



Conselho de Recursos Fiscais

Processo nº 083.828.2013-1

Acórdão nº 533/2015

Recursos HIE/VOL/CRF-449/2014

| | |
|------------------------|---|
| 1ª Recorrente : | GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP. |
| 1º Recorrida : | ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA. |
| 2º Recorrente : | ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA. |
| 2ª Recorrida : | GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP. |
| Preparadora : | COLETORIA ESTADUAL DE MAMANGUAPE. |
| Autuante : | RUY CARNEIRO B. PAIVA. |
| Relator : | CONS. JOAO LINCOLN DINIZ BORGES. |

LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO DURANTE O EXERCÍCIO FISCALIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

O procedimento da Conta Mercadorias representa uma técnica fiscal baseada em uma aferição matemática que tem como resultado, após o arbitramento do lucro bruto de 30% sobre o CMV, mensurar o comportamento do giro mercantil com mercadorias tributáveis, onde a diferença da lucratividade exigida leva a ilação de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

No caso em apreço, noticia-se o indeferimento de processo de alteração cadastral dos sócios pela SER/PB, o que caracteriza, para todos os efeitos legais, na permanência da sócia administradora no quadro societária da empresa recorrente que, inobstante a alteração contratual, deve ser imputada a responsabilidade pessoal por infração à lei, diante do regramento previsto pelo Código Tributário Nacional. Multa por infração reduzida na sentença monocrática, diante da Lei nº 10.008/13.

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 do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO** de ambos, para manter a sentença monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000970/2013-75**, lavrado em 28 de junho de 2013, contra a empresa **ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA.**, inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS-PB sob nº 16.197.809-6, declarando devido o crédito tributário de **R\$ 1.410.332,64**, (milhão, quatrocentos e dez mil, trezentos e trinta e dois reais e sessenta e quatro centavos), sendo **R\$ 705.166,32** (setecentos e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I c/ fulcro no artigo 643, § 4º, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e **R\$ 705.166,32** (setecentos e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos) de multa por infração nos termos do artigo 82, V “a” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelo por indevido o valor de R\$ 705.166,32, de multa por infração em vista da redução da penalidade pela Lei nº 10.008/2013.

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 23 de outubro de 2015.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros,,
MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PEDRO HENRIQUE BARBOSA DE AGUIAR, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO .

Assessora Jurídica

**GOVERNO
DA PARAÍBA****Secretaria de Estado da Receita**

Conselho de Recursos Fiscais

Recurso HIE/VOL N° 449/2014

| | |
|-----------------|--|
| 1ª Recorrente : | GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP. |
| 1º Recorrida : | ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA. |
| 2º Recorrente : | ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA. |
| 2ª Recorrida : | GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP. |
| Preparadora : | COLETORIA ESTADUAL DE MAMANGUAPE. |
| Autuante : | RUY CARNEIRO B. PAIVA. |
| Relator : | CONS. JOAO LINCOLN DINIZ BORGES. |

LEVANTAMENTO DA CONTA MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO DURANTE O EXERCÍCIO FISCALIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

O procedimento da Conta Mercadorias representa uma técnica fiscal baseada em uma aferição matemática que tem como resultado, após o arbitramento do lucro bruto de 30% sobre o CMV, mensurar o comportamento do giro mercantil com mercadorias tributáveis, onde a diferença da lucratividade exigida leva a ilação de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

No caso em apreço, noticia-se o indeferimento de processo de alteração cadastral dos sócios pela SER/PB, o que caracteriza, para todos os efeitos legais, na permanência da sócia administradora no quadro societária da empresa recorrente que, inobstante a alteração contratual, deve ser imputada a responsabilidade pessoal por infração à lei, diante do regramento previsto pelo Código Tributário Nacional. Multa por infração reduzida na sentença monocrática, diante da Lei nº 10.008/13.

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

RELATÓRIO

Examinam-se, neste Colegiado, os Recursos Hierárquico e Voluntário, nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000970/2013-75, lavrado em 28/6/2013.

O Auto de Infração acima citado aponta que a recorrente cometeu a seguinte infração:

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS >> *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS Irregularidade esta detectada através de do levantamento da Conta Mercadorias no exercício de 2012.*

Segundo o entendimento acima, o auditor fiscal da fazenda estadual constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 2.115.498,96, sendo R\$ 705.166,32 de ICMS por infringência aos arts. 158, I, 160, I c/fulcro no art. 643, §4º, II e art. 646, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 1.410.332,64 de multa por infração, arimada no artigo 82, V, "a", da Lei n.º 6.379/96.

Cientificada por Edital publicado no D.O.E com vigência a partir de 16/9/2013, a empresa apresentou peça de reclamação datada de 18/9/2013, requerendo, em síntese, a exclusão do polo passivo da sócia MARICÉLIA DINIZ BEZERRA em virtude da venda de suas cotas de capital social que possuía junto à empresa autuada, situação indeferida pelo SER/PB no processo de alteração cadastral às fls. 026 dos autos.

Em sua contestação, a fiscalização alega que à reclamante não assiste razão pelos motivos de que o pedido de alteração cadastral proposto fora indeferido, sob o argumento de falta de capital pelo pretense adquirente das cotas da sociedade empresarial de titularidade da Sra. Maricélia Diniz Bezerra.

Assim, pede a procedência do feito fiscal.

Com informação de não haver antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, sendo distribuídos ao julgador, Anísio de Carvalho Costa Neto, que decidiu pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, declarado devido o ICMS no valor de R\$ 705.166,32 e multa por infração de igual valor, conforme sentença às fl. 38/46 dos autos.

Com a devida ciência da decisão proferida na instância prima, a empresa impetra recurso voluntário, demonstrando seu inconformismo com a decisão singular por considerar que a antiga sócia deixou a sociedade no dia 19/11/2012, conforme Alteração Contratual em nº 03, afirmando que sua responsabilidade findou em 18/11/2014, dois anos a

partir do período que era sócia, cabendo o desmembramento o auto de infração com exclusão do período de 20/11 a 31/12/2012.

Instado a se pronunciar a respeito da decisão monocrática, o autuante demonstra não haver convencimento nas alegações da recorrente, lembrando que o pedido de mudança cadastral dos sócios foi indeferido por falta de comprovação de renda do adquirente, vindo a se mostrar concordante com a decisão da primeira instância de julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

A demanda fiscal retrata que a recorrente está sendo acusada de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cuja infração foi detectada mediante Levantamento da Conta Mercadorias, relativo ao exercício de 2012, fato evidenciado às fls. 4/7 dos autos.

Em preâmbulo, esclareço que a decisão singular teve acerto em sua fundamentação primária, diante da aplicabilidade da técnica fiscal para contribuintes que não possuem ou adotam uma escrituração contábil regular.

Em grau de mérito, esta relatoria evidencia que a questão enfoca o Levantamento da Conta Mercadorias que representa uma técnica fiscal de verificação da movimentação de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, com a finalidade de aferir a margem mínima de lucro alcançada pelo contribuinte, mediante análise dos estoques inicial e final de cada período, com obtenção de elementos necessários à apuração de irregularidades com saídas mercantis sujeitas à tributação normal sem emissão documental.

*Quanto à realização de auditoria através da técnica de levantamento da Conta Mercadorias, importa registrar que a Auditoria Fiscal efetuou o confronto entre a Receita de Vendas e o Custo das Mercadorias Vendidas com mercadorias **tributáveis**, diante da coleta movimentação com mercadorias no período fiscalizado, sendo o imposto a ser lançado de ofício, calculado com base na diferença verificada, o que leva à convicção acerca da existência de saídas de **mercadorias tributáveis**, sem a respectiva emissão de documentos fiscais, procedimento este legítimo, uma vez que tem amparo no art. 643, § 4º, inciso II, do RICMS/PB, que diz:*

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 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:

I - omissis

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 para aqueles que mantenham escrita contábil regular.

Nesta senda, a aplicação do dispositivo destacado em combinação com o que preceitua o artigo 646, faz alvorecer a presunção de omissão de saídas em decorrência da não observância do percentual mínimo de lucro bruto imposto na legislação do ICMS em vigor no estado:

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. (destaque nosso)

Nesse sentido, vejo que a suplicante não evidenciou, em sua peça recursal, do principal argumento de convencimento capaz de abalar ou ilidir o resultado manifestado pelo Levantamento da Conta Mercadorias, quer seja: a existência de uma **“Escrita Contábil Regular”**, devidamente formalizada à época dos fatos apurados.

Não obstante a esta constatação, a recorrente trás como único argumento pedido de exclusão da sócia Maricélia Diniz Bezerra do polo passivo da autuação por afirmar que esta não faz mais parte do quadro societário da empresa autuada durante o período fiscalizado.

Em verdade, se constata a existência de uma alteração societária da empresa recorrente na qual se constata a transferência de 90.000 quotas da sociedade comercial da pessoa da Sra. MARICELIA DINIZ BEZERRA para a pessoa do Sr. JANDIR TAVARES ROCHA, equivalente no valor patrimonial de R\$ 90.000,00, conforme se averbada as fls. 056 dos autos.

No entanto, tal alteração não teve homologação firmada pela SER/PB quando da análise do Processo nº 1467422012-2 que indeferiu a citada alteração cadastral pertinente ao quadro societário diante da falta de comprovação de renda e de capital do sócio adquirente junto à Receita Federal, conforme Ofício de nº 012/2013.

Neste sentido, não vejo como eximir do polo passivo da relação jurídica estabelecida neste contencioso, a pessoa de MARICELIA DINIZ BEZERRA, diante da sua permanência, para efeitos fiscais, do quadro societário da empresa autuada, aliado ao fato de que a referida sócia encontra-se no rol de responsável solidária por compromissos assumidos pela sociedade empresária, perante os créditos tributários incorridos no período da infração, até dois anos decorridos de sua saída do quadro societário, contados do deferimento da alteração cadastral na Junta Comercial do estado. Assim é que dispõe o parágrafo único do artigo 1003 do Código Civil, “*in verbis*”:

Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. (grifo nosso)

Vê-se, então, que a alegação de ter dado entrada em alteração de cadastral, na qual pede o desligamento da sociedade, não produz efeito contra os credores, entre os quais o Estado que se inclui como credor tributário, a não ser a partir de dois após de averbada a alteração contratual, de forma que a alegação de rateio do período não encontra guarida legal, sendo absolutamente válida a imputação da responsabilidade da sócia cedente, em conformidade com o que estabelece o Código Tributário Nacional ao tratar da responsabilidade dos sócios administradores em caso de infração a lei.

Pois bem, no que toca à questão da responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva, quando exercem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador, configurando-se, tão somente, nos casos em que haja comprovação de que estes agiram com excesso de poderes, ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do que estabelece o art. 135, III do CTN, *in verbis*:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.” (g.n.)

No caso em tela, a sócia: **Maricelia Diniz Bezerra**, na época dos fatos geradores apurados assumia a função administrativa da sociedade, tendo sido apurada no exercício de 2012, infração a lei tributária, sendo sócia administradora, conforme consulta formulada ao cadastro da SER, sendo, neste íterim, responsável, *pessoalmente pelos* créditos correspondentes a obrigação tributária, limitada a sua cota de participação em caso de redirecionamento na fase de execução fiscal do crédito tributário e, por conseguinte.

Pela norma supra, fica estabelecida a responsabilidade da pessoa da sócia administradora, de forma que a cessão de suas cotas não exime a obrigação tributária por descumprimento de norma legal. Verifico que, no caso em análise, a situação é muito mais gravosa porque estamos diante de uma mudança societária não reconhecida pelo fisco estadual diante do indeferimento do processo com a permanência da sócia retirante diante da falta dos pressupostos financeiros que pudessem legitimar e comprovar a operação de alienação e transferência das quotas parte adquiridas pelo pretense sócio sucessor, caso em que a sua responsabilidade sobre os débitos se mantém de forma integral sobre o quadro societário atual.

No tocante a solicitação de desmembramento do crédito tributário para que fosse contemplada a responsabilidade até o dia 19 de novembro de 2012, tida como última data de participação na sociedade empresária da sócia retirante, esta relatoria entende não ser possível o acolhimento do pleito de rateio de responsabilidade solidária da sócia MARICELIA DINIZ BEZERRA, visto que a repercussão tributária apurada se deu ao longo de todo o exercício de 2012 em períodos de evento não conhecidos, não podendo ser determinado quais as datas de ocorrência dos fatos geradores omitidos quando da prática evasiva de efetuar vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, mormente quando a lei é clara ao contemplar a responsabilidade tributária perante a ocorrência infracional até 2 (dois) anos após a retirada da sócia alienante do quadro societário, sendo infundado tal desmembramento proposto pela recorrente.

Por oportuno ressalto, que os membros deste Colegiado possuem pensamento uníssono acerca do mérito da matéria em análise, firmando jurisprudência a exemplo do Acórdão CRF nº 455/2012 desta relatoria, senão vejamos:

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. OMISSÃO DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ERRO NA DOSIMETRIA DA MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

Cabe a exigência tributária formulada pela acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis através do Levantamento da Conta Mercadorias, ante a falta de argumentos e provas materiais capazes de elidir a irregularidade fiscal apurada. No tocante a penalidade acessória constatou-se excesso na aplicação da multa, cabendo sua correção para a dosimetria correta.

Desse modo, caracteriza-se regular a técnica fiscal de apuração da situação do contribuinte, efetuada com base no Levantamento da Conta Mercadorias com arbitramento do lucro bruto do estabelecimento, a qual constitui o substrato da acusação de omissão de saídas tributáveis, conforme inicialmente aplicada pelo autuante, que afirma tê-la montado com fundamento nos dados da escrita fiscal da autuada em face da inexistência da escrituração contábil.

Por fim, necessário ratificar a redução da multa, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 06/06/13) que passou a vigor seus efeitos a partir de 01/09/2013, de modo que as penalidades lançadas de ofício passam regidas pela regra estatuída na citada Lei, a partir data supra, em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna,

estabelecido no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, com redução de 50% do valor original lançado ao tempo da prática do ato delituoso.

Nessa senda, com as cautelas legais, é imprescindível a retificação da sentença singular, com crédito tributário devido, conforme composição abaixo:

| Cálculo do Crédito Tributário | | | | | |
|--|------------|------------|-------------------|-------------------|---------------------|
| Infração | Data | | Tributo R\$ | Multa R\$ | Total R\$ |
| | Início | Fim | | | |
| Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Conta Mercadorias | 01/01/2012 | 31/12/2012 | 705.166,32 | 705.166,32 | 1.410.332,64 |
| CRÉDITO TRIBUTÁRIO TOTAL | | | 705.166,32 | 705.166,32 | 1.410.332,64 |

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO** de ambos, para manter a sentença monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000970/2013-75**, lavrado em 28 de junho de 2013, contra a empresa **ATACADÃO DE BEBIDAS E CEREAIS OESTE LTDA.**, inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS-PB sob nº 16.197.809-6, declarando devido o crédito tributário de **R\$ 1.410.332,64, (milhão, quatrocentos e dez mil, trezentos e trinta e dois reais e sessenta e quatro centavos)**, sendo **R\$ 705.166,32 (setecentos e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos)** de **ICMS**, por infringência aos artigos 158, I c/c 160, I c/ fulcro no artigo 643, § 4º, II, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e **R\$ 705.166,32 (setecentos e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos)** de **multa por infração** nos termos do artigo 82, V “a” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelo por indevido o valor de R\$ 705.166,32, de multa por infração em vista da redução da penalidade pela Lei nº 10.008/2013.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de outubro de 2015.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator