



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

Processo nº 068.545.2011-8

Acórdão 002/2014

Recursos HIE/VOL/CRF- nº184/2013

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

1ª Recorrida: SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP

2ª Recorrente: SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: HUMBERTO PAREDES DE ARAÚJO

Relator: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. AJUSTES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. CONTRAPROVA. DESCONFIGURAÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONFIRMAÇÃO. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- Constatadas aquisições de mercadorias com numerário advindo da omissão de saídas pretéritas, pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, sendo, todavia, excluído o montante referente às operações interestaduais, cujas cópias não puderam ser acostadas aos autos pela fiscalização.
- Desconstituição da acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada mediante o levantamento da Conta Mercadorias, em virtude da inclusão do valor do estoque final, ante apresentação do Livro Registro de Inventário pelo contribuinte.
- Confirmada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pela constatação de os pagamentos efetuados terem superado as receitas auferidas, através do Levantamento Financeiro, em face da ausência de contraprova nos autos.
- Multa reduzida mediante aplicação retroativa de lei tributária posterior que estabelece penalidade menos severa, por força do Princípio da Retroatividade Benigna, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional – CTN.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, a unanimidade, e, de acordo com o voto do relator pelorecebimento do recurso hierárquicopor regular, e do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo **DESPROVIMENTO do primeiro e PROVIMENTO PARCIAL do segundo**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, mantendo-se, contudo, **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000244/2011-90**, lavrado em 01/06/2011, contra a empresa **SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP**, inscrita no CCICMS sob o nº 16.100.351-6, para declarar como devido o ICMS no valor de **R\$ 185.524,51** (cento e oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte e quatro reais e cinquenta e um centavos) por infringência aos arts.158, I e 160, I e art. 646 e seu

parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração no valor de **R\$ 185.524,51** (cento e oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte e quatro reais e cinquenta e um centavos), com supedâneo no art. 82, V, alíneas “a” e “f” da Lei 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05/06/2013, perfazendo o crédito tributário o importe de **R\$ 371.049,03** (trezentos e setenta e um mil e quarenta e nove reais e três centavos).

Ao tempo em cancelo, por indevido, o montante de R\$ 632.571,42, sendo R\$ 149.015,64 de ICMS e R\$ 483.555,79 de multa por infração, com fundamento nas razões expendidas neste voto.

Registre-se que deve ser procedida à exclusão dos sócios administradores do pólo da responsabilidade solidária da autuação, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN, tal como decretou a instância singular de julgamento.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do artigo 730, § 1º, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de janeiro de 2014.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO–CONS. RELATOR

Processo nº 0685452011-8

Recursos HIE/ VOL/CRF nº 184/2013

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

1ª Recorrida: SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP

2ª Recorrente: SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante: HUMBERTO PAREDES DE ARAÚJO

Relator: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO

RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. AJUSTES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONTA MERCADORIAS. CONTRAPROVA. DESCONFIGURAÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CONFIRMAÇÃO. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

-Constatadas aquisições de mercadorias com numerário advindo da omissão de saídas pretéritas, pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios, sendo, todavia, excluído o montante referente às operações interestaduais, cujas cópias não puderam ser acostadas aos autos pela fiscalização.

-Desconstituição da acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada mediante o levantamento da Conta Mercadorias, em virtude da inclusão do valor do estoque final, ante apresentação do Livro Registro de Inventário pelo contribuinte.

-Confirmada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pela constatação de os pagamentos efetuados terem superado as receitas auferidas, através do Levantamento Financeiro, em face da ausência de contraprova nos autos.

-Multa reduzida mediante aplicação retroativa de lei tributária posterior que estabelece penalidade menos severa, por força do Princípio da Retroatividade Benigna, em observância à previsão contida no art. 106, II do Código Tributário Nacional –CTN.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc

Relatório

Submetidos ao exame desta Corte Administrativa Fiscal os Recursos Hierárquico e Voluntário, em conformidade com os arts. 128 e 125 da Lei nº 6.379/96, respectivamente, em face de sentença monocrática que julgou **parcialmente procedente** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000244/2011-90 (fl. 03), lavrado em 01/06/2011, contra a empresa SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP, em função das seguintes irregularidades:

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 sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através do levantamento Conta Mercadorias. Exercício 2007.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS >> 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. Exercícios 2006 e 2008.

Instruem os autos os documentos e demonstrativos de fls. 12 a 135.

Regularmente cientificada da autuação, a empresa, através do sócio administrador, apresentou reclamação tempestiva (fls. 139 a 143), tendo solicitado a nulidade do lançamento sob a alegação de que os valores do estoque final de 2007 não estariam corretos e que o auto de infração contém valores em desacordo com o demonstrativo das notas fiscais não registradas. Ao final, requereu a conversão do feito fiscal em diligência quanto aos valores informados pela fiscalização, tendo acostado documentação probante (fls. 144 a 158)

Dentro do prazo processual de defesa, foi apresentada nova reclamação (fls. 161 a 173), em que a autuada suscitou preliminar de decadência em relação aos meses de janeiro a junho de exercício de 2006, bem como ilegitimidade passiva dos proprietários da empresa como coresponsáveis tributários. No mérito, arguiu que os métodos de fiscalização utilizados com base no arbitramento de lucro não se aplicam à empresa, por ser a mesma detentora de escrita contábil regular, discorreu sobre a inconstitucionalidade da multa aplicada e, por fim, requereu o desprovimento total do auto de infração.

Em sede de contestação (fls. 174 a 176), o autuante acatou os erros apontados na primeira reclamação, tendo reconstituído o crédito tributário e informado sobre a geração de outro auto de infração referente à acusação detectada via Levantamento Financeiro de 2007.

Com informação de não haver antecedentes fiscais da empresa e, encerrada a fase de preparação, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos

Fiscais - GEJUP, de onde retornaram ao autuante para que acostasse cópia do livro Registro de Inventário 2007, em razão da falta de repercussão tributária decorrente da alteração no levantamento da Conta Mercadorias (fls. 182/ 183).

Em cumprimento à referida solicitação, foram anexados aos autos os documentos e demonstrativos de fls. 185 a 202, sendo confirmada a redução do crédito tributário pelo autuante e a posterior lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00000325/2011-90 pela acusação de omissão de saídas tributáveis constatada através do Levantamento Financeiro de 2007, conforme informação prestada na fl. 210.

Em retorno a GEJUP, o processo foi novamente devolvido para atender pedido de perícia contábil, assim entendida pela julgadora como de revisão fiscal, a fim de que o contribuinte fosse notificado a recolher honorários e indicar seu assistente técnico, sendo-lhe, inclusive, concedido prazo dilatatório para cumprimento da solicitação. Contudo, não houve manifestação do contribuinte nesse sentido (fls. 213 a 222).

Com retorno dos autos a GEJUP, foi novamente solicitada diligência cujo cumprimento se deu pela juntada de cópias das notas fiscais não lançadas relativas às operações interestaduais (fls. 228 a 237).

Aportando os autos na GEJUP, foi ainda acostada documentação referente ao Processo nº 1318192001-8 (fls. 238 a 244) e, na sequência, requerida nova diligência para que o autuante procedesse à separação dos valores das mercadorias tributáveis e de substituição tributária informados no estoque final de 2007 (fl. 245).

Em atendimento, o autuante prestou informação fiscal para esclarecer que a empresa comercializa somente produtos sujeitos à tributação normal (fl. 246).

Com o retorno definitivo do processo a GEJUP, foi proferida sentença pela julgadora fiscal Ramana Jodafe N. Fernandes, decretando a PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração, com interposição de recurso de ofício, tendo o crédito tributário resultado na quantia de R\$ 556.308,33, sendo R\$ 185.436,11 de ICMS e R\$ 370.872,22 de multa por infração (fls. 249 a 264).

Notificada acerca da decisão de primeira instância em 29/01/2013 (Aviso de Recebimento - fl. 267), a autuada, representada pelo sócio administrador, interpôs Recurso Voluntário em 28/02/2013 (fls. 268 a 279), consoante as seguintes razões:

- a) Atesta ser a peça recursal tempestiva e, na sequência, alega que a sentença monocrática ainda carece de retoques por não ter levado em consideração que a empresa está enquadrada no regime do Simples Nacional desde julho de 2007, cujo recolhimento dos tributos é feito à luz da Lei Complementar nº 123/2006 e, nesse raciocínio, a soma tributária calculada sob a alíquota de 17%, no auto de infração, estaria equivocada;
- b) Aduz que “em momento algum há qualquer determinação ou previsão legal de aplicação de penalidades com base nessas legislações de regências dos tributos elencados, tampouco que na apuração do crédito tributário supostamente devido, seja desconsiderada a Lei Complementar que institui e regulamenta o SIMPLES NACIONAL”;
- c) Tece vasto comentário acerca da multa aplicada de 200%, tratando-a como afronta aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e ao da razoabilidade, colacionando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, requer o desprovemento do auto de infração em exame e a reforma da decisão recorrida, ao tempo em que pede deferimento de SUSTENTAÇÃO ORAL, na sessão de julgamento a ser realizada por este Conselho.

Instado a se pronunciar, o autuante ofereceu contrarrazões (fl. 231), sustentando que o fato de a empresa estar submetida ao regime do Simples Nacional não a exime de registrar notas fiscais de aquisições como prevê a Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011. Entende ser aplicável à infração a alíquota de 17%, consoante a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, citando Acórdão CRF 042/2011. Ao final, manifesta concordância com o julgamento de procedência da autuação.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Inicialmente, cabe informar que o recurso da autuada atende ao pressuposto da tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 721 do RICMS/PB, cujas razões serão apreciadas juntamente com os fundamentos da sentença, por força do recurso de ofício.

A lide em exame reporta-se às seguintes infrações tributárias:

I – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO, períodos compreendidos entre 2006 a 2008.

A denúncia de aquisição de mercadorias, constatada pela falta de registro nos livros próprios de nota fiscal emitida em nome da empresa autuada, tem por fundamento a presunção de que estas foram adquiridas com receitas oriundas de vendas pretéritas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto devido, conforme autorização contida no art. 646 do RICMS/PB, in verbis:

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, autoriza a presunção de omissão da saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (grifo nosso)

Tratando-se de uma presunção relativa, tem o Estado o privilégio da inversão do *onus probandi*, cabendo ao contribuinte apresentar prova documental da insubsistência do lançamento de ofício. No caso, a empresa não atacou a acusação mediante apresentação de qualquer elemento de prova, tendo suscitado questão preliminar de decadência, na primeira fase de julgamento do processo.

Nesse ponto, faço registrar que não houve decadência para os períodos do exercício de 2006, posto que a contagem do prazo para a Fazenda estadual efetuar o lançamento teve início em 01/01/2007 e findou em 31/12/2011, em consonância com a regra estabelecida pelo art. 173, I, do CTN. Logo, como a ciência do auto de infração se efetivou em 06/06/2011, deu-se a constituição regular do lançamento, restando descartada a decadência. Confirma-se, ainda, a exclusão dos sócios administradores do pólo da responsabilidade solidária da autuação, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN, tal como decretou a instância singular de julgamento.

Quanto ao mérito da acusação, vale salientar que as notas fiscais apontadas como não registradas referem-se a **operações internas**, sendo suficientes as informações obtidas exclusivamente no banco de dados do sistema desta Secretaria (ATF), atestando a emissão de notas fiscais por contribuintes do Estado (Declaração de Terceiros), destinadas à empresa autuada, para aplicar a supracitada presunção; bem como se referem a **operações interestaduais** e, neste caso, devem estar acompanhadas das respectivas cópias das notas fiscais para complementar as informações obtidas do Sistema Átomo, que porventura passaram pelos postos fiscais de fronteira.

A despeito da ausência de provas por parte da recorrente, merecem ser retiradas da acusação, as notas fiscais abaixo discriminadas, referentes às operações interestaduais, cujas cópias não puderam ser acostadas aos autos pela fiscalização:

Período	NF	Emitente	Valor
Abril/2006	92845	Votorantim Celulose e Papel S/A	3.
	229149	TNL PCS S/A	
Julho/2006	2579	Bematech	1.
Fev/2008	103230	Comercial Imp. Sepia	1.
		Total a ser excluído:	6.

À autuada caberia, exclusivamente, na condição de detentora de toda documentação a ela destinada, provar a improcedência da presunção, por exemplo, através da comprovação dos pagamentos das aquisições levantadas pela fiscalização mediante os correspondentes lançamentos no livro Caixa, contudo a mesma não trouxe qualquer elemento probatório aos autos, prevalecendo, portanto, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis contida no supracitado art. 646 do RICMS/PB.

II – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - CONTA MERCADORIAS, exercício 2007 e LEVANTAMENTO FINANCEIRO, exercícios 2006 e 2008.

De início, há de se reconhecer a legitimidade do procedimento fiscal adotado para detectar a **omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido recolhimento do imposto**, com base no exame da escrita fiscal do contribuinte, com arbitramento de lucro em virtude da falta de comprovação nos autos da existência de escrita contábil da empresa, nos moldes estabelecidos no art. 643, §§ 4º e 3º do RICMS, *in verbis*:

De início, há de se reconhecer a legitimidade do procedimento fiscal adotado para detectar a **omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido recolhimento do imposto**, com base no exame da escrita fiscal do contribuinte, com arbitramento de lucro em virtude da falta de comprovação nos autos da existência de escrita contábil da empresa, nos moldes estabelecidos no art. 643, §§ 4º e 3º do RICMS, *in verbis*:

Art. 643. [...]

§ 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 nosso)

Em relação aos métodos de procedimento fiscal — Demonstrativo Financeiro e levantamento da Conta Mercadorias, atente-se que a conclusão dos trabalhos de fiscalização culminou em um só tipo de infração, qual seja a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido recolhimento do imposto, conforme autoriza o art. 646 do RICMS/PB, cabendo à fiscalização adotar o procedimento de maior monta, o que foi observado nos exercícios fiscalizados, conforme se verifica dos demonstrativos acostados aos autos (fls. 12/ 13, 66/ 67, 107/ 108).

Ainda na primeira fase de julgamento, a autuada insurgiu-se contra o resultado do levantamento da Conta Mercadorias (fl. 66), em razão da ausência de valores do estoque final, tendo acostado aos autos cópias de seu livro Registro de Inventário (fls. 185 a 202), que se constituiu em elemento de prova suficiente para desconstituir a acusação, conforme se verifica do novo levantamento retificado pela fiscalização (fl. 203).

Em face da falta de repercussão tributária do levantamento da Conta Mercadorias, após inclusão dos valores constantes do Registro de Inventário da empresa, que não foi apresentado na ocasião da fiscalização, o autuante, de forma diligente, procedeu à lavratura de outro auto de infração para exigir a diferença tributável detectada via Levantamento Financeiro de 2007, que já havia sido elaborado, contudo ficou prejudicado em função do valor originalmente lançado a partir do levantamento da Conta Mercadorias. Quanto a este novo lançamento – Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000325/2011-90 – entendo não haver óbice na sua formalização, desde que submetido aos trâmites legais do processo administrativo tributário, haja vista a não ocorrência do *bis in idem*, ante a constatação de improcedência do levantamento da Conta Mercadorias 2007 (fls. 203/ 204).

No que tange especificamente ao Demonstrativo Financeiro, é possível, através desta técnica de auditoria, constatar que os pagamentos superaram as receitas auferidas pela empresa durante o exercício fiscalizado, ensejando, assim, a presunção legal de omissão de saídas tributáveis, cabendo ao contribuinte a contraprova da acusação, conforme autoriza o parágrafo único do art. 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

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, autoriza 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. (g.n)

In casu, devem prevalecer as diferenças tributáveis encontradas nos Levantamentos Financeiros de 2006 e 2008 (fls. 13 e 108), por terem sido de maior valor, absorvendo àquelas apuradas nos levantamentos da Conta Mercadorias de mesmo exercícios, tendo em vista que a recorrente não trouxe aos autos quaisquer elementos probantes com vistas a contraditar os dados coletados pela fiscalização em relação à presente acusação, razão por que devem subsistir os valores de ICMS a recolher em conformidade com os referidos demonstrativos.

Sendo assim, as acusações revestem-se da legalidade necessária, levando à convicção de que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis sem a respectiva emissão de documentos fiscais, conduzindo à desobediência ao disposto nos arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB, transcritos a seguir:

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;

III – DA ALÍQUOTA DO ICMS E DA MULTA APLICADA AO CASO

Ao atacar os fundamentos da decisão singular, a recorrente não negou a autoria das práticas infracionais em exame, no entanto se insurge contra a alíquota de ICMS de 17% e o percentual de 200% da multa aplicada, sob a alegação de que a empresa está enquadrada no regime do Simples Nacional desde julho de 2007, cujo recolhimento dos tributos é feito à luz da Lei Complementar nº 123/2006 e, em seu entender, não haveria determinação ou previsão legal de aplicação de penalidades com base em outras legislações de regências dos tributos.

No tocante aos contribuintes enquadrados no regime do Simples Nacional, convém esclarecer que para a acusação de omissão de saídas tributáveis, presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, em regra, 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 art. 13, § 1º, XIII, „e? e „f? da LC 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 (vigente à época dos fatos), 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:

[...]

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008 (vigente até 28/12/2011)

Art. 9º 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

[...]

§ 2º Não serão observadas as disposições da Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, 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. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 50, de 22 de dezembro de 2008) (Vide art. 26 da Resolução CGSN nº 50, de 2008).

(g.n.)

Da interpretação das normas supracitadas, conclui-se que sobre o valor tributável decorrente da omissão de saídas tributáveis presumidamente ocorridas sem a respectiva emissão de documentos fiscais, devem incidir as alíquotas e percentuais de multa estabelecidos na legislação tributária estadual do ICMS, e não as alíquotas diferenciadas previstas para o Simples Nacional. Logo, para a base de cálculo apurada, incide ICMS calculado com alíquota interna de 17%, como efetuado pela fiscalização, assim como a respectiva multa aplicada nos percentuais estabelecidos pela Lei estadual do ICMS – L. nº 6.379/96.

A recorrente se opõe ainda contra o percentual da multa aplicada, por entender que atenta contra os princípios constitucionais de vedação ao confisco e ao da razoabilidade, tendo colacionando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Sobre o assunto, vale destacar que as multas tributárias dependem de expressa disposição legal e consistem em penalidades administrativas resultantes de infração, por parte do contribuinte, a uma obrigação fiscal definida em lei. Sua aplicação é de iniciativa da autoridade administrativa, conquanto em estrita observância ao princípio da legalidade. Destarte, não pode ser invocada em favor da recorrente a tese de afronta ao princípio constitucional da vedação ao confisco, porquanto não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade, conforme determina o art. 99 da Lei nº 6.379/96.

Por último, cabe assinalar a aplicação de multa em perfeita consonância com as infrações ora tratadas, nos termos do art. 82, V, alíneas “a” e “f” da Lei 6.379/96, reduzida recentemente através da **Lei nº 10.008, de 05/06/2013, que passou a produzir efeitos a partir de 01/09/2013**. Diante da alteração superveniente da lei tributária, faz-se mister invocar o Princípio da Retroatividade Benigna, assim denominado pela adoção da lei posterior mais benéfica a fatos pretéritos, em razão do que estabelece o **art. 106, II, alínea “c” do Código Tributário Nacional** – CTN, é concedida ao contribuinte a aplicação retroativa de lei posterior que lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, desde que a demanda não tenha sido definitivamente julgada, haja vista a natureza de lei complementar conferida ao CTN, que prevalece sobre lei ordinária.

Por força do supracitado princípio, a multa cominada às infrações tributárias remanescentes, será correspondente ao percentual de 100% (cem por cento), nos termos do art. 82, V, da Lei 6.379/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.008, de 05/06/2013, *in verbis*:

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):

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;

[...]

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;

(Nova redação dada ao “caput” do inciso V do art. 82 pelo inciso XII do art. 1º da Lei nº 10.008/13 - DOE de 06.06.13 – REPUBLICADA POR INCORREÇÃO NO DOE DE 08.06.13. EFEITOS A PARTIR DE 01.09.13)

Assim, em razão das considerações expostas, o crédito tributário remanescente passa a apresentar

a seguinte composição:

INFRAÇÃO	PERÍODO FATO GERADOR		BASE DE CALCULO	ICMS (R\$)		
	INÍCIO	FIM				
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/01/2006	31/01/2006	309,21	52,57		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/02/2006	28/02/2006	596,24	101,36		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/03/2006	31/03/2006	150,23	25,54		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/04/2006	30/04/2006	654,56	111,27		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/06/2006	30/06/2006	1.040,86	176,95		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/07/2006	31/07/2006	12,78	2,17		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/08/2006	31/08/2006	12.440,00	2.144,80		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/12/2006	31/12/2006	911,00	154,87		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/01/2007	31/01/2007	552,15-	93,87		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/03/2007	31/03/2007	6.545,61	1.112,75		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/10/2007	31/10/2007	2.948,80	501,30		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/11/2007	30/11/2007	4.438,57	754,56		
Falta de	01/02/2008	28/02/2008	-	-		

lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios						
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/06/2008	30/06/2008	2.250,01	382,50		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/07/2008	31/07/2008	4.660,14	792,22		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/08/2008	31/08/2008	2.611,76	444,00		
Falta de lançamento de NF de Aquisição nos livros próprios	01/11/2008	30/11/2008	573,90	97,56		
Omissão de Saídas de merc. Tributáveis – C. Mercadorias	01/01/2007	31/12/2007	-	-		
Omissão de Saídas de merc. Tributáveis – C. Mercadorias						

EX POSITIS,

V O T O – pelo recebimento do **recurso hierárquico** por regular, e do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo **DESPROVIMENTO do primeiro e PROVIMENTO PARCIAL do segundo**, para alterar quanto aos valores a sentença prolatada na instância singular, mantendo-se, contudo, **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000244/2011-90**, lavrado em 01/06/2011, contra a empresa **SUDIPEL SUZETE DISTRIBUIDORA DE PAPEL LTDA. EPP**, inscrita no CCICMS sob o nº 16.100.351-6, para declarar como devido o ICMS no valor de **R\$ 185.524,51** (cento e oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte e quatro reais e cinquenta e um centavos) por infringência aos arts. 158, I e 160, I e art. 646 e seu parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e multa por infração no valor de **R\$ 185.524,51** (cento e oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte e quatro reais e cinquenta e um centavos), com supedâneo no art. 82, V, alíneas “a” e “f” da Lei 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05/06/2013, perfazendo o crédito tributário o importe de **R\$ 371.049,03** (trezentos e setenta e um mil e quarenta e nove reais e três centavos).

Ao tempo em cancelo, por indevido, o montante de R\$ 632.571,42, sendo R\$ 149.015,64 de ICMS e R\$ 483.555,79 de multa por infração, com fundamento nas razões expendidas neste voto.

Registre-se que deve ser procedida à exclusão dos sócios administradores do pólo da responsabilidade solidária da autuação, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN, tal como decretou a instância singular de julgamento.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de janeiro de 2014.

FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO
Conselheiro Relator