

PROCESSO Nº 1879222017-7

ACÓRDÃO Nº 0391/2021

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: VERA LÚCIA DA SILVA

Relator: CONSELHEIRO SUPLENTE HEITOR COLLETT.

ICMS - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO - ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

*- A ocorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento Financeiro, dá ensejo à cobrança de ICMS e penalidade devida sobre a diferença, nos termos do artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB.*

*- Excluídos da cobrança parte dos lançamentos referentes a esta acusação, em decorrência da apresentação de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal, fato que resultou na procedência parcial do auto de infração.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo inalterada a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003233/2017-58 (fl. 3), lavrado em 29 de dezembro de 2017, contra a empresa, NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA, (CCICMS: 16.119.577-6), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 54.237,35 (cinquenta e quatro mil, duzentos e trinta e sete reais e trinta e cinco centavos), sendo de ICMS R\$ 27.118,67 (vinte e sete mil, cento e dezoito reais e sessenta e sete centavos), por infringência aos artigos 158, I, 160, I c/ fulcro no artigo 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, e R\$ 27.118,67 (vinte e sete mil, cento e dezoito reais, sessenta e sete centavos) a título de multa por infração, fundamentada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, a quantia de R\$ 42.500,01 (quarenta e dois mil, quinhentos reais, e um centavo), pelas razões expostas no voto.

Intimações necessárias, a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

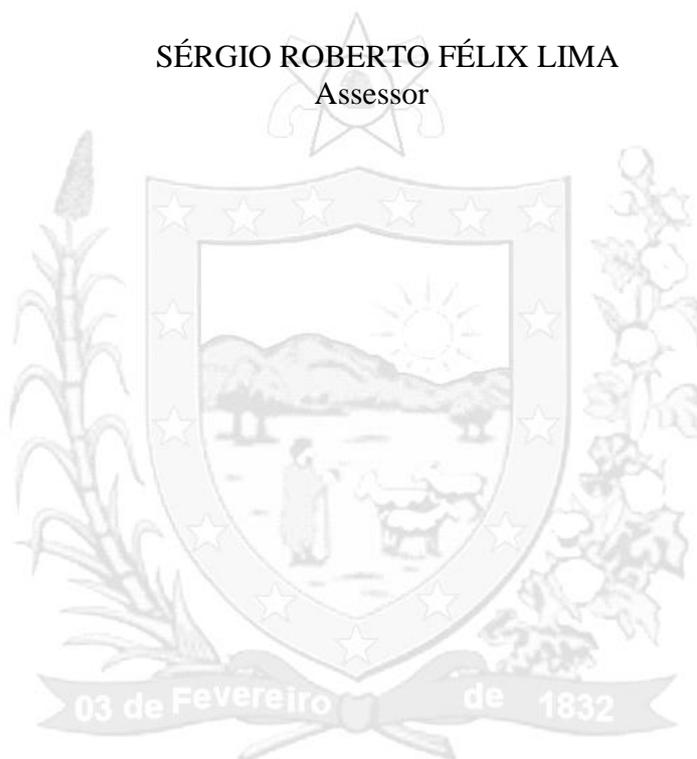
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de julho de 2021.

HEITOR COLLETT  
Conselheiro Relator (Suplente)

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E LEONARDO DO EGITO PESSOA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor



PROCESSO Nº 1879222017-7

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: VERA LÚCIA BANDEIRA DE SOUZA

Relator: CONSELHEIRO SUPLENTE HEITOR COLLETT.

ICMS - OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS - LEVANTAMENTO FINANCEIRO – ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- A ocorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através do Levantamento Financeiro, dá ensejo à cobrança de ICMS e penalidade devida sobre a diferença, nos termos do artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB.

- Excluídos da cobrança parte dos lançamentos referentes a esta acusação, em decorrência da apresentação de provas capazes de elidir o resultado da ação fiscal, fato que resultou na procedência parcial do auto de infração.

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso hierárquico interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003233/2017-58**, lavrado em 29 de dezembro de 2017, em desfavor da empresa, **NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA**, inscrição estadual nº 16.119.577-6.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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 >> Conforme demonstrativo – “Levantamento Financeiro”, Exercício 2013, em anexo.

Pelos fatos, a autuante procedeu ao lançamento do crédito tributário no valor **total de R\$ R\$ 96.737,36** (noventa e seis mil, setecentos e trinta e sete reais, trinta e seis

centavos), sendo de ICMS R\$ 48.368,68 (quarenta e oito mil, trezentos e sessenta e oito reais, sessenta e oito centavos), por infringência aos artigos 158, I, 160, I, c/ fulcro no artigo 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 48.368,68 (quarenta e oito mil, trezentos e sessenta e oito reais, sessenta e oito centavos), a título de multa por infração, fundamentada no artigo 82, V, “F”, da Lei nº 6.379/96.

