

PROCESSO Nº 1783082017-1

ACÓRDÃO Nº 0186/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Embargante: DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

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

Autuante: LECIVALDO CAVALCANTE DE LACERDA LIMA

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram inócuos para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pela instância ad quem. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos. Mantido o acórdão embargado.

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 do Recurso de Embargos de Declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 470/2021, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002881/2017-97, lavrado em 05 de dezembro de 2017, em desfavor da empresa DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA, inscrição estadual nº 16.157.328-2.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de abril de 2022.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1783082017-1
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Embargante: DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA.
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
SEFAZ - JOÃO PESSOA
Autuante: LECIVALDO CAVALCANTE DE LACERDA LIMA
Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO
EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA -
RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram inócuos para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pela instância ad quem. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos. Mantido o acórdão embargado.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração interposto pela empresa DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA, inscrição estadual nº 16.157.328-2, contra a decisão proferida no Acórdão nº 470/2021, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento Nº 93300008.09.00002881/2017-97, lavrado em 05 de dezembro de 2017, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro.

NOTA EXPLICATIVA: LEVANTAMENTO FINANCEIRO REALIZADO COM BASE EM INFORMAÇÕES PROCESSADAS NO ATF, SANDAF, DECLARAÇÕES DA GIM, ALÉM DE ANÁLISE A DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO CONTADOR.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário lançou um crédito tributário no montante de R\$ 436.752,06 (quatrocentos e trinta e seis mil, setecentos e cinquenta e dois reais e seis centavos), sendo R\$ 218.376,03 (duzentos e dezoito mil, trezentos e setenta e seis reais e três centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº

18.930/97 e R\$ 218.376,03 (duzentos e dezoito mil, trezentos e setenta e seis reais e três centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96.

Na instância prima a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, após análise dos autos, exarou sentença decidindo pela parcial procedência do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. ACUSAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE.

A lavratura do auto de infração em questão foi procedida consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade.

A constatação de que as despesas foram superiores aos recursos obtidos, detectada através do Levantamento Financeiro, autoriza a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS. A necessidade de ajustes nos levantamentos fiscais, tendo em vistas as provas apresentadas pela autuada, levou a derrocada de parte dos créditos tributários lançados na inicial.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Após tomar ciência da decisão singular, por meio de DT-e, em 02 de fevereiro de 2021 e inconformada com os termos da sentença, a autuada apresentou, em 03 de março de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba – CRF-PB, por meio do qual suscitou que:

- a) Que a empresa dispõe de provas inequívocas que comprovam as despesas com a aquisição do caminhão de marca Volkswagen no valor de R\$ 229.000,00, juntamente com aquisição de uma carroceria furgão em duralumínio no valor de R\$ 30.000,00 não ocorreram no exercício de 2014;
- b) Que os bens foram financiados pelo Banco do Brasil S.A. em 66 (sessenta e seis) prestações mensais, só tiveram o pagamento da primeira parcela no valor de R\$ 3.531,82, incluídos juros, iniciada no dia 15 de outubro de 2014, com vencimento da última parcela programado para o dia 16 de março de 2020;
- c) Que firmou contrato de Abertura de Crédito Fixo nº 40/00224-1, no valor de R\$ 233.100,00 para financiar a aquisição dos bens no valor de R\$ 259.000,00, ficando acertado na Cláusula Terceira do Contrato que a diferença entre o crédito aberto e o valor do orçamento apresentado seria coberta mediante aplicação de recursos próprios do financiado;
- d) Que traz à colação para o Processo Administrativo Tributário cópias xerográficas do Contrato de Abertura de Crédito Fixo nº 40/00224-1, no valor de R\$ 233.100,00 e 04 planilhas fornecidas pelo banco comprovando o pagamento da primeira prestação do capital utilizado (15/10/2014) e da última prestação mensal em 15/03/2020;

- e) Que impõe-se que o valor de R\$ 259.000,00 correspondente às notas fiscais nº 38470 e 59335, sejam excluídas das despesas do exercício de 2014.

Apreciado o referido recurso pela Segunda Câmara de Julgamento desta instância *ad quem*, os conselheiros, à maioria, e de acordo com o voto desta relatoria, desproveram o recurso de ofício e proveram parcialmente o Recurso Voluntário, para alterar a decisão recorrida que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00002881/2017-97, lavrado em 05 de dezembro de 2017, contra a empresa DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA, inscrição estadual nº 16.157.328-2, declarando devido o crédito tributário no montante de e R\$ 260.570,82 (duzentos e sessenta mil, quinhentos e setenta reais e oitenta e dois centavos), sendo R\$ 130.285,41 (cento e trinta mil, duzentos e oitenta e cinco reais e quarenta e um centavos) de ICMS, por infringência ao art. 158, I e art. 160, I, c/fulcro art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 130.285,41 (cento e trinta mil, duzentos e oitenta e cinco reais e quarenta e um centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, este Colegiado promulgou o Acórdão nº 470/2021, cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – INFRAÇÃO PARCIALMENTE CONFIGURADA – ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO – RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

- Diferença tributável apurada por meio do Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto.

- Ajustes no crédito tributário decorrentes das provas anexadas aos autos.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte foi notificado da decisão proferida pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, por meio de DTe, em 27 de dezembro de 2021.

A recorrente, irresignada com a decisão consignada no Acórdão nº 470/2021, interpôs o presente Recurso de Embargos de Declaração (fls. 143 a 149), no qual sustenta que:

- a) O Auto de infração, além de ter indicado como sujeito passivo a empresa contribuinte, qualificou como corresponsáveis os Senhores Paulo Filho Rodrigues, sócio-administrador da empresa e Ana Paula Fontes Rodrigues, sócia minoritária sem poderes de gestão;
- b) Apenas a empresa fora notificada;
- c) Os sócios não tiveram suas condutas devidamente motivadas na descrição dos fatos, tampouco, qualificadas legalmente;
- d) Os sócios não tiveram a oportunidade de contraditar o auto de infração, estando o Acórdão omissivo quanto a esta nulidade procedimental.

Em sequência os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Eis o breve relato.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios apresentado pelo sócio-administrador Paulo Filho Rodrigues, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 470/2021.

O presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade*. Senão vejamos:

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.

Em descontentamento com a decisão proferida pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos, alegar que deve ser reconhecida a nulidade do lançamento em virtude da inexistência de notificação dos responsáveis pelo crédito tributário.

Data vênua, não merece prosperar tal argumento, uma vez que houve apenas a indicação dos interessados no procedimento administrativo, sem a configuração da responsabilidade pessoal ou solidária dos sócios.

Em verdade, a inclusão do nome dos sócios da empresa recorrente no auto de infração, na qualidade de responsável/interessado, consiste apenas em uma medida para que posteriormente, na fase executória da dívida fiscal porventura configurada, possa ser analisada a existência da responsabilidade pessoal das pessoas indicadas na peça vestibular e tomadas as providências cabíveis.

Ademais, a manutenção do nome dos sócios, como responsáveis/interessados, não implica afirmar, a priori, que estes incorreram na regra acima citada.

Mostrando-se alinhado a este entendimento, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba vem se posicionando nos seguintes termos:

Acórdão 125/2018
Processo Nº001.929.2015-4
Recurso VOL/CRF Nº343/3016
TRIBUNAL PLENO
Recorrente: SAPÉ AUTO POSTO LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-
GEJUP
Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE SANTA RITA.
Autuante:HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO.
Relatora:CONSª.MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO INTERNA E INTERESTADUAL NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DA CO-RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. INDEFERIMENTO. CONTRIBUINTE DO SEGUIMENTO NO COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTORES, CUJAS OPERAÇÕES MAIS EXPRESSIVAS SE REGULAM PELO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TÉCNICA FISCAL IMPRÓPRIA À VERIFICAÇÃO DA SUA REGULARIDADE QUANTO À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. VÍCIO MATERIAL CONFIGURADO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

- Rejeita-se a preliminar de exclusão dos sócios da recorrente do rol dos co-responsáveis/interessados, tendo em vista a necessidade da sua manutenção para posterior análise da responsabilidade tributária pela infração.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição de mercadorias nos livros próprios configura a existência de compras efetuadas com receitas de origem não comprovada, presumidamente auferidas mediante omissão de saídas pretéritas tributáveis. Todavia, tal presunção, ínsita no art. 646 do RICMS/PB, não se mostra aplicável nos casos de contribuinte em exercício no seguimento do comércio varejista de combustíveis para automotores, cujas operações de maior predominância nessa atividade se regulam pelo regime da substituição tributária. Adite-se a esse fato a circunstância de que a comercialização pela recorrente também se opera com outros produtos que, apesar de natureza distinta, estão igualmente adstritos ao referido regime de tributação antecipada, o que determina a nulidade lançamento de ofício, por vício material, visto que a denúncia tem suporte na aplicação de técnica imprópria à aferição da situação do contribuinte, quanto ao cumprimento da obrigação principal. (grifos acrescidos)

Nesse ponto, convém destacar passagem do Voto no Acórdão nº 580/2021¹, no qual o Ilustre Conselheiro Petrônio Rodrigues de Lima, destacou:

¹ PROCESSO Nº 0985072017-4

ACÓRDÃO Nº 0580/2021

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: FRIGORÍFICO BOM JESUS LTDA.

2ª Recorrente: FRIGORÍFICO BOM JESUS LTDA.

Advogado: ACRÍSIO NETÔNIO DE OLIVEIRA SOARES, inscrito na OAB/PB Nº 16.853

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

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

Autuante: RODRIGO ANTONIO ALVES ARAÚJO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO). OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. INFRAÇÕES

Requer a recorrente à *exclusão da responsabilidade solidária do polo passivo* dos sócios da empresa, Sr. Genivaldo Dias de Oliveira e Sra. Kelimaria da Silva Mascena. Pois bem. Observa-se que no presente auto de infração os sócios foram indicados como responsáveis interessados, e assim devem ser mantidos. Entendo que há apenas a indicação dos responsáveis interessados juridicamente pelo lançamento do auto de infração, e não de forma a responder solidariamente com o *quantum debeatur* apurado.

Sobre esta matéria, é de bom alvitre ressaltar, que o artigo 135, II e III, do CTN, reporta-se a responsabilidade de terceiros, referindo-se aos mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, passando esta a ser pessoal, e não solidária, e nos casos em que haja comprovação que estes agiram com excesso de poder, infração a lei, contrato social ou estatuto, nos termos do citado dispositivo, infringido:

Art. 135. São **pessoalmente responsáveis** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou **infração de lei**, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - **os mandatários, prepostos** e empregados;

III - **os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado**. (g.n.)

No caso em tela, os sócios somente poderiam ser responsabilizados de forma pessoal, nos termos do dispositivo supra, e não solidariamente.

Inexistindo, pois, provas de que o nominado responsável solidário tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato ou estatuto social, não vejo a possibilidade jurídica de imputar a responsabilidade solidária ao sócio-administrador, ante a ausência de previsão expressa para tanto na Lei nº 6.379/96, salvo no caso de liquidação de sociedade de pessoas nos termos do artigo 134, VII, do CTN, caso em que os sócios são responsabilizados subsidiariamente. Vejamos;

COMPROVADAS EM PARTE. PAGAMENTO EXTRACAIXA. INSUFICIÊNCIA DE CAIXA (ESTOURO DE CAIXA). OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DENÚNCIAS CARACTERIZADAS. SUPRIMENTO IRREGULAR DE CAIXA. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Constatado um equívoco cometido pela fiscalização na descrição da fundamentação legal, inerente à acusação decorrente se suprimento irregular de Caixa, o que inquinou de vício formal a acusação e acarretou, por essa razão, a sua nulidade. Cabível a realização de novo feito fiscal.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual. “In casu”, afastada parte da acusação na primeira instância, diante das provas materiais apresentadas em sede de reclamação, mantida por esta instância.

- Evidenciada a falta de recolhimento do ICMS - diferencial de alíquotas concernentes às aquisições de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento. “In casu”, foi abatido o crédito tributário referente às mercadorias óleo diesel e lubrificantes, sujeitas à substituição tributária, em virtude de não se aplicar a cobrança do diferencial de alíquotas, ex vi, do art. 155, §4º, I, da CF/1988, princípio da tributação exclusiva do destino. Igualmente, foi cancelado parte do crédito tributário, porque houve a comprovação por meio de DAR do pagamento espontâneo, antes do procedimento fiscal, referentes a algumas notas fiscais lançadas na acusação.

- Diferenças tributáveis apuradas por meio dos Levantamentos Financeiros caracterizaram a presunção legal “juris tantum” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido.

- A verificação direta de saldo credor na Conta Caixa, efetuada à luz da documentação apresentada pelo contribuinte, caracteriza a figura do estouro de caixa, levando à presunção da ocorrência de pagamentos realizados com receitas marginais, decorrentes de vendas omitidas.

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Vale salientar que, em linhas gerais, havendo trânsito em julgado de decisão condenatória do contribuinte, não impede a identificação do sócio-administrador ou preposto na Certidão de Dívida Ativa, para viabilização do redirecionamento da execução fiscal, nas hipóteses de comprovação de irregularidades constantes no art. 135 do CTN, ou dos sócios, nos termos do artigo 134, VII, do CTN.

Inexiste, portanto, vício formal na identificação dos sócios na peça acusatória, como responsáveis interessados.

Considerando que não houve qualquer manifestação anterior do contribuinte ou dos interessados em relação ao tema e que não se considerou, *a priori*, o sócio como responsável solidário como previsto no CTN, não há que se falar em obrigatoriedade de ciência do Auto de Infração, não restando constatado defeito da decisão proferida quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade*.

Portanto, não há como dar provimento aos embargos, pois não foram caracterizados quaisquer defeitos previstos no art. 86 da Portaria nº 80/2021/SEFAZ, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de modificar os termos do Acórdão nº 470/2021.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Embargos de Declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 470/2021, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002881/2017-97, lavrado em 05 de dezembro de 2017, em desfavor da empresa DISTRIBUIDORA DONA TEREZINHA LTDA, inscrição estadual nº 16.157.328-2.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de vídeo conferência, em 20 de abril de 2022.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator