CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS - DPAF.
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. DECISÃO Nº 043/2018

PROCESSO Nº: 0039/2017
AUTUADO: **HARA E HARA LTDA-ME**
CGF: 24.012207-2
ENDEREÇO: Av. Ville Roy nº 8022– São Vicente - Boa Vista/RR
FISCAL AUTUANTE: Elenilzo de Oliveira Bonfim O S nº 2335/2016
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 004775/2017

Ementa: ICMS. – Saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. – Omissão de receita. - Apuração através de levantamento fiscal. - Constatação de diferenças mediante o confronto entre as vendas registradas com cartões nas reduções Z e NFCE'S e os extratos das vendas via cartões fornecidos pela administradora CIELO. - Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do artigo 858, III do RICMS/RR. - Impugnação: Preliminar de nulidade, argui que os valores apurados são imprecisos, sem segurança não correspondendo a realidade dos fatos; que os dispositivos ditos como infringidos são inconsistentes e sem comprovação, que o lançamento para verificar o fato gerador não preenche os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. - Argumentos inconsistentes e insuficientes para desconstituir a imputação fiscal. - Infração caracterizada. – Auto de infração procedente.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração nº 004775/2017, lavrado em 22/05/2017, o Fisco estadual exige da empresa identificada na epígrafe, o valor de R$ 735.556,77 (setecentos e trinta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos), a título de ICMS, multa e juros, por "saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais próprios", constatado através de levantamento financeiro, exercícios de 2014 e 2015.

O trabalho realizado que levou à imputação fiscal foi o confronto entre as vendas efetuadas registradas nas reduções Z e em notas fiscais eletrônica consumidor - NFCE, mediante cratões de crédito/débito e os registros constantes nos extratos da operadora CIELO, conforme demonstrado na planilha de fls. 11 e demais explicações contidas no relatório de execução da ordem de serviço nº 2335/2016 (fls. 06/13).

A irregularidade foi identificada como infração aos artigos 143, incisos I e II, art. 179, inciso I e art. 184, inciso I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001.

Foi aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso III, alínea "a" da Lei nº 059/93, com redação dada pela Lei nº 244/99. Multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da operação.

A fiscalização fez juntar aos autos os seguintes documentos: Quadro demonstrativo de cálculo e atualização monetária de valores a recolher (fls. 04); Ordem de Serviço nº 2335/2016 (fls. 05); Relatório de Execução da OS com notas explicativas do trabalho fiscal (fls. 06/13); Termo de início de fiscalização (fls. 14); Pedido de autorização para prorrogação de ação fiscal e termo de prorrogação (fls. 15/16; Intimações (fls. 17/18); Termo de entrega de documentos e livros fiscais (fls.19/21); Certidão de protocolos efetuados pela empresa na agência de rendas de Boa Vista (fls.24); Registros dos protocolos (fls. 25/29); Requerimentos para retificação de EFD (fls. 30/31); Recibos de entrega da escrituração fiscal digital – período de 01/2016 a 06/2016 (fls. 32/37); Requerimentos de Retificação EFD (fls. 40/42); Recibo de entrega EFD- período de 07 a 12/2016 (fls. 44/49); Cópias de e-mail (fls. 50/62); Guias de autenticação de livros e documentos fiscais (fls. 63/64); Termo de encerramento de fiscalização (fls.65); CD-mídia, contendo extratos arquivos txt com movimentos de cartões da operadora Cielo da autuada (fls.66); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 67/68); Termo de conclusão de fiscalização (fls. 69); Termo de devolução de documentos e equipamento fiscal (fls.70/71) e FAC (fls.074-v).

Intimada regularmente a apresentar impugnação ou liquidação ao auto de infração, a autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 76/79) e anexos (fls. 80/84), não consta assinatura na peça, contudo, o advogado assinou a peça do processo nº 036/2017, mesma ação fiscal. Em síntese:

Preliminarmente:

1- Nulidade por insegurança na determinação da infração:

Que o fiscal autuou a empresa, juntou ao referido auto uma planilha onde afirma que existem divergências nas vendas recebidas via cartão, mediante extrato da administradora Cielo e as vendas recebidas via cartões registradas nas NFCE'S e Redução Z;

Que o fiscal não comprova o fato alegado através de documentos, pois o mesmo simplesmente anexa um Cd com diversas informações da empresa, sem demonstrar com clareza as informações colhidas;

Que a Administração Pública, somente, pode impor ao particular penalidades e cobranças de tributos com provas inequívocas dos fatos geradores (ao apurar a capacidade contributiva, no caso dos impostos) e dos ilícitos (ao provar a culpabilidade), sendo o mínimo de segurança exigido no nosso ordenamento jurídico;

Que o lançamento tributário deve descrever com clareza o motivo fático e legal, congruente com o conjunto probatório colhido pela fiscalização, de modo que não haja dúvida entre os instrumentos probatórios, que servem de elementos de convicção, e a construção do fato jurídico;

2- Do Cerceamento de defesa/ descrição genérica do fato:

Que não resta dúvida quanto ao fato de lavrar o auto, sendo um ato administrativo de caráter vinculado, ou seja, a administração está condicionada ao que determina a lei. É o que determina o art. 142, parágrafo único do CTN;

Que nessa esteira, fica claro que o agente estatal no momento de lavrar o auto de infração deve fazê-lo de forma clara, sob pena de nulidade;

Que a forma utilizada pelo fiscal, no procedimento administrativo, impossibilita a defesa técnica da impugnante, pois, como apresentar provas para comprovar, já que a empresa sempre recolheu de maneira correta seus impostos devidos;

Que é impossível a impugnante apresentar defesa, se o autuante não apresenta de forma clara (através de documentos) sua argumentação, chegando a causar surpresa o presente auto de infração, levando a crer que ele chegou nesses valores de forma aleatória.

Por fim pede a nulidade do referido auto de infração.

É em linhas gerais o sucinto relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A acusação apontada nos autos refere-se a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais próprios, constatado através de levantamento fiscal, conforme previsto no art. 143, incisos I e II, art. 179, inciso I e art. 184, inciso I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001.

O levantamento em questão é considerado idôneo e está previsto no art. 858, inciso III, in verbis:

Art. 858. Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneo, tais como:

(…)

III – levantamento quantitativo financeiro;

No caso em comento, está sendo utilizado o levantamento quantitativo financeiro, o trabalho realizado pela fiscalização que levou a imputação fiscal foi o confronto entre as vendas efetuados por meio de cartão de crédito/débito registrada nos documentos fiscais da redução Z do equipamento emissor de cupom fiscal, bem como, nas notas fiscais eletrônicas -NFCE's com os extratos fornecidos pela operadora de cartão CIELO, entregues a SEFAZ/RR, conforme demonstrado na planilha de (fls. 11) e nos documentos contidos no CD (fls.66).

As informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, são consideradas documentos fiscais, e suas informações obrigatórias, nos termos do art. 473, § 6º a §8º do Regulamento do ICMS.

No presente processo estão sendo exigidas parcelas pertinentes a saídas desacobertadas, ou seja, apurou o total das vendas via Cartões conforme NFCE'S e Reduções Z e o total de vendas recebidas via cartões, conforme extrato da Administradora CIELO, a diferença foi apontada como omissão de receitas, decorrentes de vendas sem documento fiscal.

Feito os esclarecimentos iniciais passamos analisar as questões levantadas pela empresa através de impugnação apresentada as fls. 76/79:

Preliminarmente, nulidade em razão dos seguintes fatos:

> Que os valores apurados são imprecisos e não correspondem a realidade dos fatos; que a tipificação da infringência "saída de mercadorias desabobertadas de documentos fiscais não está demonstrada, que no momento de verificar o fato gerador do tributo o agente deve fazê-lo de forma clara, sob pena de não preencher os requisitos do crédito tributário (certeza, liquidez e exigibilidade) e que o fisco não comprova o fato alegado.

Não vislumbramos as nulidades arguidas, carência de elementos que demonstre com clareza e objetividade a infração cometida, que pudesse gerar cerceamento de defesa por ofensa ao princípio da ampla defesa, vale ressaltar que a fiscalização trouxe aos autos de forma bastante específica, em seu relatório de execução dos trabalhos (fls. 06/13), o passo a passo da elaboração do trabalho fiscal, a

metodologia utilizada, a documentação que servira de base – CD mídia (fls. 66), bem como, a planilha fls. 11, que dera origem a cobrança exigida no presente auto de infração e os extratos da operadora de cartões constantes no CD.

Assim, o auto de infração complementado pelo relatório fiscal e demais demonstrativos, identificam plenamente todos os requisitos do ato administrativo previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, são eles o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis.

Portanto, entendo que consta nos autos todos os elementos que ensejaram a emissão do auto de infração, bem como, das circunstâncias em que os atos foram praticados.

No que se refere ao fato de que a tipificação da infringência "saída de mercadorias desacobertadas de documentos", não está demonstrada de forma clara através de documentação, tem se que a documentação examinada foram as reduções Z do equipamento emissor de cupom fiscal entregue pela empresa fls. 71, as notas fiscais de saídas NFCE's e os extratos da operadora de cartão Cielo, o qual registra todas as vendas da empresa mediante cartões de crédito/débito, estes constantes no CD (fls. 66).

Há de se verificar que a empresa a época da fiscalização estava enquadrada, no Simples Nacional para efeito dos impostos federais, porém, no que tange, ao ICMS estava recolhendo por fora, ICMS normal, com apresentação de GIM.

Pelo Ajuste Sinief 02/2009, Protocolo 03/2011 e Portaria nº 253/2014 - GABINETE, verificou -se que a escrituração fiscal digital se tornou obrigatória para empresa a partir de 01/01/2014, portanto, os livros fiscais apresentados pela em empresa em formato PED, não era os exigidos pela legislação para os exercícios fiscalizados.

A empresa apresentou o SPED Fiscal relativo ao período fiscalizado em 26/09/2016, contudo, sem movimento vide documentos juntados conforme termo (fls. 86/97), os estoques, também não foram fornecidos, vez que o SPED foi apresentado sem movimentação e nas GIM's de março de 2014; março 2015 e março de 2016, no local de informação dos estoques estes estavam zerados. Assim, mediante esta situação inviabilizou outro tipo de levantamento, como o disposto no art. 859, II do RICMS.

Há de se enfatizar que pelo resumo da GIM, juntado, as fls. 93, a empresa durante os dois exercícios fiscalizados 2014 e 2015, apresentou saldo credor e conforme o extrato de pagamento do contribuinte nos exercícios fiscalizados não foi

recolhido nenhum valor a título de ICMS normal, sendo em sua quase totalidade, apenas, pagamento do ICMS diferencial de alíquota.

Assim, verificado que as informações declaradas ao fisco em GIM, não merecem fé, o fisco poderá arbitrar conforme disposto no art. 21, inciso VI da Lei nº 059/93 combinado com o art. 35, inciso VI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001, efetuar levantamento tecnicamente idôneo nos termos do art. 858 do RICMS com os documentos fiscais que lhe são apresentados e que sejam exigidos pelo fisco.

Cumpre esclarecer que o trabalho laborado pelo fisco não utilizou os extratos bancários, e sim os extratos da operadora de crédito/débito Cielo, e sendo a atividade da empresa do ramo comercial, as operações relativas ao cartão de crédito/débito, necessariamente, têm o intuito mercantil.

Feita as considerações, entendo que o trabalho merece ser mantido uma vez que foi realizado com base nas vendas com cartões registrada na Redução Z do equipamento emissor de cupom fiscal nas NFCE's – Nota Fiscal Consumidor Eletrônica, fornecidas pelo contribuinte, em confronto com todas as vendas com cartões de crédito/débito, registrado nos extrato da operadora Cielo, relativo as vendas da empresa autuada, vide planilha fls. 11.

Destaca-se conforme consta das obrigações do contribuinte nos termos do art. 110 do Regulamento do ICMS, ín verbis:

> **Art. 110.** São obrigações dos contribuintes:
> **I -** (...)
> **IX –** entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente, o documento fiscal correspondente à operação ou prestação realizada;
>
> **XII –** cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação;

No que se refere a Exclusão do regime do Simples Nacional, na forma do artigo 29, incisos II e V da Lei Complementar 123/2006, combinados com o artigo 76 inciso IV, alínea 'j" , CGSN 94/2011, assim dispõe:

Lei Complementar 123/2006

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples nacional dar-se-á quando:

(…)

V – tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; (efeitos a partir de 01/07/2007)

Resolução CGSN 94/2011:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

IV (…)

a) (...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos art. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97.

Ante ao exposto, recebo a impugnação fls.76/79, nego lhe provimento para manter a acusação formulada na inicial.

DESPACHO DECISIVO:

Considerando as fundamentações de fato e de direito, julgo procedente o Auto de Infração nº. 004775/2017, decidindo pela manutenção da cobrança formulada na exordial, saída de mercadorias sem documentos fiscais próprios, constatado através de levantamento fiscal.

INTIMAÇÃO:

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 2º da Lei nº. 72, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto nº. 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista - RR, 08 de maio de 2018.

Rozinete Araújo de Morais. Guerra
julgadora de primeira instância
Mat. 50001673