



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

PROCESSO Nº1320942014-9

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Embargante:MERCADINHO CORONEL LIRA LTDA

Embargada:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS-CRF

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ

Autuante(s):ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA

Relatora:CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ DECIDIDA. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição, não se prestando para reanálise de mérito. No caso em epígrafe, ficou evidenciada a inexistência de vícios embargáveis. Sendo o argumento da embargante, que tratou de matéria de mérito já analisada, ineficaz para modificar a decisão recorrida, mantem-se os termos do Acórdão nº 86/2019.

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

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento 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 desprovimento, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 86/2019, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001374/2014-93, lavrado em 20/8/2014, em desfavor da empresa, MERCADINHO CORONEL LIRA LTDA, inscrição estadual nº 16.147.583-3, já qualificada nos autos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de junho de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, MONICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS e ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO.

ALENCAR
SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Submetidos a exame os Embargos de Declaração interpostos com supedâneo nos art. 75, V, e 86, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, contra a decisão emanada do Acórdão nº 86/2019, prolatado nesta Corte de Justiça Fiscal Administrativa.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001374/2014-93, lavrado em 20/8/2014, em desfavor da empresa MERCADINHO CORONEL LIRA LTDA, CCICMS nº 16.147.583-3, no qual constam as seguintes acusações:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.

Em decorrência destes fatos, a autora do feito fiscal lançou o crédito tributário no valor total de R\$ 110.202,41 (cento e dez mil, duzentos e dois reais e quarenta e um centavos), sendo R\$ 63.413,46 (sessenta e três mil, quatrocentos e treze reais e quarenta e seis centavos) de ICMS, dada a infringência aos artigos 106 e 106, combinado com os art. 52, 54 2º, 3º, 60, I, “b”, e III, “d” e “l”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e R\$ 46.788,95 (quarenta e seis mil, setecentos e oitenta e oito reais e noventa e cinco centavos) a título de multa por infração, com arrimo no art. 82, II, “e” e V, “g”, da Lei n.º 6.379/96.

Apreciado o contencioso fiscal na Instância Prima, Christian Vilar de Queiroz – em sua decisão, manifestou-se pela procedência parcial da denúncia, segundo ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS OMITIDAS OU TRIBUTADAS A MENOR À FISCALIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES C/MERCADORIAS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

- Com relação à decadência, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após o prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaídos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos de 01 de fevereiro até 31 de março de 2009.

-O não oferecimento à tributação do valor integral das operações de saídas de mercadorias tributadas, mediante a prática de escriturá-las e oferecê-las à tributação em desconformidade como registradas nos respectivos ECFs utilizados no estabelecimento, constitui infração fiscal. Correta a imposição tributária para exigir imposto e multa.

Por ocasião do julgamento do recurso voluntário, interposto a esta instância ad quem, o voto da minha relatoria que o recebeu e conheceu, manteve a procedência parcial do auto infracional (fls. 280-300), todavia, reformando o entendimento da instância prima, ao considerar nula por vício formal a acusação de falta de recolhimento do ICMS, bem como pela exclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária no que tange à infração de indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual. Na sequência, este Colegiado promulgou o Acórdão nº 86/2019 (fls. 301-302), cuja ementa reproduzo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DENÚNCIA GENÉRICA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS. INDICAÇÃO DE OPERAÇÕES COM NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL DO ICMS. EXCLUSÃO DE PRODUTOS. ILÍCITO FISCAL PARCIALMENTE CONFIGURADO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Falta de recolhimento de ICMS. Denúncia genérica. A peça acusatória contendo lançamento tributário que apresenta falha na definição da matéria tributável, por imprecisão na descrição acusatória que peca pela narrativa genérica, apresenta-se viciado no aspecto formal de constituição do crédito tributário, não cabendo a adoção da norma estampada no parágrafo único do art. 15 da

Lei nº 10.094/2013, diante da falta de elementos capazes de conferir certeza de que houve a assimilação do sujeito passivo sobre o fato que se pretendeu lhe imputar, devendo, pois, ser debelada pela nulidade processual, com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário para o restabelecimento da verdade material, da segurança jurídica e do devido processo legal.

Confirmada a decadência de parte dos créditos, conforme aplicação do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, acarretando a impossibilidade de novo lançamento.

Indicar nos documentos fiscais como não tributadas mercadorias normalmente tributáveis é conduta que deve ser censurada pela fiscalização e suscita a exigência de pagamento do imposto devido. Exclusão das mercadorias que são objeto de substituição tributária.

A embargante foi notificada da decisão *ad quem* por via de Aviso de Recebimento, recepcionado em 11/4/2019 (fl. 305).

Inconformada com a decisão contida no Acórdão nº 86/2019, interpôs o presente Recurso de Embargos Declaratórios, fls. 307-310, protocolado em 15/4/2019, sob o fundamento da existência de omissão no decisum embargado, quanto à exclusão das mercadorias biscoitos e bolachas, sujeitas à substituição tributária, na denúncia da infração de indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, não afastou a exigência do imposto, manifestando-se pela necessidade de comprovação de que os artigos como sequilhos, broas e suspiros utilizam em sua composição farinha de trigo.

Com esses fundamentos, pugna pelo conhecimento e provimento dos embargos declaratórios, com vistas a sanar a omissão invocada, para que lhes sejam conferidos efeitos infringentes, mediante exclusão da Base de Cálculo do valor das mercadorias biscoitos e bolachas, reformando-se, pois, o acórdão vergastado.

Está relatado.

VOTO

Em análise recurso de embargos declaratórios, interposto pela empresa MERCADINHO CORONEL LIRA LTDA, contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 86/2019, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, conforme transcrição abaixo:

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

(...)

V – de Embargos de Declaração

Com efeito, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de embargos declaratórios, tem por escopo corrigir defeitos quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade* na decisão proferida, porquanto estes constituem requisitos para seu cabimento, tal como estatui o art. 86^[1], do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, ou a pretexto dos requisitos admitidos pela jurisprudência pátria do STJ: premissa fática equivocada do respectivo decisório.

Em relação à tempestividade da oposição dos embargos ora em questão, estes devem ser apostos no prazo de cinco dias a contar da ciência da decisão do julgamento do recurso voluntário, conforme previsão do art. 87 da Portaria nº 75/2017/GSER^[2], cuja ciência à embargante ocorreu em 11/4/2019, através de A.R. (fl. 305). Portanto, a contagem do prazo fatal para interposição dos embargos se iniciou em 12/4/2019, ou seja, o contribuinte teria até o dia 16/4/2019, (terça-feira), tendo, contudo, protocolado os presentes embargos em 15/4/2019, motivo pelo qual se encontram os presentes embargos em estado de tempestividade.

Verificadas as formalidades legais, inclusive no que tange à tempestividade do recurso, passo a análise do seu mérito.

Em descontentamento com a decisão embargada, proferida à unanimidade por esta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de alterá-la, apontando vício na decisão proferida.

Analisando o fundamento aduzido pela embargante - existência de omissão no decisum embargado, visto que este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, quanto à exclusão das mercadorias biscoitos e bolachas, sujeitas à substituição tributária, na denúncia da infração de indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, não afastou a exigência do imposto, manifestando-se pela necessidade de comprovação de que os artigos como sequilhos, broas e suspiros utilizam em sua composição farinha de trigo -, não assiste razão à embargante.

Compulsando os autos, verifica-se que não houve qualquer omissão a ser verificada por esta instância *ad quem*, haja vista que as razões recursais foram rebatidas no voto exarado na oportunidade do seu julgamento.

Com efeito, a objetividade textual do fragmento que transcrevo do acórdão refutado atesta o enfrentamento da questão, senão vejamos:

*“Compareceu a recorrente aos autos arguindo a existência de incongruências nas planilhas apresentadas nos autos pela fiscalização, porquanto terem sido incluídas na denúncia mercadorias que efetivamente se sujeitam ao regime da substituição tributária ou são isentas do imposto, identificando os seguintes produtos: aparelhos e lâminas de barbear, **biscoitos e bolachas Vitarela, similares de farinha de trigo**, ceras líquidas, absorventes higiênicos e pescado.*

Analisando-se minuciosamente as planilhas, referentes à denúncia, verificamos a veracidade de parte da alegação da recorrente, o que nos levou a retificá-las. Assim, devem ser abatidos da exigência fiscal os valores relativos às mercadorias, conforme planilha abaixo:

(...)

Alega, ainda, a recorrente a existência de biscoitos e bolachas que se enquadrariam como “similares de farinha de trigo”, todavia não traz aos autos a descrição destes, muito menos a comprovação de que em sua composição levam farinha de trigo, assim não há como considerar a procedência da alegação, quando, comumente, no preparo de artigos como sequilhos, broas e suspiros não se verifica a utilização da referida farinha. (...)” (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que o *decisum* embargado dedica-se a apreciar as razões da recorrente, ora Embargante, no que diz respeito às alegações e provas trazidas desde a apresentação da reclamação quando da defesa em Primeira Instância até a interposição do Recurso Voluntário, com a análise, inclusive, das mercadorias, objeto da denúncia de indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, promovendo a exclusão dos produtos sujeitos à substituição tributária, como aparelhos e lâminas de barbear, biscoitos e bolachas, ceras líquidas, absorventes higiênicos, além do pescado, isento do recolhimento do imposto, mercadorias estas equivocadamente inseridas na planilha fiscal, assim a declaração da embargante no sentido de que o acórdão não considera os biscoitos e bolachas como sujeitos à substituição tributária não procede, portanto tal argumento não se mostra suficiente e verídico para o acolhimento dos presentes aclaratórios.

Vejamos especificamente no caso dos biscoitos e bolachas foram removidos os seguintes itens, que, embora na descrição do produto conste como Maizena, verificamos tratar-se de biscoito maizena das marcas Vitarella e Maracanã:

ECF	Produto	Base de Cálculo	ICMS
UR010804215A	MAIZENA VITARELA	R\$ 1.336,22	R\$ 227,16

UR010804221	MAIZENA VITARELA	R\$ 1.644,43	R\$ 279,55
UR010804245A	MAIZENA VITARELA	R\$ 471,85	R\$ 80,21
UR010804251	MAIZENA VITARELA	R\$ 1.264,37	R\$ 214,94
UR010804215A	MAIZENA MARACANA	R\$ 24,51	R\$ 4,17
UR010804221	MAIZENA MARACANA	R\$ 49,02	R\$ 8,33

Com relação especificamente aos produtos sequilhos, broas e suspiros, em contrapartida ao Auto de Infração, a embargante alega que são similares de farinha de trigo, reclamando a ausência de provas do Fisco Estadual para manter a denúncia e desconsiderar a sujeição à substituição tributária. A controvérsia recai, portanto, no campo das provas.

Vejamos, os atos administrativos têm como uma de suas características a presunção de validade, ou seja, a indicação de que surgiram em conformidade com as devidas normas legais. De igual forma, tendo em vista sua natureza jurídica, afirma-se que o lançamento goza dessa mesma presunção. No entanto, não se trata de uma presunção absoluta.

A hipótese é de presunção *iuris tantum* (relativa), podendo ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não nasceu em conformidade com as regras. Fala-se, então, que a presunção de validade do ato administrativo tem como efeito a inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade.

Considerando que a presunção de validade do ato administrativo traz em si a possibilidade de ser afastada pela parte contrária, tem-se que o ato administrativo que gera a presunção de validade é somente aquele que permite que o administrado tenha condições de se defender, ou seja, conhecer os fatos que lhe são imputados e as normas que estão sendo aplicadas. Assim, a presunção de validade do ato administrativo de lançamento atribui ao contribuinte o ônus de impugnar o ato.

É noção elementar de teoria da prova a afirmação de que, em princípio, o ônus compete a quem alega. A parte que faz uma afirmação quanto à ocorrência de um fato deve, para ter sua afirmação aceita, comprová-la. O ônus de provar, portanto, está repartido de acordo com o ônus de alegar. Ao autor cumpre provar a ocorrência dos fatos dos quais decorre o seu direito, e ao réu incumbe provar suas afirmações quanto a fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

Nessas circunstâncias, para que a afirmação sobre a ocorrência do fato goze da presunção de veracidade e se possa exigir qualquer prova em contrário do contribuinte, a Fazenda Pública deve comprovar a existência de provas que demonstrem a ocorrência do fato.

Tratando-se de um lançamento formalmente perfeito, devidamente fundamentado e acompanhado dos elementos que comprovam os fatos sobre os quais se funda, será do contribuinte o ônus de provar que tais fatos ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora.

Illegítimo seria exigir do fisco a produção da prova que se encontra nas mãos da parte oposta. Se o acusado detém a prova, deve exibi-la, valendo a sua negativa como fator de sua própria sucumbência, portanto inexistindo comprovação de se tratem de similares feitos à base de farinha de trigo, perdura o crédito tributário levantado pela fiscalização.

Por fim, destaco que cabe ao julgador decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas e jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto. Neste sentido, o STJ já se manifestou em recente decisão, cuja ementa segue transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ADMISSIBILIDADE DA PENA DE PERDIMENTO. ALEGATIVA DE AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO ARRENDATÁRIO NO ILÍCITO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. REQUISITOS. ART. 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Os embargos declaratórios, nos termos do art. 1.022, e seus incisos, do CPC/2015, são cabíveis quando houver: a) obscuridade; b) contradição; c) omissão no julgado, incluindo-se nesta última as condutas descritas no art. 489, § 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida; ou d) o erro material. No caso dos autos, tais hipóteses não estão presentes.

2.

3. Não há vício de fundamentação quando o aresto recorrido decide integralmente a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, tal qual se constata no caso concreto.

4. “O acolhimento de Embargos de Declaração, até mesmo para fins de prequestionamento de dispositivos constitucionais, impõe a existência de algum dos vícios elencados no art. 535 do CPC, o que não se verifica na presente hipótese; isso porque o Julgador não está obrigado a enfrentar a tese estritamente sob a ótica propugnada pelas partes se encontrou outros fundamentos suficientes à solução da controvérsia” (EDcl no AgRg no REsp 834.025/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe 20/11/2015).

5. Embargos de declaração rejeitados.”

Diante do exposto, o que se observa é o estrito cumprimento da legalidade e coerência nas decisões administrativas relativas ao caso em comento, não havendo fundamentos para acolhimento das razões recursais apresentadas, além da impossibilidade de rediscussão de mérito neste momento processual, motivo pelo qual nego efeitos infringentes, para declarar inalterada a decisão proferida no acórdão embargado.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos embargos declaratórios, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 86/2019, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001374/2014-93, lavrado em 20/8/2014, em desfavor da empresa, MERCADINHO CORONEL LIRA LTDA, inscrição estadual nº 16.147.583-3, já qualificada nos autos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara, Sala das
Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de junho de 2019.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora