



PROCESSO Nº 1761152020-2

ACÓRDÃO Nº 422/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Embargante: MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: ARNOBIO FIRMINO DA SILVA JUNIOR

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO CONFIGURADA - REFORMADA A DECISÃO EMBARGADA - EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES - RECURSO PROVIDO.

- 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 suficientes para demonstrar uma omissão na decisão proferida por meio do Acórdão nº 0151/2023 por não terem sido analisados os documentos de origem das compras a prazo no exercício, fato este suficiente para acolher os embargos de declaração com efeitos infringentes, o que acarretou a sucumbência do crédito tributário da acusação de passivo fictício.

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 regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 151/2023, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001384/2020-77, lavrado em 20/10/2020, em face da empresa **MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, inscrição estadual nº 16.033.285-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 5.135,48 (cinco mil, cem e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos)**, sendo R\$ 2.711,74 (dois mil, setecentos e onze reais e setenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos art. 106; art. 158, I e art. 160, I, art. 646, caput e incisos II e III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 2.423,74 (dois mil, quatrocentos e vinte e três reais e setenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e” V, alínea “f”, da Lei 6.379/96.



Em tempo, cancelo, por indevido, o crédito tributário total de **R\$ 17.504,94 (dezesete mil, quinhentos e quatro reais e noventa e quatro centavos)** relativa a acusação de passivo fictício, sendo R\$ 8752,47 (oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 8752,47 (oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos) de multa por infração.

Ressalte-se que a empresa autuada promoveu o recolhimento de ICMS da parte conformada dos lançamentos fiscais no valor total de **R\$ 3.712,17 (três mil, setecentos e doze reais e dezessete centavos)**, por adesão ao REFIS/PEP a vista.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 06 de setembro de 2023.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1761152020-2
EMBARGOS DECLARATÓRIOS
Embargante: MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1
DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO
Autuante: ARNOBIO FIRMINO DA SILVA JUNIOR
Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO
CONFIGURADA - REFORMADA A DECISÃO
EMBARGADA - EMBARGOS ACOLHIDOS COM
EFEITOS INFRINGENTES - RECURSO PROVIDO.**

- 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 suficientes para demonstrar uma omissão na decisão proferida por meio do Acórdão nº 0151/2023 por não terem sido analisados os documentos de origem das compras a prazo no exercício, fato este suficiente para acolher os embargos de declaração com efeitos infringentes, o que acarretou a sucumbência do crédito tributário da acusação de passivo fictício.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração oposto pela empresa **MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, inscrição estadual nº 16.033.285-0, contra a decisão proferida no Acórdão nº 0151/2023, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001384/2020-77, lavrado em 20/10/2020, em decorrência das seguintes infrações:

0009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. FISCAL DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa: NF'S DE ENTRADA NÃO LANÇADAS EM LIVRO COMPETENTE – EXERCÍCIO 2015.



0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE SUPRIMIU O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL FACE À AUSÊNCIA DE DÉBITO DO IMPOSTO NOS LIVROS PRÓPRIOS (REF. NF-E Nº 13461-1), CONFORME CONSTATADO NA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA GRÁFICA DO ICMS.

0558 - PAGAMENTO EXTRACAIXA >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter efetuado pagamentos com recursos provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Nota Explicativa: FORAM IDENTIFICADOS CHEQUES COMPENSADOS, CONFORME RELAÇÃO ABAIXO, NOS EXTRATOS DO BANCO DO BRASIL E DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, OS QUAIS FORAM REGISTRADOS NA CONTABILIDADE PARA SUPOSTAMENTE PAGAR, CADA UM DELES E NO PRÓPRIO DIA DA COMPENSAÇÃO BANCÁRIA, DIVERSOS FORNECEDORES E DESPESAS. 16/02/2016 (CEF_CHEQUE Nº 1363) 01/03/2016 (BB_CHEQUE Nº 851073) 13/06/2016 (BB_CHEQUE Nº 851114) 22/06/2016 (BB_CHEQUE Nº 851124) 08/07/2016 (BB_CHEQUE Nº 851115) 04/08/2016 (BB_CHEQUE Nº 851137) 19/09/2016 (BB_CHEQUE Nº 851133) 21/09/2016 (BB_CHEQUE Nº 851147) 18/10/2016 (BB_CHEQUE Nº 851143) E 18/10/2016 (BB_CHEQUE Nº 851144).

0555 - PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter efetuado pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, constatado mediante a manutenção no passivo de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Nota Explicativa: EXERCÍCIO 2015.

Na primeira instância o julgador fiscal Francisco Nociti decidiu pela *procedência* do auto de infração, conforme sentença anexada nas fls. 174/183, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PAGAMENTOS EXTRACAIXA. PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS). DENÚNCIAS CARACTERIZADAS.

- Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição em livros próprios, bem como a constatação de pagamentos extracaixa e de passivo fictício remetem à presunção relativa do art. 646 do RICMS/PB, cabendo ao sujeito passivo provar sua improcedência.

- Nota fiscal de saída cujo ICMS a ela relativo não fora levado a registro em livros próprios acarreta falta de recolhimento do imposto estadual, em virtude da ausência de débito do imposto.

- Os argumentos e o material apresentado pela reclamante não obtiveram êxito no intento de afastar as acusações.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão de primeira instância, por meio de DT-e, com ciência em 22/11/2021 (fl. 186), a Autuada apresentou Recurso Voluntário em



22/12/2021 (fls. 188/194) tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Na 285ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara de Julgamento do CRF/PB, realizada no dia 13 de abril de 2022, os conselheiros, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo desprovisionamento para manter a sentença monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001384/2020-77, lavrado em 20/10/2020, contra a empresa MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI, inscrição estadual nº 16.033.285-0, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 22.640,42 (vinte e dois mil, seiscientos e quarenta reais e quarenta e dois centavos)**, sendo R\$ 11.464,21 (onze mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e vinte e um centavos), de ICMS, por infringência aos art. 106; art. 158, I e art. 160, I, art. 646, caput e incisos II e III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 11.176,21 (onze mil, cento e setenta e seis reais e vinte e um centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e” V, alínea “f”, da Lei 6.379/96.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 151/2023, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PAGAMENTOS EXTRACAIXA. PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS). EXTINÇÃO DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO PAGAMENTO. DENÚNCIAS CARACTERIZADAS. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Ao deixar de lançar nos livros próprios o débito do imposto relativo a nota fiscal de saída o sujeito passivo incorre em falta de recolhimento do imposto estadual.

- Falta de lançamento de notas fiscais de aquisição em livros próprios, bem como a constatação de pagamentos extracaixa remetem à presunção relativa do art. 646 do RICMS/PB, cabendo ao sujeito passivo o ônus da comprovação da improcedência da presunção.

- A manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes caracteriza a figura do passivo fictício, denotando a ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ex vi do inciso II do art. 646 do RICMS/PB.

- Constatação da extinção de parte crédito tributário devidamente lançado pelo pagamento, a teor do art. 156, I do



CTN, sendo considerada matéria não contenciosa nos autos, conforme art. 51 da Lei nº 10.094/13.

Seguindo a marcha processual, o sujeito passivo foi cientificado acerca da decisão proferida pela Segunda Câmara de Julgamento do CRF/PB em 27 de julho de 2023 e opôs, em 1º de agosto de 2023, recurso de embargos de declaração, por meio do qual alega que:

- a) No demonstrativo da acusação o total de aquisições de fornecedores foi apurado através da soma de todos os DANFE's emitidos por terceiros em cada período, tendo como destinatária a autuada e extraídos do ambiente da NFe pelos fazendários autuantes;
- b) O d. Relator foi omissivo por desconsiderar a existência de demonstração completa dos movimentos de compras a prazo contabilizadas, fundando-se, em premissa fática absolutamente equivocada;
- c) O primeiro erro do levantamento fiscal impugnado foi considerar como compras as operações de devolução de vendas ocorridas nas competências de 01/2015 e 02/2015 de R\$ 40.300,00 (quarenta mil e trezentos reais) e R\$ 1.697,00 (um mil seiscientos e noventa e sete reais), a qual não se constitui em passivo a ser registrado na conta de aquisições a prazo;
- d) Se alguma incompletude de demonstração prejudica a obtenção do melhor julgamento do caso, essa incompletude reside no trabalho da auditoria, pois ele sim deveria ter apresentado as diferenças encontradas entre as operações declaradas pelo contribuinte e as por ele consideradas como efetivamente ocorridas;
- e) Ao adotar premissas equivocadas, ou por não ter analisado com esmero os registros contábeis aos quais tinham acesso, os fazendários autuantes e os nobres julgadores chegaram à equivocada conclusão pela procedência da acusação com reflexos nos períodos 03/2015, 05/2015, 06/2015, 07/2015, e 08/2015, conforme diferenças apontadas no Recurso Voluntário;
- f) O julgamento é omissivo no que concerne ao fato de a auditoria não ter feito a baixa do pagamento da NFe nº 211, porque o valor total dessa nota fiscal compõe o valor da demonstração de compras a fornecedores no período considerada pela fiscalização.

A Recorrente solicita que sejam os presentes Embargos Declaratórios conhecidos e providos, para que lhes sejam emprestados os consequentes efeitos modificativos, reformando a decisão embargada para reconhecer a improcedência da autuação em referência.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, os autos foram distribuídos a esta relatoria na forma regimental para análise e julgamento.



É o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos de declaração impetrado pela empresa **MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, em face da decisão prolatada por meio do Acórdão nº 151/2023.

O recurso de embargos de declaração está previsto no artigo 75, V, da Portaria nº 00080/2021/SEFAZ (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais)¹, *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, veja-se:

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.

O prazo para oposição do referido recurso é de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte, consoante disciplinado no art. 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

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

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ora Embargante foi notificada da decisão recorrida, por meio de DT-e, com ciência em 27/7/2023 (fl. 293), a contagem do prazo para apresentação do recurso iniciou em 28/7/2027 (sexta-feira), tendo como termo final o dia 1/8/2023 (terça-feira), em conformidade com o que dispõe o art. 19 da Lei nº 10.094/13:

Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal, na repartição fiscal em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.

Tendo em vista os embargos terem sido protocolados no dia 1 de agosto de 2023 (terça-feira), caracterizada está a sua tempestividade.

¹REVOGA A PORTARIA Nº 00248/2019/SEFAZ, PUBLICADA NO DOe-/SEFAZ DE 21.08.19



Quanto ao mérito, a Embargante afirma que o Acórdão nº 151/2023 prolatado por essa Egrégia Corte Fiscal foi omissivo, em suma, por não ter analisado os registros contábeis apresentados pela Recorrente que demonstram os fatos que infirmam a acusação.

A Embargante afirma ainda que foi acusada de não ter feito a contraprova, mas os auditores não lograram demonstrar as diferenças encontradas entre as operações declaradas pelo contribuinte e as por ele consideradas como efetivamente ocorridas.

Inicialmente cabe destacar que os documentos apresentados pela Recorrente são de fato, fragmentados, ou seja, apenas parte dos Livros Diário e Razão são apresentados na Impugnação e no Recurso Voluntário, reitero assim as conclusões tiradas quanto aos documentos trazidos pela defesa.

Nada obstante, cabe razão à Embargante quando afirma que as diferenças encontradas pela Fiscalização não foram adequadamente demonstradas. Explico.

Nas fls. 121 dos autos consta o Levantamento da Conta Fornecedores do Exercício de 2015, na qual foi indicada na terceira coluna as **COMPRAS A PRAZO NO EXERCÍCIO**. Contudo, a lista com as duplicatas consideradas nesse saldo não foram anexadas aos autos.

Dessarte, essa Relatoria reconhece que o julgamento do Recurso Voluntário foi omissivo por não ter se pronunciado sobre os documentos de origem das compras a prazo no exercício, porque o ônus da prova atua nas duas direções, seja para a acusação relativamente aos fatos constitutivos do seu direito, seja para a defesa em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, *ex vi* do art. 373 do CPC.²

In casu, não são todas as compras do exercício que estão sendo analisadas, mas aquelas compras realizadas a prazo. Por isso, é necessário que sejam indicadas precisamente as notas fiscais/faturas de compras a prazo que compõem o saldo da rubrica **COMPRAS A PRAZO DO EXERCÍCIO**, e esse relatório analítico não se encontra nos autos.

Como se sabe, em regra, os Embargos de Declaração não são o instrumento hábil para rediscutir a matéria objeto de litúgio para o fim de inverter a sucumbência, porém, excepcionalmente, a doutrina e a jurisprudência pátria admitem os efeitos infringentes do recurso, quando a omissão, obscuridade ou contradição altere o resultado da lide.

Nessa linha, a doutrina do E. Professor Misael Montenegro Filho³, a qual pela lucidez e maestria, transcrevo:

2

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

³Curso de Direito Processual Civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução/Misael Montenegro Filho-3. Ed.-São Paulo:Atlas, 2006.



“É por essa razão que a doutrina especializada comenta que a decisão proferida no julgamento dos embargos de declaração reveste-se da natureza jurídica de sentença complementar, aditando a primeira sentença proferida no julgamento do processo, isto na hipótese de a ela se integrar.

Essa é a regra geral, comportando exceção, diante da qual assistiremos à possibilidade de a decisão tomada nos embargos de declaração modificar o pronunciamento atacado (caráter infringente ou modificativo dos embargos), invertendo a sucumbência, de modo que a ação, antes julgada em favor do autor, passa a ser julgada em favor do réu, ou vice-versa, concluindo o magistrado ter-se equivocado no entendimento anteriormente esposado.”

Dessarte, sendo insuficiente a comprovação do fato gerador, e não tendo a decisão embargada enfrentado a matéria, justifica-se plenamente o provimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, como requer a Embargante para considerar improcedente a acusação de passivo fictício por falta de comprovação do fato indiciário.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 151/2023, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001384/2020-77, lavrado em 20/10/2020, em face da empresa **MONTEL MONTEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, inscrição estadual nº 16.033.285-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 5.135,48 (cinco mil, cem e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos)**, sendo R\$ 2.711,74 (dois mil, setecentos e onze reais e setenta e quatro centavos), de ICMS, por infringência aos art. 106; art. 158, I e art. 160, I, art. 646, caput e incisos II e III do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 2.423,74 (dois mil, quatrocentos e vinte e três reais e setenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e” V, alínea “f”, da Lei 6.379/96.

Em tempo, cancelo, por indevido, o crédito tributário total de **R\$ 17.504,94 (dezesete mil, quinhentos e quatro reais e noventa e quatro centavos)** relativa a acusação de passivo fictício, sendo R\$ 8752,47 (oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 8752,47 (oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos) de multa por infração.

Ressalte-se que a empresa autuada promoveu o recolhimento de ICMS da parte conformada dos lançamentos fiscais no valor total de **R\$ 3.712,17 (três mil, setecentos e doze reais e dezessete centavos)**, por adesão ao REFIS/PEP a vista.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.



Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 06 de setembro de 2023.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator