



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº0308632017-6

TRIBUNAL PLENO

Embargante:TEXNOR TÊXTIL DO NORDESTE S/A

Embargado:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA CLASSE-SANTA RITA

Autuante:JOAO BATISTA DE MELO

Relator:CONS.ºSIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

**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, vez 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 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 de Declaração, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 522/2018, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000387/2017-98, lavrado em 8 de março de 2017 contra a empresa TEXNOR TÊXTIL DO NORDESTE S/A.

P.R.I

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

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso de embargos de declaração interposto pela empresa TEXNOR TÊXTIL DO NORDESTE S/A, inscrição estadual nº 16.121.561-0, contra a decisão proferida no Acórdão nº 522/2018, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000387/2017-98, lavrado em 8 de março de 2017, no qual constam as seguintes acusações, *in verbis*:

0008 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documento(s) fiscal(is), com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

0014 – 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.

0555 – PASSIVO FICTÍCIO (OBRIGAÇÕES PAGAS E NÃO CONTABILIZADAS) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

Na instância prima, o julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, após análise dos autos, exarou sentença decidindo pela procedência parcial do Auto de Infração, nos termos da ementa

abaixo reproduzida:

FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO – OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS – PASSIVO FICTÍCIO – CONCORRÊNCIA DE ACUSAÇÕES – OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS – RESULTADO INDUSTRIAL – DENÚNCIA COMPROVADA

A concorrência de acusações que acarretam o *bis in idem* sobre o fato gerador determina que a acusação de maior monta absorva a acusação de menor monta.

A indicação de prejuízo nas DRE's não justifica as receitas de vendas inferiores ao custo de produção, uma vez que seus dados referem-se ao resultado líquido do exercício, ou seja, não demonstram o prejuízo relacionado ao processo produtivo da indústria.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Inconformada com os termos da sentença, a autuada apresentou, em 17 de janeiro de 2018, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba (fls. 607 a 619), pugnando pela anulação do Auto de Infração.

Apreciado o recurso pelo Tribunal Pleno desta instância *ad quem*, os conselheiros, à unanimidade, e de acordo com o voto desta relatoria, desproveram o recurso voluntário e mantiveram inalterada a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000387/2017-98, condenando o contribuinte ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 2.134.267,02 (dois milhões, cento e trinta e quatro mil, duzentos e sessenta e sete reais e dois centavos), sendo R\$ 1.067.133,51 (um milhão, sessenta e sete mil, cento e trinta e três reais e cinquenta e um centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I c/c os artigos 645, §§ 1º e 2º e 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB e R\$ 1.067.133,51 (um milhão, sessenta e sete mil, cento e trinta e três reais e cinquenta e um centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, este Colegiado promulgou o Acórdão nº 522/2018, cuja ementa transcrevo a seguir:

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO – PASSIVO FICTÍCIO - DENÚNCIAS NÃO CONFIGURADAS – INFRAÇÕES CONCORRENTES – OMISSÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS TRIBUTÁVEIS – DENÚNCIA CARACTERIZADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

A existência de concorrência entre as infrações consignadas na peça acusatória fez sucumbir parte do crédito tributário originalmente lançado, remanescendo os valores associados à acusação cuja repercussão tributária mostrou-se superior.

A identificação de diferença tributável apurada por meio de levantamento do resultado industrial conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias sem pagamento do imposto devido, em observância ao que estabelecem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e artigos 645 e 646, ambos do RICMS/PB.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte foi notificado da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 9 de novembro de 2018, conforme atesta o Aviso de Recebimento anexado às fls. 653.

Irresignada com a decisão consignada no Acórdão nº 522/2018, a recorrente interpôs, tempestivamente, o presente Recurso de Embargos de Declaração (fls. 655 a 658), o qual foi protocolado no dia 14 de novembro de 2018.

Em sua peça recursal, a embargante aponta as seguintes omissões, contradições e/ou obscuridades:

- a) O acórdão embargado não tratou acerca da discriminação do ICMS para cada saída e período de apuração que, no caso do referido tributo, é mensal e não anual, conforme lançado no Auto de Infração;
- b) Examinada a reconstituição da contacorrente de ICMS da empresa, feita pela fiscalização, verifica-se que a embargante teve saldo devedor de ICMS para os exercícios de 2013 e de 2014, apesar de fazer jus a crédito presumido, o que invalida a presunção de vendas por valor inferior ao de custo de cada mercadoria;
- c) Não há justificativa para a empresa sonegar vendas, uma vez que estas geram crédito de ICMS para o adquirente da mercadoria no valor total destacado nas notas fiscais;
- d) O fato de a empresa ter tido prejuízo nos exercícios de 2013/2014 não autoriza a presunção de fato gerador algum de ICMS;
- e) Não há venda sonegada quando eventual receita auferida pela empresa se mostra inferior ao custo de produção de mercadorias em determinado exercício;
- f) Não poderia ter sido mantido o lançamento sem que se realizasse a perícia requerida pela embargante;
- g) O acórdão embargado foi omissivo quanto ao manifesto cerceamento ao direito de defesa ocorrido pela carente fundamentação do Auto de Infração e pelo indeferimento do pedido de perícia.

Ao final, a embargante requer sejam acolhidos os embargos de declaração, para que sejam sanadas as omissões apontadas, reconhecendo-se a nulidade do lançamento e, caso assim não se entenda, deferindo-se a realização de perícia contábil, necessária ao exercício do regular direito de defesa.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios interposto pela empresa TEXNOR TÊXTIL DO NORDESTE S/A, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 522/2018.

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

O Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, em seu artigo 87, estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso:

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

Em descontentamento com a decisão proferida, à unanimidade, pelo Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos, apontando a existência de omissões, contradições e/ou obscuridade no Acórdão nº 522/2018.

Inicialmente, a empresa alega que a decisão não teria discorrido quanto ao fato de o ICMS ser um tributo mensal e o lançamento no Auto de Infração para a denúncia de omissão de saídas de produtos tributáveis[1] ter desconsiderado este fato, uma vez que os períodos dos fatos geradores foram os exercícios de 2013 e de 2014.

Importa destacarmos que os créditos relativos a esta acusação foram identificados por meio da Apuração do Resultado Industrial da empresa (fls. 79 e 80). Estas apurações são realizadas em períodos fechados, ou seja, contemplam todo o exercício.

E não poderia ser de forma diversa, haja vista que os dados utilizados pela fiscalização para serem alocados nas rubricas que compõem o referido demonstrativo, em sua grande maioria, terem sido extraídos do Balanço Patrimonial da autuada.

Necessário, ainda, ressaltarmos que a existência de mercadorias produzidas abaixo do preço de custo denota a ocorrência de repercussão no recolhimento do ICMS, nos termos do que dispõem os artigos 3º, §§ 8º e 9º, da Lei nº 6.379/96 e 645, §§ 1º e 2º e 646, ambos do RICMS/PB[2], *in verbis*:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos não comprovados ou a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

§ 9º A presunção de que cuida o § 8º, aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, assim como a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados ou Vendidos, conforme o caso.

RICMS/PB:

Art. 645. Constituem elementos subsidiários para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto dos estabelecimentos industriais o valor e quantidade de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, a mão-de-obra empregada, os gastos gerais de fabricação e os demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques.

§ 1º Apurada qualquer falta no confronto da produção, resultante do cálculo dos elementos constantes deste artigo com a registrada pelo estabelecimento, exigir-se-á o imposto correspondente.

§ 2º Para a exigência do imposto a que se refere o § 1º deste artigo, ter-se-á em conta que o valor das saídas será, pelo menos, igual ao custo dos produtos fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso, observado o disposto no parágrafo único do art. 646, deste Regulamento.

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

Ao dispor sobre o exame das escritas fiscal e contábil, o RICMS/PB, em seu artigo 643, § 2º, assim estabeleceu:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas escritas fiscal e contábil das pessoas sujeitas à fiscalização, especialmente no que tange à exatidão dos lançamentos e recolhimento do imposto, consoante as operações de cada exercício.

(...)

§ 2º Para os efeitos deste artigo, considera-se exercício:

I - o período compreendido entre dois balanços, quando o contribuinte mantiver escrita contábil;

II - o ano civil, nos demais casos.

Da leitura do dispositivo acima, extrai-se que o procedimento realizado pela fiscalização está em perfeita consonância com o que preceitua a legislação tributária deste Estado, inexistindo, portanto, qualquer omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Em relação aos créditos presumidos a que faz jus a empresa, destaco que estes não alcançam os casos de omissões de saídas tributáveis. O Termo de Acordo de Regime Especial de Tributação celebrado entre a embargante e a Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, em sua cláusula primeira, § 1º, é claro ao limitar o montante do crédito presumido à produção própria de produtos beneficiados, o que se verifica por meio das notas fiscais de saídas emitidas pela empresa. Senão vejamos:

CLÁUSULA PRIMEIRA – A cada período de apuração do imposto a Empresa, em substituição à sistemática de recolhimento de recursos ao Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial – FAIN, fará jus à utilização de crédito presumido de **74,25% (setenta e quatro, vírgula vinte e cinco por cento)** a ser calculado sobre o saldo devedor do ICMS apurado relativamente à produção industrial própria incentivada, conforme estabelecido na Resolução do FAIN nº 008/2012, ratificada pelo Decreto nº 32.928/2012.

§ 1º - O montante da produção mensal própria será verificado através das notas fiscais de saídas de produtos beneficiados, emitidas no período, deduzidas as respectivas entradas por devolução, e corroborado pelos registros lançados no Livro de Controle da Produção e do Estoque; (grifo nosso)

Neste norte, resta evidente que o crédito presumido somente pode ser apropriado pela empresa quando emitidas notas fiscais e, no caso dos autos, a presunção legal de omissão de saídas indica violação aos artigos 158, I e 160, I, ambos do RICMS/PB:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

No que tange à alegação de inexistência de justificativas para a empresa sonegar vendas, devemos atentar para o fato de que a tarefa das instâncias administrativas de julgamento restringe-se à análise acerca da materialidade (ou não) do fato denunciado. Eventuais exames alheios ao fato denunciado são prescindíveis. Tanto é que o artigo 136 do Código Tributário Nacional adotou, como regra, a responsabilidade objetiva.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Quanto às argumentações acerca de ocorrência de prejuízos nos exercícios de 2013 e 2014 e de que não há venda sonegada quando eventual receita auferida pela empresa se mostra inferior ao custo de produção de mercadorias, convém destacarmos que estes fatos relacionam-se ao mérito

da questão, tendo sido devidamente enfrentados na decisão recorrida, a qual corroborou a decisão monocrática que, ao discorrer sobre o fato, assim se manifestou:

*Pois bem, percebe-se, de forma clarividente, que a autoridade fiscal realizou procedimento fiscal irretocável, uma vez que obedeceu ao comando normativo contido no parágrafo único do art. 646 do RICMS, onde resta disposto que a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o recolhimento do imposto aplica-se em relação à **diferença tributável verificada** nas saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.*

Desta feita, comprova-se que o procedimento fiscal foi realizado com base nas disposições legais, onde resta evidenciado que a base de cálculo utilizada deveria ser a diferença tributável apresentada nas planilhas “apuração do resultado industrial” dos exercícios de 2013 e 2014, cujos dados não foram objeto de impugnação pela autuada.”

Em relação ao pedido de perícia, a decisão embargada também não foi omissa. Assim como fizera o julgador da instância prima, também nos convencemos acerca da desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação da matéria suscitada, pois, conforme restou demonstrado quando da análise do mérito, os elementos carreados aos autos foram suficientes para formar o convencimento desta relatoria, tornando estéril a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide.

Com efeito, após analisados todos os pontos do recurso apresentado, concluímos que os embargos de declaração interpostos pela defesa, em verdade, não estão relacionadas a omissões, contradições e/ou obscuridades na própria decisão embargada. O que se apresenta como evidente é o inconformismo do contribuinte em relação à decisão embargada.

As supostas omissões apontadas pela defesa são, em última análise, uma tentativa de rediscutir a matéria, o que, em se tratando de embargos, não se mostra possível, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no EDcl-REsp 786.316:

STJ - Processual civil. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição inexistentes. Rediscussão de matéria de mérito. Impossibilidade

Processual civil. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição inexistentes. Rediscussão de matéria de mérito. Impossibilidade. 1. A solução correta e integral da controvérsia, com lastro em fundamento suficiente e na consonância do entendimento pacificado no Tribunal, não configura omissão, obscuridade ou contradição. 2. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida, quando ausentes os vícios de omissão, obscuridade ou contradição. 3. Embargos de Declaração rejeitados. (Superior Tribunal de Justiça STJ; EDcl-REsp 786.316; Proc.

2005/0165400-3; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 26/09/2006; DJU 05/10/2007; Pág. 247) (g. n.)

Portanto, não há como dar provimento aos embargos, pois não foram caracterizados quaisquer defeitos previstos no art. 86 da Portaria nº 75/2017/GSER, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de modificar os termos Acórdão nº 522/2018.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Embargos de Declaração, por regular e 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 522/2018, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000387/2017-98, lavrado em 8 de março de 2017 contra a empresa TEXNOR TÊXTIL DO NORDESTE S/A.

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

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator