



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 000.891.2013-2

Acórdão nº 437/2015

Recurso EBG/CRF-220/2015

EMBARGANTE: GILMA BRITO NUNES OLIVEIRA.

EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE: CLAUZENILDE CARDOSO DE OLIVEIRA.

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

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTEMPESTIVIDADE.
NÃO CONHECIMENTO DA PEÇA RECURSAL. MANTIDA
A DECISÃO EMBARGADA.**

Mesmo aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal, previsto em direito processual e adotado na jurisprudência desta Corte, para considerar como embargos de declaração o agravo interposto pela parte sucumbente, não há como conhecê-los, devido à preclusão do seu direito de interposição do referido remédio processual, razão por que mantenho os termos do acórdão rejeitado.

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 **NÃO CONHECIMENTO** do Recurso de Embargos de Declaração, por intempestivo, **a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 224/2015**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003417/2012-03**, lavrado em 20/12/2012, contra a empresa **GILMA BRITO NUNES OLIVEIRA**, inscrita no CCICMS sob o nº 16.131.110-5 e 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 28 de agosto de 2015.

**Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

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

Assessora Jurídica



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

Emb. de Declaração CRF n.º 220/2015

EMBARGANTE: GILMA BRITO NUNES OLIVEIRA.

EMBARGADO : CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

PREPARADORA : RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE CLAUZENILDE CARDOSO DE OLIVEIRA.

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

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTEMPESTIVIDADE.
NÃO CONHECIMENTO DA PEÇA RECURSAL. MANTIDA
A DECISÃO EMBARGADA.**

Mesmo aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal, previsto em direito processual e adotado na jurisprudência desta Corte, para considerar como embargos de declaração o agravo interposto pela parte sucumbente, não há como conhecê-los, devido à preclusão do seu direito de interposição do referido remédio processual, razão por que mantenho os termos do acórdão rejeitado.

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

RELATÓRIO

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, o recurso de Embargos de Declaração interposto por discordância ao Acórdão nº 224/2015.

Através do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003417/2012-03 (fls. 6 e 7), lavrado em 20/12/2012, a autuada foi acusada de prática das infrações abaixo relatadas, juntamente com as respectivas notas explicativas:

- **CRÉDITO INDEVIDO** (crédito maior que o permitido) – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(si) em valor maior do que o permitido, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa – O contribuinte creditou-se de multa e juros de mora, como também correção monetária nos lançamentos de ICMS-Garantido e ICMS-Antecipado.

- **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (AUSÊNCIA DE DÉBITO FISCAL)** – falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte não ter destacado no(s) documento(s) fiscal(is) o respectivo imposto.

Nota Explicativa – O contribuinte deixou de destacar na nota fiscal ICMS devido na transferência de mercadorias tributáveis da matriz para a filial, como também deixou de registrar nos livros próprios ICMS destacado em nota fiscal de transferência de mercadorias tributáveis da matriz para a filial, resultando na falta de recolhimento de ICMS.

- **OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS** – Contrariando dispositivos legais o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através de levantamento da Conta Mercadorias.

- **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.

Tais irregularidades, de acordo com a referida acusação, ocorreram nos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, e motivaram a cobrança do crédito tributário no montante de R\$ 685.873,99, sendo R\$ 246.536,97, de ICMS, e R\$ 439.337,02, de multa por infração.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o auto de infração foi julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, ficando, o crédito tributário constituído dos valores de R\$ 246.536,97, de ICMS, e R\$ 219.668,51, de multa infracional, perfazendo o total de R\$ 466.205,48, conforme sentença de fls. 264 a 270.

Interposto o recurso hierárquico, a esta instância ad quem, o voto da minha relatoria, que o recebeu e conheceu, alterou quanto aos valores a decisão singular, mantendo, todavia, a PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto infracional, ao anular por vício formal, quanto à sua natureza, a acusação de falta de recolhimento em decorrência de crédito indevido do imposto, tendo em vista que enquanto a descrição do fato faz referência à apropriação do imposto destacado em documento fiscal em valor maior do que o permitido a nota explicativa o menciona quanto fato de natureza distinta do tributo (multa e juros de mora), o que atraiu a aplicação dos arts. 41, V, 16 e 17, II da Lei Estadual nº 10.094/2013.

Ao mesmo tempo, o acórdão vergastado manteve parcialmente os créditos tributários relativos à acusação de falta de recolhimento do ICMS em virtude de ausência de débito fiscal, ao fundamento de que uma parte das notas fiscais que embasavam a acusação não se prestavam como prova capaz de atestar o fato dado como infringente, uma vez que apesar de este fazer alusão à ausência de débito do imposto nos livros próprios em virtude de o contribuinte não ter destacado nos documentos fiscais o respectivo imposto incidente sobre operações de transferência internas da matriz para a filial, uma parte das notas fiscais não continha o destaque do imposto, o que atraiu a exclusão dessas notas fiscais por não se correlacionarem com o fato infringente.

O referido acórdão também procedeu parcialmente a exação fiscal consistente no ICMS relativo à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis baseada nos Levantamentos Financeiros dos exercícios de 2007, 2008 e 2010, por haver promovido de ofícios aos ajustes que excluíram o valor correspondente às operações de omissão de saídas de mercadorias não tributáveis ou com substituição tributária, apontado no Levantamento da Conta Mercadorias desses exercícios, com vistas à aplicação da presunção prevista no art. 646 do RICMS/PB, que somente se instaura sobre as omissões de mercadorias tributáveis.

Noutro segmento, o acórdão objurgado manteve in totum a exação fiscal referente ao ICMS decorrente da acusação de omissão de saídas tributáveis baseada no levantamento da Conta Mercadorias, do exercício de 2009 e, por fim, sobre o ICMS que considerou devido promoveu à redução do valor da penalidade originalmente aplicada, ao fundamento do princípio da retroatividade da lei (art. 106, II, “c” do CTN), tendo em vista o advento de lei posterior mais benéfica (Lei nº 10.008/2013).

Por consequência, desse decisório, o crédito tributário devido passou a se constituir do montante de R\$ 350.276,01, sendo R\$ 178.728,02, de ICMS, e R\$ 171.754,99 de multa infracional.

Na ocasião, foi aprovado, à unanimidade, o referido Voto, de fls. 283 a 294, o qual deu origem ao Acórdão em exame, do qual foi dada a ciência à sucumbente mediante o Aviso de Recebimento de nº RA 15837758 9 BR, assinado por seu receptor, em 5/6/2015, conforme atestam os documentos de fls. 297 e 298, em face do qual a sucumbente recorre a este Conselho de Recursos Fiscais, mediante a peça que denomina “Agravo” (fls. 300 a 303), protocolada em 7/7/2015 (consoante comprova o respectivo documento, de fl. 299), pretendendo efeitos modificativos do acórdão censurado, ao fundamento de que as operações que alicerçam a acusação de falta de recolhimento do

ICMS em decorrência de ausência de débito fiscal do imposto, referente aos exercícios de 2009 e 2010, não caracterizam fato gerador do imposto visto consistirem de saídas internas por transferência de mercadorias para estabelecimento filial da empresa, nas quais não se dá a transferência de titularidade, por dizer respeito a mero deslocamento físico.

Desse modo ancorada no art. 155, II, da Constituição Federal, e na Súmula 166 do STJ, suscita o reexame do lançamento em tela, alegando a admissibilidade do recurso em face da “Demonstração Fundamentada da Divergência” (sic.).

Está relatado.

VOTO

De acordo com o Regimento Interno deste Conselho de Recursos Fiscais, Decreto Estadual nº 31.502/2010, os recursos da competência deste colegiado estão previstos no art. 53, infra:

“Art. 53. Perante o CRF, serão submetidos os seguintes recursos:

I - Ordinário ou Voluntário;

II - de Agravo;

III - de Agravo Regimental;

IV - Obrigatório ou de Ofício;

V - de Embargos de Declaração”

Isto considerando, observa-se que a repartição preparadora registrou sob o título de recurso voluntário a peça recursal protocolizada pela recorrente.

Todavia, não se faz possível recebe-la a esse título, dado que sua proposição se deu fora do prazo legalmente reservado a essa providência.

Efetivamente, é cabível a interposição de recurso ordinário ou voluntário contra decisão monocrática que declara a procedência, parcial ou total, do auto de infração, e a legitimidade para sua interposição compete ao contribuinte autuado, observando-se, para tanto, o prazo de 30 dias contados da ciência da sentença de primeiro grau (art. 59), o que não se verifica no caso dos autos.

Além disso, o objeto do recurso em exame consiste na rediscussão da matéria que foi decidida no acórdão vergastado, de modo que, também quanto a esse aspecto, este não se coaduna aos requisitos de admissibilidade do recurso voluntário

previsto no art. 53, I do Regimento Interno deste Conselho de Recursos Fiscais. Portanto, também por esse motivo não se faz possível recebê-lo sob a espécie registrada pela repartição preparadora, na etiqueta de oposição do respectivo protocolo.

Pela mesma razão, o recurso a que a recorrente denomina de Agravo não se identifica com essa espécie quanto ao objeto, que se propõe a corrigir erro na contagem de prazo pela repartição preparadora que arquivou o recurso por intempestividade, conforme se infere da dicção da norma ínsita no art. 61 do Regimento Interno deste Conselho de recursos Fiscais (Decreto nº 31.502/2010), infra:

“Art. 61. Caberá recurso de agravo, dirigido ao CRF, dentro dos 10 (dez) dias que se seguirem à ciência do despacho que determinou o arquivamento da reclamação ou recurso para reparação de erro na contagem de prazo pela repartição preparadora”. (Grifo não constante do original).

Considerando que não houve interposição de recurso voluntário, via de consequência, não há como receber o agravo, assim denominado pela recorrente, como remédio processual contra decisão de arquivamento, por intempestividade de recurso ordinário ou voluntário, posto sequer ter sido, este recurso, interposto pelo contribuinte. Via de consequência, não há arquivamento de tal peça, visto que essa providência não se opera no vazio.

Por outro lado, entendo que a espécie recursal que melhor se aproximaria do recurso cuja admissibilidade se examina consiste nos embargos de declaração, o que viabilizaria o conhecimento destes, ao amparo do princípio da fungibilidade recursal, previsto em Direito Processual Civil, que confere ao julgador a faculdade de receber um determinado recurso como se fosse outro, adequando-o ao fim próprio que lhe seja destinado.

Referido princípio é adotado pela jurisprudência deste colegiado e poderia ser aplicado para justificar o recebimento do Agravo, como se fosse embargo de declaração, supondo-se que sua interposição tenha se dado a título de um dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 64 do mencionado Regimento Interno, ou seja, omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, ou a pretexto dos requisitos admitidos pela jurisprudência pátria do STJ: erro material ou premissa fática equivocada do acórdão vergastado.

Todavia, considerando que a providência da recorrente se deu após o prazo legal de 5 (cinco) dias após a ciência do contribuinte, ainda que aplicando o princípio da fungibilidade, como de fato promovo, para conceber o recurso como se fosse embargos declaratórios, também não há como conhecê-los sob essa categoria, visto que a sua interposição não observou o prazo legal acima citado e previsto no art. 65 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais.

Com efeito, enquanto a ciência do acórdão conspurcado se deu 5/6/2015 (documentos de fls. 297 e 298), a interposição da peça recursal em exame se deu

em 7/7/2015, isto é, após o prazo acima citado, o que não atende o requisito da tempestividade.

No âmbito do direito administrativo, é cediço que a apresentação de qualquer peça recursal no prazo legal constitui condição essencial de admissibilidade para o seu conhecimento junto aos órgãos julgadores. A interposição, quando se dá após o prazo legal reservado a essa atividade, ocorre o que se denomina *preclusão*, no sentido de não se tomar conhecimento do pedido. O recurso interposto fora do prazo legal é denominado intempestivo.

Nesse sentido, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca de questão semelhante, conforme edição dos seguintes acórdãos:

“EMBARGO DECLARATÓRIO. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

Não obstante a informalidade do processo administrativo tributário, existe, no seu curso, previsão de prazos a cumprir e requisitos essenciais. Destarte, o prazo para postulação de recurso não pode ser prorrogado nem suspenso. Logo, se decorrido referido prazo, preclui o direito do sujeito passivo de ter o mérito de seu pleito examinado pelos órgãos julgadores.”

(Embargos Declaratórios CRF Nº 084/2010, Acórdão nº118/2010

Rel. Cons^a. GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE.)

“RECURSO NÃO CONHECIDO – AUSÊNCIA DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO DO RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS E INTEMPESTIVIDADE DA PEÇA APRESENTADA - MANTIDA DECISÃO AD QUEM.

Para acolhimento do Recurso de Embargos de Declaração, é condição sine qua non, independente da denominação, a arguição de omissão, contradição ou obscuridade e a tempestividade do prazo de apresentação da peça. Não tendo acolhimento o Recurso interposto com denominação diversa que suscitem alegações quanto ao mérito da matéria, sem qualquer questionamento sobre omissão, contradição ou obscuridade, além de ter sido apresentado fora do prazo legal. Ausência dos requisitos de admissibilidade.”

(Embargos Declaratórios CRF Nº 241/2011, Acórdão nº 356/2011, rel. Cons. RODRIGO ANTÔNIO ALVES ARAÚJO)

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.

Não obstante a informalidade do processo administrativo tributário, há que se respeitar, no seu curso, a previsão de prazos e requisitos essenciais. Destarte, não sendo satisfeito o pressuposto recursal da tempestividade, tendo em vista a confirmação da

interposição dos embargos declaratórios fora do prazo recursal, impõe-se o não conhecimento do referido recurso, ocorrendo à preclusão do direito do sujeito passivo de pleitear o reexame da decisão recorrida.” (Embargos Declaratórios CRF Nº 206/2011, Acórdão nº 195/2011, rel. Cons. JOSÉ DE ASSIS LIMA)

Diante destas constatações, decido por não conhecer o recurso interposto, mantendo, assim, todos os termos do acórdão embargado.

Ex positis,

V O T O – Pelo **NÃO CONHECIMENTO** do Recurso de Embargos de Declaração, por intempestivo, **a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 224/2015**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003417/2012-03**, lavrado em 20/12/2012, contra a empresa **GILMA BRITO NUNES OLIVEIRA**, inscrita no CCICMS sob o nº **16.131.110-5** e devidamente qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 28 de agosto de 2015.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora