



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº099.691.2013-1

Recurso EBG/CRF Nº 42/2018

TRIBUNAL PLENO

EMBARGANTE:INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.

EMBARGADO:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.

PREPARADORA:SUB.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG DA PRIMEIRA REGIÃO.

AUTUANTE:RUY CARNEIRO B.PAIVA e RONALDO BEZERRA SERENO.

RELATOR:CONS.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. EFEITO MODIFICATIVO NÃO PRESENTE. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. 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 e enfrentamento das questões de fundo, permitindo, assim, o pleno conhecimento dos motivos que levaram à sua prolação, não se prestando, portanto, para reapreciar questões meritórias já enfrentadas. Argumentos desprovidos de sustentação de base probante não se prestam para inquinar efeito modificado ao aresto embargado, revelando mera insatisfação do sujeito passivo. Mantido, portanto, o Acórdão questionado.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, a fim de manter inalterada a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 514/2017, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09. 00001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, contra a empresa INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA, já qualificada nos autos.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de fevereiro

de 2018.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, previsto no art. 86 do Regimento Interno desta Casa, instituída pela Portaria nº 75/2017, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão proferida no Acórdão embargado.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, (fls. 5 e 6), denuncia a empresa embargante pela prática das seguintes irregularidades:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – O contribuinte, contrariando o disposto no artigo 14, § 4º, Inciso II do RICMS, transferiu produtos de sua produção para unidades da empresa em outros estados abaixo do custo de produção, conforme demonstrativo em planilhas anexas.”

Em sessão realizada pelo Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, foi apreciado o recurso voluntário do contribuinte, sendo aprovado, por unanimidade, o voto exarado por este Conselheiro Relator, que deu provimento parcial ao recurso, alterando, quanto aos valores, a sentença singular que julgou parcialmente procedente o crédito tributário, tendo sido proferido o Acórdão nº 514/2017, conforme emenda abaixo:

PRELIMINARES REJEITADAS. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE INDEVIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. TRANSFERÊNCIA ABAIXO DO CUSTO DE PRODUÇÃO. DILIGÊNCIA. CORREÇÃO DA ALÍQUOTA DEVIDA. PARCIALIDADE. ALTERADA SENTENÇA MONOCRÁTICA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preliminares de nulidade do Auto de Infração – rejeitadas as alegações de comprometimento à ampla defesa e ao contraditório, de falta de prova da ocorrência do ilícito fiscal, da aplicação de presunção simples, de apreciação de provas acostadas e de que havia inadequação da técnica fiscal utilizada, no procedimento fiscal.

Impertinente, também, é a solicitação de nova intimação e de realização de exame pericial, diante dos elementos probantes inseridos nos autos com evidente conhecimento dos fatos apurados e rebatidos pela recorrente, acerca das infrações constatadas, razão na qual não prevalece a alegação de cerceamento de defesa e ao contraditório, descaracterizando a preliminar de nulidade pretendida.

A transferência de produtos para unidades da empresa em outros estados abaixo do custo de produção constitui-se em prática infringente, reveladora de operações tributáveis sonegadas. “In casu”, as alegações bailadas pela recorrente tiveram acolhimento em parte, diante da falta de repercussão no tocante a saída de produtos com transferência em valor superior ao custo unitário da produção, bem como corrigida a alíquota devida na operação por se tratar de operações interestaduais, chegando à liquidez e certeza do crédito tributário sentenciado.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 18/12/2017, conforme Notificação expedida às fls. 1.312, contra a qual foi oposto Embargos Declaratórios (fls. 1314/1317), de forma tempestiva, vindo a demonstrar, em apertada síntese, que a decisão é contraditória em referência aos fundamentos de mérito da acusação ao torná-la parcialmente procedente quando da utilização das correções demonstradas pela embargante em seu recurso na apresentação do CD ROM se constatando uma divergência de valores de R\$ 59.400,41 a título de ICMS nos exercícios de 2010, 2011 e 2012.

Passa a evidenciar, que deixou de apresentar a contradição específica em face do não recebimento da composição dos itens retirados e mantidos, requerendo o acolhimento e provimento dos embargos declaratórios para que se imponha a modificação da r. decisão embargada.

É o relatório.

V O T O

Analisa-se, nestes autos, o Recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS, interposto pela embargante, perante este Conselho de Recursos Fiscais.

Indo a questão de fundo, necessário considerar a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que foi interposto dentro do prazo regulamentar previsto no artigo 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, "*in verbis*":

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

Passaremos, então, a averiguar os pressupostos de admissibilidade do presente recurso de Embargos de Declaração conforme os termos estabelecidos no artigo 86 do citado Regimento, conforme abaixo transcrito:

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.*

Como se vê, a hipótese de admissibilidade do presente recurso se dá quando ocorre omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada proferida, visando corrigir lacunas, escuridão ou conflito de entendimento, sendo admissíveis, ainda, pela jurisprudência pátria superior, quando o julgado embargado padece de erro material e quando a demanda é decidida com base em premissa fática equivocada.

Pela norma supra, somente a existência destes vícios, nos termos do Regimento desta Casa e da jurisprudência pátria, autorizam à parte lançar mão do remédio jurídico-processual dos embargos de declaração, no fito de instar o prolator da decisão objurgada a que se re-exprima, "*tornando claro aquilo que nele é obscuro, certo aquilo que nele se ressentido de dúvida, desfaça a contradição nele existente, supra ponto omisso*" nas lições de **Moacyr Amaral Santos** - (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1989-1992 – p. 151).

Ao analisar os objetos do embargo, vislumbro que os questionamentos suscitados pelo embargante dizem respeito apenas à existência de contradição, não sendo manifestado qualquer questionamento sobre as demais hipóteses previstas de admissibilidade, ao qual passo a enfrentar.

Porém, os vícios suscitados revelam, apenas, o inconformismo da embargante com o resultado do julgamento do recurso voluntário, caracterizando o seu caráter procrastinatório, como será abaixo analisado.

Nesta senda, se faz necessário entender o primado da contradição, que representa aquela situação jurídica em que a decisão gera dúvida em relação ao raciocínio (fundamentação) do juiz ou tribunal, ou uma dificuldade de incongruência lógica entre os distintos elementos da decisão. Ocorre contradição quando há o emprego de fundamentos antagônicos em relação a outros fundamentos, ou à conclusão, ou ao relatório, ou, ainda, em casos de decisão proferida, à emenda da decisão.

Nas razões do recurso, a embargante alega que teria havido contradição na decisão desta Corte quando não acolheu o resultado contido na exclusão das operações com custo de produção em valor menor do que as saídas por transferência que fora demonstrada pela empresa embargante nas correções dispostas nos arquivos comprobatórios apresentados em CD ROM (fls. 1.286), vindo a existir, ainda, uma diferença no importe de R\$ 59.400,41, pertinentes aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, não indicados por esta relatoria em face do não recebimento da composição dos itens retirados e mantidos na decisão.

Pois bem. Em verdade, não se vislumbra nenhuma contradição na decisão embargada, pois o que se denota é a falta de entendimento ou mesmo de interpretação semântica da fundamentação de decidir desta relatoria, pois o que se percebe é a ocorrência de alteração nos valores dos preços unitários e do custo de produção apresentados em vários itens da planilha trazida pela então recorrente, além de não existir somatório das diferenças de ICMS mensais devidas nas planilhas dispostas no arquivo gravado em seu CD ROM, em cada período mensal dos exercícios auditados, em confronto com as planilhas inseridas às fls. 18 a 823 dos autos, bem como pela mídia digital disposta pela fiscalização, quando da realização da diligência motivada pela julgadora singular realizada, ainda, na fase de julgamento primário, constante às fls. 1.046 dos autos.

Tal situação de equívoco da embargante é facilmente comprovada no comparativo dos dados apresentados pela então recorrente em seu CD ROM com os dados coletados e demonstrados pela empresa na fase da auditoria fiscal, evidenciando, sim, uma contradição da própria embargante, tendo como exemplo, a título de amostragem, a Nota Fiscal de nº 395758, emitida no mês de janeiro de 2011, quando a empresa transferiu ÁGUA MINERAL 06x 1,5 L S/G PET, contendo 448 unidades no valor contábil de R\$ 528,64, com preço unitário de R\$ 1,18 e custo de produção de R\$ 1,38, gerando uma diferença tributária de R\$ 0,20, por cada produto. Neste item, a planilha apresentada pela empresa no CD ROM (fls. 1.286) evidencia, equivocadamente, não existir diferença tributária, visto apresentar um preço unitário de R\$ 1,83 e um custo de produção de R\$ 1,75, valores que demonstram alteração indevida das provas auditadas, fato que levou a douta embargante a entender que haveria uma divergência de valores na decisão embargada.

Neste contexto, é plausível haver erro de análise dos dados coletados por parte da embargante, além de que não estão comprovados os supostos equívocos de expurgo das diferenças tidas como inexistentes, visto que o arquivo original de detalhamento específico das operações das transferências representa a realidade fiscal das operações glosadas, com retificação promovida, ainda, na fase de julgamento primário, com acolhimento por esta relatoria para efeito de exclusão das diferenças indevidas ainda persistentes entre custo menor frente ao preço de saída declarada nas operações de transferência, mediante análise realizada no CD ROM contido às fls. 1.046 dos autos.

Outrossim, vejo que o próprio CD ROM disposto pela então recorrente, ora embargante, não apresenta compatibilidade real dos valores das operações de transferências realizadas frente às notas fiscais declaradas e encontra-se com supressão dos somatórios mensais das operações glosadas com dados modificados dos custos de produção e dos preços declarados, incapaz de evidenciar a existência de diferença não excluída como entender, equivocadamente, a douda tese de arrazoado dos embargos.

Portanto, os reclamos da embargante não encontram incidência de reforma no julgamento dos presentes Embargos, situação que, inclusive, foi bem abordada no voto vencedor de minha autoria, que passo a transcrever o ponto questionado para reavivar a memória e demonstrar que a matéria encontra-se superada pela fundamentação de mérito, senão vejamos:

(FLS. 1.300 DOS AUTOS)

Em verdade, não vejo como acolher a alegação de que os preços aplicados estariam em consonância com o custo de produção apurado pela empresa, quando das saídas efetivadas por transferências, vez que ficou patente a constatação de discrepância entre os valores de diversos itens de mercadorias transferidas frente ao custo de produção, tanto para mais como para menos.

No entanto, entendo que a decisão recorrida acertou em determinar a medida de diligência para ajustes da base de cálculo quando da retirada indevida a título de ICMS do preço de transferência, situação que motivou a correção de ofício em consonância com a consulta respondida pela SER/PB, fato que me faz chancelar a medida adotada pela autoridade julgadora às fls. 1042 dos autos.

Não obstante a medida corretiva adotada na decisão recorrida, esta relatoria entende que o resultado conclusivo apontada naquela medida fiscal carece de ajustes necessários quanto ao montante real da repercussão tributária a ser alcançada, visto que as diferenças detectadas para mais, ou seja, àquelas em que se constatou preço unitário de transferência superior ao custo industrial do produto transferido, não poderiam ser objeto de exigência fiscal.

Tal situação decorre da própria natureza da denúncia formulada na peça exordial, visto que a diferença superavitária não se constitui em repercussão tributária de falta de recolhimento do ICMS na dicção do art. 14, §4º, II do RICMS, já que os valores das transferências declaradas nas notas fiscais se encontravam acima do custo de produção apontado por cada produto fabricado, situação, inclusive, reconhecida pela recorrente na juntada de uma mídia digital (CD - ROM), o que demonstra

que a base de recolhimento foi superior ao valor de custo apurado, descaracterizando, portanto, a hipótese de que a transferência se deu abaixo do custo de produção, sem recolhimento do imposto em cada operação realizada.

Além desta constatação acerca da falta de repercussão tributária em vários itens transferidos com valores superiores ao custo de produção, também, vejo necessário modificar o entendimento da decisão recorrida, quanto à alíquota a ser aplicada no caso concreto, visto que, de fato, a base de tributação exigida se deu sobre as operações interestaduais e não sobre operações internas, quando das saídas de sua produção com notas fiscais por transferência, sendo devida a retificação para a alíquota de 12% (doze por cento), não podendo ser adotada a alíquota de 17% (dezesete por cento). Neste sentido, promovo a correção dos valores devidos após expurgar as diferenças sem repercussão de falta de recolhimento de ICMS e da alíquota devida.

Neste sentido, após as correções procedidas nas planilhas apresentadas às fls. 1044 a 1238, juntamente com aquelas dispostas no CD ROM que foram apresentadas pela recorrente, promovo o expurgo das diferenças tributárias em que os valores das transferências foram superiores ao custo de produção, restando configurado, apenas, o montante da base de cálculo devida, de acordo com a realidade da repercussão tributária gerada em cada período auditado nos exercícios, senão vejamos:

Portanto, os reclamos da embargante não possuem cunho de veracidade capaz de inquinar efeitos infringentes do *decisum* prolatado, uma vez que se vislumbra no caderno processual, toda a análise meritória devida, não havendo como atestar a existência de contradição, omissão ou mesmo obscuridade na decisão embargada, diante do enfrentamento pontual de cada alegação postulada no recurso original e devidamente debruçado no voto desta relatoria, no tocante as razões apresentadas, estando nos autos os dados dispostos em CD ROM (fls. 1.046) que tiveram a devida exclusão das diferenças tributáveis nas quais o custo de produção se encontrava em valor inferior ao preço unitário de transferência.

A propósito da ausência de pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração capaz de modificar a decisão, segue jurisprudência desta Corte Administrativa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO. ARGUMENTO INEFICAZ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. DECISÃO EMBARGADA MANTIDA.

Verificada a ausência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão ‘ad quem’, deverão ser mantidos os termos da decisão embargada.

Acórdão nº 293/2010 Recurso EBG/CRF-298/2010

Cons^a Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

“EX POSITIS”

V O T O - pelo recebimento do recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, a fim de manter inalterada a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 514/2017, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09. 00001162/2013-25, lavrado em 25/7/2013, contra a empresa INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA, já qualificada nos autos.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de fevereiro de 2018.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator