



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

Processo nº 118.957.2012-5

Recurso EBG/CRF Nº 367/2016

Embargante: SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.

Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE AREIA.

Autuante: MARCOS PEREIRA DA SILVA.

Relatora: CONS. DOMÊNICA COUNTINHO DE SOUZA FURTADO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE NÃO PRESENTES. MANTIDA A DECISÃO AD QUEM. RECURSO DESPROVIDO.

Não configurada no acórdão embargado a presença de omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

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

A C O R D A M os membros 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 *desprovemento*, para ratificar a decisão exarada no Acórdão nº 300/2016 que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002262/2012-98, lavrado em 9/10/2012, contra a empresa SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA., inscrição estadual nº. 16.139.266-0, devidamente qualificada nos autos.

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

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de novembro de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Submetidos ao exame deste Colegiado de Justiça Administrativa Fiscal RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS na fruição do benefício estatuído no art. 53, VI, do Regulamento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016.

O libelo acusatório de nº 93300008.09.00002262/2012-98, lavrado em 9/10/2012, denuncia a empresa SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA., inscrição estadual nº. 16.139.266-0, por deixar de recolher aos cofres da Fazenda Estadual a quantia de R\$ 593.668,29 (quinhentos e noventa e três mil, seiscentos e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos), sendo R\$ 197.889,43 (cento e noventa e sete mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quarenta e três centavos) de ICMS e R\$ 395.778,86 (trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e setenta e oito reais e oitenta e seis centavos) de multa por infração.

Em sede de recurso, apreciado por esta instância ad quem, este Colegiado modificou os valores da sentença exarada na instância singular ao promulgar, o Acórdão nº 300/2016 declarando parcialmente procedente o lançamento tributário conforme transcrição que se segue, litteris:

OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA MERCADORIAS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O procedimento fiscal efetuado por meio da técnica de levantamento da Conta Mercadorias tem o condão de inverter o ônus da prova para atribuí-la ao contribuinte, ante a presunção relativa de certeza e liquidez de seu resultado. No caso, resta mantido o resultado do feito fiscal concernente ao ICMS devido a não apresentação de provas da sua improcedência, a cargo da autuada.

Redução da multa em decorrência da Lei 10.008/2013.

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos Recursos HIERÁRQUICO, por regular, e VOLUNTÁRIO, por regular e tempestivo, e, no mérito, pelo DESPROVIMENTO do primeiro e PARCIAL PROVIMENTO do segundo para alterar quanto aos valores à decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002262/2012-98, lavrado em 9/10/2012, contra SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA., CCICMS nº 16.139.266-0, para fixar o crédito tributário no montante de R\$ 395.778,66 (trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e setenta e oito reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 197.889,43 (cento e noventa e sete mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quarenta e três centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 158, I e 160, I, c/c art. 643, § 4º, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 197.889,43, (cento e noventa e sete mil, oitocentos e oitenta e nove reais e quarenta e três centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V “a” da Lei nº 6.379/96.

CANCELO, por indevido, o crédito tributário no valor de R\$197.778,43, a título de multa por infração, pelos fundamentos expostos na fundamentação deste voto.

Com a decisão, deste Órgão Revisor, sendo publicada no D.O.E. em 15/9/2016 (fl. 3.680), foi expedida a notificação PAT nº 00068617/2016, com ciência pessoal da autuada, em 7/10/2016 (fls. 3.682).

Irresignada com o Acórdão prolatado, a recorrente veio a apresentar o presente Recurso de Embargos de Declaração em 14/10/2016 (fls. 3.683-3.695).

No recurso alega a ocorrência de erro material em face de a fiscalização ter recusado a apresentação do Livro Caixa, por não haver a chancela da JUCEP. Enfatizando que, à época da fiscalização, a referida chancela não era exigida pela legislação, alude que, com isso, ficou a mercê do arbitramento do lucro bruto.

Em outro prisma, afirma que a decisão embargada convalidou defeito da auditoria, por aplicação de alíquota incorreta, em razão da impossibilidade de revisão, via termo complementar de infração, face a decadência. Nesse caso, entende que a decisão correta teria sido a nulidade do feito.

Por fim, requer que sejam recebidos os presentes embargos de declaração, com o devido provimento e cancelado o acórdão 300/2016, para que seja executado um novo procedimento, mediante a auditoria da Conta Caixa e demais procedimentos.

É o Relatório.

VOTO

Analisa-se nestes autos o Recurso de EMBARGOS DECLARATÓRIOS interposto pela empresa SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA., perante este Conselho de Recursos Fiscais, com fundamento do art. 64, do Regulamento Interno do Conselho de Recursos Fiscais aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, conforme transcrição abaixo, *ipsis litteris*:

Art. 64. O Recurso de Embargos de Declaração será interposto pelo

contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição, na decisão proferida.

Com efeito, 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, desfaz a contradição nele existente, supra ponto omissos"* nas lições de **Moacyr Amaral Santos** - (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1989-1992 – p. 151).

Entretanto, o Novo Código de Processo Civil admite o recebimento de Embargos de Declaração para corrigir eventuais erros materiais, como prevê o art. 1.022 do NCPC:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

(...)

III – corrigir erro material.

Assim, com base no dispositivo supramencionado, venho a conhecer dos presentes embargos de declaração, passando, então, à sua análise.

Pois bem, o cerne da discórdia reside na validade do levantamento da Conta Mercadorias, como

método de aferição fiscal, no período auditado, que, no entendimento da embargante, não poderia ser realizado, em virtude de a apresentação do livro Caixa, recusado pela fiscalização, inviabilizar tal procedimento, nos termos da redação do art. 643, § 3º, à época dos fatos.

Antes de prosseguirmos, cabe considerar que a lei processual se aplica, imediatamente, aos processos em curso como nos leciona o art. 14, do novo CPC, verbis:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Assim, tendo a fiscalização se iniciado em 18/10/2012, conforme ciência dada no Termo de Início de Fiscalização (fl. 06), aplicar-se-ia, ao processo em curso, a lei vigente naquela data, inclusive aos seus elementos probantes.

No entanto, vejamos o que diz os parágrafos 3º e 4º do art. 643, com a redação invocada pela embargante, à época dos fatos geradores:

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.

§ 3º No exame da escrita fiscal de contribuinte que não esteja obrigado ao regime de tributação com base no lucro real e tenha optado por outro sistema de apuração de lucro, nos termos da legislação do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com a escrituração analítica dos recebimentos e pagamentos ocorridos em cada mês.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, como mecanismo de aferição no confronto fiscal, será obrigatório:

II - o levantamento da Conta Mercadorias, caso em que o montante das vendas deverá ser equivalente ao custo das mercadorias vendidas (CMV) acrescido de valor nunca inferior a 30% (trinta por cento) para qualquer tipo de atividade, devendo tal acréscimo satisfazer as despesas arroladas no Demonstrativo Financeiro de que trata o inciso anterior, deste parágrafo, sendo, ainda, vedada a exclusão do ICMS dos estoques, compras e vendas realizadas, prevalecendo tal exclusão apenas para aqueles que mantenham escrita contábil regular.

Como se pode observar pelos dispositivos acima transcritos, a obrigatoriedade da utilização da Conta Mercadorias, como método de aferição fiscal, advém do fato de o contribuinte, por não estar obrigado ao regime de tributação com base no lucro real, nos termos da legislação do Imposto de Renda, ter optado por outro sistema de apuração do lucro e, neste caso, será exigido o livro Caixa.

No caso em exame, a embargante não traz nenhuma prova de que, à época da auditoria, fazia a apuração pelo lucro real, o que a obrigaria a manter uma contabilidade regular.

Neste sentido, a simples apresentação do livro Caixa não constitui prova de que o contribuinte mantinha uma contabilidade regular, como defende a embargante, pelo contrário, é uma exigência da legislação para os que tenham optado por outro regime de tributação, tornando obrigatória a aferição por meio da Conta Mercadorias, com exigência de TVA de 30% (trinta por cento), como determina o art. 643, §4º, II, do RICMS/PB, anteriormente, transcrito.

No tocante à aplicação da alíquota do Simples Nacional, tal procedimento, apenas, beneficiou o contribuinte, pois o correto seria a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme disciplina o art. 13, § 1º, XIII, 'f', da Lei Complementar nº 123/2006, abaixo reproduzida:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/ 2006:

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:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal: (g.n.).

Tratando-se de exigência fiscal onde foi comprovada a liquidez e certeza do crédito tributário, o erro na alíquota aplicada não tem o condão de extinguir o lançamento efetuado, cabendo, apenas, a sua revisão, através de lançamento complementar, que, neste caso, não mais poderá ser efetuado em razão da decadência.

Portanto, sem se vislumbrar qualquer dos pressupostos elencados pela legislação, que possa conferir efeitos modificativos ao acórdão embargado, venho a rejeitar os presentes embargos de declaração, ficando mantidos os termos da decisão proferida.

Por tudo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de *embargos de declaração*, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu *desprovemento*, para ratificar a decisão exarada no Acórdão nº 300/2016 que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002262/2012-98, lavrado em 9/10/2012, contra a empresa SUPERMERCADO MAGAZINE BOA SORTE LTDA., inscrição estadual nº. 16.139.266-0, devidamente qualificada nos autos.

Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de novembro de 2016.

#OMÊNICA COUNTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora