



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 130.891.2016-0

Recurso EBG/CRF Nº 176/2017

EMBARGANTE:M S CLAUDINO BRAGA & CIA LTDA EPP.

EMBARGADO:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS FISCAIS

PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

RELATORA:CONSª.DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUMENTOS INEFICAZES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO/OBSCURIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O cabimento do Recurso de Embargos de Declaração está condicionado à existência de omissão, obscuridade ou contradição.

Os argumentos trazidos à baila pela embargante, e que têm por cerne a existência de omissão/obscuridade no “decisum” exarado neste egrégio Tribunal Administrativo, não encontram fundamento no Acórdão vergastado, restando a esta instância trilhar o caminho do não acolhimento da pretensão da embargante, que se decide nos autos dos embargos de declaração, mantendo-se, pois, os termos da decisão exarada no acórdão contestado.

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

A C O R D A M os membros da **2ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovido, para manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 035/2017, que considerou procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional de que trata a Notificação nº 00056948/2016, fl. 2, emitido em 19/7/2016, determinando a exclusão do contribuinte, M S CLAUDINO BRAGA & CIA LTDA EPP., CCICMS nº 16.001.788-2, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano-calendário 2011, bem como com efeitos retroativos a partir de 1º de janeiro de 2013, com fundamento no art. 3º, II, §4º, III, art. 31, II, da Lei Complementar nº 123/2006, e art. 76, §5º, da Resolução CGSN nº 94/2011.

P.R.I.

Segunda Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em
21 de julho de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 2ª Câmara,
JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO (Suplente). Ausência
Justificada da Conselheira DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Submetidos ao exame desta Corte de Justiça Fiscal, *Embargos de Declaração*, com supedâneo no art. 726 do RICMS-PB, c/c os arts. 75, V, 86 e 87, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, interposto tempestivamente, motivado por discordância da decisão emanada do Acórdão nº 35/2017, que, por sua vez, foi exarado a propósito do *Termo de Exclusão do Simples Nacional e respectiva impugnação*, objetivando esclarecimentos a respeito da motivação da decisão da autoridade julgadora para *proceder* ao lançamento de ofício, porquanto concluiu com a exclusão do contribuinte M S CLAUDINO BRAGA & CIA LTDA EPP., CCICMS nº 16.001.788-2, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano-calendário 2011, bem como com efeitos retroativos a partir de 1º de janeiro de 2013, com fundamento no art. 3º, II, §4º, III, art. 31, II, da Lei Complementar nº 123/2006, e art. 76, §5º, da Resolução CGSN nº 94/2011, conforme ementa abaixo:

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. EMPRESA COM SÓCIO PARTICIPANTE DO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR ERRO FORMAL. REJEIÇÃO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA GLOBAL. CONFIRMAÇÃO. FALTA DE COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA DE EXCLUSÃO À RFB. OCORRÊNCIA. TERMO DE EXCLUSÃO PROCEDENTE. IMPUGNAÇÃO DESPROVIDA.

Está obrigado a comunicar sua exclusão à Receita Federal do Brasil o contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional que possuir sócio com participação no capital social de outra empresa com tratamento tributário favorecido e cuja receita bruta global das empresas envolvidas exceder o limite de receita bruta previsto no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123/2006. Nos autos, comprovada a participação de sócio em outras empresas e verificada que a receita bruta global das demais empresas envolvidas excedeu o limite previsto na legislação de regência e que o contribuinte não efetuou a comunicação obrigatória à RFB, impõe-se a exclusão de ofício do Simples Nacional.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 23/3/2017, conforme fl. 74, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios, Processo nº 0415742017-9, em 28/3/2017, vindo a requerer reapreciação da matéria processual, mediante o seguinte argumento de OMISSÃO/OBSCURIDADE:

“A nobre relatora ao analisar as informações identificou que as empresas com a mesma sócia tiveram sua receita global ultrapassando os limites estabelecidos na Lei Complementar. Contudo, a sócia Maria Ronilda Claudino Braga Vasconcelos, CPF 325.523.434-49, só entrou na empresa Lojão da Paraíba Mat. Ltda ME, a partir de 15 de agosto de 2012. Assim o montante do faturamento desta empresa deveria ter sido calculado de forma proporcional e não integralmente como considerado pela relatora.”.

(...) Logo a empresa não pode ser excluída em 2013.

Por fim, requer o esclarecimento da omissão/obscuridade e a necessidade da reforma da decisão e, em melhor entendimento, que sejam atribuídos efeitos modificativos ao aresto embargado, trazendo os efeitos da exclusão para o exercício de 2015.

Seguindo os trâmites processuais a empresa foi comunicada que o registro da exclusão no Portal do Simples Nacional e os procedimentos à sua efetivação obedecerão às disposições contidas na Lei Complementar nº. 123/2006, na Resolução CGSN Nº 94/2011 e no Decreto nº 28.576/2007, com ciência dada pela empresa, em 12/5/2017, fl. 86, via Aviso de Recebimento.

Diante do exposto, requer que seja dado provimento aos embargos declaratórios ora emanados, para rechaçar a cobrança dos pontos embargados.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Cuida-se de *Embargos Declaratórios* que têm como objetivo a obtenção de efeitos modificativos na implementação da solução, de *omissões/ obscuridade* no *Acórdão 35/2017*, ora vergastado, a qual reside no aspecto constante no relato supra, com supedâneo no art. 726 do RICMS-PB, c/c os arts. 75, V, 86 e 87, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, conforme transcrição abaixo:

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

(...)

V – de Embargos de Declaração”.

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.

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

Com efeito, os pressupostos de admissibilidade do presente recurso se dão quando ocorrer omissão, obscuridade ou contradição na decisão Colegiada proferida, art. 1.022 do Novo CPC, sendo ainda admissíveis pela jurisprudência pátria, quando a demanda foi decidida com base em premissa fática equivocada, visando corrigir tais lacunas, bem como, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de *Embargos Declaratórios*, também estabelece prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso.

É certo que o processo administrativo tributário prescinde de algumas formalidades, por força do princípio do formalismo moderado, conquanto hajam de serem observadas noções precípuas acerca dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, dentre os quais o *cabimento*.

Inicialmente, ressalvo: a omissão só se dá quando o decisório deixa de considerar pontos relevantes da matéria decidida (art. 1.022, II do CPC).

Já no tocante à obscuridade, esta consiste na falta de clareza do julgado, tornando-se difícil fazer

uma exata interpretação. Verifica-se a obscuridade quando o julgado está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade pode ainda se situar na fundamentação ou no decisum do julgado; pode faltar clareza nas razões de decidir ou na própria parte decisória.

Observo que carece de fundamento de fato o argumento da embargante, visto que o voto, que deu origem ao Acórdão embargado, pronuncia-se sobre pontos relevantes sobre os quais se impunha fazê-lo de ofício e fundamenta o decisório na legislação que regula o processo de exclusão, consoante o fragmento que transcrevo e legislação abaixo:

“A exclusão de contribuintes do regime simplificado e favorecido denominado Simples Nacional, por motivo de participação de sócio(s) em outra(s) empresa(s), encontra-se regulada, dentre outras, pelas disposições contidas na Lei Complementar nº 123/2006, em seus art. 3º, II, §4º, III e IV, §6º, art. 28, “caput”; art. 29, I, §§ 5º e 6º, I; art. 30, II, § 1º, II; art. 31, II, §5º, e art. 39, e pelas disposições contidas no art. 79-E, acrescido pela Lei Complementar nº 139/2011”.

LC nº 123/2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do ‘caput’ deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

(...)

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4o, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

(...)

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

(...)

§ 5o A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

(...)

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

(...)

§ 5o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do caput do art. 29 desta Lei Complementar, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir.

(...)

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

Art. 79-E. A empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional em 31 de dezembro de 2011 que durante o ano-calendário de 2011 auferir receita bruta total anual entre R\$ 2.400.000,01 (dois milhões, quatrocentos mil reais e um centavo) e R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) continuará automaticamente incluída no Simples Nacional com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012, ressalvado o direito de exclusão por comunicação da optante.”

Em suas razões, a embargante traz o seguinte argumento: “A nobre relatora ao analisar as informações identificou que as empresas com a mesma sócia tiveram sua receita global ultrapassando os limites estabelecidos na Lei Complementar. Contudo, a sócia Maria Ronilda Claudino Braga Vasconcelos, CPF 325.523.434-49, só entrou na empresa Lojão da Paraíba Mat. Ltda ME , a partir de 15 de agosto de 2012. Assim o montante do faturamento desta empresa deveria ter sido calculado de **forma proporcional** e não integralmente como considerado pela relatora. (...) Logo a empresa não pode ser excluída em 2013” (g.n.).

Com relação a esse questionamento, entendo que não merece prosperar, pois o Acórdão nº 035/2017 foi bem claro ao estabelecer que a forma proporcional do faturamento da empresa só existe no primeiro ano de atividade da empresa e nunca pelas entradas e saídas de sócios, cujo fragmento abaixo transcrevo:

“Equivoca-se a impugnante, em suas razões de impugnação, ao alegar erro na lavratura do Termo de Exclusão que enseja a nulidade do procedimento fiscal, e bem assim, o direito à exclusão do Simples Nacional apenas nos anos-calendários de 2014 e 2016, e ao reconhecimento de sua permanência naquele regime de tributação simplificada nos demais anos-calendários, porquanto não encontro amparo na legislação de regência para as alegações contidas nas alíneas “j” e “k” acima

*citadas, uma vez que no texto legal da parte final do Art. 3º, §4º, III, da LC nº 123/2006, acima reproduzido, apresenta-se literalmente indicando a “receita bruta global”, **sem qualquer referência de proporcionalidade ou dedução em razão da data de entrada de sócio(a) no curso do ano-calendário”. (g. n.)***

No voto proferido, ressalta-se, ainda:

“Nos autos, e em consulta à base de dados do sistema ATF/Cadastro/ Sócio/Administrador, desta SER-PB, incontroversa é a existência de registros que confirmam a participação do(a) Sr.(a) Maria Ronilda Claudino Braga Vasconcelos – CPF nº 325.523.434-49, como sócio(a) na empresa impugnante, durante os anos-calendários de 2011 e 2015, e, também, como sócio(a) nas empresas R R Sport Wear Comércio de Artigos do Vestuário EIRELI EPP. – CNPJ 02.268.830/0001-20 e IE 16.118.786-2, durante os anos-calendários de 2011 a 2015, na empresa Lojão Paraíba Materiais de Construção Ltda ME. – CNPJ 12.664.596/0001-03 e IE 16.175.705-7, a partir de 15/8/2012 e durante os anos-calendários de 2013 a 2015, e na empresa Comercial de Telas e Ferragens Ltda ME – CNPJ 17.497.097/0001-92 e IE nº 16.209.379-9, a partir do início de suas atividades em 30/1/2013 e durante os anos-calendários de 2014 a 2015, ...”

Efetivamente, neste tópico, em nenhum dos fundamentos ou razões de decidir, o aresto peca pela falta de clareza, ou mesmo omissão/obscuridade, capaz de permitir dúvidas na interpretação, tampouco no seu comando impositivo, conforme consignado no Acórdão fustigado.

Assim refuto a alegação de omissão/obscuridade no aresto, restando à embargante trilhar o caminho do não acolhimento da sua pretensão, mantendo-se, pois, os termos da decisão exarada no acórdão contestado.

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca da matéria, no sentido de afastar medidas fiscais que comprometam a verdade material e a segurança jurídica, conforme edição do Acórdão CRF nº 349/2013 (relatora: Domênica Coutinho de Souza Furtado):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPROVIMENTO. INEXISTENCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E/OU OBSCURIDADE. MANTIDO O ACÓRDÃO RECORRIDO.

- Prestam-se os embargos de declaração a afastar omissão, obscuridade e contradição, porventura contidas na decisão ad quem e necessárias para a solução da lide.

- Verificada a inexistência de omissão, obscuridade e/ou contradição na decisão recorrida, em razão de nela terem sido devidamente confrontados os argumentos apresentados pelo contribuinte, mediante fundamentos claros e nítidos e em perfeita consonância com os ditames regulamentares

da legislação tributária que rege a matéria. Impossibilidade de reexame de questão meritória, através da oposição destes embargos de declaração, quando ausentes os vícios contemplados em suas hipóteses de cabimento.

- Embargos de Declaração desprovidos, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 443/2012.

Isto considerando, rechaço in limine os argumentos manejados pela embargante.

Pelo exposto,

V O T O— Pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo, e no mérito pelo seu desprovimento, para manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, através do Acórdão nº 035/2017, que considerou procedente o Termo de Exclusão do Simples Nacional de que trata a Notificação nº 00056948/2016, fl. 2, emitido em 19/7/2016, determinando a exclusão do contribuinte, M S CLAUDINO BRAGA & CIA LTDA EPP., CCICMS nº 16.001.788-2, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano-calendário 2011, bem como com efeitos retroativos a partir de 1º de janeiro de 2013, com fundamento no art. 3º, II, §4º, III, art. 31, II, da Lei Complementar nº 123/2006, e art. 76, §5º, da Resolução CGSN nº 94/2011.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de julho de 2017.

DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora