



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 033.722.2013-7

Recurso VOL/CRF Nº 326/2016

PRIMEIRACÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRENTE:F S MESSIAS MATERIAL DE CONSTRUÇÃO

RECORRIDA:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA:COLETORIA ESTADUAL DE MONTEIRO

AUTUANTE:RUBENS AQUINO LINS

RELATORA:CONSª.NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. AJUSTES NA PENALIDADE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Confirmados os atos infracionais denunciados na exordial. Reformado o crédito tributário referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas no levantamento financeiro em virtude da juntada de provas elidentes, reconhecidas pela fiscalização. Promovidos ajustes na penalidade por força de lei superveniente mais benigna.

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

A C O R D A M os membros da 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovisionamento, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000000432/2013-80, de 9/4/2013, lavrado contra a empresa F S MESSIAS MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, inscrita no CCICMS/PB sob n.º 16.161.553-8, devidamente qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 2.277,34 (dois mil, duzentos e setenta e sete reais e trinta e quatro centavos), sendo o montante de R\$ 1.143,62 (mil, cento e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I; com fulcro no art. 646, parágrafo único, c/c o art. 106, I, "g", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e o valor de R\$ 1.133,72 (mil, cento e trinta e três reais e setenta e dois centavos), de multa por infração, em consonância com o artigo 82, inciso II, alínea "e", inciso V, alínea "f", da Lei nº. 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 1.171,71 (mil, cento e setenta e um reais e setenta e um centavos), relativo ao ICMS e multa por infração.

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

P.R.I.

Primeira Câmara, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de setembro de 2017.

Nayla Coeli da Costa Brito Carvalho
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1^a Câmara, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA e THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto perante este Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000432/2013-80 (fl. 3), lavrado em 9/4/2013, contra a empresa acima identificada, em razão das seguintes acusações:

“FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL 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 (SIMPLES NACIONAL). Exercícios 2010 e 2011.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional, não recolheu, dentro do prazo legal, o Simples Nacional Fronteira (1124). Exercício de 2010.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade detectada através de Levantamento Financeiro. Exercício de 2011.

Considerando infringidos os arts. 158, I, 160, I, c/c o art. 646, c/c o art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com fulcro nos arts. 9º e 10 da Resolução CGSN nº 030/2008 e/ ou arts. 82 e 84 da Resolução CGSN nº 094/2011, com base também no art. 13, § 1º, XIII, alíneas “g” e “h” da Lei 123/2006, o agente fazendário constituiu crédito tributário, por lançamento de ofício, no importe de R\$ 3.449,05, sendo R\$ 1.160,74 de ICMS e R\$ 2.288,31 de multa por infração, com arrimo no art. 82, II, “e”, V, “f”, da Lei nº 6.379/96 como também no art. 16, II, da Res. CGSN nº 030/2008 e/ ou art. 87, II, da Res. CGSN nº 094/2011.

Documentos instrutórios anexos fls. 4/14.

Regularmente cientificada da ação fiscal, via postal, com Aviso de Recebimento – AR (fls. 14 – A), a empresa autuada, por meio de seu titular, Fabio Souto Messias, apresenta peça reclamatória (fls. 15/19).

Na reclamação, o contribuinte expõe sua irresignação com levantamento financeiro promovido pela fiscalização, dizendo que houve erro no cômputo das despesas arroladas no demonstrativo fiscal.

Afirma que não houve pagamento de aluguel assim como os valores referentes ao pró-labore e aos impostos (pagamento do simples nacional) foram erroneamente considerados, sendo as quantias efetivas de R\$ 3.260,00 e R\$ 414,02, respectivamente. A partir daí, refaz o levantamento financeiro (fls. 17) no qual reconhece ser devido ICMS, na quantia de R\$ 35,41, e, multa por infração, de R\$ 70,82.

Contesta ainda o emprego da alíquota de 17% para cálculo do ICMS referente ao ato infracional falta de lançamento de notas fiscais de entradas, uma vez que se trata de empresa optante pelo simples nacional, por isso entende que deveria ser aplicada a alíquota próprio do seu regime, que, no caso, seria 1,25%.

Por fim, requer o acolhimento das razões agitadas na impugnação como também provar suas alegações com todos os meios de prova, inclusive, pericial.

Documentos instrutórios anexos às fls. 20/23.

Instado a se manifestar acerca da reclamação (fls. 25), o autor do feito comparece aos autos, afirmando que, embora a impugnante alegue que o imóvel seja próprio, o contrato de locação (fls. 29/31) revela que o proprietário é Paulo Messias da Silva, locador, e a empresa autuada, locatária, de acordo com o citado contrato a despesa de aluguel importou em R\$ 600.

Com relação ao pró-labore do sócio, no importe de R\$ 6.530,00, o autuante esclarece que este foi extraído da Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, ano calendário 2011, cópia anexa às fls. 32.

Quanto ao pagamento de impostos, o agente fazendário reconhece o cometimento de equívoco, informa que o valor correto a ser computado é R\$ 886,04, daí reelabora o levantamento financeiro (fls. 43), afirmando ser exigíveis o ICMS no montante de R\$ 773,55 e R\$ 1.547,10 de multa por infração, perfazendo um crédito tributário de R\$ 2.320,65.

No tocante à alíquota utilizada, o auditor fiscal explica que, de acordo com a legislação de regência a Instrução normativa GSER nº 15, de 27/8/2012, no primeiro período autuado, março/2010, foi aplicada a alíquota por dentro do Simples Nacional. Acrescenta que, para sua faixa de receita bruta, a alíquota aplicável é 0,5%, em conformidade com a Lei nº 8.814, de 9/6/2009.

Observa ainda que a reclamante não se pronunciou acerca da falta de recolhimento do ICMS - Simples Nacional Fronteira.

Finaliza dizendo que estes eram os esclarecimentos a serem apresentados ao órgão julgador.

Documentos instrutórios anexos às fls. 29/43.

Sem informações de antecedentes fiscais (fls. 44), os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que julgou o feito parcialmente procedente (fls. 48/54), em

conformidade com o entendimento esposado na ementa infracitada, *litteris*:

OMISSÃO DE VENDAS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS – APRESENTADAS PROVAS ELIDENTES – CONSEQUÊNCIA – JULGAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA – CABE ACUSAÇÃO.

O lançamento indiciário baseado no Levantamento Financeiro tem a virtude de inverter o ônus da prova, transferindo ao contribuinte o encargo de esclarecer as irregularidades evidenciadas pelo controle fiscal. In casu, alterações procedidas pela própria Fiscalização redundaram em julgamento parcial 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

Cientificada da sentença singular, em 14/7/2016, conforme documentos às fls. 57/58;72, a empresa impetrou recurso voluntário (fls. 59/67) em 12/8/2016.

Na peça recursal, a recorrente reitera as razões expendidas na impugnação, aponta erro no levantamento financeiro quanto aos valores alocados como despesas de aluguel, pró-labore e impostos, por isso o refaz indicando valor bastante reduzido de imposto a pagar, assim como repisa os argumentos contrários ao uso da alíquota de 17%.

Posto isto, requer a desconsideração dos valores incorretos alocados no levantamento financeiro, bem como a aplicação da alíquota do simples nacional para as notas fiscais não lançadas referentes ao exercício de 2010.

Documentos instrutórios anexos às fls. 65/67.

Enfim, remetidos os autos a esta Corte Julgadora, foram estes distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento, o que passo a fazê-lo nos termos do voto adiante apresentado.

É o relatório.

VOTO

Analisa-se, nestes autos, o recurso voluntário impetrado nos moldes do art. 77 da Lei Estadual 10.094/2013, em virtude de o contribuinte não se resignar com o teor da decisão proferida pelo órgão julgador singular, que manteve a exigência fiscal quanto às irregularidades denunciadas, promovido o ajuste da penalidade à Lei 10.008/13, que retroagiu para beneficiar o contribuinte, em harmonia com o art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

As infrações descritas no libelo basilar se referem à Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição, Falta de Recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira e Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Levantamento Financeiro.

Com relação à Falta de Recolhimento do ICMS Simples Nacional Fronteira, é manifesto que a recorrente não fez referência a este ato infracional na peça recursal, revelando reconhecimento do valor exigido.

No tocante à *Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição e Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Levantamento Financeiro*, é sabido que estas acusações se fundamentam em presunção *juris tantum*, da qual cabe ao contribuinte a prova da improcedência, capituladas no art. 646, parágrafo único, abaixo transcrito:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como **a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, **autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.**

Parágrafo único. **A presunção de que cuida este artigo aplica-se igualmente a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.**

Neste caso, a ora recorrente não combate o cometimento das referidas irregularidades fiscais em suas manifestações nos autos, todavia, tanto na impugnação como no recurso voluntário, o contribuinte tenta modificar os valores arrolados a título de despesas de aluguel, pró-labore e pagamento de impostos.

No entanto, o auditor fiscal foi bastante eficaz, colacionando aos autos documentos probatórios dos valores computados a título de despesas de aluguel e pró-labore, consoante papéis anexos às fls. 29/32, assim como reconhecendo erro no montante do imposto Simples Nacional pago que efetivamente somou R\$ 886,04, conforme declarações fls. 27/28 e DASN acostadas às fls. 32/42, motivo pelo qual reelaborou o levantamento financeiro (fls. 43), remanescendo exigível ICMS, no valor de R\$ 773,55, e multa por infração, na quantia de R\$ 1.547,10, totalizando o crédito tributário R\$ 2.320,65.

Quanto à aplicação da alíquota do regime de apuração Simples Nacional à irregularidade detectada no exercício de 2010, falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, o auditor fiscal demonstrou que utilizou a alíquota em referência no primeiro período autuada, qual seja, março/2010, ao restante do período fiscalizado aplicou 17%, em harmonia com a Instrução Normativa GSER nº 15, de 27/8/2012, abaixo reproduzida:

Art. 1º O valor tributável resultante da identificação de valores indevidos de isenção, imunidade ou outros, declarados por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, que tenham reduzido a base de cálculo oferecida à tributação, **será tratado com a carga tributária e a respectiva penalidade inerente ao Regime Simplificado de Tributação, conforme alíquota aplicável à faixa de receita bruta respectiva.**

Art. 2º No caso de omissões de operações ou prestações, detectadas em ações fiscais, consideradas as presunções existentes na legislação do ICMS, o valor tributável será devido pelo sujeito passivo na qualidade de contribuinte ou responsável, **em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas**, na forma prevista no inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

No entanto, é entendimento pacífico nesta Casa que, embora o auditor fiscal tenha aplicado a alíquota do Simples Nacional sobre a diferença tributável referente ao mês de março de 2010, a alíquota correta é de 17%, isto é, a mesma prevista para as demais pessoas jurídicas.

Nesse quesito, quanto a esse aspecto, esclareço que a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, não

comporta a aplicação de alíquotas do Simples Nacional, haja vista que a cobrança do ICMS deve ser integral, em relação ao valor da base de cálculo apurada, em consonância com a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, conforme prescrição do artigo 13, § 1º, XIII, “e” e “f”, da Lei Complementar nº 123/2006, bem como nas disposições sobre os procedimentos de fiscalização, lançamento e contencioso administrativo das empresas regidas por esse regime de tributação, dadas pela Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, adiante transcritas:

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:

[...]

na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

RESOLUÇÃO CGSN Nº 30, de 07 de fevereiro de 2008:

Art. 82. Aplicam-se a 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

[...]

§ 2º. *Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, casos em que os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da [Lei](#)*

[Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.](#)

Além disso, é necessário entender que o lançamento de ofício se reporta aos fatos geradores que se encontram disciplinados pela legislação que dispõe sobre aplicação da alíquota interna para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional em face da ocorrência de omissões de mercadorias tributáveis por observância a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, na forma prevista pelo ordenamento tributário supracitado.

Todavia, a diferença do ICMS decorrente da complementação da alíquota sobre o período de março de 2010 não se faz possível, nem nestes autos – por não comportar a lavratura de Termo Complementar de Infração - nem mediante outro auto de infração - em face da decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento de ofício correspondente (Aplicação do art. 173, I, do CTN), razão por que, mantenho a exigência fiscal concernente ao ICMS nos limites da lide.

Por oportuno, registro que, corroborando o entendimento acima esposado, a Procuradoria Geral do Estado emitiu parecer específico no Processo nº 108.625/2013-4, cujo ingresso, nesta Corte Administrativa, se deu por meio da identificação CRF nº 381/2015.

Em tempo, cabe, ainda, ratificar a resolução adotada pela instância monocrática quanta à multa por infração sugerida pela fiscalização, a qual sofreu uma redução de sua gradação punitiva, diante das alterações advindas da Lei nº 10.008/13 (DOE de 6/6/13), em observância ao 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.

Assim, confirmado o cometimento dos atos infracionais denunciados na exordial, é imperiosa a manutenção da decisão singular, declarando a parcial procedência do feito fiscal, sendo os valores devidos discriminados no demonstrativo a seguir:

Com esses fundamentos,

V O T O - pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 933000008.09.000000432/2013-80, de 9/4/2013, lavrado contra a empresa F S MESSIAS MATERIAL DE CONSTRUÇÃO, inscrita no CCICMS/PB sob n.º 16.161.553-8, devidamente

qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 2.277,34 (dois mil, duzentos e setenta e sete reais e trinta e quatro centavos), sendo o montante de R\$ 1.143,62 (mil, cento e quarenta e três reais e sessenta e dois centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 158, I; 160, I; com fulcro no art. 646, parágrafo único, c/c o art. 106, I, “g”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e o valor de R\$ 1.133,72 (mil, cento e trinta e três reais e setenta e dois centavos), de multa por infração, em consonância com o artigo 82, inciso II, alínea “e”, inciso V, alínea “f”, da Lei nº. 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelado, por indevido, o valor de R\$ 1.171,71 (mil, cento e setenta e um reais e setenta e um centavos), relativo ao ICMS e multa por infração.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de setembro de 2017.

NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO
Conselheira Relatora