



PROCESSO Nº 1659042019-0

ACÓRDÃO Nº 558/2023

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP.

Recorrida: CONSTRUÇÃO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: CLOVIS CHAVES FILHO

Relatora: CONSº. JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. PAGAMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PAGAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INEXISTENTE. MULTA LANÇADA - REDUÇÃO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.788/23 REFORMANDO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Cabe a exigência do ICMS diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.

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

- Pagamento dos valores relativos às infrações de falta de recolhimento do diferencial de alíquotas e falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, acarretando a extinção do crédito tributário.

- Os contribuintes do Simples Nacional estão vedados ao aproveitamento de créditos fiscais por efetuarem a apuração do imposto com base na receita bruta auferida, não acarretando repercussão tributária um eventual registro de crédito no Livro de Entradas.

- Redução das penalidades em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.



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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade da lei tributária, reformo, de ofício, quantos aos valores, a sentença exarada na primeira instância para julgar parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003615/2019-43**, lavrado em 1º/11/2019, contra a empresa **CONSTRUAÇÃO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA**, inscrição estadual nº 16.162.282-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 2.635,25** (dois mil, seiscentos e trinta e cinco reais e vinte e cinco centavos), sendo **R\$ 1.595,32** (um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e dois centavos), de ICMS, por infração ao 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I e art. 160, I c/fulcro art. 646, do RICMS/PB, **R\$ 1.039,93** (oitocentos e sessenta e oito reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e”, e V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo por indevido o montante de R\$ 97.916,95 (noventa e sete mil, novecentos e dezesseis reais e noventa e cinco centavos), sendo o valor de R\$ 48.837,34 (quarenta e oito mil, oitocentos e trinta e sete reais e trinta e quatro centavos) de ICMS e R\$ 49.079,61 (quarenta e nove mil, setenta e nove reais e sessenta e um centavos) de multa por infração. Destaco que parte da multa foi cancelada de ofício, nos termos da Lei nº 12.788/23 e artigo 106, inciso II, “c”, do CTN, pelas razões acima expostas.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 08 de novembro de 2023.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E HEITOR COLLETT.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1659042019-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.
Recorrida: CONSTRUÇÃO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: CLOVIS CHAVES FILHO
Relatora: CONSº. JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. PAGAMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. PAGAMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. CRÉDITO INEXISTENTE. MULTA LANÇADA - REDUÇÃO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.788/23 REFORMANDO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Cabe a exigência do ICMS diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento. Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.
- Pagamento dos valores relativos às infrações de falta de recolhimento do diferencial de alíquotas e falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, acarretando a extinção do crédito tributário.
- Os contribuintes do Simples Nacional estão vedados ao aproveitamento de créditos fiscais por efetuarem a apuração do imposto com base na receita bruta auferida, não acarretando repercussão tributária um eventual registro de crédito no Livro de Entradas.
- Redução das penalidades em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em observância ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início através do Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003615/2019-43, lavrado em 1º/11/2019, contra a empresa



CONSTRUÇÃO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA, inscrição estadual nº 16.162.282-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2015 e 30/10/2016, constam as seguintes denúncias:

0243 - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/O ATIVO FIXO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> O contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento.

Nota Explicativa: VALOR RELATIVO A DIFAL SOBRE O DOCUMENTO FISCAL Nº 151, EMITIDO PELA EMPRESA PLAIN LOCAÇÕES E SERVIÇOS LTDA, CNPJ – 03486646/0002-08, EM 14/05/2015, ESTABELECIDA NO ESTADO DE PERNAMBUCO CUJA VIA SEGUE ANEXA.

009 - FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestação de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa: VALOR RELATIVO A DOCUMENTOS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NÃO LANÇADOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS, CONFORME PLANILHA DEMONSTRATIVA DE DADOS ANEXA.

0579 - FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO ESTADUAL >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual ao utilizar crédito inexistente.

Nota Explicativa: VALOR RELATIVO ÀS OPERAÇÕES CUJO CFOP – 2924 SEM OS RESPECTIVOS RETORNOS, CONFORME PLANILHA DEMONSTRATIVA DE DADOS ANEXA.

