



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 081.968.2012-7

Acórdão nº 470/2015

Recurso HIE/CRF-357/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida: AGRESTE CONSTRUÇÕES LTDA ME.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: RONALDO COSTA BARROCA

Relator : CONS.º FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A falta de recolhimento do imposto, lançado em documento de arrecadação, correspondente à diferença de alíquotas incidente nas operações de entradas interestaduais de mercadorias adquiridas por empresas Simples Nacional, constitui infração à legislação tributária estadual, passível de lavratura de auto de infração.

A comprovação de “déficit” financeiro, em virtude de despesas incorridas superiores às receitas declaradas, faz eclodir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis prevista na legislação de regência.

Redução da penalidade por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei nº 10.008/2013

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

Relatório

A C O R D A Mos membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, alterando quanto aos valores a decisão singular, mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001518/2012-40** (fl.3), lavrado em 18/7/2012, contra o contribuinte **AGRESTE CONSTRUÇÕES LTDA ME.**, CCICMS nº 16.151.415-4, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de **R\$ 51.418,88 (cinquenta e um mil, quatrocentos e dezoito reais e oitenta e oito centavos)**, sendo **R\$ 25.858,12 (vinte e cinco mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e doze centavos)** de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c os artigos 643, § 4º, I, § 6º, e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 25.560,76 (vinte e cinco mil, quinhentos e sessenta reais e setenta e seis centavos)**, de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea “e”, e inciso V, alínea “f”, da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8/6/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 33.844,12 (trinta e três mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e doze centavos)**, sendo **R\$ 2.761,12 (dois mil, setecentos e sessenta**

e um reais e doze centavos), de ICMS, e R\$ 31.083,00 (trinta e um mil e oitenta e três reais), a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

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 18 de setembro de 2015.

**Francisco Gomes de Lima Netto
Cons. Relator**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros,

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO.

Assessora Jurídica

RECURSO HIE/CRF nº 357/2014

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS – GEJUP

Recorrida: AGRESTE CONSTRUÇÕES LTDA ME.

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE CAMPINA GRANDE

Autuante: RONALDO COSTA BARROCA

Relator: CONS.º FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. LEI POSTERIOR COMINANDO PENALIDADE MENOS SEVERA. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

A falta de recolhimento do imposto, lançado em documento de arrecadação, correspondente à diferença de alíquotas incidente nas operações de entradas interestaduais de mercadorias adquiridas por empresas Simples Nacional, constitui infração à legislação tributária estadual, passível de lavratura de auto de infração.

A comprovação de “déficit” financeiro, em virtude de despesas incorridas superiores às receitas declaradas, faz eclodir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis prevista na legislação de regência.

Redução da penalidade por força da alteração da Lei nº 6.379/96, advinda da Lei nº 10.008/2013.

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

RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o presente **recurso hierárquico**, interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001518/2012-40**, lavrado em 18/7/2012, (*fl.3*), no qual o contribuinte acima identificado é acusado da(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões) descrita(s) na forma abaixo:

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

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

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao **art. 106, I, “g”, 158, I; art. 160, I, c/c art. 646, parágrafo único**, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, art. 13, §1º, XIII, “g” e “h”, da Lei Complementar nº 123/06, sendo propostas multas por infração com fulcro no **art. 82, II, “e”, V, “f”, da Lei nº 6.379/96**, com exigência de crédito tributário no valor de **R\$ 85.263,00**, sendo **R\$ 28.619,24**, de ICMS, e **R\$ 56.643,76**, de multa por infração.

Cientificado da autuação por AR – Aviso de Recebimento dos

Correios, em 24/7/2012 (*anexo fl.3*), o contribuinte tornou-se revel, consoante Termo de Revelia lavrado em 3/9/2012 (*fl.40*).

Instruem os autos, cópias da OSN nº 93300008.12.00003271/2011-75, TIF nº 93300008.13.00000260/2012-96, Demonstrativo da Conta Mercadorias e Levantamento Financeiro dos exercícios 2009 a 2011, Demonstrativo das Notas Fiscais de Entrada Não Registradas no Período 1/3/2009 a 31/12/2011, Quadro Resumo da BC do ICMS Ref. Notas Fiscais de Entrada Não Registradas, Quadro Resumo do ICMS Ref. Notas Fiscais de Entrada Não Registradas, Extratos do ATF/Declarações/GIM/Notas Fiscais de Terceiros, DANFES, Extratos de Dados do Lançamento dos DAR nºs 3004872895 e 3004843152 e TEF nº 93300008.13.00001373/2012-09 (*fls.4/39*).

Sem registro de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos (*fl.42*) à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, que fez retornar ao autuante para lavratura do Termo de Representação Fiscal Para Fins Penais, ora anexado no Processo nº 0819692012-1 em apenso, sendo estes distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que, após apreciação e análise, entendeu que o lançamento em questão foi procedido consoante as cautelas da lei, e tendo em vista que a Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2011, alterou os percentuais das multas anteriormente aplicáveis de 100% e 200%, reduzindo-as para 50% e 100%, respectivamente, previstas no art. 82, II e V, da Lei nº 6.379/96, exarou sentença (*fls.47/50*) julgando o Auto de Infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, nos termos do entendimento descrito a seguir.

“REVELIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO.

Descumprimento de preceitos normativos dispostos no RICMS/PB por parte da beneficiária repercutiu em falta de recolhimento do ICMS. Escrita fiscal que evidencia pagamentos em valor excedente ao valor de recebimento, o que se presume receitas de origem não comprovadas. Quem se mantém em estado de revelia, assume o ônus da acusação que lhe é imposta. Dormientibus non succurrit jus.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

Com os ajustes, o crédito tributário exigido passou ao montante de R\$ 56.941,12, sendo R\$ 28.619,24, de ICMS, e R\$ 28.619,24, de multa por infração, sendo cancelado, por indevido, o valor excedente de R\$ 28.321,88, lançado a título de multa por infração.

Regularmente cientificado da sentença singular, através de AR – Aviso de Recebimento dos Correios, em 18/2/2014 (fl.53), o contribuinte, mais uma vez, não se apresentou nos autos.

Em contra-arrazoado, o autuante declara concordância com o veredicto exarado pela instância julgadora singular. (fl.52)

Seguindo critério regimental previsto, os autos foram, a mim, distribuídos, para análise e decisão.

É o RELATÓRIO.

V O T O

O presente recurso hierárquico decorre de decisão da autoridade julgadora singular que entendeu pela redução do crédito tributário lançado, ao reconhecer procedente, em parte, o lançamento de ofício efetuado, acolhendo, como indevida, a parte do crédito tributário relativa aos percentuais das

penalidades excedentes a 50% e a 100%, aplicadas por falta de recolhimento do ICMS-Simples Nacional Fronteira e por omissão de saídas de mercadorias tributáveis nos períodos autuados (1º/12/2011 a 31/12/2011, 1/6/2012 a 30/6/2012, 1/1/2009 a 31/12/2009, 1/1/2010 a 31/12/2010 e 1/1/2011 a 31/12/2011), por força da alteração de seus valores previstos no art. 82, inciso II, alínea “e”, e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 6.379/96, determinados pelo art. 1º, incisos X e XII, da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013.

Em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões motivadoras da decisão proferida pela instância *a quo*, onde faço mister separar as acusações com o fim de tornar mais claro e objetivo o entendimento acerca do crédito tributário lançado.

Passo, pois, ao exame das questões.

Acusação 1:

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

Nos autos, observa-se no libelo acusatório a cobrança de ICMS-Simples Nacional Fronteira originalmente lançado através dos DAR nº 3004872895 no valor de R\$ 202,42 e DAR nº 3004843152 no valor de R\$ 392,30, não reclamados pelo contribuinte à época de suas emissões, cujos recolhimentos deixaram de ser efetuados no prazo legal.

A tributação pelo ICMS e o seu recolhimento pelo regime simplificado SIMPLES NACIONAL é opcional ao contribuinte, que, uma vez firmada a opção, fica obrigado ao recolhimento do diferencial de alíquotas devido nas operações de aquisição interestadual de mercadorias, por força do Art. 13, VII, §1º, XIII, “h”, que assim determina:

“LC nº 123/06:

(...)

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de

arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 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: (...)

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(...)”

No Estado da Paraíba, o Decreto nº 28.576/07, que dispõe sobre a aplicabilidade da LC nº 123/06, estabelece em seu Art. 10 as hipóteses em que os contribuintes enquadrados no SIMPLES NACIONAL reger-se-ão pelas regras aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, dentre elas aquela relativa à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais. Diz o Art. 10, VII, do Decreto nº 28.576/07:

“Art. 10. O contribuinte enquadrado no Simples Nacional estará obrigado a recolher o ICMS devido na qualidade de contribuinte ou responsável, observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

VII - nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, bem como do valor relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições em outros Estados, nos termos da legislação estadual.”

Na mesma linha, o RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, como legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, em seus Art. 3º, inciso XIV; Art. 14, inciso X, §3º, e Art. 106, inciso I, alínea 'g', assim determina:

“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;

(...)”

“Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na hipótese do inciso XIV do art. 3º, o valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem;

(...)

§ 3º Nos casos dos incisos IX, X e XII, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o valor ali previsto.

(...)"

"Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

I - antecipadamente:

(...)

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita, promovidas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes enquadrados no Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º, 7º e 8º (Decreto nº 28.401/07);

(...)"

Por sua vez, a Portaria nº 244/GSRE de 8 de outubro de 2004, disciplinando o disposto no Art. 106, inciso I, alínea 'g', do RICMS-PB, em seu Art. 4º, assim prevê:

"Portaria nº 244/GSRE/04

(...)

Art. 4º O disposto nesta Portaria, no que couber, aplica-se, também, às mercadorias adquiridas por contribuintes enquadrados no Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, para efeito de recolhimento do ICMS, observados os seguintes prazos de recolhimento do ICMS:

(...)"

Dessa forma, chancelo como regular o lançamento efetuado e devido o imposto originalmente

lançado através dos DAR nºs 3004872895 e 3004843152 (fls.37/38) e consignados na primeira acusação descrita no libelo acusatório em análise.

Acusação 2:

“OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO. O contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

A cobrança do ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorreu de apuração mediante a aplicação da técnica de aferição fiscal Levantamento Financeiro nos exercícios de 2009, 2010 e 2011.

O Levantamento Financeiro constitui procedimento de aferição fiscal, previsto no art. 643, I, do RICMS, que permite ao auditor fiscal concluir sobre o equilíbrio entre os somatórios dos desembolsos efetuados e as receitas auferidas pelo contribuinte.

Neste contexto, ocorrendo a hipótese de desequilíbrio aventada, dá-se a presunção legal de que o *déficit* encontrado teve origem nas vendas pretéritas omitidas, inferindo-se que foram auferidas receitas que ficaram à margem do faturamento oficial do estabelecimento e posteriormente levadas para liquidação das despesas efetuadas sem lastro financeiro.

In casu, aplicada a técnica de aferição fiscal pelo Levantamento Financeiro aos exercícios 2009, 2010 e 2011, a fiscalização constatou a ocorrência de desembolsos superiores às receitas declaradas pelo estabelecimento nos respectivos exercícios, levando à convicção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis sem a respectiva emissão de documentos fiscais, conduzindo o contribuinte à desobediência aos artigos 158, I, e 160, I, e sujeição ao art. 643, §4º, I, §6º, e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, nos termos abaixo transcrito:

“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;

(...)

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido examenas 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.

(...)

§ 4º Para efeito de aferição da regularidade das operações quanto ao recolhimento do imposto, deverão ser utilizados, onde couber, os procedimentos abaixo, dentre outros, cujas repercussões são acolhidas por este Regulamento:

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

(...)

§ 6º As diferenças verificadas em razão dos procedimentos adotados nos incisos I e II do § 4º deste artigo denunciam irregularidade de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, observado o disposto no parágrafo único do art. 646 deste Regulamento.

(...)

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:

(...)

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.”. (grifos nossos)

Observa-se ainda, nos autos, que, na aplicação da técnica de aferição pela Conta Mercadorias naqueles exercícios de 2009, 2010 e 2011, foram apurados, nos exercícios de 2010 e 2011, prejuízos brutos nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributáveis, prejuízos esses não considerados para ajuste dos valores das “omissões de vendas” apuradas em Levantamento Financeiro, de modo a reduzi-la, porquanto indevida a tributação sobre tais operações por se encontrar o ICMS pago por antecipação, ou legalmente afastada sua cobrança por isenção ou não incidência, afinal, a presunção que se instaura sobre a diferença apurada no Levantamento Financeiro há que se reportar, tão somente, à omissão de saídas tributáveis, nos termos do art. 646, parágrafo único, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

Assim sendo, realizados os ajustes, as omissões de vendas e o imposto apurado em Levantamento Financeiro, nos exercícios de 2010 e 2011, passam a compreender os seguintes valores:

.....

Exercício de 2010: (fls.13/15)

“Omissões de Vendas” apurada no Levantamento Financeiro	R\$
---	-----

104.526,73

Prejuízo Bruto Apurado na Conta
Mercadorias c/ mercadorias

401,22

sujeitas a substituição tributária, (-) R\$
isentas e/ou não tributadas

Omissões de Vendas Ajustada	R\$
------------------------------------	------------

104.125,51

ICMS Devido **R\$**
17%

.....
.....

17.701,33

Exercício de 2011: (f/s.16/18)

“Omissões de Vendas” apurada **R\$**
no Levantamento Financeiro

.....

35.672,99

Prejuízo Bruto Apurado na Conta
Mercadorias c/ mercadorias

sujeitas a substituição tributária, (-) R\$
isentas e/ou não tributadas

.....

15.840,63

..... **R\$**
..OmissõesdeVendasAjustada

19.832,36

3.371,50 **ICMS Devido** **R\$**
17%

.....
.....

Nesse sentido, já decidira esta Egrégia Corte de Julgamento, quando da análise de questão semelhante cujo Acórdão transcrevo abaixo:

“RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. OPERAÇÕES ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁDAS. PARCIALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

A denúncia de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de notas fiscais constatadas mediante levantamento financeiro suscita alteração no valor do crédito tributário correspondente, frente à constatação de que uma parte dessas saídas compreenderam mercadorias não tributáveis ou sujeitas ao regime de pagamento por substituição tributária, impondo, dessa forma, a dedução do valor das operações apontadas no Levantamento da Conta Mercadorias com mercadorias não tributáveis ou com substituição tributária da diferença tributável apurada no Demonstrativo Financeiro. Reforma da decisão recorrida.” (Acórdão nº 318/2013, D.O.E. de 11/10/2013, Rel. Consº João Lincoln Diniz Borges)

Ademais, resta a apreciação e a análise sobre as penalidades consignadas na peça basilar.

Nesse aspecto, com a edição da Lei nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8.6.2013, data posterior à lavratura do auto de infração, o art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, passou a vigorar com a redação, com efeito legal a partir de 1.9.2013, nos seguintes termos:

“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; (grifos nossos)

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, 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 outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;”(grifos nossos)

Por sua vez, a Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, arts.

105 e 106, inciso II, assim determinam:

“Art. 105. *A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.*

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.***”(grifos nossos)

Assim, nos termos dos referidos dispositivos legais, cabível se torna a redução das multas aplicadas consignadas no auto de infração em análise, de forma que devem ser no percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do ICMS-Simples Nacional Fronteira não recolhido no prazo legal, e de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, passando a configurar a composição do crédito tributário, de acordo com as acusações lançadas no libelo acusatório, na seguinte forma:

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003271/2011-75
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-SIMPLES NACIONAL
FRONTEIRA

em R\$				Valores			
CRÉDITO TRIBUTÁRIO		VALORES EXCLUÍDOS		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO			
Período	LANÇADO						
	ICMS	Multa	ICMS	Multa	ICMS	Multa	Total
1/12/2011							
a	202,42	202,42	-	101,21	202,42	101,21	303,63
31/12/2011							
1							

(DAR nº 3
00487289

5)

1/6/2012

a	392,30	392,30	-	196,15	392,30	196,15	588,45
---	--------	--------	---	--------	--------	--------	--------

30/6/2012

(DAR nº 3
00484315
2)

TOTAL	594,72	594,72	-	297,36	594,72	297,36	892,08
-------	--------	--------	---	--------	--------	--------	--------

Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003271/2011-75 DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS

em R\$

Valores

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALORES EXCLUÍDOS	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO
--------------------	-------------------	---------------------------

Período LANÇADO

	ICMS	Multa	ICMS	Multa	ICMS	Multa	Total
1/1/2009							
a	4.190,57	8.381,14	-	4.190,57	4.190,57	4.190,57	8.381,14
31/12/2009							
1/1/2010							
a	17.769,54	35.539,08	68,21	17.837,75	17.701,33	17.701,33	35.402,66
31/12/2010							
1/1/2011							
a	6.064,41	12.128,82	2.692,91	8.757,32	3.371,50	3.371,50	6.743,00
31/12/2011							
TOTAL	28.024,52	56.049,04	2.761,12	30.785,64	25.263,40	25.263,40	50.526,80

Pelas razões acima descritas, procedente é a denúncia relativa à falta de recolhimento do ICMS-Simples Nacional Fronteira e à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectadas através da técnica de aferição fiscal LEVANTAMENTO FINANCEIRO nos exercícios 2009, 2010 e 2011, com os ajustes realizados no valor apurado do imposto devido, cujas mercadorias não foram faturadas pelo contribuinte, materializando a presunção legal de omissão de vendas, todavia, indevida a parte das penalidades excedentes aos percentuais de 50% e 100% (cem por cento), respectivamente, aplicadas sobre o valor do imposto lançado em cada acusação consignada na peça basilar.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, alterando quanto aos valores a decisão singular, mantendo **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00001518/2012-40** (fl.3), lavrado em 18/7/2012, contra o contribuinte **AGRESTE CONSTRUÇÕES LTDA ME.**, CCICMS nº 16.151.415-4, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de **R\$ 51.418,88 (cinquenta e um mil, quatrocentos e dezoito reais e oitenta e oito centavos)**, sendo **R\$ 25.858,12 (vinte e cinco mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e doze centavos)** de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c os artigos 643, § 4º, I, § 6º, e art. 646, parágrafo único, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 25.560,76 (vinte e cinco mil, quinhentos e sessenta reais e setenta e seis centavos)**, de multa por infração, nos termos do art. 82, inciso II, alínea “e”, e inciso V, alínea “f”, da Lei nº 6.379/96, com a nova redação dada pela Lei Estadual nº 10.008/2013, publicada no D.O.E. em 8/6/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de **R\$ 33.844,12 (trinta e três mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e doze centavos)**, sendo **R\$ 2.761,12 (dois mil, setecentos e sessenta e um reais e doze centavos)**, de ICMS, e **R\$ 31.083,00 (trinta e um mil e oitenta e três reais)**, a título de multa por infração, com fundamento nas razões acima citadas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 18 de setembro de 2015.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro Relato