A empresa foi previamente notificada pela Fiscalização (fl. 07) – Notificação nº 01185513/2017 – em 12 de dezembro de 2017, para, espontaneamente, recolher o imposto levantado ou justificar as divergências apuradas conforme planilhas anexas aos autos, o que não ocorreu.

A auditora fiscal acostou aos autos documentos instrutórios às folhas 04 a 07.

Cientificada do resultado da ação fiscal, por via postal, através de Aviso de Recebimento - AR (JT159457853BR), em 05/02/2018 (fl. 13), apresentou sua reclamação, tempestivamente, em 07/03/2018, (fl. 14 e 15), na qual, em síntese, alega e requer:

- A Fiscalização não considerou o valor referente a dois empréstimos, sendo um no valor de R\$ 282.000,00 e outro no valor de R\$ 125.000,00, totalizando R\$ 407.000,00, sendo esse valor suficiente para cobrir o valor apurado de R\$ 284.521,63.

Por fim, requer que a justiça seja feita, sendo acolhida a impugnação.

Com a informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl. 54), foram os autos conclusos e remetidos à Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 55), ocasião em que foram distribuídos a Julgadora Fiscal Graziela Carneiro Monteiro, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o auto de infração em apreço, recorrendo hierarquicamente da decisão, com fundamento no art. 80, da Lei nº 10.094/2013, nos termos da ementa abaixo transcrita:

**OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – CONFIRMADA EM PARTE A PRESUNÇÃO LEGAL. INFRAÇÃO PARCIALMENTE CARACTERIZADA.**

- A existência de déficit financeiro, caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos num determinado período, induz à conclusão de ocorrência de operações ou prestações não acobertadas de documentação fiscal e sem o pagamento do imposto devido.

- Apresentação de elementos probantes válidos fizeram sucumbir parcela da acusação.

**AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE**

Em decorrência dessa decisão, **o crédito tributário ficou constituído no valor total de R\$ 54.237,35, dividido entre ICMS, no valor de R\$ 27.118,67, e multa por infração, na importância de R\$ 27.118,67**, conforme a sentença de fls. 57 a 62.

Cientificada do resultado da decisão de primeira instância, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e – Notificação nº 00177997/2020 (fl. 64 e 65), em 09/02/2021, a empresa não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

**Este é o Relatório.**

### VOTO

Em exame o recurso *de ofício*, interposto com fundamento no art. 80, da Lei nº 10.094/2013, em face da decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003233/2017-58, lavrado em 29/12/2017, em desfavor da empresa, NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA, inscrição estadual nº 16.119.577-6.

Inicialmente, deve ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13, estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, da autuação.

No presente caso, o contribuinte não apresentou Recurso Voluntário, motivo pelo qual a análise do recurso estará restrita as razões de decidir do julgamento monocrático que levaram à parcial procedência do feito fiscal.

**MÉRITO.**

**OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO – exercício de 2013.**

*A técnica do Levantamento Financeiro, consiste no balanceamento do saldo das disponibilidades do início do período acrescido dos ingressos de numerário provenientes de diversas fontes, com os desembolsos realizados acrescidos do saldo final das disponibilidades, de forma a apurar-se o real saldo financeiro do exercício.*

*Esta técnica de auditoria tem por finalidade apurar a ocorrência de eventual déficit financeiro, caracterizado pelo excesso de desembolsos em relação aos ingressos comprovados, fato que indica a ocultação da verdadeira origem desses recursos e que autoriza, por conseguinte, considerar tais valores, exceto se houver prova em contrário,*

como procedentes de operações ou prestações tributadas não registradas, com a consequente evasão do imposto, pois os artigos 3º, § 9º, da Lei nº 6.379/96, e 646, parágrafo único, do RICMS/PB são claros ao estabelecer a presunção de saídas de mercadorias tributadas ao se apurar despesas superiores às receitas, *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. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:*

(...)

*Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.*

**No entanto, consoante previsão ínsita no parágrafo único do art. 646, tal conclusão firma-se em presunção relativa, posto que devolve ao acusado o ônus de demonstrar a veracidade de suas alegações, conforme prevê a parte final do *caput* do referido artigo.**

A simples alegação genérica de que o fato irregular não ocorrera não é suficiente para afastar a presunção insculpida no artigo 646 do RICMS. Para produzir os efeitos pretendidos, far-se-ia necessária apresentação de provas aptas a corroborar a afirmação defensiva, cabendo ao contribuinte o ônus desta prova.

Esta foi a fórmula encontrada pelos sistemas processuais jurídicos e administrativos como forma de subsidiar o julgador na tomada de decisões que visem à busca da justiça.

Não se trata de uma obrigação, mas sim de um ônus. Neste sentido, a parte a quem incumbe o direito de provar, não o fazendo, suportará as consequências.

No sistema processual brasileiro, a distribuição do ônus da prova incumbe:

- a) Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- b) Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual (autor, réu, etc.), pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito (em razão do fato ocorrido), terá de provar sua veracidade. Daí, a regra adotada pelo direito brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, ao réu, caberá a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Este modelo também foi incorporado à Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária. Observemos o art. 56 da referida Lei:

*Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.*

*Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.*

Deste modo, ante a inexistência de documentação apta a produzir os efeitos pretendidos pela defesa, é forçoso o reconhecimento do acerto da Fiscalização ao lançar os créditos tributários em decorrência de a Reclamante haver omitido saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

No que se refere à sistemática de apuração do tributo devido, é importante destacarmos 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, independente da destinação dos produtos vinculados às notas fiscais nela relacionadas.

**Em sua defesa, a autuada alega que o levantamento financeiro realizado pela auditoria não condiz com a realidade, fato este que devemos discordar.**

**Em consulta ao Sistema ATF desta Secretaria, link “Declarações”, verifica-se que a soma dos valores da PGDAS’D declarados pelo contribuinte demonstra que o valor declarado pelo contribuinte corresponde com o valor levantado pela auditoria.**

Registre-se que o Agente do Fisco atuou nos limites da Lei nº 6.379/96, propondo corretamente a penalidade prevista no art. 82, inciso V, alínea “F”, vejamos:

*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 ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;*

Instado a se pronunciar sobre a decisão da instância prima, o contribuinte permaneceu inerte, não apresentando recurso, de forma que cabe-nos ratificar, em sua integralidade, os termos da decisão singular.

Por outro lado, é também função da Instância Monocrática apreciar as provas devidamente instruídas nos autos, cuja finalidade é a busca da verdade material, que demonstrarão os fatos que darão suporte ao convencimento do Julgador Fiscal.

Nesse sentido, como bem constatou a nobre Julgadora fiscal, a Fiscalização não lançara o valor de R\$ 125.000,00, apresentado pela Impugnante como sendo empréstimo para aquisição de um caminhão para o ativo imobilizado, demonstrado pela Ficha Financeira do Contrato 9690166816/001 (fl. 18) e a cópia da Cédula de Crédito Bancário BNDES FINAME (fl. 32 a 53), entendendo ser possível acatar este valor como “Receitas”, a ser levada ao demonstrativo do Levantamento Financeiro, a ser acrescido ao total da Receita de R\$ 743.542,22.

Quanto ao valor de R\$ 282.000,00, indicado como sendo “Financiamento SCANIA BANCO S/A”, não foi acatado, visto que, a planilha do Levantamento Financeiro, trazida aos autos pela Fiscalização (fl. 04), computou o lançamento deste valor, como “RECEITA” de empréstimos, indicado como “Financiamento SCANIA BANCO S/A”.

Assim, no confronto entre as despesas e as receitas, a instância prima chegou a uma nova diferença a ser tributada, conforme apresentado na planilha a seguir:

Base de Cálculo	Aliq.	ICMS	% multa	Multa	Total
159.521,63	17%	27.118,67	100%	27.118,67	54.237,35

Por fim, necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pela julgadora singular, com os quais concordamos integralmente, ratificando os termos da sentença proferida pela instância prima.

**Isto posto,**

**VOTO** pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo inalterada a sentença exarada na instância monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003233/2017-58 (fl. 3), lavrado em 29 de dezembro de 2017, contra a empresa, NORANGE COMÉRCIO DE HORTIFRUTI GRANJEIROS LTDA, (CCICMS: 16.119.577-6), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 54.237,35 (cinquenta e quatro mil, duzentos e trinta e sete reais e trinta e cinco centavos), sendo de ICMS R\$ 27.118,67 (vinte e sete mil, cento e dezoito reais e sessenta e sete centavos), por infringência aos artigos 158, I, 160, I c/ fulcro no artigo 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, e R\$ 27.118,67 (vinte e sete mil, cento e dezoito reais, sessenta e sete centavos) a título de multa por infração, fundamentada no artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, a quantia de R\$ 42.500,01 (quarenta e dois mil, quinhentos reais, e um centavo), pelas razões expostas no voto.

Intimações necessárias, a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de julho de 2021.

Heitor Collett  
Conselheiro Suplente Relator

03 de Fevereiro de 1832