



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

Processo Nº171.945.2013-3

Recursos HIE/VOL/CRF Nº170/2016

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

1ªRecorrida:FERRAÇO COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA.

2ªRecorrente:FERRAÇO COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER.REG.DA TERCEIRA REGIÃO.

Autuante:GERALDO FERREIRA DOS SANTOS FILHO.

Relatora:CONSª.DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

ERRO NA CONTA GRÁFICA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N.F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. SIMPLES NACIONAL. REDUÇÃO DA PENALIDADE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O aproveitamento como crédito fiscal de valores pagos a título de antecipação, quando o contribuinte era optante do Simples Nacional, não observou a legislação do regime de tributação. A falta de registro das notas fiscais relativas às aquisições de mercadorias é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

O resultado do confronto entre os desembolsos efetuados e as receitas auferidas pelo contribuinte, apurado em Levantamento Financeiro, denunciam omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, não ilidida pelo sujeito passivo.

Ajustes realizados no Levantamento Financeiro, em razão de prejuízo bruto com mercadorias isentas e não tributadas, acarretaram a redução do crédito tributário.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, desprovimento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002003/2013-48, lavrado em 26/11/2013, contra a empresa FERRAÇO COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA, inscrição estadual nº 16.163.450-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.006.807,11 (um milhão, seis mil oitocentos e sete reais e onze centavos), sendo R\$ 505.649,32 (quinhentos e cinco mil, seiscentos e quarenta e

nove reais e trinta e dois centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 106; 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, art. 14, §13, do Decreto nº 28.576/2007 e art. 13 da Lei Complementar 123/2006, e R\$ 501.157,79 (quinhentos e um mil, cento e cinquenta e sete reais e setenta e nove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, III e V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 86.246,28 (oitenta e seis mil, duzentos e quarenta e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 43.056,76 (quarenta e três mil, cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos)

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de dezembro de 2017.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, GILVIA DANTAS MACEDO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THÁIS GUIMARÃES TEIXEIRA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e (Ausência da Conselheira) NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002003/2013-48, lavrado em 26/11/2013, contra a empresa FERRAÇO COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA, inscrição estadual nº 16.163.450-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/2/2009 e 31/12/2011, constam as seguintes denúncias:

- ERRO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS (ERRO NO TRANSPORTE DE VALORES) >>
Reconstituindo a Conta Gráfica do ICMS, constataram-se erros no transporte de valores que resultaram na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

A CONTA GRÁFICA DE ICMS APROPRIOU-SE DE CRÉDITO PROVENIENTE DE PAGAMENTO DE IMPOSTO DO SIMPLES NACIONAL, POIS A OCORRÊNCIA FOI OBSERVADA NA APURAÇÃO DOS MESES DE JANEIRO E FEVEREIRO DE 2010 COM O TRANSPORTE DA RECEITA 1124 (ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTEIRA).

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documento(s) fiscal(is) , com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL).

Nota Explicativa:

CONSTATOU-SE QUE O CONTRIBUINTE INCORREU EM REINCIDÊNCIA DE INFRAÇÃO DA MESMA NATUREZA NOS DEMAIS MESES DE MARÇO, JUNHO, JULHO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2009, POR ISSO A COBRANÇA DO IMPOSTO ACONTECE POR FORA DO REGIME ESPECIAL DO SIMPLES NACIONAL.

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documento(s) fiscal(is) , com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL).

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ATINGIU A FAIXA DE FATURAMENTO NO EXERCÍCIO DE 2009 PARA A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DO SIMPLES NACIONAL À RAZÃO DE 3,10%, SENDO A COBRANÇA EM CONFORMIDADE À INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 015/2012/GSER.

- 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.

Nota Explicativa:

A INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA OCORREU TAMBÉM AO LONGO DOS EXERCÍCIOS DE 2010 E 2011, POIS A OMISSÃO CONSTATOU-SE QUANDO O CONTRIBUINTE ESTAVA SOB O REGIME DE APURAÇÃO NORMAL.

- 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 detectada através de Levantamento Financeiro.

Nota Explicativa:

A REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA EXIGIU A APLICAÇÃO CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA de 3,10% EM FACE DE O CONTRIBUINTE SUBMETER-SE AO REGIME DE APURAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL NO EXERCÍCIO DE 2009, CONFORME OS PRECEITOS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 015/2012/GSER, ALÉM DISSO, OS EXERCÍCIOS DE 2010 E 2011 SUJEITARAM-SE À CARGA TRIBUTÁRIA DE 17% EM RAZÃO DO REGIME DE PAGAMENTO NORMAL.

Foram dados como infringidos os artigos 54, 55 e 106; arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e art. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou art. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, com proposição das penalidades previstas no artigo 82, III, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, e art. 16, II da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou art. 87, II Res. CGSN nº 094/2011, sendo apurado um crédito tributário de R\$ 1.093.053,39, sendo, R\$ 548.706,08, de ICMS e R\$ 544.347,31, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 16/12/2013, conforme AR (fl. 300), a autuada apresentou Impugnação, em 3/1/2014 (fls. 312), tendo, o autuante, oposto contestação, conforme fls. 325-327.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 330), e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, declarando devido um crédito tributário de R\$ 1.075.087,28, sendo R\$ 537.477,26, de ICMS e R\$ 537.610,02, de multa por infração, com indicativo de Recurso de Ofício para o Conselho de Recursos Fiscais (fls. 332-345).

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, conforme AR datado de 5/5/2016 (fl. 348), a autuada apresentou recurso voluntário em 3/6/2016 (fls. 350-366), onde aponta as seguintes razões:

- Afirma que é descabida a acusação de que a empresa efetuou pagamentos com recursos provenientes de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, tendo em vista que a contabilidade da empresa demonstra a existência de Caixa que proporcionou a compra das mercadorias, aditando que todas as mercadorias foram contabilizadas.

- No tocante à acusação de Falta de Lançamento de Nota Fiscal nos Livros Próprios, diz que o Fisco elaborou planilhas a partir de cheques supostamente sem pagamentos correspondentes e que não há obrigação acessória que obrigue o contribuinte a emitir um único cheque para pagamento de cada obrigação financeira.

- Tece considerações sobre as infrações de Falta de Recolhimento do ICMS e Pagamento Extra Caixa, declarando que o Fisco não trouxe elementos suficientes para a constituição da infração.

- Insurge-se contra a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento) e da penalidade de 200% (duzentos por cento), declarando que como optante do Regime do Simples Nacional não poderia ter sido autuado fora das regras da LC nº 123/2006.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

É o relatório.

VOTO

Em exame os recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002003/2013-48, lavrado em 26/11/2013, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncias relatadas.

De início, afasto a responsabilidade dos sócios da empresa do polo passivo da lide, tendo em vista não constarem provas, nos autos, de que agiram com má fé, de modo a caracterizar a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN, *verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Erro na Conta Gráfica

(erro no transporte de valores)

Nesta acusação a fiscalização glosou valores apropriados pela empresa, na coluna outros créditos, decorrentes de pagamentos efetuados sob a rubrica 1.124 – ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTERIA (fl. 23), tendo efetuado a reconstituição da Conta Gráfica do ICMS, encontrando uma diferença de R\$ 11.228,82, conforme demonstrativo (fl. 81).

Em primeira instância, o julgador singular considerou nula a acusação por entender que não descrescia com exatidão o fato apurado, contrariando o disposto no art. 142 do CTN, *verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Não pactuamos de tal entendimento, na nossa perspectiva a matéria tributável se refere à cobrança de fatos geradores, devidamente registrados nos livros fiscais, que foram compensados por créditos fiscais, supostamente indevidos, originários de pagamentos efetuados na rubrica 1124 – ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTERIA.

Assim, a fiscalização apontou como indevidos os valores de 11.245,46 e R\$ 6.553,84, apropriados no Livro de apuração do ICMS, nos períodos de janeiro e fevereiro de 2010, respectivamente.

Com efeito, os valores apropriados se referem a períodos em que o contribuinte estava submetido ao Regime Normal de Tributação, onde, a princípio, seria natural o direito à apropriação como crédito fiscal dos valores recolhidos a título de antecipação do imposto.

No entanto, o valor de R\$ 11.245,46, apropriado no mês de janeiro de 2010, se refere a pagamento do ICMS SIMPLES NACIONAL FRONTERIA, referente ao mês de dezembro/2009, quando o contribuinte estava sob o Regime do Simples Nacional, assim, o aproveitamento, como crédito fiscal, dos valores pagos a título de antecipação do imposto, deverão obedecer ao previsto no art. 14, § 13, II e II, abaixo transcrito:

Art. 14. A exclusão de ofício, da ME, da EPP e do MEI, do regime tributário de que trata a Lei Complementar nº 123/06, Simples Nacional, nas hipóteses previstas no art. 5º da Resolução CGSN nº 15/07, a emissão do Termo de Exclusão, o registro e o julgamento dos recursos formalizados, respeitarão as disposições contidas na Lei Complementar nº 123/06.

(...)

§ 13. O contribuinte desenquadrado do Simples Nacional por ato voluntário, por exclusão de ofício ou impedido de recolher o ICMS em razão do excesso de receita bruta em relação ao limite adotado neste Estado, deverá:

(...)

I - ser enquadrado no Regime Normal de Recolhimento, a partir da data do efeito da exclusão, sujeitando-se à regra própria do respectivo regime e ao pagamento da totalidade do ICMS, com os acréscimos legais, na conformidade da legislação estadual;

II - escriturar o estoque existente na data do referido evento, podendo, na proporcionalidade deste, creditar-se do imposto, porventura destacado nos documentos fiscais, bem como do ICMS referente ao diferencial de alíquota devido nas aquisições em outras unidades da Federação. (g.n.).

No caso dos autos, a recorrente não apresentou as informações de estoque

necessárias para determinar a proporcionalidade, de que trata o dispositivo acima, entre as saídas eventualmente efetuadas quando o contribuinte estava enquadrado no regime do Simples Nacional e o estoque final do exercício, disponível para comercialização no exercício seguinte, quando houve o reenquadramento para o regime normal, referente às mercadorias objeto do aproveitamento do crédito fiscal.

Portanto, em divergência com a decisão singular, mantenho intacto o lançamento fiscal, por considerar que se procedeu segundo o estabelecido na legislação de regência.

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, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, ao constatar compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no livro Registro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 133, 145-147 e 218-220).

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, 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**, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (g.n.).*

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que 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 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;

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

No caso em exame, o contribuinte nada trouxe aos autos que pudesse ilidir a acusação de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Portanto, considero corretos os valores levantados pela fiscalização e referendados pela julgadora singular.

Levantamento Financeiro

A denúncia trata de diferença tributável detectada em Levantamento Financeiro, onde a fiscalização apurou diferenças tributáveis, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011 (*fls. 78, 80 e 83*), que foram objeto de lançamento no presente auto de infração.

O método está respaldado na nossa legislação e se consubstancia pelo confronto de todas as receitas da empresa com as despesas operacionais, não operacionais e as disponibilidades em caixa e em bancos, partindo do princípio de que as receitas da empresa devem ser suficientes para satisfazer todos os dispêndios do estabelecimento, assim considerados não apenas a aquisição de mercadorias para a revenda, mas, também, às despesas com pessoal, água, energia, pro labore, materiais de uso e consumo, aluguéis, e outras.

O procedimento é largamente utilizado e aceito como meio de aferição fiscal, estando disciplinado no artigo 643 do RICMS/PB, sendo que as diferenças verificadas denunciam irregularidade por omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção estabelecida no artigo 646 do RICMS, conforme dispositivos transcritos abaixo:

Art. 643. No interesse da Fazenda Estadual, será procedido exame nas 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.

(...)

§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 de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, será exigido livro Caixa, com 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; (g.n.).

§ 5º Na ausência da escrituração do livro Caixa, que trata o § 3º, para que se possa levar a efeito o demonstrativo financeiro referido no parágrafo anterior, os saldos no início e no final do exercício serão considerados inexistentes.

§ 6º As diferenças verificadas em razão do confronto fiscal denunciam irregularidade, observado o disposto no art. 646.

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 (Decreto nº 28.259/07).

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.

Assim, sendo constatado que as receitas auferidas não foram suficientes para fazer frente às despesas do estabelecimento, nos exercícios considerados, aplica-se a presunção de

que a diferença apresentada é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, restando ao sujeito passivo o direito de provar a improcedência da acusação com documentos que atestem a não ocorrência do fato gerador presumido.

No caso dos autos, as receitas da empresa nos exercícios considerados não foram suficientes para fazer frente às suas despesas, no entanto, o levantamento da Conta Mercadorias constatou prejuízo bruto com mercadorias isentas e não tributáveis, no valor de R\$ 113.077,24, no exercício de 2010 e de R\$ 140.197,81, no exercício de 2011, importâncias que devem ser abatidas das diferenças encontradas no Levantamento Financeiro dos respectivos exercícios.

Assim, ratifico o valor referente ao exercício de 2009, mas procedo aos ajustes dos valores correspondentes aos exercícios de 2010 e 2011, conforme planilhas abaixo:

Empresa Optante do Simples Nacional

Há que se observar que as empresas integrantes do Simples Nacional, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal ou que adquiram mercadorias em outras Unidades da Federação sujeitas à antecipação do imposto, devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas na forma da, como prevê o art. 13, §1º, XIII, “f”, da Lei Complementar 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: (g.n.).*

(...)

XIII - ICMS devido:

(..)

f) na operação ou prestação desacombertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal. (g.n.)

Logo, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter às alíquotas às alíquotas e penalidades aplicáveis às demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas e penalidades do próprio regime de tributação, na forma disposta no art. 82, § 2º, da Resolução CGSN nº 094/2011, abaixo transcrita:

Art. 82. *Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 34)*

§ 1º *A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federado não desobrigará:*

*I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias; ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 18, **caput** e § 3º)*

II - da emissão de documento fiscal previsto no art. 57, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos do inciso II do art. 97. ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 26, inciso I e § 1º)

§ 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, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da [Lei Complementar nº 123, de 2006](#). ([Lei Complementar nº 123, de 2006](#), art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º).*

Como observado, nas operações em que foi apurada omissão de saídas tributáveis, sem a respectiva emissão de documento fiscal, é correta a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento) e dos percentuais de multa estabelecidos na Lei nº 6.379/96, assim, também, caberia a aplicação desses percentuais às infrações de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição e Levantamento Financeiro, ocorridas no exercício de 2009, quando o contribuinte pertencia ao regime do Simples Nacional.

No entanto, a recuperação de tais valores está inviabilizada em razão da decadência.

Dessa forma, fica o crédito tributário assim constituído:

Redução da Penalidade

No tocante à penalidade, foi correta a aplicação dos percentuais constantes nos arts. 82, III, e V, “f” da Lei nº 6.379/96, conforme redação que se segue:

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

(...)

III - de 60% (sessenta por cento) aos que deixarem de recolher o imposto em virtude de haver registrado de forma incorreta, nos livros fiscais, o valor real das operações ou prestações;

(...)

V – de 100% (cem 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;

Assim, procedo, também, à redução da multa, ao patamar de 100% (cem por cento), na forma prescrita no art. 82, V, “f”, ao valor apurado no mês de fevereiro de 2009, ficando o crédito tributário assim constituído:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, desprovimento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar quanto aos valores a sentença monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002003/2013-48, lavrado em 26/11/2013, contra a empresa FERRAÇO COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA, inscrição estadual nº 16.163.450-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.006.807,11 (um milhão, seis mil oitocentos e sete reais e onze centavos), sendo R\$ 505.649,32 (quinhentos e cinco mil, seiscentos e quarenta e nove reais e trinta e dois centavos), de ICMS, por infringência aos arts. 106; 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, art. 14, §13, do Decreto nº 28.576/2007 e art. 13 da Lei Complementar 123/2006, e R\$ 501.157,79 (quinhentos e um mil, cento e cinquenta e sete reais e setenta e nove centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, III e V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 86.246,28 (oitenta e seis mil, duzentos e quarenta e seis reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 43.056,76 (quarenta e três mil, cinquenta e seis reais e setenta e seis centavos), de ICMS e R\$ 43.189,42 (quarenta e três mil, cento e oitenta e nove reais e quarenta e dois centavos), de multa por infração.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de dezembro de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora