



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

PROCESSO Nº 115.745.2012-1

Recurso VOL/CRF N.º 763/2014

EMBARGANTE: CARLOS EUGENIO B. A. ROCHA.

EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

AUTUADA: BBT CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

**Autuante (s): CARLOS EUGENIO B. A. ROCHA,
ABDERVAL U. FEITOSA E JOSÉ EDNILSON M. DE LIMA**

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO PARCIALMENTE CONFIGURADA. SUPRIMENTO SEM EFEITOS INFRINGENTES. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por objeto a existência de omissões na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo encontram em parte fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, pelo que se dá provimento parcial, para suprir a falta que, contudo, não suscita efeitos modificativos sobre o resultado do acórdão embargado.

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 **PARCIAL PROVIMENTO**, para suprir uma das omissões suscitadas, porém, sem lhes atribuir efeitos infringentes, mantendo, pois, a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 158/2014, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **933000008.09.00001810/2012-62**, lavrado em 30.8.2012, contra a empresa **BBT CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº **16.137.771-8**, 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.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de janeiro de 2015.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Cons^a. Relatora

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

Relatório

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração interpostos com supedâneo nos artigos 64 e 65 do Regimento Interno desta Casa, aprovado pelo Decreto Estadual nº 31.502, de 10 de agosto de 2010, contra o Acórdão nº 158/2014, prolatado por esta Corte de Justiça Fiscal Administrativa.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001810/2012-62, constante nas fls. 3 a 5, lavrado em 30.8.2012, a autuada foi acusada de haver praticado as infrações abaixo

relatadas:

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

Nota Explicativa – Utilização de crédito inexistente detectado através da análise do Livro de Apuração.

- *“CRÉDITO INDEVIDO (SEM DESTAQUE EM DOC. FISCAL) – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou de ICMS não destacado em documento(s) fiscal(is), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.*

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

- *“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através de levantamento da Conta Mercadorias.*

Nota Explicativa – Conforme demonstrativo da Conta Mercadorias em anexo”.

Referidas irregularidades, cujas ocorrências se verificaram nos exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, motivaram a cobrança do crédito tributário no montante de R\$ 2.772.375,81, sendo R\$ 924.125,27 de ICMS e R\$ 1.848.250,54 de multa por infração.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o auto de infração foi julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, haja vista ter sido excluída a acusação fiscal de falta de pagamento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis constatada por falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, nos períodos de abril/2007, novembro/2007, fevereiro/2009, abril/2009 e dezembro/2009, ao fundamento da existência de concorrência com a infração de omissão de saídas tributáveis, detectada mediante o Levantamento da Conta Mercadorias, dos exercícios de 2007 e 2009, que, por ser representativa do universo maior de omissões de saídas tributáveis, nos mesmos exercícios financeiros daquela, restou mantida, assim

como as demais acusações com as respectivas penalidades, dado ao estado de revelia da autuada que, mediante essa conduta, deixou de exercer seu direito de provar a improcedência do alegado.

Em face do decisório “a quo”, o crédito tributário remanesceu ao total de R\$ 2.746.879,77, sendo R\$ 915.626,59 de ICMS e R\$ 1.831.253,18 de multa por infração.

Por ocasião do julgamento do Recurso Hierárquico interposto a esta instância ad quem, o voto da minha relatoria, que o recebeu e conheceu, manteve a PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto infracional, alterando, porém, o valor do crédito tributário declarado devido na primeira instância, visto que, apesar de confirmar a decisão singular no que toca ao ICMS devido, reduziu o valor das penalidades aplicadas, tendo em vista o advento da Lei nº 10.008/2013, que estabeleceu sanção mais branda aos ilícitos relacionados a descumprimento de obrigação principal, e, ainda, o Princípio da Retroatividade da lei mais benigna, insculpido no art. 106, II, “c” do CTN, de modo que após esse ajuste o crédito tributário passou a se constituir do montante de R\$ 1.831.253,18, sendo R\$ 915.626,59 de ICMS, por infringência aos arts. 72, 73, 75, § 2º e 77, além dos arts. 158, I e 160, I c/c os arts. 643, § 4º, II e 646, todos do RICMS/PB, e R\$ 915.626,59 de multa por infração, nos termos do art. 82, V, alíneas “a”, “f” e “h”, Lei nº 6.379/96, com alterações posteriores.

O referido Voto, aprovado à unanimidade, deu origem ao Acórdão nº 158/2014, objeto dos presentes Embargos, interpostos ao fundamento da existência de omissão no decisum embargado, visto que este egrégio Conselho de Recursos Fiscais teria se omitido sobre “questões essenciais”, as quais, no entender da embargante, “precisam, **data venia**, ser sanadas”, quais sejam:

- O dispositivo legal a amparar a determinação de refazimento da Conta Mercadorias, com a inserção das notas fiscais não lançadas, bem como o alcance da diligência, visto que essa proposição do contra-arrazoado não teria sido esclarecida no aresto embargado, muito embora este tenha aberto um tópico denominado “A INCLUSÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS NA CONTA MERCADORIAS – REGULARIDADE OU EXERCÍCIO ILEGAL DA FUNÇÃO DE LEGISLAR?”.

- Apesar de haver comparecido à sessão de julgamento para proferir sustentação oral, que inicialmente fora concedido pela Presidência desse egrégio Conselho, contudo, ante a manifestação de um dos membros não somente a sustentação foi impugnada, como também a oferta de uma importante questão de fato foi tolhida, ofendendo os arts. 36, § 1º e 66, § 7º do Regimento Interno do CRF, sendo que essa ocorrência, todavia, restou omissa no acórdão embargado.

Com essas razões, pugna pelo recebimento e acolhimento dos aclaratórios, para sanar as omissões apontadas, sem, contudo, atribuir-lhes efeitos infringentes.

Está relatado.

VOTO

Cuida-se de Embargos de Declaração, tempestivamente interpostos pelo autuante acima identificado, cuja legitimidade se estampa em face de sua adequação aos pressupostos de admissibilidade, previstos nos arts. 53, V, e 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, e mediante os quais o embargante pretende solucionar, sem efeitos infringentes, omissão que conteria a decisão *ad quem*, exarada mediante o Acórdão nº 158/2014, relativamente aos pontos adiante analisados.

Regulamentando a Lei nº 6.379/96, o RICMS/PB [Capítulo I – Das Disposições Gerais – do TÍTULO I, do LIVRO SEGUNDO, que trata DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA] estabelece que, quanto ao contencioso, o Processo Administrativo Tributário *“desenvolve-se, ordinariamente, em duas instâncias organizadas na forma desta Lei, para instrução, apreciação e julgamento das questões surgidas entre os contribuintes e a Fazenda Estadual, relativamente à interpretação e aplicação da legislação tributária”*.

Dispõe, ainda, que *“a instância administrativa começa pela instauração do procedimento contencioso tributário e termina com a decisão definitiva ou a submissão do caso ao Poder Judiciário”* (art. 679 e seu parágrafo único, do diploma legal acima citado, que teve revogados os arts. 91 a 157, 159 a 178 e 180 a 183, pela Lei Estadual nº 10.094, de 27/9/2013, cuja eficácia se fez a partir a partir de 1º de março de 2014, conforme disposição do seu art. 165, ou seja, após o julgamento da primeira instância). A citada Lei revogou todo o LIVRO SEGUNDO, da Lei nº 6.379/96, que dispunha sobre o Processo Administrativo Tributário e a Administração Tributária.

Pois bem. Ao regular o início do procedimento (Seção II, do CAPÍTULO II – DO PROCESSO CONTENCIOSO), o RICMS/PB dispunha o seguinte:

“Art. 696. Quando, através de exames posteriores à lavratura do auto de infração verificarem-se irregularidades, lavrar-se-á:

I – Termo Complementar de Infração, quando for constatada a necessidade de complementação do crédito tributário e não tiver sido proferida decisão de primeira instância;

II – Auto de Infração específico, quando já tiver sido proferida a decisão de primeira instância;

III- Termo de Conluio, quando se constatar como responsável pela infração outra pessoa além da originalmente acusada;

Parágrafo único. As hipóteses dos incisos I e III deste artigo ensejam a reabertura do prazo de reclamação”.

(Grifos não inclusos no original).

Pelo exposto, infere-se que o alicerce legal do despacho da autoridade julgadora, exarado às fls. 180 e 190, consistiu na norma ínsita no art. 696, II, acima transcrito.

Com efeito, quando da implementação das providências determinadas pelo julgador singular, no sentido de afastar o *bis in idem* acarretado pela concorrência de infrações, advinda da aplicação concomitante das técnicas de auditoria fiscal, cuja diferença tributável é representativa do mesmo fato gerador, ficou evidenciada a irregularidade consistente no aumento do crédito tributário relativo ao ICMS decorrente da inclusão das notas fiscais de entradas não registradas na Conta Mercadorias.

Trata-se de circunstância suficiente para legitimar a lavratura de Termo Complementar de Infração, nos moldes do dispositivo legal supra, medida cujo fundamento foi detalhadamente tecido nas razões de decidir do aresto embargado - tópico denominado “A INCLUSÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS NA CONTA MERCADORIAS – REGULARIDADE OU EXERCÍCIO ILEGAL DA FUNÇÃO DE LEGISLAR?” -, conforme fragmento que abaixo transcrevo:

“Conforme o exposto acima, o não lançamento das notas fiscais de aquisição consiste uma etapa de um complexo procedimento que envolve outros atos tendentes a fugir à tributação pelo ICMS, num ciclo vicioso de sonegação que se retroalimenta de si próprio: a omissão gera receita marginal com a qual são adquiridas mercadorias, cujos documentos que as acobertam não se registra para encobrir as vendas omitidas, e como não se registra a entrada também não se registra a sua saída, e assim por diante, nessa infundável sequência de ilicitudes que somente pode ser interrompida com a inclusão das notas fiscais de entradas não registradas no levantamento da Conta Mercadorias.

A legitimidade dessa inclusão reside na circunstância de que a saída da mercadoria, cuja entrada não se registrou, deu-se sem emissão de nota fiscal, e esse fato consiste de fato gerador distinto das vendas (pretéritas) omitidas que são apontadas na Conta Mercadorias. Com efeito, não se pode afirmar que a omissão de saídas indicadas no levantamento da Conta Mercadorias e as saídas não faturadas das mercadorias que não tiveram a entrada contabilizada consistem no mesmo fato gerador, afinal, não somente se trata de mercadorias distintas como de etapas distintas da circulação de mercadorias.

Portanto, o procedimento de inclusão em foco deve ser efetuado sempre que houver a concorrência de infrações de que se fala.”

Diante do que, considero inexistência de exercício ilegal da função de legislar pelo julgador singular, visto que sua determinação, ínsita no despacho de fls. 189 e 190, independentemente do *nomen juris* que lhe seja atribuído (diligência ou saneamento), tem suporte nos dispositivos legais acima citados e nos fundamentos exarados no voto relator, conforme se depreende do fragmento acima transcrito.

Em decorrência do exposto, considero esclarecido o questionamento do embargante. Pelo que, após conhecer do pedido formalizado nos embargos de declaração manejados, tenho como suprida a omissão, nestes suscitada, sem que dessa providência advenha efeitos infringentes, dado que em nada alterou o resultado do *decisum* embargado.

Com relação à alegação de omissão sobre a existência de ofensa aos arts. 36, § 1º e 66, § 7º do Decreto nº 31.502/2010 (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais), rechaço veementemente o argumento.

Com efeito, a participação do autuante à sessão de julgamento para apresentar seus argumentos, por escrito ou mediante sustentação oral, pressupõe a realização dessa atividade pelo Assistente Jurídico desta Corte, já que a atuação do autor do feito, nos termos do art. 36, §1º, do Decreto nº 31.502/2010, seria como assistente de acusação, podendo fazê-lo em conjunto com o assistente jurídico, e, dentro do mesmo espaço de tempo, seja na hipótese de sustentação oral por este requisitada ou provocada pelo recorrente (art. 13, IV, e art. 66, ambos do Decreto nº 31.502/2010 – Regimento Interno do CRF). Donde se pode considerar, com razoável grau de certeza, que esses dispositivos legais dispõem de verdadeiros pressupostos de cabimento para a realização de sustentação oral do autuante.

No que tange à possibilidade de a qualquer tempo qualquer das partes esclarecer questões de fato, nos termos do art. 66, §7º, do Decreto nº 31.502/2010, esta hipótese está restrita ao Recurso Ordinário ou Voluntário (art. 53, I do Regimento), nos termos do *caput* do supracitado artigo.

Pelo que consta nos autos, não se tratava de Recurso Ordinário ou Voluntário, nem tampouco houve provocação para a realização de sustentação oral, nem pelo contribuinte ou seu representante legal, nem pela Assessora Jurídica desta Corte. Por óbvio, descabia sustentação oral do autuante.

Devido à inexistência de obrigação legal para tais fatos se fazerem constar no voto desta relatoria, rejeita-se o argumento sobre a ocorrência de omissão do acórdão embargado.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, para suprir uma das omissões suscitadas, porém, sem lhes atribuir efeitos infringentes, mantendo, pois, a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 158/2014, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **933000008.09.00001810/2012-62**, lavrado em **30.08.2012**, contra a empresa **BBT CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.**, inscrita no CCICMS sob nº **16.137.771-8**, devidamente qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 26 de janeiro de 2015.

MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA
Conselheiro(a) Relator(a)