



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

Processo Nº 141.453.2012-3

Recursos HIE/VOL/CRF nº.200/2016

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1º RECORRENTE: GERÊNCIA EXECUTIVA JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1º RECORRIDA: SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.

2º RECORRENTE: SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.

2º RECORRIDA: GERÊNCIA EXECUTIVA JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA: COLETORIA ESTADUAL DE SÃO BENTO

AUTUANTE: RANIERE ANTONIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

RELATOR: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. CONTA MERCADORIAS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

A pessoa jurídica de direito privado, que resultar de transformação de outra, é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas transformadas. In casu, a sucessora é responsável pelo pagamento do crédito tributário.

A Lei Complementar nº 123/2008 impõe que, apurada omissão de receitas para os optantes do Simples Nacional, deve-se observar a legislação de regência das demais pessoas jurídicas, de modo que, no tocante às alíquotas e penalidades, aplica-se a norma que rege as relações tributárias para as demais pessoas jurídicas.

Confirmadas a penalidade aplicada nos termos estabelecidos pela Lei nº 10.008/2013.

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 dos recursos hierárquico, por regular, e do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo desprovisionamento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000003172/2012-14, lavrado em 30/11/2012, contra a empresa SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.-ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.146.153-0, já qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 9.904,22 (nove mil, novecentos e quatro reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 4.952,11 (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, II, 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 4.952,11 (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, "a", da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 4.952,11, (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), referente à multa por infração.

Por oportuno, deduza-se da quantia acima cominada os valores já recolhidos, em conformidade com o documento anexo às fls. 95 dos 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 10 de novembro de 2017.

Petrônio Rodrigues Lima
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 2ª Câmara, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

Relatório

Examinam-se neste Colegiado os recursos hierárquico e voluntário, nos moldes dos artigos 80 e 77, da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, diante do inconformismo da autuada com a sentença prolatada na instância prima que considerou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003172/2012-14, lavrado em 30 de novembro de 2012, que denunciou o cometimento da seguinte irregularidade:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS.

Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias.

Considerando infringido o art.158, I, c/c os art. 160, I; 643, § 4º, II; 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o autuante constituiu crédito tributário, por lançamento de ofício, no importe de R\$ 14.856,33, sendo R\$ 4.952,11 de ICMS e R\$ 9.904,22 de multa por infração com fulcro no art. 82, inciso V, alíneas “a”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios anexos às fls. 6/88 dos autos.

Pessoalmente, cientificada da ação fiscal, em 14/12/2012, conforme aposição de assinatura no Termo de Ciência constante no anverso da exordial, a empresa autuada apresentou peça reclamatória em tempo hábil, de acordo com fls. 89/92 dos autos.

A reclamante afirma que era optante pelo simples nacional até 31/7/2012, em vista disso, valendo-se do art. 2º, I, da Instrução Normativa GSER nº 15/2012, pleiteia que seja aplicada a alíquota do simples nacional à diferença tributável apurada. Desse modo, relata que, no exercício de 2011, teve um faturamento de R\$ 106.511,56, logo estava sujeita à alíquota de 0,50%, que aplicada à base de cálculo de R\$ 29.130,04, resultou em ICMS no montante de R\$ 145,65, o qual foi prontamente recolhido, consoante fls.95, a fim de dar cumprimento ao art. 711 do RICMS/PB. Por último, requer a parcial procedência do feito fiscal.

Instado a se manifestar nos autos, o auditor fiscal constatou o recolhimento do ICMS pelo contribuinte, consoante fls. 98, em seguida, acolhe o pedido da reclamante, dizendo que a alíquota aplicável seria de 0,50% de acordo com a faixa de recolhimento do simples nacional.

Sem informação de reincidência, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, de acordo com o entendimento esposado na ementa infracitada, *litteris*:

CONTA MERCADORIAS – MANTIDA A ACUSAÇÃO – RECONHECIMENTO PELA AUTUADA DA FALTA COMETIDA EM PARTE – RECOLHIMENTO DO QUANTUM QUE RECONHECE DEVIDO – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA – CONSEQUÊNCIA – JULGAMENTO PROCEDENTE EM PARTE.

O lançamento indiciário baseado nos Levantamentos das Contas Mercadorias tem a virtude de inverter o ônus da prova, transferindo ao contribuinte o encargo de esclarecer as irregularidades

evidenciadas pelo controle fiscal. In casu, não se vislumbra qualquer prova capaz de elidir a presunção decorrente do resultado do feito.

RETROATIVIDADE DA LEI – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA ACUSAÇÃO.

A lei específica que cuida da penalidade atribuída ao caso em comento sofreu alteração, cuja circunstância resultou em redução do quantum a ser exigido do contribuinte. Tem-se assim, que a infração cometida pelo autuado fica amparada pelos dispositivos contidos na nova lei, tendo em vista que, à luz do art. 106 do Código Tributário Nacional, a lei retroage para beneficiar o réu.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Como resultado, o julgador fiscal condenou a autuada ao recolhimento do crédito tributário no importe de R\$ 9.904,22, sendo R\$ 4.952, 11 de ICMS e R\$ 4.952,11 de multa por infração.

Ciente da decisão singular, via Notificação nº 25734/2016, remetida via postal com Aviso de Recebimento – AR, conforme documentos anexos às fls. 111/112, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 113/117) em tempo hábil.

Dando seguimento ao trâmite regular, a empresa SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA., que em 17/9/2012 sucedeu a empresa individual PRISCILA DE FREITAS PAIVA DANTAS, conforme consulta ao sistema ATF desta Secretaria anexa às fls. 120/123, apresenta recurso voluntário (fls. 113/117) com efeito suspensivo, no qual reprisa os fatos que culminaram com a autuação, sumaria a sentença singular, assim como repete as razões defensuais, no final, reitera o pedido para que seja aplicada à diferença tributável a alíquota do regime de apuração do simples nacional, no caso de 0,50%, cujo ICMS correspondente está recolhido, consoante fls. 95. Por último, requer a parcial procedência do feito fiscal.

É o relatório.

VOTO

Cuidam-se, nestes autos, dos recursos *hierárquico e voluntário*, impetrados nos moldes dos arts. 80 e 77, da Lei Estadual nº 10.094/2013, respectivamente, em virtude de o nobre julgador fiscal haver reformado em parte o crédito tributário assim como o contribuinte haver externado seu

inconformismo com o teor da decisão singular.

Inicialmente, convém anotar que a empresa, objeto de auditoria que resultou no libelo basilar ora analisado, era denominada PRISCILA DE FREITAS PAIVA DANTAS, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.146.153-0, e praticava operações comerciais no ramo varejista, estava sujeita ao regime de apuração simples nacional, segundo consulta ao sistema ATF desta Secretaria anexa às fls. 120/123.

Todavia, a referida empresa individual foi transformada em sociedade empresária limitada, doravante denominada SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA., que passou a operar no ramo de construções de edifícios e incorporações de empreendimentos imobiliários, consoante documentos apensos às fls. 121/123.

Em vista disso, valho-me das disposições contidas no Código Tributário Nacional para imputar a responsabilidade pelo pagamento crédito tributário ora combatido à empresa resultante da transformação agitada na peça recursal, quem seja, SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA., vejamos o texto legal, *litteris*:

“Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.” (grifos nossos)

Da leitura do texto legal supracitado, apesar da mudança do ramo de atividade para construção de edifícios, é indubitado que a empresa SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA. é responsável pelo pagamento do crédito tributário constituído, em razão da fiscalização da sua antecessora, PRISCILA DE FREITAS PAIVA DANTAS.

Adentrando o mérito da lide fiscal, a irregularidade denunciada está embasada no levantamento da Conta Mercadorias no exercício de 2011, esta relatoria observa ser correta a aplicabilidade deste levantamento nas empresas comerciais que não possuem Escrita Contábil Regular ou que possuam regime simplificado de tributação como no caso do Simples Nacional, sendo o direito de arbitramento da autoridade fiscal, uma prerrogativa da fiscalização de caráter *juris tantum*, nos termos do art. 643, §§ 3º e 4º, do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 643 -

§ 2º Para os efeitos deste artigo, considera-se exercício:

I - o período compreendido entre dois balanços, quando o contribuinte mantiver escrita contábil;

II - o ano civil, nos demais casos.

§ 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:

I - a elaboração de Demonstrativo Financeiro, onde deverão ser evidenciadas todas as receitas e despesas operacionais ou não operacionais, bem como considerada a disponibilidade financeira existente em Caixa e Bancos, devidamente comprovada, no início e o no final do período fiscalizado;

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. (grifos nossos)

Em caso de repercussão tributária, tem-se assim que a diferença tributável deriva de vendas sonegadas, levando à infração a ser arrimada no art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, ambos do RICMS/PB, conforme normativo abaixo:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Com relação a esta acusação, pode-se constatar que a autuada reconheceu o cometimento do ato infracional, quando quitou o valor reconhecido (fls. 95) como devido, todavia, aplicou a alíquota do regime de apuração do simples nacional, a qual não era mais aplicável, conforme explanaremos a seguir.

De acordo com a legislação de regência infracitada, é sabido que as presunções de omissões de receitas são aplicáveis aos contribuintes sujeitos ao regime de apuração do simples nacional, conforme anotado no art. 82 da Resolução CGSN nº 094/2011, *litteris*:

Art. 82. Aplicam-se à 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. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)

Quanto ao pleito da autuada acerca da possibilidade de aplicação da alíquota de 0,50% do regime de apuração do simples nacional, é sabido que não merece acolhida por esta Corte Administrativa, uma vez que o caso trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, e não comporta a aplicação de alíquotas desse regime de tributação, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, portanto, deve correta a aplicação da alíquota de 17%, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição dos artigos 13, § 1º, XIII, “f”, da Lei Complementar nº 123/2006:

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 desacoberta de documento fiscal;

À luz do dispositivo normativo acima citado, é evidente que a própria Lei Complementar nº 123/2006 estabelece a aplicação da legislação estadual ao optante do regime de apuração do Simples Nacional nos casos de omissões de receitas, detectadas mediante ações fiscais, portanto, entendendo ser plenamente descabido o pedido da recorrente assim como a reforma da decisão *a quo*.

Quanto à argumentação do contribuinte acerca da aplicabilidade do art. 2º da Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, a qual previa a fixação da alíquota própria do Simples Nacional para o primeiro período de apuração, entendimento este ratificado pela fiscalização, à época da contestação, esta alegação não merece acolhida por esta Corte Administrativa, uma vez o art. 13, §1º, XIII, “e” e “f” da Lei Complementar nº 123/06, diz que havendo omissão de vendas, a alíquota a ser aplicada na base de cálculo do ICMS deve obedecer às normas relativas às demais pessoas jurídicas, isso quer dizer que perde o benefício do Simples Nacional, vejamos:

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;

Compulsando o RICMS/PB, encontramos no art. 13, IV, qual alíquota deve ser aplicada no caso dos presentes autos:

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

IV - 17% (dezessete por cento), nas operações e prestações internas e na importação de bens e mercadorias do exterior;

Desse modo, pelo princípio de hierarquia das normas, a Lei Complementar nº 123/2006 deve prevalecer sobre ato normativo inferior, qual seja, a Instrução Normativa nº 015/2012/GSER, ratificando o uso da alíquota de 17% no caso *sub judice*.

Além disso, é imprescindível anotar que este entendimento está em harmonia com o Parecer Jurídico emitido pela Procuradora do Estado, Rachel Lucena Trindade, para o Processo nº 108625/2013-4, de acordo com a ementa abaixo transcrita:

EMENTA:Tributário. Hierarquia de normas. Lei Complementar superior à Instrução Normativa. Aplicação da Lei Complementar.

No caso em comento, o que se observa é o estrito cumprimento da legalidade, vez que foram atendidos os termos da norma nacional específica para o caso.

Por fim, ressalto que a aplicabilidade das alíquotas e penalidades próprias da legislação estadual às pessoas jurídicas submetidas ao Regime de Apuração do Simples Nacional em casos de omissão de vendas, já foi objeto de discussão e julgamento nesta Corte Administrativa, sendo proferido o seguinte entendimento:

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. CONTA MERCADORIAS. SIMPLES NACIONAL. AJUSTES. PAGAMENTO. REDUÇÃO DA MULTA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Extinta a obrigação pelo pagamento.

As diferenças apuradas na Conta Mercadorias ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, no caso, elidida conforme provas nos autos.

Sendo apurada omissão de receitas para os optantes do Simples Nacional, deve-se observar a legislação de regência das demais pessoas jurídicas no tocante às alíquotas e penalidades aplicadas.

Aplicada a redução da multa em virtude de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte. (grifos

noossos)

Acórdão nº 497/2017 - Recurso HIE/CRF nº. 192/2016

Relatora: CONS.^a DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Não há dúvidas, portanto, quanto à acertada decisão proferida pela instância singular, a qual mantenho, pelos seus próprios fundamentos, constituindo o crédito tributário no montante de R\$ R\$ 9.904,22.

No tocante à redução da multa por infração, cujo percentual de 200% foi alterado para 100 %, considero adequada, haja vista a edição da Lei nº 10.008/2013 que modificou os percentuais aplicáveis, em harmonia com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, II, c, do CTN.

Neste caso, necessário se faz confirmar a redução do percentual aplicado ao caso concreto e lançado no libelo acusatório, nos termos do art. 82, V, “a”, do mencionado diploma normativo, corroborando o valor de R\$ 4.952,11, a título de penalidade.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento dos recursos *hierárquico*, por regular, e do recurso *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovemento* de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000003172/2012-14, lavrado em 30/11/2012, contra a empresa SANTA LUZIA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.-ME, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.146.153-0, já qualificada nos autos, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor de R\$ 9.904,22 (nove mil, novecentos e quatro reais e vinte e dois centavos), sendo R\$ 4.952,11 (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I, com fulcro no art. 643, § 4º, II, 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 4.952,11 (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 4.952,11, (quatro mil, novecentos e cinquenta e dois reais e onze centavos), referente à multa por infração.

Por oportuno, deduza-se da quantia acima cominada os valores já recolhidos, em conformidade com o documento anexo às fls. 95 dos autos.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de novembro de 2017.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator