



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

PROCESSO Nº 007.106.2011-0

Recurso VOL/CRF N.º 377/2015

EMBARGANTE: LOJAS AMERICANAS S/A.

EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE C. GRANDE.

Autuante: FERNANDO CESAR B. DA ROCHA.

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO EM PARTE. SUPRIMENTO. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO FUSTIGADA. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que tem por cerne a existência de omissão na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo, encontram em parte fundamento de fato e de direito no Acórdão vergastado, restando, por esse fato, a via do acolhimento dos embargos de declaração para suprir a omissão configurada num nos pontos suscitados, sem, contudo, atribuir efeitos modificativos no aresto 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**, sem, contudo, atribuir-lhes efeitos infringentes, logo, **MANTENDO** a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº **565/2015** (fls. 2.033 a 2.036), que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **933000008.09.000000028/2011-45**, lavrado em 21/1/2011, contra a empresa **LOJAS AMERICANAS S/A.**, 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 29 de janeiro de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

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

Assessora Jurídica

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

Relatório

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, os Embargos de Declaração opostos tempestivamente e motivados por discordância ao Acórdão nº 565/2015.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000028/2011-45 (fl. 8), lavrado em 21/1/2011, a autuada foi acusada de prática das infrações abaixo relatadas, juntamente com as respectivas notas explicativas:

- *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 – Face à reconstituição da escrita fiscal, o Conta Corrente ICMS (C/ Gráfica) com lançamento a débitos e créditos (Garantido, Antecipado, 1/48 avos Ativo Imobilizado, etc.) verifica-se em outros créditos, discriminado sob a forma de: ressarcimento ICMS Normal (+) mais ST (Subst. Tributária), mais valores lançados na rubrica: Crédito CIAP. Nos períodos de 2007 a 2009, tendo sido lançado a crédito o vlr. de R\$ 162.303,61. Conforme demonstrativos e cópias de livro Registro de Apuração do ICMS, levantados ano a ano.

- **FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS.**

Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa – Como resultado do cruzamento Átomo versus (X) GIM, identificamos notas fiscais na aquisição/compras o não lançamento em livros fiscais de entradas, no período de 2007 a 2009, resultando na falta de recolhimento no vlr. de R\$ 9.406,70. Conforme cópias de NF e folhas do livro Reg. Entradas e planilhas existentes.

Tais irregularidades, de acordo com as referidas acusações, ocorreram durante os exercícios de 2007, 2008 e 2009, e motivaram a cobrança do crédito tributário no montante de R\$ 515.130,93, constituído do ICMS no valor total de R\$ 171.710,31, bem como da penalidade pecuniária na importância de R\$ 343.420,62, correspondente a 200% o valor dos citados tributos.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o auto de infração foi julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, confirmando, pois, a decisão singular que promoveu ajustes no crédito tributário oriundo da acusação de descumprimento da obrigação principal relacionadas à falta de lançamento de notas fiscais de entradas, quando então excluiu as notas fiscais indevidamente relacionadas no procedimento fiscal e ao mesmo tempo aplicou multa de 1 (uma) recidiva correspondente à infração de crédito inexistente, de forma que o crédito tributário passou a ser constituído do montante de R\$ 668.505,55, sendo R\$ 168.733,98 de ICMS, R\$ 337.467,96 de multa infracional e R\$ 162.303,61 de recidiva.

Interpostos os recursos hierárquico e voluntário, a esta instância *ad quem*, o voto da minha relatoria, que os recebeu e conheceu, reformou quanto aos valores a decisão singular, mantendo, todavia, a PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto infracional, ao reduzir o valor da penalidade pecuniária, por força da Lei Estadual nº 10.008/2013, ocasião em que o crédito tributário inicial recebeu nova redução ao valor de R\$ 418.619,77, sendo R\$ 168.733,98 de ICMS, por infringência aos arts. 71 e 73 c/c o art. 77, bem como aos arts. 158, I e 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 168.733,98 de multa por infração acrescida de 1 recidiva no percentual de 50%, equivalente ao valor de R\$ 81.151,80, nos termos do artigos 82, V, “a” e “f” e art. 87, parágrafo único da Lei nº 6.379/96, com as alterações advindas da Lei Estadual nº 10.008/2013.

O referido voto (fls. 906 a 920), aprovado à unanimidade, deu origem ao Acórdão nº 565/2015, constante na fl. 2.033 a 2.036, em face do qual a empresa parcialmente sucumbente opõe os Embargos de Declaração, de fls. 2.039 a 2.042, alegando a existência de omissão do aresto embargado, visto que, no tocante à infração de omissão de saídas pretéritas constatada mediante falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o citado acórdão:

- não teria considerado a situação da Nota Fiscal nº 674585, a qual se destinaria a estabelecimento distinto do autuado, para o efeito de exclusão da exigência fiscal, apesar caracterizar situação idêntica a das Notas Fiscais de nºs 331860, 331858, 967616, 16858 e 185714, que teriam sido afastadas da exação fiscal.

- não teria efetuado a exclusão das Notas Fiscais nºs 475120, 476098, 254966, apesar de estas caracterizarem situação idêntica a das Notas Fiscais nºs 67754, 255123 e 255216, que teriam sido excluídas por não terem dado entrada no seu estabelecimento.

Quanto infração de crédito inexistente, adita que a omissão do aresto em pauta se verificou por falta de justificativa para aplicação da multa recidiva, deixando de fundamentar as razões pelas quais entendeu pela similitude dessa irregularidade com a versada em julgado anterior, i. e., no Acórdão nº 179/2009.

Que a matéria objeto do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000024/2008-61, cujo processo deu origem ao Acórdão nº 179/2009, tomado como parâmetro para aplicação de multa recidiva diz respeito exclusivamente a créditos de ICMS do ativo Imobilizado/CIAP e ICMS/Garantido, nada versando sobre o ICMS Ressarcimento, e ainda que se considerada a reincidência, esta deveria ser parcial para que seja excluída, ao menos, a multa recidiva vinculada ao suposto crédito inexistente consubstanciado pelo ressarcimento de ICMS consubstanciado pelo Ressarcimento de ICMS sem observância do art. 396 do RICMS/PB.

Com esses fundamentos, pugna pelo acolhimento dos presentes embargos, para que seja suprida a omissão mediante a seguinte análise:

- legalidade da exigência fiscal relacionada com as Notas Fiscais de nºs 674585, 475120, 476098 e 254966;

- a suposta similitude entre as infrações de crédito inexistente exigida nestes autos com a de outro libelo basilar, referente ao Processo nº 0047862008-0 (Acórdão nº 179/2009), para cancelar a parte da multa recidiva imposta mediante o decisum embargado, relacionada ao Ressarcimento de ICMS sem observância do art. 396, visto que esta matéria se discute originalmente nestes autos, não sendo a embargante reincidente.

Acosta cópia do Acórdão CRF/PB nº 179/2009, e do inteiro teor do voto que lhe deu origem (fls. 2.043 a 2.050).

Está relatado.

VOTO

Cuida-se de Embargos Declaratórios que têm por objeto suprir a omissão no aresto objurgado, visto que, no tocante à infração de omissão de saídas pretéritas constatada mediante falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o citado acórdão:

- não teria considerado a situação da Nota Fiscal nº 674585, a qual se destinaria a estabelecimento distinto do autuado, para o efeito de exclusão da exigência fiscal, apesar de estes documentos caracterizarem situação idêntica a das Notas Fiscais de nºs 331860, 331858, 967616, 16858 e 185714, que teriam sido afastadas da exação fiscal.

- não teria efetuado a exclusão das Notas Fiscais nºs 475120, 476098 e 254966, apesar de estas caracterizarem situação idêntica a das Notas Fiscais nºs 67754, 255123 e 255216, que teriam sido excluídas por não terem dado entrada no seu estabelecimento.

Quanto à infração de crédito inexistente, a omissão do aresto em pauta adviria da falta de justificativa para aplicação da multa recidiva, deixando de fundamentar as razões pelas quais entendeu pela similitude dessa irregularidade com a versada em julgado anterior, i. e., no Acórdão nº 179/2009.

Com efeito, constituem pressupostos de admissibilidade dos embargos de declaração a omissão, além da obscuridade e da contradição na decisão embargada (art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010 e art. 535 do CPC), 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.

Isto considerando, observo que, no que concerne aos argumentos sobre os documentos fiscais de aquisição (Notas Fiscais nºs 674585, 465120, 476098 e 254966), carece de fundamento de fato o argumento da embargante, visto que, nas razões de decidir exaradas no voto que deu origem aresto embargado, não se vislumbra a existência das omissões manejadas.

Em verdade, os argumentos da embargante nos conduzem a duas conclusões: ou esta não entendeu as considerações tecidas nas fundamentações do voto que deu origem ao acórdão fustigado ou pretende rediscutir o mérito da questão mediante os embargos em tela, pois a questão foi devidamente enfrentada consoante se infere nos seguintes fragmentos que transcrevo do voto basilar:

“O art. 646, caput, do RICMS/PB, é bastante claro quanto à prova contrária à presunção que se estabelece em favor do Fisco, nos termos abaixo transcritos:

"Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimimento a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção". (g.n.).

Dessa forma, são afrontados os arts. 158, I e 160, I, do mencionado diploma legal, in verbis:

“Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1 – A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias”.

“Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias”.

Do exposto, depreende-se que não cabe à fiscalização a prova modificativa ou extintiva do fato objeto da acusação fiscal consistente de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis constadas por meio de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, mas, sim, à autuada, em consequência da inversão do ônus da prova, que lhe atribui a norma inserta no dispositivo acima transcrito.

Pois bem, no caso dos autos, a acusação encontra-se assentada em no confronto das informações prestadas pela recorrente, mediante as GIM's que esta apresentou, e as informações do Sistema Átomo confirmadas nas cópias notas fiscais neste registradas, exceto as Notas Fiscais nºs 55290, 331860, 331858, 67754, 255123, 255216, 60740, 185557, 39948, 2494, 967616, 185714, 108775, 110285, 907155, 3912, 28479, 60740, 185557, 39948, 2494, 967616, 185714, 108775, 110285, 907155, 3912, 28479, 107447 e 865279 (demonstrativos de fls. 94 a 96), haja vista não se encontrarem nos autos cópia desses documentos, de modo que devem ser excluídos da exação fiscal. Também devem ser excluídas as Notas Fiscais nºs 7733, 7731, 7732 e 16858 (fls. 120, 121, 122 e 157), ante o fato de se tratarem, tais documentos, de operações de saídas do estabelecimento da recorrente.

Quanto ao remanescente, a recursante nada provou a seu prol, o que acarreta a manutenção da presunção de omissão de saídas.”

(Grifos não constantes do original).

Diante do que, a motivação da exclusão das Notas Fiscais nº 67754, 255123 e 255216, tomadas como exemplo pela embargante, foi a falta de cópia desses documentos fiscais para comprovar a ocorrência das respectivas operações e, assim, suscitar a inversão do ônus da prova, e não a circunstância de que não teriam dado entrada no estabelecimento da embargante, conforme esta parece ter assim assimilado.

Dito de outro modo, a comprovação que não se fazia mediante as notas fiscais acima citadas não acontecia com as Notas Fiscais nºs 475120, 476098 e 254966, visto que, distintamente daquelas, as cópias desses documentos constam às fls. 112, 127 e 117, todas consignando como destinatário o estabelecimento da embargante. Portanto, não poderiam ter sido excluídas da exação fiscal, como de fato não foram, as Notas Fiscais nºs 475.120, 476.098 e 254.966, cujas cópias constam às fls. 112, 127 e 117, respectivamente.

Diante do que, nesse quesito não ocorreu a referida omissão.

Quanto à Nota Fiscal nº 674585, em relação a qual o aresto embargado não teria se pronunciado apesar de a situação desse documento guardar semelhança com a das Notas Fiscais nºs 331.860,

331.858, 967.616, 16.858 e 185.714, que se destinam a estabelecimento distinto, em verdade a citada nota, cuja manutenção na exigência fiscal restou mantida pelo acórdão em referência, consigna a embargante como sendo a destinatária, conforme se verifica na cópia de fl. 141. O que ocorreu, de fato, foi apenas um erro de digitação quanto à numeração do documento fiscal, tanto pela Fiscalização como pela embargante, que a descreveram como sendo de número 674.585, e não o número 975.585, que é o correto, afinal, todos os demais dados de numeração correta são os mesmos considerados pela Fiscalização, inclusive os valores que serviram de base de cálculo para a exigência fiscal, o que não deixa dúvidas de que ocorreu apenas um erro de digitação na numeração do documento, sem prejuízo algum para as partes.

Esse erro na digitação do número da mencionada nota levou esta relatora a equívoco, quando não mencionou o número correto do documento fiscal por não haver se apercebido do fato. Todavia, diante da circunstância de que o equívoco se ateve apenas à numeração do documento fiscal, visto que os demais dados considerados para o efeito da exação fiscal estão corretos, dou acolhimento aos embargos manejados apenas para suprir nesse aspecto a omissão ventilada, sem contudo atribuir-lhes efeitos modificativos.

Com efeito, revela-se correta a manutenção da Nota Fiscal nº 975.585, com cópia de fl. 141, visto que esta consigna o estabelecimento da embargante como destinatária da mercadoria nela discriminada, o que demonstra que esta efetuou a aquisição e, todavia, não registrou o documento nos livros fiscais próprios.

Quanto à omissão relacionada à multa recidiva, rechaço veementemente o argumento.

Efetivamente, a denúncia de crédito inexistente decorrente da falta de amparo documental, da qual tratam estes autos, possui a mesma natureza da que trata o Acórdão CRF nº 179/2009, cujo teor do voto que deu origem consta na cópia de fls, 2.043 a 2.050, onde se observa na página 2, de fl. 2.044, a seguinte descrição:

“Crédito Inexistente: tendo em vista irregularidade detectada na escrita fiscal nos meses de setembro e outubro de 2006, decorrente de supostos créditos do CIAP, sem qualquer amparo documental, repercutindo falta de recolhimento do ICMS”.

Por sua vez, a descrição dos fatos dados como infringentes, efetuada no auto de infração objeto do acórdão embargado, faz a seguinte referência ao ilícito em tela:

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

A Nota Explicativa informa que:

“Face à reconstituição da escrita fiscal, o Conta Corrente ICMS (C/ Gráfica) com lançamento a débitos e créditos (Garantido, Antecipado, 1/48 avos Ativo Imobilizado, etc.) verifica-se em outros créditos, discriminado sob a forma de: ressarcimento ICMS Normal (+) mais ST (Subst. Tributária), mais valores lançados na rubrica: Crédito CIAP. Nos períodos de 2007 a 2009, tendo sido lançado a crédito o vlr. de R\$ 162.303,61. Conforme demonstrativos e cópias de livro Registro de Apuração do ICMS, levantados ano a ano.”

(Grifos não contidos no original).

Donde se concluiu pela similitude das infrações, pois ambas consistem de créditos inexistentes, assim considerados por falta de amparo documental, relacionados ao CIAP. A existência de créditos, também inexistentes, decorrentes de outras origens (Garantido, Antecipado, etc.), não descaracteriza o fato de entre estes haver os créditos do CIAP.

Além disso, confirmando o fato o Acórdão nº 179/2009 considerou infringidos os mesmos dispositivos legais invocados no aresto embargado, ou seja, ambos concluíram por ofensa aos arts. 72 e 73 c/c o arts. 77, todos do RICMS/PB, conforme se infere nas respectivas decisões, às fls. 2.043 a 2.050 e 2.017 a 2.032.

Por óbvio, o cálculo da multa recidiva aplicada considerou, pois, apenas os valores referentes à infração de crédito inexistente.

Com essas considerações, rejeito as referidas preliminares.

Nestes termos,

VOTO pelo recebimento dos **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, por regulares e tempestivos e, quanto ao mérito, pelo seu **PARCIAL PROVIMENTO**, sem, contudo, atribuir-lhes efeitos infringentes, logo, MANTENDO a decisão exarada nesta Egrégia Corte de Julgamento, através do Acórdão nº 565/2015 (fls. 2.033 a 2.036), que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000000028/2011-45, lavrado em 21/1/2011, contra a empresa **LOJAS AMERICANAS S/A.**, devidamente qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de janeiro de 2016.

MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA

Conselheira Relatora