Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº044.824.2014-0
Recurso VOL/CRF Nº003/2016
TRIBUNAL PLENO
Recorrente:GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.
Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER.REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO.
Autuantes:JOSÉ DOMINGOS MOURA ALVES/HÉLIO GOMES CAVALCANTI FILHO.
Relatora:DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. PRELIMINARES AFASTADAS. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. SIMPLES NACIONAL. AJUSTES. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há nulidade quando o lançamento fiscal atende as formalidades da legislação em vigor.
Sendo apurada omissão de receitas, prevalece a aplicação do art. 173, I, do CTN, na verificação do lustro decadencial.
As diferenças apuradas no Levantamento Financeiro ensejam a ocorrência de omissão de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme presunção relativa contida na legislação de regência, não elidida pelo sujeito passivo.
Na hipótese de apuração de omissão de receitas, com empresas do Simples Nacional, aplica-se a legislação das demais pessoas jurídicas.
Ajustes realizados 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 voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente proce*dente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000533/2014-32, lavrado em 31/3/2014, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.154.132-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 1.143.418,02 (um milhão, cento e quarenta e três mil, quatrocentos e dezoito reais e dois centavos), sendo R$ 571.709,01 (quinhentos e setenta e um mil, setecentos e nove reais e um centavo), de ICMS, nos termos dos artigos 158, I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

e art. 13, §1º, XIII, ‘f”, da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 571.709,01 (quinhentos e setenta e um mil, setecentos e nove reais e um centavo), de multa, nos termos dos artigos 82, V, “f”, da Lei n° 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de R$ 453.385,30 (quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), sendo R$ 226.692,65 (duzentos e vinte e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais sessenta e cinco centavos), de ICMS, e R$ 226.692,65 (duzentos e vinte e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais sessenta e cinco centavos), referente a multa por infração.

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 17 de novembro de 2017.

Doricléciado Nascimento Lima Pereira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000533/2014-32, lavrado em 31/3/2014, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., inscrição

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

estadual nº 16.154.132-1, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2009 e 31/12/2012, constam as seguintes denúncias:

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).

- OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte optante do Simples Nacional 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.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I e 160, I c/c parágrafo único do art. 646, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, c/fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030 de 7/2/2008, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R$ 1.596.803,32, sendo, R$ 798.401,66, de ICMS, e R$ 798.401,66, de multa por infração.

Cientificada, da ação fiscal, em 30/4/2014, por via postal, conforme AR *(fl. 429)*, a autuada apresentou reclamação, em 28/5/2014 *(fls. 430-439)*.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 480)*, e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Adriana Cássia Lima Urbano, que expediu diligência no sentido de serem reavaliados os lançamentos efetuados à luz das alegações da reclamante na peça de defesa e os novos documentos anexados aos autos.

Prestada informação fiscal, pelo autuante *(fls. 486-487)*, onde foram efetuadas correções nos valores referentes à acusação de falta de lançamento de nota fiscal de aquisição, nos exercícios de 2009, 2010 e 2012 *(fls. 483-485)*, sendo mantidos os valores da acusação de omissão de saídas por diferença encontrada no Levantamento Financeiro, onde a reclamante não apresentou provas de contabilidade regular.

Com o retorno do processo à GEJUP, a julgadora monocrática decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R$ 1.594.714,42, sendo R$ 797.357,21, de ICMS e R$ R$ 797.357,21, de multa por infração, dispensando o recurso hierárquico para o Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80, § 1º, I, da Lei nº 10.094/2013 (*fls.492-501).*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Notificado, da decisão de primeira instância, por via postal, conforme AR *(fl. 504)*, a autuada, através de advogado, apresentou recurso voluntário, em 23/12/2015, apontando as seguintes razões *(fls. 506-530)*:

- Em preliminar, argui a nulidade do lançamento fiscal referente ao levantamento financeiro, por i) inexatidão e incorreção da técnica fiscal empregada, aludindo que os indícios levantados pela fiscalização não estão documentalmente comprovados, em especial os valores dispendidos a título de *pro labore*, honorários contábeis e duplicatas a pagar no próximo exercício; ii) inadequação da técnica fiscal, nos termos do art. 643, §§ 3º e 4º, aduzindo que a empresa possui contabilidade regular centralizada.

- Suscita a decadência do crédito tributário relativos até o período de março de 2014, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, sob o argumento de que se trata de caso de imposto declarado com pagamento a menor.

- Alega a improcedência do auto de infração, em virtude de a fiscalização i) não ter computado os valores referentes a empréstimos tomados pela empresa; ii) não ter aplicado a alíquota do Regime do Simples Nacional; iii) por equívoco na aplicação da penalidade, na forma do art. 82, V, “a”, da Lei Estadual nº 6.379/96, entendendo ser aplicável a alíquota prevista no art. 16, I, da Resolução CGSN nº 30/2008.

- Alternativamente, requer a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 34, IV, do RICMS/PB.

- Por fim, requer a reforma do auto de infração, julgando-se nulo pelos vícios formais apontados, ou que se julgue parcialmente improcedente por não haver razão da presunção de omissão de vendas, ou, ainda, se julgue parcialmente improcedente por cancelando-se o crédito decorrente da aplicação de alíquota superior e o decorrente da aplicação da multa indevida, tudo isto após a redução da base de cálculo prevista na legislação.

Com anexação de documentos, os autos foram remetidos a este Colegiado e, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

VOTO

Em exame o recurso *voluntário*, interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000533/2014-32, lavrado em 31/3/2014, contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminares

De início, cabe-nos considerar que o lançamento fiscal se procedeu conforme os requisitos do art. 142 do CTN, não se incluindo nos casos de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), *verbis*:

Art. 14. *São nulos:*

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. *Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.*

Art. 17. *Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional,*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Há que ser ressaltado que os motivos alegados pela recorrente, tratam de matéria de mérito, as quais analisaremos adiante, mas que não possuem o condão de anular o presente auto de infração.

Assim, afasto a preliminar por entender que o lançamento fiscal atendeu às formalidades da legislação em vigor, não se vislumbrando nenhum elemento que comprometa o direito de defesa da recorrente.

Decadência

Passaremos à análise da decadência suscitada pela recorrente relativa aos créditos tributários, referentes a fatos geradores ocorridos até 31 de março de 2014.

Como se sabe a decadência, no direito tributário, é a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento, em razão de decurso de prazo instituído em lei.

Neste sentido, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a
Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder a homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013, que veio a introduzir modificações no Processo Administrativo Tributário, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação especifica de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3° Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, o lançamento fiscal trata de irregularidades onde se presume a ocorrência de omissão de fatos geradores do imposto, em razão da falta de registro das Notas Fiscais de aquisição nos livros próprios.

Portanto, não há que se falar em imposto declarado com pagamento a menor, como expôs a recorrente, pois os fatos geradores referentes às saídas realizadas não foram computados na apuração mensal do ICMS, nada havendo o que se homologar. Assim, os valores omitidos devem ser providenciados através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial, conforme o art. 173, I, do CTN, acima transcrito.

Assim, em relação aos fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2009 e 31/3/2009, a decadência só se operaria em 1º/1/2015, ou seja, decorridos 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Dessa forma, considero que esses lançamentos não são passíveis de extinção pela decadência, tendo em vista que o lançamento fiscal se consolidou, em 31/3/2014, com a ciência do contribuinte.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição

A primeira denúncia trata de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição, conforme demonstrativos nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, conforme relatório (*fls. 18, 52, 73 e 97)*.

Com efeito, ao deixar de efetuar o registro de notas fiscais, referentes às aquisições do estabelecimento, presume-se que o contribuinte omitiu receitas pretéritas, caracterizando saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, impondo ao infrator o ônus da prova negativa da presunção, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, *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*** *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.* **(g.n.)**.

Assim, a simples constatação da ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas denota que foram realizadas compras sem utilização de receita legítima constante do caixa escritural, fazendo nascer a presunção de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, em afronta aos 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;

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

A matéria é bastante conhecida e com entendimento sedimentado neste Colegiado, conforme acórdão nº 016/2012, da relatoria do Cons. João Lincoln Diniz, cuja ementa, abaixo, reproduzimos:

Processo nº 0710642010-7

Recurso HIE/CRF-231/2011

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO REGISTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. RECONHECIMENTO PARCIAL DAS INFRAÇÕES. PARCELAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

As aquisições de mercadorias com notas fiscais não lançadas nos assentamentos próprios do contribuinte, motiva a presunção de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Igualmente, comprovou-se a ocorrência de operações de remessa de bonificação e de doação que não motivam repercussão tributária pela falta de desembolso financeiro, o que fez sucumbir, parcialmente, a presunção regulamentar, alcançando a verdade material e a liquidez do crédito tributário devido. Parcelamento do crédito tributário remanescente.

Tratando-se de presunção relativa, "*juris tantum*", admite prova em contrário para ilidir os fatos apontados pela fiscalização, no entanto, a autuada, em razão da revelia, nada trouxe aos autos que pudesse ser usado como meio de prova em sua defesa.

Em primeira instância, diante da comprovação do registro nos livros fiscais, a julgadora singular excluiu os valores referentes às Notas Fiscais nº 431131, de 28/11/2009, nº 4954, de 3/12/2009, nº 6065, de 23/12/2009, nº 20585, de 31/3/2010, nº 38590, de 26/4/2010, 70329, de 2/11/2010, 18786, de 22/11/2010, 60053, de 23/7/2012 e 3799, de 14/12/2012.

Assim, ratifico os termos da decisão singular para manter a acusação, considerando que a recorrente não trouxe ao processo qualquer fato novo que pudesse ilidir o lançamento fiscal.

Levantamento Financeiro

No tocante à acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada em Levantamento Financeiro, ressaltamos que 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assim, parte 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;

§ 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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.

Como se observa, a denúncia encontra respaldo em nossa legislação, sendo matéria bastante conhecida deste Colegiado, onde a ocorrência da infração se verifica por presunção legal, *juris tantum*.

Assim, sendo constatado que as receitas auferidas não foram suficientes para fazer frente às despesas do estabelecimento, no exercício considerado, aplica-se a presunção de que 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 em comento, a fiscalização apurou diferença tributável nos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, conforme demonstrativos *(fls. 10-17)*.

Mantida a acusação na instância singular, há que se destacar que os alegados empréstimos tomados pela empresa não podem ser considerados, em vista que os documentos apresentados no recurso se referem ao estabelecimento CNPJ 07.613.248/0001-77 e não ao estabelecimento autuado, CNPJ 07.613.248/0003-39.

Também, deve ser ressaltado que a técnica fiscal utilizada encontra respaldo no art. 643, §§ 3º e 4º, do RICMS/PB, não havendo nenhuma objeção que seja aplicada, também, aos estabelecimentos industriais.

No entanto, deve ser reconhecido que a fiscalização não comprovou a origem dos valores alocados a título de *pro labore*, honorários contábeis e duplicatas a pagar no próximo exercício, mesmo após solicitação de diligência neste sentido *(fl. 649)*, pelo que procedo à exclusão das respectivas

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

parcelas, conforme planilhas abaixo:

Base de Cálculo Reduzida

No caso em comento, tratando-se de estabelecimento industrial, não comporta a redução de base de cálculo prevista no art. 34, IV, do RICMS/PB, que apenas se aplica aos bares, restaurantes e estabelecimentos similares, conforme se segue:

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

(...)

IV - até 30 de abril de 2000, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98 e 05/99).

Prorrogado até 30.09.19 o prazo do inciso IV do art. 34 pela alínea "d" do inciso II do art. 1º do Decreto nº 37.365/17 - DOE de 29.04.17 (Convênio ICMS 49/17).

Empresa Optante do Simples Nacional

Sendo a empresa optante do regime do Simples Nacional, há que se observar estas que devem se sujeitar às disposições da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, quando praticarem operações desacobertadas de documento fiscal, na forma prevista no art. 13, §1º, XIII, "f", da Lei

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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 desacobertada de documento fiscal****;*

Logo, nesses casos, os optantes do Simples Nacional devem se submeter à legislação de regência das demais pessoas jurídicas, não comportando a aplicação de alíquotas do próprio regime de tributação, na forma disposta no art. 82, § 2 º, 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)*

§ 1 º 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 § 3 º)*

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 § 1 º)

§ 2 º 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 § 1 º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1 º,*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4 º). ***(g.n.).***

Portanto, constatada a ocorrência de omissão de vendas, devem ser aplicadas as alíquotas e penalidades previstas na legislação do ICMS do Estado da Paraíba, visto que a própria legislação do Simples Nacional remete para a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Dessa forma, procedidos aos ajustes, fica o crédito tributário assim constituído:.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, para alterar os valores da sentença monocrática que julgou *parcialmente proce*dente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000533/2014-32, lavrado em 31/3/2014, contra a empresa GG INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.154.132-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 1.143.418,02 (um milhão, cento e quarenta e três mil, quatrocentos e dezoito reais e dois centavos), sendo R$ 571.709,01 (quinhentos e setenta e um mil, setecentos e nove reais e um centavo), de ICMS, nos termos dos artigos 158, I e 160, I; c/fulcro no artigo 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e art. 13, §1º, XIII, ‘f”, da Lei Complementar n° 123/2006, e R$ 571.709,01 (quinhentos e setenta e um mil, setecentos e nove reais e um centavo), de multa, nos termos dos artigos 82, V, “f”, da Lei n° 6.379/96, com as alterações dadas pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, cancelo o montante de R$ 453.385,30 (quatrocentos e cinquenta e três mil, trezentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), sendo R$ 226.692,65 (duzentos e vinte e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais sessenta e cinco centavos), de ICMS, e R$ 226.692,65 (duzentos e vinte e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais sessenta e cinco centavos), referente a multa por infração.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 17 de novembro de 2017.

DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA
Conselheira Relatora

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Phoca PDF