



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

Processo Nº134.905.2012-2

Recurso EBG/CRF nº.431/2017

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

EMBARGANTE:ANTÔNIO MARCOS SOARES DE ANDRADE.

EMBARGADO:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.

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

AUTUANTE:JOSÉ WALTER DE SOUSA CARVALHO.

RELATOR:CONS.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. EFEITO MODIFICATIVO NÃO PRESENTE. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA.

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. A mera insatisfação do sujeito passivo não tem o condão de tornar cabíveis os embargos aclaratórios. Mantido, portanto, o Acórdão questionado.

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 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 414/2017, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000003000/2012-40, lavrado em 16/11/2012, contra a empresa ANTONIO MARCOS SOARES DE ANDRADE., 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.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 07 de dezembro de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 2ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessor Jurídico

#

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 93300008.09.000003000/2012-40, lavrado em 16/11/2012, denuncia a empresa embargante pela prática das seguintes irregularidades:

“OMISSÃO DE VENDAS >>> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito”.

“Nota Explicativa: Operação cartão de crédito foram verificadas diferenças entre as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e o faturamento declarado pelo contribuinte”.

Em sessão realizada pela 2ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, foi apreciado o recurso hierárquico sendo aprovado, por unanimidade, o voto exarado por este Conselheiro Relator, que o desproveu, mantendo os termos da sentença singular que julgou parcialmente procedente a denúncia supra, tendo sido proferido o Acórdão nº 414/2017, conforme emenda abaixo:

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. SIMPLES NACIONAL. ALÍQUOTA NORMAL DO ICMS. VEDAÇÃO NA APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. AJUSTES REALIZADOS. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Constatada a existência de omissão de vendas diante da diferença no confronto dos valores de faturamento declarados pelo contribuinte do Simples Nacional com aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, faz deflagrar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto estadual. “In casu”, a exigência do ICMS se faz de forma integral, em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas, não cabendo qualquer compensação de créditos fiscais por absoluta falta de previsão legal, além de vedação contida no art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006.

Redução da penalidade procedida na sentença singular por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei nº 10.008/2013.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 10/10/2017, conforme Notificação expedida às fls. 73, contra a qual foi interposto Embargos Declaratórios (fls. 77/79), de forma tempestiva, requerendo efeito modificativo da decisão vergastada por entender que o aresto encontra-se atingido por omissões e contradições, visto que ignorou o fato de a empresa ser do Simples Nacional, possuindo tratamento tributário diferenciado e favorecido, no entanto foi dado tratamento semelhante às demais pessoas jurídicas.

Passa a evidenciar questões meritorias do procedimento fiscal no que tange às razões para aplicar as alíquotas do simples com base nos princípios da lei mais benéfica e da uniformidade, quando da apuração das omissões de vendas apuradas no regime tributário do simples nacional entendendo haver mudança de critério da fiscalização.

Dessa feita, requer o acolhimento e provimento dos embargos declaratórios para que seja julgado improcedente o auto de infração, a fim que sejam cancelados os pretensos débitos fiscais.

É o relatório.

VOTO

Analisa-se, nestes autos, o Recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS, interposto pela embargante, na forma disposta pelo artigo 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 omissis*" nas lições de **Moacyr Amaral Santos** - (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1989-1992 – p. 151).

Examinando as razões recursais postas pela embargante, verifico que estas têm como única finalidade rediscutir aspecto de mérito da questão que já foram enfrentadas quando do julgado do recurso voluntário, sendo uma proposição que não se presta a ser apreciada em sede de embargos de declaração.

Neste sentido, é de se vislumbrar que o cerne de questionamento da embargante não encontra fundamentação de ser aceita por esta relatoria vez que retrata comportamento precário da embargante, onde ao debruçarmos sobre as considerações tecidas no embargo não se vislumbra qualquer situação no voto prolatado capaz de materializar a ocorrência dos pressupostos de admissibilidade de efeito modificativo do *decisum*, haja vista que a matéria processual teve o devido enfrentamento meritório no tocante as razões de exclusão da base de tributação por omissão de vendas de mercadorias para efeito de aplicação das alíquotas do Simples Nacional e remessa para adoção da alíquota de 17% em consonância com a legislação aplicável as demais pessoas jurídicas.

Diferentemente do que apregoa a embargante, o questionamento de que o regime especial de tributação (simples nacional) foi ignorado não condiz com a veracidade dos fatos analisados, visto que a questão de mérito foi fundamentada por esta relatoria na forma delineada pela legislação nacional aplicável ao regime do Simples Nacional, onde a cobrança do ICMS deve ser integral com base na alíquota normal vigente para efeito de cálculo do imposto devido, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme previsão normativa do art. 13, § 1º, XIII, 'e' e 'f' da Lei Complementar nº 123/2006.

Portanto, os reclamos da embargante não possui cunho de veracidade capaz de modificar a decisão prolatada, 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, conforme se vê nos trechos abaixo transcritos da decisão, infra:

(FLS. 64 DOS AUTOS)

“No tocante às alegações recursais, a recorrente afirma ser uma empresa optante do regime tributário do Simples Nacional e que a fiscalização autuou como se a empresa adotasse uma sistemática de apuração do imposto normal, cabendo a consideração dos créditos de ICMS das entradas de mercadorias.

De fato, vejo que a empresa é optante e enquadrada na sistemática de apuração do Simples Nacional, porém a autuação fiscal decorreu de constatação de omissão de vendas, ou seja, de que não ocorreu faturamento por dentro do regime simplificado de tributação e sim a existência de

saídas de mercadorias sem emissão documental, não sendo, por esta razão, possível aplicar às alíquotas do Simples Nacional, diante da constatação de irregularidade fiscal que encontra regimento previsto na Instrução Normativa de nº 09/2013, de 8/11/13, da GSER-PB, dando tratamento semelhante ao das demais pessoas jurídicas, a empresa do citado regime que incorrer em omissões detectadas em ação fiscal, cujo teor transcrevo abaixo:

“Art. 1º Os dispositivos da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, de 27 de agosto de 2012, a seguir anunciados, passam a vigorar com as respectivas redações:

II – o art. 2º:

“Art. 2ºNo caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.” (g.n)

Neste contexto, no que diz respeito aos contribuintes enquadrados no regime do Simples Nacional, importa esclarecer que a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, a cobrança do ICMS deve ser integral com base na alíquota normal vigente para efeito de cálculo do imposto devido, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme previsão normativa do art. 13, § 1º, XIII, ‘e’ e ‘f’ da LC 123, adiante transcritas:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação **aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:**

[...]

XIII - ICMS devido:

[...]

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

Tal procedimento é disposto, também, na Resolução CGSN nº 94, de 1º/12/2011, que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas pelo regime do Simples Nacional, vigente à época dos fatos, estabelece exceções quanto à aplicação da legislação para as seguintes acusações:

Art. 82 *Aplicam-se a ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional **todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.***

(g.n.)

Por força da legislação supracitada, o ICMS deve ser exigido com observância da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006, isto é, devem incidir as alíquotas estabelecidas na legislação tributária estadual do ICMS. Tal fato implicaria na incidência da alíquota normal e não nas alíquotas do Simples Nacional como requer a recorrente."

Dessa forma, considero os presentes embargos de declaração como de cunho meramente procrastinatório, por não se vislumbrar, nos autos, qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

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

Consª 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 414/2017, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000003000/2012-40, lavrado em 16/11/2012, contra a empresa ANTONIO MARCOS SOARES DE ANDRADE., já qualificada nos autos.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 7 de dezembro de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator