



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

**PROCESSO Nº091.764.2014-0
RECURSO EBG/CRF nº109/2018
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
EMBARGANTE:VAREJÃO CENTRAL DOS ALIMENTOS LTDA.
EMBARGADO:CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.
PREPARADORA:SUBGERENCIA DA REC. DE RENDAS DA GER. REG. DA 1ª REGIÃO.
AUTUANTE:LUIZ ANSELMO DA SILVA SEABRA.
RELATOR:CONS.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES**

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAPAZES DE PROVOCAR EFEITO INFRINGENTE. MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDO.

Prestam-se os embargos de declaração a afastar omissão, obscuridade e contradição, porventura contidas na decisão “ad quem”, bem como para correção de erro material ou de premissa fática equivocada. No caso não se vislumbra nenhum dos elementos de pressupostos de admissibilidade. Impossibilidade de reexame de questão meritória, através de oposição de embargos de declaração, quando ausentes os vícios contemplados em suas hipóteses de cabimento.

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 desprovimento, a fim de manter inalterada a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal, através do acórdão nº 594/2017, que julgou parcialmente procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.000000800/2014-71, lavrado em 20/5/2014, contra a empresa VAREJÃO CENTRAL DE ALIMENTOS 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.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de fevereiro de 2018.

João Lincoln Diniz Borges
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 2ª Câmara, PETRÔNIO RODRIGUES 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, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 9330008.09.00000800/2014-71, lavrado em 20 de maio de 2014, denuncia a empresa embargante pela prática das seguintes irregularidades:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

- 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.

Em sessão realizada pela Segunda Câmara 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 594/2017, conforme emenda abaixo:

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. EMPRÉSTIMOS COMPROVADOS. PREJUÍZO BRUTO NÃO EVIDENCIADO. PARCIALIDADE. DECISÃO ALTERADA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Caracterizada a parcialidade na infração lastreada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através da constatação de falta de lançamento de notas fiscais de entrada nos livros fiscais. Acolhimento em parte das razões excludentes da exigência fiscal, diante da existência de operações com devolução de mercadorias vendidas, além da comprovação de cancelamento de notas fiscais emitidas, com manutenção da repercussão tributária sobre parte dos lançamentos indiciários.

- Mantido o resultado da decisão recorrida, diante da exclusão de parte da repercussão tributária quando do acolhimento de provas que atestam a ocorrência de empréstimos bancários não considerados no levantamento financeiro, não sendo comprovada a existência de prejuízo bruto com mercadorias não tributáveis, capaz de influenciar a repercussão derivada da técnica fiscal.

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 11/1/2018, conforme Notificação expedida às fls. 532, contra a qual opôs Embargos Declaratórios (fls. 536/542), de forma tempestiva, vindo demonstrar seu inconformismo com a decisão embargada em relação à discordância do Conselheiro-Relator em não acatar a monta de empréstimo bancário em operações junto à Caixa Econômica Federal, sendo o primeiro de R\$ 70.000,00 e o segundo no valor de R\$ 45.330,75, visto serem valores colocados à disposição em conta corrente da embargante, cabendo a reconsideração na movimentação do levantamento financeiro.

Em outro ponto, reitera a tese recursal de que caberia a adoção da movimentação de entrada com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, para efeito de exclusão destas operações fiscais frente à repercussão tributária apurada.

Por fim, aborda temática de que haveria infração concorrente entre as acusações sentenciadas, sobre um fato gerador de mesma natureza infracional.

Por conclusão, espera análise deste instrumento nos termos explanados.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Em análise, recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS oposto pela empresa VAREJÃO CENTRAL DOS ALIMENTOS LTDA., contra a decisão “*ad quem*” prolatada através do Acórdão nº 594/2017, com fundamento nos artigos 86 e 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais aprovado pela Portaria nº 75/2017, conforme transcrição abaixo:

*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 05 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.***

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, ou ainda as hipóteses previstas no CPC para correção de erro material ou de premissa fática equivocada.

Nesta senda, só a existência destes vícios, nos termos do Regimento desta Casa, autorizam à parte lançar mão do remédio jurídico-processual dos embargos de declaração, tão-somente a fim de instar o prolator da decisão objurgada a que se re-exprima, “**tornando claro aquilo que nele é obscuro, certo aquilo que nele se ressentia 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, é evidente não haver uma especificação plena de omissão, obscuridade e/ou contradição declarada no aresto embargado, onde se verifica que a peça recursal têm como única finalidade rediscutir o mérito da questão, 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 tem como ponto central a apresentação de argumentos já apreciados e de pontos que não foram abordados na peça recursal, a exemplo de que haveria uma suposta concorrência de infração entre as acusações sentenciadas na lide, o que se denota uma clara e evidente confusão de interpretação dos efeitos motivacionais da decisão.

Em verdade, a embargante não evidencia qual seria a situação de omissa, qual o ponto contraditório ou qual a obscuridade no decisum capaz de assegurar os efeitos infringentes para modificar a decisão colegiada contida no Acórdão vergastado que desproveu, de forma parcial, o recurso voluntário.

Ora, o que se vislumbra nas alegações postas pela embargante, é o comportamento reiterado de a empresa em querer a rediscussão meritória, como se essa não houvera sido enfrentada no voto vergastado, pertinente à acusação de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, por não fiscais não lançadas e em vista da constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas através de Levantamento Financeiro sobre o exercício de 2013, tendo sido exaustivamente analisada por esta relatoria e pelos demais membros deste Colegiado, proposição que não se presta a ser apreciada em sede de embargos de declaração.

Nestes termos, não se vislumbra no recurso interposto os pressupostos de admissibilidade elencados no art. 86 do Regimento Interno dessa Casa, tendo em vista que a recusante, em nenhum momento de seus embargos, apontou qualquer obscuridade, contradição ou omissão, no deslinde decisório desta relatoria.

Buscando entender seus reclamos, vislumbro que os questionamentos abordados nos embargos, em nada evidenciam pressupostos de admissibilidade para acolhimento de efeitos modificativos da decisão, onde ao me debruçar sobre as considerações tecidas não vislumbro qualquer fato narrativo capaz de materializar a alegação recursal pois a temática dos empréstimos bancários foram teve razões e fundamentações concretas dos motivos que levaram a acolhida do importe de R\$ 112.356,99 e não do valor de R\$ 115.330,75, bem como da impossibilidade de aplicar redução da diferença do levantamento financeiro por inexistência de prejuízo bruto com mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Ora, com todo respeito que nutro ao nobre causídico, é de se verificar que os seus argumentos se perdem no desconhecimento pleno da repercussão tributária verificada pela fiscalização, já que não se admite a hipótese de prejuízo bruto lastreado em comparativo dos estoques finais entre mercadorias tributáveis e não tributáveis frente ao montante de entradas com substituição tributária, para minimizar perdas de valor das mercadorias decorrentes de fatores exógenos ditados pelo mercado.

Da mesma forma, impertinente é a tentativa de alegar fatos que não foram objeto de alegação nas peças de defesa e de recurso do contribuinte, sendo inoportuna, em sede de embargos, uma discursão meritória não arguida na fase inicial de julgamento acerca de uma suposta e inexistente concorrência de infração.

Em verdade, todos os argumentos e provas do contribuinte tiveram devida análise no voto vergastado ao demonstrar a veracidade e comprovação das operações realizadas sem emissão documental com base presuntiva que atesta a ocorrência de receitas não declaradas para fazer frente aos pagamentos efetuados, situação pormenorizadamente analisada, em perfeita sintonia com as fundamentações de mérito apresentadas na decisão de manter a parcial procedência das irregularidades fiscais, com presunção legal estampada na legislação para o caso em espécie.

Portanto, os reclamos da embargante não possuem elementos capazes 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 no voto vencedor, 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. 525 DOS AUTOS)

(. . .)

“Como se deflui da legislação acima transcrita, o levantamento financeiro consiste em técnica de auditoria absolutamente legítima de que se vale a fiscalização para aferição da movimentação financeira, independente da adoção de uma escrituração contábil regular ou não, onde as diferenças apuradas suportam o lançamento indiciário do ICMS devido, arrimada numa presunção de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente. Porém, como se trata de presunção relativa, admite-se a prova em contrário a cargo do contribuinte, uma vez que este é o possuidor de toda a documentação fiscal do estabelecimento que lhe pertence.

Adentrando ao caso concreto, observa-se que a recorrente não se manifesta contrária ao computo das receitas e despesas realizadas, dando certeza quanto à legitimidade da origem financeira destas rubricas no Levantamento Financeiro, porém alega a existência de receitas oriundas de empréstimos bancários no importe de R\$ 115.330,75, conforme Cédulas de Crédito Bancário emitidas pela Caixa Econômica Federal e que não foram considerados pela fiscalização.

Em verdade, após análise dos fatos, verifico que a decisão recorrida já acatou os reclamos da

recorrente sobre a existência de empréstimos tomados, no entanto, após a necessária diligência fiscal, ficou comprovado pelos extratos bancários da empresa relativos às cédulas creditícias, que houve o ingresso na conta bancária da recorrente no valor correspondente a R\$ 112.356,99, e não de R\$ 115. 330,75, a que fez menção a peça recursal, não restando mais qualquer retificação ou inclusão de disponibilidades financeiras.(grifado)

Sobre a alegação de que existem compras de mercadorias atingidas pelo regime da substituição tributária na ordem de 39,63% das entradas totais realizadas, vejo que tal constatação não condiciona qualquer retificação da repercussão tributária apurada pela fiscalização, pois a condição para que se deduza qualquer base de operação sujeita a incidência tributária, via levantamento financeiro, é a existência de prejuízo bruto a ser detectado nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas e não simplesmente o fato de a empresa adquirir mercadorias neste tipo de regime de tributação. (grifo nosso)

Porquanto, não sendo comprovada a existência de prejuízo bruto com mercadorias não tributáveis, deve ser aplicada a presunção que se instaura sobre a diferença apurada no Levantamento Financeiro por suportar a omissão de saídas tributáveis, nos termos do art. 646, inciso III, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

A matéria encontra ressonância em diversos julgados desta Corte “**ad quem**”, a exemplo do Acórdão CRF nº 139/2017, da lavra da Conselheira Maria das Graças D. Oliveira Lima, conforme decidiu o Pretório Excelso, na oportunidade do julgamento do Recurso Hierárquico nº 813/2014, em caso de idêntica natureza, cuja ementa transcrevo:

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. CARACTERIZAÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONFIRMAÇÃO EM PARTE. PENALIDADE. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. APLICAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Regularidade na aplicação do Levantamento da Conta Mercadorias, que deu suporte à acusação fiscal de omissão de saídas tributáveis, mantendo-se o valor do ICMS originalmente lançado, apesar de o respectivo valor ser oriundo da aplicação equivocada da alíquota do Simples Nacional, tendo em vista a impossibilidade da realização de lançamento complementar para exação da diferença não inclusa no libelo basilar, em razão da decadência do direito de o Estado promover o respectivo lançamento.

Mantida em parte a exigência do ICMS detectado por meio do Levantamento Financeiro, tendo em vista a dedução do valor do prejuízo bruto com mercadorias não tributáveis, apontado no Levantamento da Conta Mercadorias, de alguns dos exercícios delatados e da exclusão do lançamento de ofício efetuado em duplicidade.

Redução da penalidade por força de lei posterior mais benigna, extensível, inclusive, ao primeiro período em que a autuada esteve inserida no Simples Nacional.

Diante dessa realidade, resta-me, apenas, ratificar a sentença proferida na instância prima de julgamento, que acolheu reclamos da recorrente, no tocante aos empréstimos realizados e já deduzidos do montante da repercussão tributária ventilada na peça exordial, mantendo a parcialidade da exigência fiscal.

Como já mencionado na transcrição acima, a embargante não aponta nenhum defeito na decisão proferida por esta relatoria, contudo, percebe-se, que sua pretensão de desconstituir, totalmente, o crédito tributário decorrente do processo fora negada, nas duas instâncias administrativas, nos levando a inferir que o presente recurso denota mero inconformismo do sujeito passivo com o desfecho decisório.

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

Dessa forma, considero os presentes embargos de declaração como de cunho meramente procrastinatório, por não se vislumbrar, no recurso embargado, qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

“EX POSITIS”,

V O T O - pelo recebimento do recurso de Embargos Declaratórios, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu desprovimento, a fim de manter inalterada a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal, através do acórdão nº 594/2017, que julgou parcialmente procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.000000800/2014-71, lavrado em 20/5/2014, contra a empresa VAREJÃO CENTRAL DE ALIMENTOS LTDA., já qualificada nos autos.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de fevereiro de 2018.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator