a notas fiscais declaradas por terceiros e que não foram registradas nos livros próprios, conforme demonstrativos acostados. Deve-se observar que, em nenhum momento a empresa acosta cópias dos livros fiscais, que realizaram estas escriturações, acostando, exclusivamente, um arquivo eletrônico, DVD, EFD retificadora de 2013”

A propósito da consulta formalizada pela embargante perante a Gerência Executiva de Tributação, fls. 75 -76, mediante a qual solicita a possibilidade de efetuar a escrituração extemporânea de diversas notas fiscais eletrônicas, relativas ao exercício de 2013, relativas à apresentação da EFD, o acórdão vergastado é claro ao afirmar, quanto ao motivo do indeferimento da apresentação da EFD:

“Quanto à consulta dirigida à Gerência Executiva de Tributação, acostada às fls. 75 e 76, o resultado da consulta é claro, ao informar que, quando da formalização da Consulta, já havia ocorrido a abertura de procedimento fiscal, ou seja, a empresa já se encontrava sob fiscalização, razão pela qual, não ser possível a escrituração extemporânea dos documentos, conforme, também, se observa das provas acostadas às fls. 115-117, dos autos”. (g.n.)

Neste caso específico, pela falta de espontaneidade, ou seja, a mera apresentação de uma mídia digital, contendo arquivos eletrônicos EFD, retificadores de 2013, se manifesta sem subsistência para derrogar a situação delineada nos autos. Situação esta, também, observada pela instância monocrática.

Assim sendo, não foi autorizada a transmissão da escrituração fiscal digital retificadora, pela autuada, não tendo sido configurada a sua espontaneidade.

Assim refuto a alegação de omissão no aresto, restando à embargante trilhar o caminho do não acolhimento da sua pretensão.

No último tópico, a embargante assim se posiciona: c)“Foi rejeitada pela relatora a solicitação e análise da contabilidade mesmo a empresa alegando que as notas fiscais objeto da acusação estavam lançadas no diário”.

Neste caso de omissão, a embargante enfatiza que foi negligenciada pela relatora a alegação da empresa de que as notas fiscais haviam sido lançadas no Diário, o que caracteriza cerceamento ao direito de defesa.

Prosseguindo, informa que, “haja vista ser justamente o lançamento no Diário que tem o poder de ilidir a acusação, pois a obrigação de lançar nos livros fiscais próprios é de fazer, ou seja, é uma obrigação acessória”.

No tocante a essa arguição, transcrevo trechos do acórdão vergastado:

“Examinando estas alegações, observa-se que o contribuinte afirma ter lançado algumas notas fiscais no Livro Diário, ocorre que para estes casos, este tipo de lançamento não é capaz de elidir a acusação de omissão de vendas. Ademais, lançar notas fiscais no Diário não o exime da obrigação de lançá-las nos livros fiscais próprios, não sendo capaz de comprovar a origem dos recursos utilizados para a aquisição das mercadorias”.

Quanto a este entendimento, devo rechaçá-lo de pronto a arguição, conforme trecho do Acórdão:

“No que diz respeito à primeira delação, esta decorre da falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da autuada, notas fiscais de aquisição, e tem por fundamento a presunção juris tantum (admite prova modificativa ou extintiva do fato a cargo do contribuinte), de que as correspondentes aquisições se deram através de recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos termos do art. 646 do RICMS/PB...”

Em instante algum a acusação diz respeito a descumprimento de obrigação acessória, e sim, está-se diante de uma *acusação por descumprimento de obrigação principal*, a qual diz respeito às *aquisições que se deram através recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis* sem o pagamento do imposto devido.

Neste caso, específico, a embargante não trouxe aos autos prova suficiente, ou seja, cópias do referido livro Diário, comprovando o registro das notas fiscais.

Simplesmente, ao longo de sua defesa, informa que promoveu o registro desses documentos no Livro Diário, ocorre que, a mera informação de que existe o registro das notas fiscais no mencionado Livro, não configura uma manifestação inequívoca, que possibilite a derrogada da acusação, ou seja, capaz de elidir a acusação de omissão de vendas.

No que tange a este argumento, trazido à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de omissão no “decisum” exarado neste egrégio Tribunal Administrativo, este não encontra fundamento no Acórdão vergastado.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca da matéria, no sentido de afastar medidas fiscais que comprometam a verdade material e a segurança jurídica, conforme edição do Acórdão CRF nº 349/2013 (relatora: Domênica Coutinho de Souza Furtado):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO. INEXISTENCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E/OU OBSCURIDADE. MANTIDO O ACÓRDÃO RECORRIDO.

- Prestam-se os embargos de declaração a afastar omissão, obscuridade e contradição, porventura contidas na decisão ad quem e necessárias para a solução da lide.
- Verificada a inexistência de omissão, obscuridade e/ou contradição na decisão recorrida, em razão de nela terem sido devidamente confrontados os argumentos apresentados pelo contribuinte, mediante fundamentos claros e nítidos e em perfeita consonância com os ditames regulamentares da legislação tributária que rege a matéria. Impossibilidade de reexame de questão meritória, através da oposição destes embargos de declaração, quando ausentes os vícios contemplados em suas hipóteses de cabimento.
- Embargos de Declaração desprovidos, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 443/2012.

Isto considerando, rechaço in limine os argumentos manejados pela embargante.

Pelo exposto,

V O T O – Pelo recebimento do *recurso de embargos de declaração*, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu *desprovimento*, para manter a decisão embargada proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 162/2017, que considerou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09. 00001978/2014-30 (fls. 3 e 4), lavrado em 30/10/2014, contra a empresa, PORTELA DISTRIBUIDORA LTDA (inscrição – 16.137.122-1), devidamente qualificada nos autos.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de julho de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora