

PROCESSO Nº 0455872016-5

ACÓRDÃO Nº 0480/2021

TRIBUNAL PLENO

Embargante: CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA. - ME.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: JOSELINDA GONÇALVES MACHADO e ROBERTO EDUARDO MACIEL C. FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. ERRO MATERIAL. VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

- *É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição, bem como corrigir premissa fática equivocada do respectivo decisório.*

- *No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, não sendo evidenciadas omissões ou erro na fundamentação da decisão embargada, pretendidos pela embargante, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 473/2020.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovemento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 473/2020, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000405/2016-50, lavrado em 13/4/2016, contra a empresa CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA. ME, CCICMS nº 16.178.601-4, já qualificada nos autos, mantendo o crédito tributário no valor total de R\$ 1.486.395,74 (um milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e noventa e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 743.197,87 (setecentos e quarenta e três mil, cento e noventa e sete reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no artigo 646, V, todos do RICMS/PB e R\$ 743.197,87 (setecentos e quarenta e três mil, cento e noventa e sete reais e oitenta e sete centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de setembro de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR(SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 0455872016-5
TRIBUNAL PLENO
RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante: CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA. - ME.
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuantes: JOSELINDA GONÇALVES MACHADO e ROBERTO EDUARDO MACIEL C. FILHO
Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. ERRO MATERIAL. VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

- *É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição, bem como corrigir premissa fática equivocada do respectivo decisório.*

- *No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, não sendo evidenciadas omissões ou erro na fundamentação da decisão embargada, pretendidos pela embargante, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 473/2020.*

RELATÓRIO

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, EMBARGOS DECLARATÓRIOS, com supedâneo nos arts. 75, V e 86, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 080/2021/SEFAZ/PB, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, opostos contra a decisão emanada do Acórdão nº 473/2020.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000405/2016-50 (fls. 3 a 5), lavrado em 12/4/2016, em que foi lançado um crédito tributário no valor de R\$ 1.486.395,74, sendo R\$ 743.197,87, de ICMS, e R\$ 743.197,87, de multa por infração, onde a empresa autuada, CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA.- ME, é acusada das irregularidades que adiante transcrevo:

- OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

NOTA EXPLICATIVA:
OMISSÃO DE VENDAS.

- OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

NOTA EXPLICATIVA:

OMISSÃO DE VENDAS – OPER. CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o julgador fiscal, Pedro Henrique Silva Barros, decidiu pela *parcial procedência* do Auto de Infração em tela, conforme sentença de fls. 85-95, condenando o sujeito passivo ao crédito tributário de R\$ 421.120,82, sendo R\$ 210.560,41 de ICMS, e R\$ 210.560,41 de multa por infração, com recurso de ofício, proferindo a seguinte ementa:

CARTÃO DE CRÉDITO. VENDAS INFORMADAS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO SUPERIORES AS DECLARADAS PELA RECLAMANTE.

Materializada a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, constatada pela comparação das vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito e as declaradas pela reclamante, enseja-se a cobrança do imposto estadual e multa.

Não se exclui, por ausência de previsão legal, a redução de base de cálculo no fornecimento de refeições, conforme preconiza o art. 34, IV, do RICMS-PB, e o Decreto nº 33.657/2012, mesmo diante da presunção de receitas omitidas.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Regularmente cientificada da decisão singular, por via postal, com Aviso de Recebimento – A. R., recepcionado em 16/2/2018, fl. 100, a empresa autuada não interpôs recurso voluntário a esta instância ad quem. Assim, foram os autos remetidos para esta relatoria para julgamento do recurso de ofício, que decidiu, à unanimidade desta Corte, pelo seu provimento, julgando procedente o lançamento tributário, e na sequência promulgou o Acórdão nº 473/2020 (fls. 113 a 115), cuja ementa abaixo reproduzo:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias

tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Da supracitada decisão, notificada por meio de DTe em 6/5/2021, a empresa autuada opôs Embargos Declaratórios (fls. 120 a 127), apresentado em 11/5/2021, via e-mail, conforme documentação às fls. 118/119, vindo a requerer a reforma da decisão embargada, com efeitos modificativos, sob o fundamento de que teria ocorrido omissão e erro material no Acórdão embargado nº 473/2020, apresentando, em síntese, as seguintes razões:

- citando o art. 1.022 e 489 do CPC, afirma que a legislação estadual não prevê os casos de omissão, e que a decisão embargada não teria enfrentado o argumento de nulidade apresentado na peça impugnatória, em que questiona o *bis in idem* em relação ao Auto de Infração nº 93300008.09.00000405/2016-50, referente ao descumprimento de obrigação acessória;
- que o Conselho de Recursos Fiscais não poderia ter deixado de enfrentar tal argumento, sob pena de prejudicar a defesa, e incorrer em omissão, e que teria, ao menos, o condão de infirmar a conclusão adotada;
- que a falta de seu enfrentamento constitui omissão passível de ser sanada por meio de aclaratórios;
- e ainda, caso não se entenda que a tese da embargante não prospera, cabe a esta Corte se manifestar a respeito, e expor os fundamentos de seu entendimento;
- sendo os efeitos do recurso de ofício suspensivo e devolutivo, cabe a esta instância reexaminar o mérito, enfrentando os argumentos deduzidos durante o trâmite processual;
- que o Acórdão embargado teria cometido erro material quanto a interpretação do art. 1º do Decreto nº 33.567/2012;
- alega que para a fruição do benefício fiscal previsto no mencionado dispositivo, não depende do contribuinte estar enquadrado no CNAE 5611-2/02 ou 5611-2/03. Exige apenas que a atividade seja o fornecimento de refeições por bares, restaurantes e estabelecimento similares;
- ao estabelecer o enquadramento em determinados CNAE's como condição ao gozo de benefício fiscal, o acórdão em apreço teria adotado uma premissa equivocada, o que configura erro material, ora apontado;

- ao final, requer que este Conselho se manifeste quanto ao argumento de nulidade do auto de infração por *bis idem*, deduzido na impugnação fiscal, e sanado o erro material apontado no presente recurso, acima mencionado.

Em prosseguimento aos trâmites processuais, foram os autos devolvidos a esta relatoria, pelo critério regimental, para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.

Eis o Relatório.

VOTO

Em análise, recurso de embargos declaratórios opostos pela empresa CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA.- ME , contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 473/2020, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 080/2021/SEFAZ-PB, 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 oposição 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. 86¹, 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 080/2021/SEFAZ², cuja ciência à embargante ocorreu em 6/5/2021, por meio de DTe, fl. 117. Os embargos foram protocolados em 12/5/2021, fl. 118, mas, apresentado à Repartição Preparadora em 11/5/2021, conforme cópias do e-mail à fl. 119, dentro do limite do prazo legal, portanto, tempestivos.

Passemos, então, a análise de mérito.

Em descontentamento com a decisão embargada, proferida à unanimidade pelos membros desta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de reformá-la, sob

¹ **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.

² **Art. 87.** Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

os argumentos de que teria ocorrido uma omissão, e um erro material, caracterizado por premissa fática equivocada, que passo a analisar.

Quanto à omissão, a embargante alega que esta Corte teria que ter enfrentado o argumento de nulidade apresentado na peça impugnatória, na oportunidade em que questiona que teria ocorrido o *bis in idem*, tendo em vista a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, relativamente ao Auto de Infração nº 93300008.09.00000405/2016-50, e que este Conselho teria que se posicionar sobre a matéria, de acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil, sob pena de omissão.

Pois bem. Entendo por equivocada o argumento da embargante, quando afirma que este Conselho teria que ter enfrentado todos os argumentos deduzidos no processo, albergando-se no art. 1022, II c/c art. 489, §1º, IV, do CPC/15.

Primeiramente, o que a embargante chama de argumento deduzido no Processo, é o que foi arguido na peça impugnatória, devidamente analisado na primeira instância, e aceita tacitamente pelo próprio contribuinte, que não recorreu da decisão, tornando a parte não litigiosa, não havendo o que se infirmar quanto à matéria não contenciosa, diante da clareza da decisão, que é contumaz, já que, no direito tributário, as multas por descumprimento de obrigação acessória não se encontra absorvida pelas multas por infração às obrigações principais, pois são obrigações tributárias independentes.

Ainda sobre o argumento em questão, há na Lei Tributária Estadual, que cabe à segunda instância administrativa julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos contenciosos fiscais, não tendo o que se buscar no CPC normas supletivas ou subsidiárias, como entende a embargante, além do quê, a norma tratada pela embargante é direcionada a decisões judiciais, conforme o Caput do citado art. 1022³.

Vejamos o texto do art. 142 da Lei nº 10.094/13, sobre a matéria em foco:

Art. 142. Ao Conselho de Recursos Fiscais, com sede na Capital, órgão de composição paritária que representa as entidades e a Fazenda Estadual, supervisionado pela Secretaria de Estado da Receita, junto à qual funciona, **compete, em segunda instância administrativa, julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos contenciosos fiscais** ou de consulta. (g.n.)

As omissões que a embargante alega não haver previsão na nossa legislação tributária, esta egrégia Corte tem mantido o entendimento de que a omissão, tratada nos embargos de declaração, representa a falta de manifestação expressa sobre algum

³ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer **decisão judicial** para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no [art. 489, § 1º](#).

fundamento de fato ou de direito, ventilado na causa, ou seja, quando o julgador não se pronuncia sobre determinado ponto ou questão levantada pela recorrente, no recurso interposto, e assim tem sido analisado em todos embargos em que se levanta casos deste vício processual, o que se torna prática reiterada de nossas decisões, o que caracteriza norma complementar, nos termos do art. 100 do CTN.

Assim, foi analisado e julgado o recurso de ofício, que foi relativo à redução da base de cálculo atribuída pelo julgador monocrático, não havendo obrigação deste Conselho em examinar matéria não contenciosa, salvo se esta fosse de ordem pública, o que não foi o caso.

Ressalto que não houve recurso voluntário, havendo a concordância tácita do contribuinte quanto ao crédito tributário remanescente da decisão singular, e definitivamente constituído, nos termos do art. 77, §1º, da Lei 10.094/13. Vejamos:

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.
(...)