Foram dados como infringidos o art. 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I e art. 160, I c/fulcro art. 646; art. 106; todos do RICMS/PB, com proposição das penalidades previstas no art. 82, II, “e”, e V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de **R\$ 100.552,20**, composto de **R\$ 50.432,66**, de ICMS, e **R\$ 50.119,54**, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 14/11/2019 AR (fl.32), a autuada apresentou reclamação, em 13/12/2019 (fls.35-43).



- Na sua defesa, argui preliminarmente sobre a necessidade de análise do tema sob o viés do neoconstitucionalismo, suscitando para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário;
- No mérito, declara não se opor à infração de falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota;
- Afirma que as Notas Fiscais relativas à infração de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição tratam de compras de bens e serviços para o consumo próprio, não havendo repercussão fiscal, mas, apenas descumprimento de obrigação acessória;
- No caso da acusação de falta de recolhimento do imposto estadual, diz que a fiscalização efetuou o lançamento em razão das remessas para industrialização estarem desacompanhadas das respectivas Notas Fiscais de retorno das mercadorias, no entanto, está anexando aos autos os respectivos documentos que comprovam o faturamento dos serviços;
- Advoga a redução do percentual da multa, alegando caráter confiscatório;
- Ao final, requer o provimento da impugnação para a) suspender a exigibilidade do crédito tributário, b) cancelar parcialmente o débito fiscal, no valor de R\$ 99.612,85, pelas razões expostas; c) alternativamente, a redução da multa imposta ao limite de 20% (vinte por cento),

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 52*), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Fernanda Céfora Vieira Braz, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, nos termos da ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFAL – ATIVO FIXO. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O RECOLHIMENTO DO ICMS. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEVEDOR POR PARTE DO SUJEITO PASSIVO – EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO PAGAMENTO – ARTIGO 156,1, DO CTN. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE RETORNO DE BENS REMETIDOS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO.

- O Crédito tributário regularmente quitado configura reconhecimento da condição de devedor por parte do



contribuinte, tornando-o, extinto, por força do que dispõe o artigo 156,I,do CTN.

- In casu, a falta de recolhimento do ICMS, em virtude de apropriação de crédito inexistente, foi atribuída á empresa optante pelo Simples Nacional, a qual é vedada, por lei, a apropriação de créditos fiscais do ICMS, por conseguinte, não há que se falar em crédito inexistente nem repercussão tributária.

- Ademais, o contribuinte acostou aos autos cópias das notas fiscais de retorno dos bens recebidos para industrialização, revelando a impossibilidade de prossecução da denúncia, nos termos da legislação de regência.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Fixando o crédito tributário, em R\$ 2.877,52, sendo R\$ 1.595,32, de ICMS, e R\$ 1.282,20, de multa por infração.

Com Recurso de ofício, nos termos do art. 80, §1º, da Lei nº 10.094/2013 (fls.55-59).

Cientificada, da decisão de primeira instância, no seu Domicílio Tributário Eletrônico – Dt-e, em 9/9/2021 (fl. 62),a autuada, não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o Relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de ofício, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003615/2019-43**, contra a empresa **CONSTRUAÇO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA**, com crédito tributário anteriormente relatado.

Inicialmente, deve-se considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com os requisitos do art. 142 do CTN.

Da mesma forma, não se enquadra em nenhum dos casos de nulidade previstos nos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Considere-se que os valores, relativos às matérias objeto de discussão nas instâncias administrativas, não são passíveis de cobrança em razão do que determina o art. 151, III, do CTN, *verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:



(...)
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

Do Mérito

Acusação - Falta de Recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquotas

A denúncia fiscal trata de falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota relativo à aquisição de bens para o ativo imobilizado do estabelecimento, relativo à Nota Fiscal Eletrônica nº 151, emitida em 15/5/2015, conforme cópia anexa (fl. 11), com infringência ao art. art. 106, II, “c”, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:
(...)
II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:
(...)
c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL;

Como se sabe, a cobrança do diferencial de alíquota sobre as mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, está consolidado no nosso regulamento, ocorrendo o fato gerador no momento da entrada do bem no estabelecimento do adquirente, como estabelecem o art. 2º, §1º, IV, e o art. 3º, XIV, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 2º O imposto incide sobre:
(...)
§ 1º O imposto incide também:
IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;
Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
(...)
XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo.

Confirmando-se a infração, fica o infrator sujeito à exigência do Imposto, acrescido de multa de 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 82, II, “e”, da Lei 6.379/96, abaixo transcrito:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:
(...)
II - de 50% (cinquenta por cento):
(...)



e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo.

A acusação foi mantida na primeira instância, ressaltando o seu reconhecimento pelo sujeito passivo na acusação.

Configurando-se a exigibilidade do imposto, conforme documento anexado aos autos, e não havendo qualquer refutação por parte do contribuinte, venho a ratificar os termos da decisão singular, para manter a acusação.

Ressalve-se que o crédito tributário foi devidamente quitado pelo contribuinte, tornando-se extinto, nos termos do art. 156, I, do CTN, nada mais havendo a exigir.

Acusação - Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

Nesta denúncia, a fiscalização acusou o contribuinte de ter omitido saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, em razão de ter deixado de efetuar o registro das Notas Fiscais elencadas no demonstrativo e respectivas cópias (fl.12-14).

Como se sabe, a falta de escrituração das operações de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, com a transcrição relativa à época dos fatos geradores:

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. (g.n.).

Neste sentido, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a ausência do registro dessas Notas Fiscais denota a ocorrência de pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural, presumindo-se que os recursos utilizados na aquisição das mercadorias discriminadas nos documentos fiscais sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos I 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;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Assim, confirmando-se a irregularidade, fica o infrator sujeito à exigência do imposto, além de multa no percentual de 100% (cem por cento), conforme art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

Nova redação dada ao “caput” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “c” do inciso I do art. 1º da Lei nº 12.788/23 – DOE de 29.09.2023.

V – de 75% (setenta e cinco por cento)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Em primeira instância, o julgador singular manteve a acusação considerando o pagamento do débito pelo contribuinte, reconhecendo a infração.

De fato, com a realização do pagamento, fica extinto o crédito tributário, não havendo mais objeto a se discutir, como nos ensina o art. 156, I, do CTN, como se segue:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento.

Assim, venho a ratificar a decisão de primeira instância, para manter a acusação.

Acusação - Falta de recolhimento do imposto estadual

A presente denúncia trata de falta de recolhimento do imposto estadual, em face de utilização de crédito inexistente, por não restar demonstrado o retorno das mercadorias em operações de remessa para industrialização, conforme demonstrativo (fls. 15-22), sendo consignado ofensa ao art. 106 do RICMS/PB.



Com efeito, o direito do aproveitamento de crédito fiscal deve ser exercido conforme as normas regulamentares estabelecidas na legislação, como nos ensina o art. 77 do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 77. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos neste Regulamento.

Relativamente às operações de industrialização, cabe ao estabelecimento industrial emitir Nota Fiscal, com destaque do imposto pelo serviço efetuado, nos termos do art. 613, § 1º, I e II, do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 613. Nas operações em que um estabelecimento mandar industrializar mercadorias com fornecimento de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos de outros, os quais, sem transitar pelo estabelecimento adquirente, forem entregues pelo fornecedor diretamente ao industrializador, observar-se-á o disposto neste Capítulo.

(...)

§ 2º O estabelecimento industrializador deverá:

I - emitir nota fiscal na saída do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda, da qual, além das exigências contidas no art. 159, constarão o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do fornecedor, e número, série, e data da nota fiscal por este emitida, bem como o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, destacando deste o valor da mercadoria empregada;

II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso anterior, sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, o destaque do imposto, se exigido, que será aproveitado como crédito pelo autor da encomenda, se for o caso.

Configurada a infração, sujeita-se o contribuinte a aplicação de multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto devido, na forma do art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

V - de 100% (cem por cento):

Nova redação dada ao “caput” do inciso V do “caput” do art. 82 pela alínea “c” do inciso I do art. 1º da Lei nº 12.788/23 – DOE de 29.09.2023.

V – de 75% (setenta e cinco por cento)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

Com o advento da Lei 12.788/2023, que reduziu para 75% o percentual da multa incidente sobre o valor do imposto inadimplido, prevista no inciso V, do artigo 82, da Lei 6.379/96. Registre-se a necessidade de redução, de ofício, da penalidade relativa a



esta acusação, em atendimento ao preceito insculpido no artigo 106, II, “c”, do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei

vigente

ao tempo da sua prática.

Na primeira instância, a julgadora singular declarou improcedente a acusação, pelo fato de o contribuinte ser optante do Simples Nacional, não havendo apuração do imposto pela conta gráfica, além de observar que o contribuinte emitiu as Notas Fiscais de retorno.

Como se sabe, os contribuintes optantes do regime do Simples Nacional fazem a apuração do imposto com base no seu faturamento, não havendo compensação entre débitos e créditos, conforme determina o art. 18, caput e § 3º, da Lei Complementar 123/2006, *verbis*:

Art.18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

(...)

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

Além disso, é vedado aos optantes do Simples Nacional utilizar ou transferir créditos fiscais, conforme determinação do art. 23 da Lei Complementar 123/2006, conforme se transcreve:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Portanto, um eventual registro indevido de crédito fiscal não acarretaria qualquer repercussão tributária, como levantou a fiscalização.

Assim, venho a ratificar a decisão de primeira instância para considerar improcedente a acusação.

DA MULTA APLICADA

Não obstante o acerto da fiscalização quanto à penalidade proposta quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzir os valores lançados, em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu a seguinte redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.



Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento):”

Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando insculpido no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Considerando os ajustes necessários, o crédito tributário efetivamente devido pelo contribuinte se apresenta conforme demonstrado na tabela a seguir:

| DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO | PERÍODO | AUTO DE INFRAÇÃO | | VALOR CANCELADO | | CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO | | |
|--|----------|------------------|------------------|------------------|------------------|---------------------------|-----------------|---------------------------------|
| | | ICMS (R\$) | MULTA (R\$) | ICMS (R\$) | MULTA (R\$) | ICMS (R\$) | MULTA (R\$) | CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO (R\$) |
| Falta de Lançamento de N.F. de Aquisição nos Livros Próprios | Dez/2015 | 879,08 | 879,08 | | 219,77 | 879,08 | 659,31 | 1.538,39 |
| | Out2016 | 90,00 | 90,00 | | 22,50 | 90,00 | 67,50 | 157,50 |
| | Jan15 | 3.299,60 | 3.299,50 | 3.299,60 | 3.299,60 | - | - | - |
| Falta de Recolhimento de Imposto Estadual | Mai15 | 6.800,54 | 6.800,54 | 6.800,54 | 6.800,54 | - | - | - |
| | Jun15 | 22.748,33 | 22.748,33 | 22.748,33 | 22.748,33 | - | - | - |
| | Jul15 | 15.988,87 | 15.988,87 | 15.988,87 | 15.988,87 | - | - | - |
| Diferencial de Alíquotas – Falta de Recolhimento do ICMS(Merc. p/o Ativo Fixo do Estab. (período de 07.03.02 | Mai.15 | 626,24 | 313,12 | | | 626,24 | 313,12 | 939,36 |
| TOTAL | | 50.432,66 | 50.119,54 | 48.837,34 | 49.079,61 | 1.595,32 | 1.039,93 | 2.635,25 |

Com estes fundamentos, .



VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade da lei tributária, reformo, de ofício, quantos aos valores, a sentença exarada na primeira instância para julgar parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00003615/2019-43**, lavrado em 1º/11/2019, contra a empresa **CONSTRUÇÃO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA**, inscrição estadual nº 16.162.282-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de **R\$ 2.635,25** (dois mil, seiscentos e trinta e cinco reais e vinte e cinco centavos), sendo **R\$ 1.595,32** (um mil, quinhentos e noventa e cinco reais e trinta e dois centavos), de ICMS, por infração ao 106, II, “c” e §1º c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; art. 158, I e art. 160, I c/fulcro art. 646, do RICMS/PB, **R\$ 1.039,93** (oitocentos e sessenta e oito reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, II, “e”, e V, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Cancelo por indevido o montante de R\$ 97.916,95 (noventa e sete mil, novecentos e dezesseis reais e noventa e cinco centavos), sendo o valor de R\$.48.837,34 (quarenta e oito mil, oitocentos e trinta e sete reais e trinta e quatro centavos) de ICMS e R\$.49.079,61 (quarenta e nove mil, setenta e nove reais e sessenta e um centavos) de multa por infração. Destaco que parte da multa foi cancelada de ofício, nos termos da Lei nº 12.788/23 e artigo 106, inciso II, “c”, do CTN, pelas razões acima expostas.

Intimações necessárias, a cargo da Repartição Preparadora, nos termos da legislação de regência.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por videoconferência, em 08 de novembro de 2023.

José Valdemir da Silva
Conselheiro Relator