

PROCESSO Nº 0930282015-7

ACÓRDÃO Nº 0439/2021

TRIBUNAL PLENO

Embargante: RAFAEL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA..

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR2 DA SEFAZ - GUARABIRA

Autuantes: JOSÉ MIZUEL DE SOUSA E DALSON VALDIVINO DE BRITO

Relator: Cons.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. MERO DESCONTENTAMENTO DO SUJEITO PASSIVO. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 425/2020.

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 tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovemento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 425/2020, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000942/2015-10, lavrado em 16/6/2015, contra a empresa RAFAEL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA., inscrita no CCICMS sob o nº 16.073.354-5, devidamente qualificada nos autos, mantendo o crédito tributário no valor de R\$ **267.108,80** (duzentos e sessenta e sete mil, cento e oito reais e oitenta centavos), sendo R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de ICMS, por infringência ao art. 82, IV, art. 158, I, c/ fulcro no art. 646 e parágrafo único, e art. 645, §§1º e 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de multa por infração, arimada no art. 82, V, “h”, e “f”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ **13.973,40** (treze mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta centavos) de multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Deve ser mantido cancelado o montante de R\$ 91.219,28 (noventa e um mil, duzentos e dezenove reais e vinte e oito centavos), por indevido, sendo R\$ 24.206,73 (vinte e quatro mil, duzentos e seis reais e setenta e três centavos) de ICMS, R\$ 24.206,73 (vinte e quatro mil, duzentos e seis reais e setenta e três centavos) de multa por infração, e R\$ 42.805,82 (quarenta e dois mil, oitocentos e cinco reais e oitenta e dois centavos) de multa recidiva, pelas razões expendidas no Acórdão embargado.

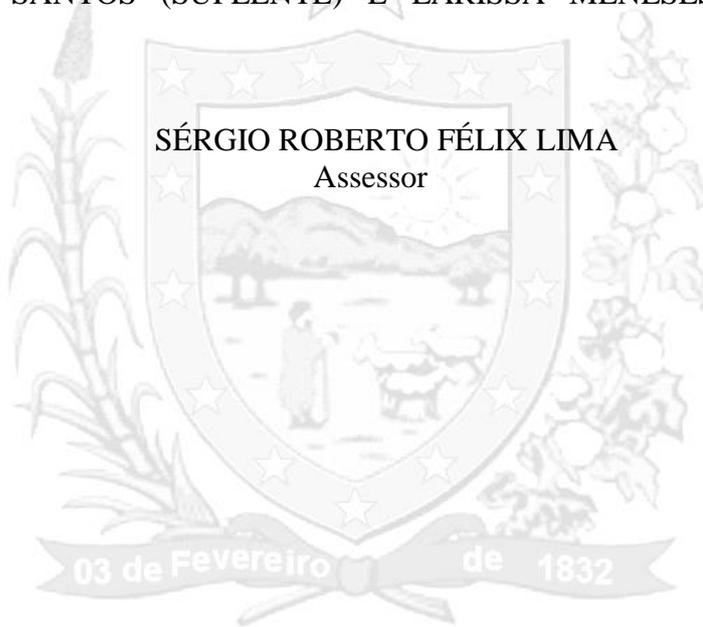
P.R.I.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de agosto de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, ALEX TAVEIRA DOS SANTOS (SUPLENTE) E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).



SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

Processo nº 0930282015-7

TRIBUNAL PLENO

Embargante: RAFAEL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA..

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR2 DA SEFAZ - GUARABIRA

Autuantes: JOSÉ MIZAELE DE SOUSA E DALSON VALDIVINO DE BRITO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. MERO DESCONTENTAMENTO DO SUJEITO PASSIVO. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 425/2020.

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, opostos contra a decisão emanada do Acórdão nº 425/2020.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000942/2015-10, lavrado em 16/6/2015, a empresa acima identificada, foi denunciada pelo cometimento das irregularidades abaixo transcritas, *ipsis litteris*:

1 - CRÉDITO INDEVIDO (POR OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) >> Estando sujeito a um crédito presumido, o contribuinte, de forma irregular, creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: UTILIZAÇÃO DE OUTROS CRÉDITOS NÃO PERMITIDOS NOS MESES DE JUL/2012 E DEZ/2012, VIDE DEMONSTRATIVO DA CONTA GRÁFICA DO FAIN EM ANEXO.

2 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Nota Explicativa:

REF. NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS ATÉ 22/07/2012, VIDE DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

3 - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO NA ESCRITA CONTÁBIL >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais, com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Nota Explicativa:

REF. NOTAS FISCAIS NÃO REGISTRADAS A PARTIR DE 23/07/2012, VIDE DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

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

Nota Explicativa:

REINCIDÊNCIA DE ACORDO COM O PROCESSO Nº 1300242010-7.

5 - OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de produtos tributáveis, culminando na falta de recolhimento do ICMS, evidenciada pelas saídas de mercadorias ou transferências abaixo do preço de custo dos produtos acabados.

Nota Explicativa:

REINCIDÊNCIA DE ACORDO COM O PROCESSO Nº 1300242010-7

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o auto de infração foi julgado parcialmente procedente, conforme sua sentença às fls. 251 a 262, sendo condenado o contribuinte ao crédito tributário de R\$ 315.522,26, sendo R\$ 150.774,43 de ICMS, R\$ 150.774,43 de multa por infração, e R\$ 13.973,40, de multa recidiva, de acordo com sua ementa infracitada:

CRÉDITO INDEVIDO (POR OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO). NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS. RECEITA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. DENÚNCIAS COMPROVADAS. MULTA RECIDIVA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL.

- A opção pelo aproveitamento de crédito presumido do FAIN em substituição ao regime normal de apuração do imposto para a atividade industrial, implica a impossibilidade de aproveitamento de outros créditos fiscais pelo contribuinte decorrentes de atividade comercial, para reduzir o recolhimento do ICMS da atividade incentivada.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- Confirmada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, visto que a soma dos desembolsos no exercício foi superior à receita do estabelecimento, atestando a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pela técnica do Levantamento Financeiro.

- Conforme dicção do art. 39 da Lei 10.094/2013 é condição para aplicação da multa recidiva a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos. Dessa forma, não se aplica a multa recidiva por omissão de vendas decorrente de Levantamento Financeiro, quando a infração antecedente for omissão de saída de produtos tributáveis, uma vez que nesta última existe a infração de dispositivos legais diferentes da primeira.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após análise do recurso voluntário, apresentado às fls. 266 a 271, com o voto desta relatoria, esta Corte decidiu, à unanimidade, pela parcial procedência do lançamento tributário, alterando a decisão da instância prima quanto aos valores. (fls. 273 a 288).

Na sequência, este Colegiado promulgou o **Acórdão nº 425/2020** (fls. 289 a 291), correspondente ao respectivo voto, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ **267.108,80** (duzentos e sessenta e sete mil, cento e oito reais e oitenta centavos), sendo R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de ICMS, R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de multa por infração, e R\$ **13.973,40** (treze mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta centavos) de multa recidiva, sendo proferida a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. FAIN. CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL *JURIS TANTUM*. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. RESULTADO INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DE INFRAÇÕES. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. DENÚNCIA EVIDENCIADA. RECIDIVA. CARACTERIZADA EM PARTE. ALTERADA DECISÃO SINGULAR QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- *A opção pelo aproveitamento de crédito presumido do FAIN em substituição ao regime normal de apuração do imposto para a atividade industrial, implica a impossibilidade de aproveitamento de outros créditos fiscais pelo contribuinte decorrentes de atividade comercial, para reduzir o recolhimento do ICMS da atividade incentivada.*

- *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”, a evidência de concorrência de infrações em relação à decorrente da Apuração do Resultado Industrial, sucumbiu a denúncia por esta ser de menor monta.*

- *A diferença tributável apurada no Levantamento Financeiro caracteriza a presunção legal “*juris tantum*” de que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte não trouxe aos autos provas inequívocas que pudessem desconstituir a acusação.*

- *A verificação de que houve saídas de mercadorias abaixo do preço de custo dos produtos acabados, apurado por meio do Resultado Industrial, caracteriza a falta de recolhimento do ICMS. No caso em tela a recorrente não apresentou provas que pudessem ilidir a acusação.*

- *Excluída multa recidiva de uma das acusações em razão do crédito tributário lançado não ser decorrente da mesma infração relativa ao processo antecedente, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13.*

Notificada da decisão desta Corte em 5/4/2021, por meio de DTe, fl. 293, a autuada opôs Recurso de Embargos Declaratórios (fls. 296 a 298), protocolado em 12/4/2021, em que apresenta os seguintes pontos:

- que os supostos créditos indevidos denunciados se referem ao ICMS Garantido no valor de R\$ 2.081,21 no período de julho/2012, e R\$ 4.439,46 e R\$ 6.488,63, respectivamente de IMS Garantido e ICMS Antecipado, no período de dezembro/2012;

- que tais impostos teriam sido pagos por erro do sistema, ressaltando que os valores recolhidos se referem a compras para industrialização;
- que não teria havido pronunciamento quanto a este ponto, referindo-se a utilização do ICMS garantido para compra para industrialização;
- que o julgador não especificou os valores da omissão da receita, referindo-se ao crédito tributário apurado pelo Levantamento Financeiro;
- ao final, requer conhecimento e provimento do presente recurso, para sanar contradição e erro material evidente, havendo pronunciamento sobre as razões apontadas acima.

Em prosseguimento aos trâmites processuais, foram os autos encaminhados a este relator para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.

Eis o Relatório.

VOTO

Em análise, recurso de embargos declaratórios interposto pela empresa RAFAEL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA., contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 425/2020, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 080/2021/SEFAZ, conforme transcrição abaixo:

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

(...)

V – de Embargos de Declaração

Em relação à tempestividade da apresentação dos embargos ora em questão, estes devem ser opostos 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/SEFAZ¹, cuja divulgação pública ocorreu com a publicação do Acórdão 425/2020, no DOE em 28/12/2020, sendo a ciência dada ao contribuinte em 05/4/2021 (segunda-feira), fl. 293, por meio de DTe.

Ao ser proferida a ciência, este tem a contagem do referido prazo a partir do dia 6/4/2021 (terça-feira), sendo protocolado os embargos no dia 12/4/2021 (segunda-feira), na data limite para sua oposição, portanto, tempestivamente.

No mérito, em descontentamento com a decisão embargada, proferida por unanimidade por esta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de alterá-la, almejando improcedência da autuação em epígrafe, com argumentos de teria ocorrido omissões.

Com efeito, a supracitada legislação interna, ao prever a oposição de embargos declaratórios, tem por escopo corrigir defeitos quanto à ocorrência de *omissão*,

¹ Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

contradição e obscuridade na decisão proferida, porquanto estes constituem requisitos para seu cabimento, tal como estatui o art. 86², 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.

Pois bem. Alega a embargante, que este relator teria sido omissivo em relação aos créditos indevidos, que se referiram ao ICMS garantido e antecipado utilizados como créditos fiscais, nos períodos de julho e dezembro de 2012, que os respectivos pagamentos foram realizados por erro do sistema, e que se tratava de valores recolhidos relativamente a compras para industrialização.

É cediço que a omissão representa a falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito, ventilado na causa, ou seja, quando o julgador não se pronuncia sobre determinado ponto ou questão levantada pelo sujeito passivo.

Ora não se pode argumentar que houve omissão de fato não cogitado no recurso voluntário, ou mesmo em qualquer fase do processo. Observa-se que a acusação de crédito indevido foi em relação ao uso dos créditos fiscais inerentes aos recolhimentos do ICMS Garantido e Antecipado, originados de atividades comerciais, que não poderiam ter sido utilizados já que o contribuinte era beneficiário do FAIN, afrontando a legislação deste, bem como o Termo de Acordo nº 2016.000095. Tal esclarecimento se encontra devidamente fundamentado na decisão embargada às fls. 277 a 281, que apenas veio ratificar a decisão monocrática, ressaltando que o contribuinte fora silente quanto a primeira acusação no seu recurso voluntário.

Em nenhum momento houve a menção do sujeito passivo de que o recolhimento do ICMS como Garantido e Antecipado teria sido por erro de classificação em seu sistema, tampouco apresentou provas materiais de seu alegado. Além do quê, tal denúncia se tornou não litigiosa por determinação legal, tendo em vista que o sujeito passivo não se reportou à primeira acusação (crédito indevido) no seu recurso voluntário. Vejamos o dispositivo normativo sobre a matéria.

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.

A embargante alega ainda que este relator não teria especificado os valores das receitas omissas, apuradas no Levantamento Financeiro. Ora, tal questionamento demonstra que a embargante não entendeu a técnica aplicada pela fiscalização, ou talvez não tenha lido o teor da decisão desta Corte, pois o texto referente a quarta acusação, descreve e fundamenta a técnica de fiscalização aplicada, em que se verificou que os desembolsos da empresa, no exercício de 2013, foram superiores às disponibilidades, demonstrando que tal diferença foi paga com receitas omissas, cujos valores se encontra demonstrado no Levantamento fiscal às fls. 149 e 150 dos autos.

² **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.

Portanto, diante dos fundamentos supra, entendo não haver nenhuma omissão pretendida pela embargante, tampouco contradição, esta não apontada, ou erro material alegado no final de sua peça recursal, “caindo por terra” os seus argumentos, utilizados por mero descontentamento com a decisão embargada.

Destarte, diante da ausência dos vícios alegados, 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 425/2020, não há como dar provimento aos aclaratórios.

Nesse sentido, este Colegiado já se posicionou em decisão acerca de questão semelhante, conforme recente edição do Acórdão nº 009/2017, de relatoria do Cons.º João Lincoln Diniz Borges, cuja ementa abaixo transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAPAZES DE CONTRAIR EFEITOS MODIFICATIVOS. MERO INCONFORMISMO DO SUJEITO PASSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

Os Embargos Declaratórios servem para suprir os vícios da obscuridade, contradição ou omissão no julgado e não procedem quando deduzidos contra decisões que contêm suficientes esclarecimentos jurídicos, capazes de permitir o pleno conhecimento dos motivos que levaram à sua prolação, não se prestando, portanto, para reapreciar questões já enfrentadas em grau de recurso. A mera insatisfação do sujeito passivo não tem o condão de tornar cabíveis os embargos aclaratórios. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos. Mantido, portanto, o Acórdão embargado.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovimento*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 425/2020, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000942/2015-10, lavrado em 16/6/2015, contra a empresa RAFAEL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA., inscrita no CCICMS sob o nº 16.073.354-5, devidamente qualificada nos autos, mantendo o crédito tributário no valor de R\$ **267.108,80** (duzentos e sessenta e sete mil, cento e oito reais e oitenta centavos), sendo R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de ICMS, por infringência ao art. 82, IV, art. 158, I, c/ fulcro no art. 646 e parágrafo único, e art. 645, §§1º e 2º, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ **126.567,70** (cento e vinte e seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), de multa por infração, arriada no art. 82, V, “h”, e “f”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ **13.973,40** (treze mil, novecentos e setenta e três reais e quarenta centavos) de multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Deve ser mantido cancelado o montante de R\$ 91.219,28 (noventa e um mil, duzentos e dezenove reais e vinte e oito centavos), por indevido, sendo R\$ 24.206,73 (vinte e quatro mil, duzentos e seis reais e setenta e três centavos) de ICMS, R\$ 24.206,73 (vinte e quatro mil, duzentos e seis reais e setenta e três centavos) de multa por infração, e R\$ 42.805,82 (quarenta e dois mil, oitocentos e cinco reais e oitenta e dois centavos) de multa recidiva, pelas razões expendidas no Acórdão embargado.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 19 de agosto de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