Portanto, diante dos fundamentos supra, não vejo nenhuma consistência no argumento da omissão, pretendida pela embargante.

A segunda motivação dos embargos de declaração diz respeito a vício material, pois, teria sido equivocada a interpretação dada ao artigo 1º do Decreto nº 33.657/2012, conforme análise e julgamento do recurso de ofício, cuja decisão foi pela reforma da sentença monocrática.

Aduz a embargante que para usufruir do benefício fiscal previsto na citada norma, não dependeria de o contribuinte estar ou não enquadrado em determinado CNAE. A exigibilidade seria apenas que a atividade seja o fornecimento de refeições por bares, restaurantes e estabelecimento similares. Ao estabelecer o enquadramento em determinados CNAE's como condição ao gozo de benefício fiscal, o acórdão em apreço teria adotado uma premissa equivocada, configurando erro material.

Pois bem. Tratou a acusação em questão, de omissão de vendas, identificadas na operação cartão de crédito/débito, em que a empresa autuada não justificou as diferenças negativas identificadas na auditoria fiscal, entre os valores das receitas declaradas e os valores de vendas informados pelas administradoras de cartões.

A primeira instância decidiu pela procedência parcial da infração, acatando, tão somente o pedido de redução de base de cálculo do contribuinte, que foi o objeto do recurso de ofício, por entender que caberia a aplicação do art. 34, IV, do RICMS/PB, bem como o art. 1º do Decreto nº 33.657/2012, por se tratar de empresa de fornecimento de refeições, sendo a decisão reformada por esta Corte, por meio do Acórdão embargado, para procedência da acusação.

Como se observa nos dispositivos acima citados, o benefício fiscal foi destinado a empresas fornecedoras de refeições, promovidos por BARES, RESTAURANTE E ESTABELECIMENTOS SIMILARES, que não se enquadra na atividade desenvolvida pela embargante, que é de LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES, cujo CNAE é 5611-2/03, diverso da atividade contemplada pelo benefício fiscal (CNAE 5611-2/01 e 5611/02).

Foi esclarecido no voto embargado, que se tratando de redução de base de cálculo, ou isenção parcial, deve ser aplicada a literalidade da norma, não podendo haver extensões de sua interpretação, e que este entendimento já tinha sido objeto de decisão desta Corte, por meio do Acórdão nº 176/2016, que seguiu o Parecer nº 2016.01.05.00022, da Gerência Executiva de Tributação, que foram citados e reproduzidos os esclarecimentos necessários para o deslinde da questão no acórdão embargado. Portanto, não houve nenhuma interpretação equivocada por parte deste Conselho de Recursos Fiscais, inexistindo o erro material pretendido pela embargante.

É de bom alvitre registrar, já que se trata de tema de mesma natureza jurídica, que em recente decisão por esta instância *ad quem*, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 30/3/2021, foi decidido pela inaplicabilidade do benefício fiscal em questão, para os casos de infrações por omissão de vendas, ou seja, independentemente da Classificação Nacional de Atividades Econômicas do contribuinte (CNAE). Vejamos o Acórdão vencedor, de relatoria do nobre Cons.º Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon:

OMISSÃO DE VENDAS – OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO – DENÚNCIA CONFIGURADA – ART. 34, IV DO RICMS C/C ART. 1º DO DECRETO Nº 33.657/2012 – INAPLICABILIDADE – BENEFÍCIO CONDICIONADO.

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo a prova da improcedência da acusação.
- O art. 34, IV do RICMS/PB e o art. 1º do Decreto nº 33.657/2012 estabelecem redução de base de cálculo condicionada à exclusão de operações específicas, a saber, o fornecimento ou a saída de bebidas, inviabilizando a sua aplicação de forma irrestrita aos lançamentos lastreados na presunção de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis.
- Ajustes realizados pela julgadora singular decorrente do reconhecimento da espontaneidade de declarações do contribuinte nos períodos de fevereiro e março de 2014.

Portanto, diante dos fundamentos supra, entendo não ter ocorrido nenhuma omissão pretendida pela embargante, tampouco erro material por parte deste relator, “caindo por terra” os seus argumentos, utilizados por mero descontentamento com a decisão embargada.

Destarte, diante da ausência da omissão alegada, e não sendo identificados quaisquer defeitos, previstos no art. 86 da Portaria nº 080/2021/SEFAZ, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de trazer consequências ao Acórdão nº 473/2020, não há como dar provimento aos aclaratórios.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovemento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 473/2020, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000405/2016-50, lavrado em 13/4/2016, contra a empresa CERVEJARIA BAHAMINHAS LTDA. ME, CCICMS nº 16.178.601-4, já qualificada nos autos, mantendo o crédito tributário no valor total de R\$ 1.486.395,74 (um milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e noventa e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 743.197,87 (setecentos e quarenta e três mil, cento e noventa e sete reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/ fulcro no artigo 646, V, todos do RICMS/PB e R\$ 743.197,87 (setecentos e quarenta e três mil, cento e noventa e sete reais e oitenta e sete centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de setembro de 2021.



PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator