



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0898222015-1

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: DPF DISTRIBUIDORA DE PEÇAS PARA FOLGÕES LTDA

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: GEORGE ANTONIO DE CARVALHO FALCAO

Relatora: CONS.^a DAYSE ANNYEDJA GONCALVES CHAVES

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – DENÚNCIAS COMPROVADAS EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO MONOCRÁTICA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICM-PB. Entretanto, tal presunção somente se aplica aos documentos fiscais que acobertem operações mercantis onerosas, nas quais fique comprovada a repercussão tributária.

- Por força do que estabelece o artigo 646 do RICMS/PB, cabe ao contribuinte o ônus da prova da improcedência da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis lastreada nos resultados identificados por meio da Conta Mercadorias. In casu, a recorrente trouxe aos autos alguns elementos aptos a comprovar a regularidade de parte de suas operações e, com isso, afastar parte da denúncia descrita na inicial. No exercício de 2013, restou configurada a concorrência de infrações consistentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de levantamento da Conta Mercadorias, exceto a parte do Termo Complementar de infração e em 2014 foi afastada a exigibilidade dos créditos, em virtude da ocorrência de CMV negativo quando da realização da Conta Mercadorias.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.

00000980/2015-72, lavrado, em 23/6/2015 e a improcedente o Termo Complementar de infração, contra a empresa DPF DISTRIBUIDORA DE PEÇAS PARA FOGÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.220.090-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário, no valor de R\$

44.172,24 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e dois reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 22.086,12 (vinte e dois mil, oitenta e seis reais e doze centavos), de ICMS, por infração aos arts. 158, I, 160, I com fulcro no art, 646 , arts. 158, I, 160, I ambos do RICMS-PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, R\$ 22.086,12 (vinte e dois mil, oitenta e seis reais e doze centavos), a título de multa por infração nos termos do artigo 82, V, “f”, art. 82, V, “a”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantém cancelado o montante de R\$ 15.436,30 (quinze mil, quatrocentos e trinta e seis reais e trinta centavos), sendo R\$ 7.718,15 (sete mil, setecentos e dezoito reais e quinze centavos) de ICMS e o mesmo montante a título de multa.

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Assessor Jurídico

Relatório

O Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000980/2015-72, lavrado, em 23/6/2015, contra a empresa DPF DISTRIBUIDORA DE PEÇAS PARA FOGÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.220.090-0, relativamente a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2013 e 2014, denuncia:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. FISCAL DE AQUISIÇÃO>> Aquisição de mercadorias consignadas em documentos fiscais com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido. (SIMPLES NACIONAL).

- OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS >>

Contrariando dispositivos legais, o contribuinte optante do Simples Nacional omitiu saídas de mercadorias tributáveis, resultando na falta de recolhimento do ICMS. Irregularidade esta detectada através de levantamento da Conta Mercadorias.

Sendo dado como infringidos os arts. 158, I, 160, I com fulcro no art. 646, arts. 158, I, 160, I ambos do RICMS-PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f”, art. 82, V, “a”, todos da Lei nº 6.379/96.

E apurado um crédito tributário no valor de **R\$ 58.291,82 (cinquenta e oito mil, duzentos e noventa e um reais e oitenta e dois centavos)**, sendo **R\$ 29.145,92 (vinte e nove mil, cento e quarenta e cinco reais e noventa e dois centavos)** de ICMS e o mesmo valor a título de multa.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal em 29/6/2015, fl. 4, a autuada apresentou impugnação em 29/7/2015, fls (13 a 28), na qual inicia discorrendo sobre a tempestividade da defesa; a) Aduz que a multa de 3 UFR por nota fiscal não lançada é ilegal; b) Argumenta que a fundamentação com base no art. 119, VIII c/c art. 276 é equivocada; c) Esclareceu que as notas fiscais 3054184, 3071695 e 70555 referem-se a certificado digital e sua leitora, não fazendo parte do estoque da empresa; d) Relata que a empresa foi autuada por embaraço à fiscalização, mas que sempre atendeu todas as solicitações e se colocou à disposição para quaisquer esclarecimentos; e) Que esta empresa se trata de uma filial e que a fiscalização se deu após o pedido de baixa; f) Junta um relatório contábil com uma relação de notas fiscais as quais alega que estão registradas na contabilidade, logo, em datas posteriores à sua emissão; g) Discorre sobre o princípio do não confisco, alega que a multa é abusiva e, por fim, requer que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente.

Com a informação de que não constam antecedentes fiscais, fl. 29, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, a qual devolveu para repartição preparadora com a finalidade efetuar o saneamento, tendo em vista não constar no processo o número das notas fiscais e/ou chave de acesso da NF-e, por ser uma informação imprescindível para efeito de apreciação do julgamento, fl. 31.

Ato contínuo, o fiscal autuante juntou ao processo um relatório com o número das notas fiscais fl. 33, bem como cópias das referidas notas, fls. 34 a 38, em seguida os autos foram conclusos e remetidos novamente para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuído à Julgadora fiscal ELIANE VIEIRA BARRETO COSTA a qual devolveu o processo em diligência tendo em vista a concorrência das denúncias omissão de saídas de mercadorias tributáveis (apurada no levantamento da conta mercadorias) e a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios.

Devido ao fato de o fiscal autuante estar afastado de suas atividades, a diligência fora distribuída ao Auditor Fiscal Lecivaldo Cavalcante de Lacerda Lima, fl. 44, o qual efetuou as correções necessárias e lavrou o Termo Complementar de Infração em 7/12/2017, fl. 46, o qual resultou na infração abaixo:

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

Com fundamentação legal os arts. 158, I, 160, I ambos do RICMS-PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “a”, todos da Lei nº 6.379/96.

Sendo atribuído um crédito tributário no montante de R\$1.316,72 (um mil, trezentos e dezesseis reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 658,36 de ICMS e o mesmo valor a título de multa para o período de 2013, com relação ao exercício de 2014 o CMV ficou negativo, portanto, não há diferença a ser cobrada.

Cientificada por AR (aviso de recebimento) em 18/12/2017, fl. 50, a autuada se manifestou tempestivamente em 12/1/2018, fls, 51 a 59, na qual, em síntese, inicialmente discorre sobre a tempestividade da impugnação, ressalta que a autuação se deu devido ao processo de pedido de baixa, que as notas fiscais relacionadas pelo fiscal autuante tratavam-se de ativo fixo da empresa e que todo imposto decorrente dessa operação já fora recolhido, por fim, requer a total improcedência do auto de infração.

Em seguida o processo retornou para GEJUP para julgadora Eliane Vieira Barreto Costa a qual julgou o auto de infração parcialmente procedente, conforme ementa, a qual peço vênia para transcrever:

EMENTA: OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – CONTA MERCADORIAS – DENÚNCIAS COMPROVADAS EM PARTE.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios conduz à presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto estadual, nos termos do artigo 646 do RICM-PB. Entretanto, tal presunção somente se aplica aos documentos fiscais que acobrem operações mercantis onerosas.

- Quanto o exercício de 2013, restou configurada a concorrência de infrações consistentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectadas através de levantamento da Conta Mercadorias, exceto a parte do Termo Complementar de infração.

- Afastada a exigibilidade dos créditos relativos ao exercício de 2014, em virtude da ocorrência de CMV negativo quando da realização da Conta Mercadorias.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância, pessoalmente, em 11/12/2017, (fls. 461), a recorrente apresentou recurso voluntário, em 10/1/2018, conforme (fls. 463 a 476) com anexos às fls. (477 a 674).

No seu recurso, após tecer alguns comentários sobre a tempestividade, vem abordar os seguintes pontos:

- a) Não pode concordar com a autuação porque não realizou omissão de saídas tributáveis;
- b) Aduz que os autos encontram-se eivados de irregularidades, haja vista o percentual absurdo de 3 UFR sobre um valor que sequer foi aproveitado como crédito;
- c) Segue reforçando que o imposto da NF 303.848 DE 25/9/13 foi pago por meio do extrato de pagamento (fatura) e esta mercadoria é destinada ao ativo fixo da Empresa;
- d) Alega que o enquadramento legal se deu de forma aleatória e que há vários erros materiais, que a maioria das notas fiscais relacionadas trata-se de notas fiscais de transferência de mercadorias;
- e) Questiona o percentual de 30% aplicado como presunção de venda;
- f) Informa que a recorrente também foi autuada por embarço, mas que sempre esteve à disposição da fiscalização e prestou todas as informações solicitadas;
- g) Reforça que as notas fiscais foram lançadas e junta relatórios contábeis os quais, segundo ela, confirma o lançamentos das notas fiscais;
- h) Por fim, pede acolhimento e provimento do recurso dando-lhe pela insubsistência das infrações.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos na forma regimental.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame Recurso Voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00000980/2015-72, lavrado, em 23/6/2015, contra a empresa em epígrafe, Sendo dado como infringidos os arts. 158, I, 160, I com fulcro no art, 646 , arts. 158, I, 160, I ambos do RICMS-PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 com fulcro nos arts. 9º e 10 da Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f”, art. 82, V, “a”, todos da Lei nº 6.379/96.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, e a fundamentação legal, no decorrer do processo foram realizados alguns ajustes os quais são prejudicaram o andamento do processo, concedendo à recorrente oportunidade para se manifestar sobre os referidos ajustes.

Desta feita, não identificamos incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, conforme se depreende dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de

infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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, 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.”.

Superados os aspectos formais, passemos ao mérito.

Inicialmente, resta claro que a recorrente faz uma certa confusão em sua defesa, no momento em que traz alegações sobre infrações que não estão inseridas no auto de infração em análise (AI nº 93300008.09.00000980/2015-72), desta forma, não temos como nos aprofundar em suas alegações pois são estranhas ao feito, tais como: que os autos encontram-se eivados de irregularidades, haja vista o percentual absurdo de 3 UFR sobre um valor que sequer foi aproveitado como crédito, que a recorrente também foi autuada por embarço, mas que sempre este à disposição da fiscalização e prestou todas as informações solicitadas.

A acusação está baseada em duas denúncias, a de omissão de saídas pretéritas por falta de lançamento de notas de aquisição e a de omissão de saídas tributáveis, apurada com base no levantamento da conta mercadorias.

Já constatada em primeira instância a concorrência entre as duas infrações para o mesmo período, as notas fiscais tidas como não lançadas devem ser incluídas no levantamento da conta mercadorias, assim procedeu a julgadora de primeira instância devolvendo o processo em diligência de modo que fossem refeitos os levantamentos da conta mercadoria, o resultado da diligência foi um complemento para o exercício de 2013 e a constatação de que não havia diferença para o exercício de 2014.

OMISSÃO DE SAÍDAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos 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;

Para aqueles que incorrerem na conduta descrita nos artigos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “f”, estabelece a seguinte penalidade:

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):

(...)

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;

Ante o exposto, entendo que o embasamento Legal utilizado para fundamentar a infração cometida estava em consonância com a legislação tributária vigente à época. A correta tipificação da infração tem sua razão de ser na exatidão da penalidade a ser imposta ao infrator.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante esclarecermos que, para a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, o artigo 646 do RICMS/PB autoriza a presunção de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto*.

Este comando normativo, ao garantir o direito à Fazenda Pública de recuperar o ICMS incidente sobre operações pretéritas, o fez presumindo que todas elas foram realizadas com mercadorias tributáveis.

Assim, a exigência dos créditos não está relacionada diretamente às mercadorias consignadas nestas notas fiscais, mas sim a operações pretéritas, cujas receitas não foram oferecidas à tributação e que possibilitaram ao contribuinte adquirir as mercadorias que se encontram descritas nas notas fiscais.

Na peça recursal a recorrente repisa as alegações trazidas na defesa, de que as notas fiscais foram lançadas na contabilidade e apresenta relatórios contábeis (relatórios internos) fls. 25 e 26, todavia, tais relatórios não são Livros Contábeis registrados nos órgãos competentes, logo, não podem ser utilizados como prova para elidir a acusação, como muito bem fundamento na primeira instância.

Por outro lado, assiste razão à recorrente quanto à alegação de que as notas fiscais 3054184, 3071695, fls. 22 e 23, são notas de simples faturamento remessa para entrega futura, trata-se de operação não onerosa, portanto não houve desembolso financeiro e, conseqüente, sem repercussão tributária, corretamente excluídas na primeira instância.

Ressaltamos que a presunção do art. 646, é relativa, cabendo ao contribuinte provar o contrário, no caso em epígrafe, além da alegação acima, a recorrente, não trouxe ao processo, justificativas que elidissem a acusação.

Ainda na via recursal, a recorrente juntou ao processo, fls. 87 a 92, cópias de seis notas fiscais de números: 7, 6, 5, 3, 1, 2, respectivamente, logo, essas notas não têm nenhuma relação com o referido processo, o fiscal autuante juntou à fl. 33 a 38 a relação de notas fiscais não escrituradas e que embasaram a autuação, quais sejam: NFs 303848, 70555, 3054184, 3071695 e 897, com as cópias de cada uma delas.

Ante o exposto, mantenho inalterada a decisão de primeira instância para essa denúncia.

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS – CONTA MERCADORIAS

A Conta Mercadorias – Lucro Presumido é uma técnica fiscal que se aplica aos casos em que o contribuinte não possui contabilidade regular, circunstância em que se arbitra o lucro de 30% (trinta por cento) sobre o Custo das Mercadorias Vendidas - CMV. Caso o valor das vendas seja inferior ao CMV acrescido deste lucro, a legislação tributária estadual autoriza a fiscalização a lançar mão da presunção de que houve saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Esta conduta conduz à presunção de que o contribuinte realizou saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto correspondente, nos termos do que dispõem os artigos 3º, § 9º, da Lei nº 6.379/96; 643, § 4º, II e 646 do RICMS/PB, *in verbis*:

Lei nº 6.379/96:

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

§ 8º O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa e bancos, suprimentos a caixa e bancos 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 ou de prestações de serviços sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

§ 9º A presunção de que cuida o § 8º, 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, assim 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 ou Vendidos, conforme o caso.

RICMS/PB:

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 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.

(...)

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

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

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos art. 158, I, e art. 160, I, ambos do RICMS/PB, os quais transcrevemos 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;

Como forma de garantir efetividade ao comando insculpido nos dispositivos anteriormente reproduzidos, a Lei nº 6.379/96, em seu artigo 82, V, “a”, estabeleceu a penalidade aplicável àqueles que violarem as disposições neles contidas.

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;

A presunção de que trata o artigo 646 do RICMS/PB, contudo, é relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.

Quanto ao exercício de 2014, importante destacar que a apuração do CMV por parte da fiscalização apresentou resultado negativo, o valor das transferências por saídas mais o estoque final superou o

estoque inicial somando às aquisições de mercadorias mais entradas por transferências no período. Por refletir em situação atípica, desta forma, essa constatação direciona o auditor fiscal a utilizar outras técnicas de auditoria, haja vista que evidencia outras hipóteses de irregularidades, conforme delineado na decisão de primeira instância.

Valendo-se do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, comparece aos autos a recorrente questionando o percentual de 30% utilizado pelos auditores para efetuar o arbitramento do montante devido, resta-nos esclarecer que referido percentual tem previsão legal no art. 643, § 4º, II, conforme demonstrado acima, não cabendo ao auditor fiscal nem aos órgãos de julgamento pronunciar-se quanto à sua constitucionalidade, conforme preceitua o art. 55 da Lei nº 10.094/2013, o qual peço vênha para transcrever:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Oportunamente, a recorrente alega que a NF 303848 de 25/9/13 trata-se de bem destinado ao ativo fixo da Empresa, não fazendo parte da conta mercadorias, assim como na primeira instância, entendo que a NF 303848 deve ser retirada do cálculo do Termo Complementar, pois tais bens não fazem parte do estoque da empresa. Desta fora, mantenho a decisão de primeira instância em seus termos.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008. 00000980/2015-72, lavrado, em 23/6/2015 e a improcedente o Termo Complementar de infração, contra a empresa DPF DISTRIBUIDORA DE PEÇAS PARA FOGÕES LTDA., inscrição estadual nº 16.220.090-0, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário, no valor de R\$ 44.172,24 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e dois reais e vinte e quatro centavos), sendo R\$ 22.086,12 (vinte e dois mil, oitenta e seis reais e doze centavos), de ICMS, por infração aos arts. 158, I, 160, I com fulcro no art. 646, arts. 158, I, 160, I ambos do RICMS-PB aprovado pelo Decreto 18.930/97 com fulcro nos arts. 9º e 10 da

Res. CGSN nº 030/2008 e/ou arts. 82 e 84 da Res. CGSN nº 094/2011, R\$ 22.086,12 (vinte e dois mil, oitenta e seis reais e doze centavos), a título de multa por infração nos termos do artigo 82, V, “f”, art. 82, V, “a”, todos da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o montante de R\$ 15.436,30 (quinze mil, quatrocentos e trinta e seis reais e trinta centavos), sendo R\$ 7.718,15 (sete mil, setecentos e dezoito reais e quinze centavos) de ICMS e o mesmo montante a título de multa.

Segunda Câmara, Sala das Sessões do Conselho de Recursos Fiscais, em 31 de Janeiro de 2019.

DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES

Conselheira Relatora