RESOLUÇÃO Nº 08/19
CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO : **6ª EM: 07/02/19**
PROCESSO : **1278/2016**
RECORRENTE : **COMÉRCIO DE COURO RORAIMA LTDA ME (CGF 24.015404-5 – CNPJ 03.419.071/0001-11)**
RECORRIDA : **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**
AUTUANTE : **ELENILZO DE OLIVEIRA BONFIM**
ADVOGADA : **RAYSSA WERNER VIEIRA TOMAZ OAB/RR 1895**
RELATOR : **VILMAR LANA JÚNIOR**

EMENTA: ICMS – SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS – OMISSÃO DE RECEITA – APURAÇÃO ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL DE RECEITAS AUFERIDAS CONFORME MOVIMENTO DE CAIXA LANÇADO EM LIVRO DIÁRIO E EXTRATO BANCÁRIO, SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO DE ORIGEM DOS NUMERÁRIOS – DECISÃO MONOCRÁTICA PELA PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – INFRAÇÃO CONFIGURADA – APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL DATADA DE 18/05/2011, RE 582461/SP, MINISTRO GILMAR MENDES, QUANTO À INVALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE ULTRAPASSE O VALOR DO PRÓPRIO TRIBUTO – RESOLUÇÃO 63/2018 DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS – MULTA READEQUADA A 100% (CEM PORCENTO) DO VALOR DO IMPOSTO – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE – DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO

Trata-se o presente do Auto de Infração nº. **001867/2016**, lavrado em **21/09/2016**, no valor de **R$ 196.726,93** (cento e noventa e seis mil, setecentos e vinte e seis reais e noventa e três centavos), a título de ICMS, multa e juros, em desfavor de **COMÉRCIO DE COURO RORAIMA LTDA ME, CGF 24.015404-5, CNPJ 03.419.071/0001-11**, sob a acusação de “saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais próprios”,

constatada por meio de levantamento fiscal do exercício aberto de **1º DE JANEIRO a 27 DE JULHO DE 2016**.

A irregularidade foi identificada como infração aos artigos 143, incisos I e II, 179, inciso I e 184, inciso I, todos do Regulamento do ICMS do Estado de Roraima (RICMS/RR), aprovado pelo Decreto nº. 4.335-E/2001. A penalidade aplicada foi a prevista no art. 69, inciso III, alínea "a", da Lei nº. 059/1993, com redação dada pela Lei nº. 244/1999, com multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da operação.

Foram anexados ao Auto de Infração os seguintes documentos: Ordem de Serviço nº. 1449/2016 (fls. 04); Relatório de Execução da O.S. com notas explicativas do trabalho fiscal (fls. 05/09); Termo de início de fiscalização (fls. 10); Planilha de Levantamento Fiscal (fls.11); Solicitação de prorrogação de prazo para entrega de documentos (fls. 12/13); Termo de entrega de documentos fiscais (fls. 14/15); Contagem de Estoque em 27/07/2016 (fls. 16); Termo de encerramento de fiscalização (fls. 17); Termo de Exclusão do Simples Nacional (fls. 18/19); Termo de devolução de documentos fiscais (fls. 20); Termo de conclusão de ordem de serviço (fls. 21); CD – mídia (fls. 22); e, Ficha de Atualização Cadastral – FAC (fls. 25-v).

Intimado regularmente a recolher o crédito tributário ou apresentar defesa, o autuado **impugnou tempestivamente** o Auto de Infração (fls. 28-v/35-v e anexos fls. 36/65), alegando em síntese que:

1. Não existe o ilícito tributário apontado, uma vez que o valor total recebido em 01/01 a 27/07/16, no montante de R$ 373.840,00 (trezentos e setenta e três mil e oitocentos e quarenta reais) traduz-se em faturamento antecipado de mercadoria que seria entregue em data futura, após sua produção e os impostos pagos após seu faturamento mediante Nota Fiscal Eletrônica.

2. A figura do faturamento antecipado é utilizada para documentar adiantamentos efetuados pelos clientes e a receita somente será realizada quando houver a transmissão do produto, devendo ser contabilmente tratados como adiantamentos a clientes.

3. A empresa atua na produção da mercadoria (aquisição e salga de couros) para posterior entrega ao comprador, a qual dará o trato necessário para a concepção de

produtos acabados, não havendo possibilidade de formação de estoques face a perecibilidade do produto.

4. Os tributos incidentes sobre as operações foram devidamente recolhidos nos termos estipulados pela Lei Complementar nº. 123/2006.

5. A multa no patamar estabelecido tem caráter confiscatório, contrariando o disposto no art. 150, inciso IV da Constituição Federal, conforme doutrina e jurisprudência;

6. O fisco estadual não tem competência para a exclusão da empresa do Simples Nacional e pela LC 123/06, tal competência cabe tão somente ao Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme art. 2º, inciso I, parágrafo 6º.

Por fim requer a decretação de nulidade do Auto de Infração, e caso não seja esse entendimento que seja desconstituída a multa aplicada para percentual mínimo sobre o imposto supostamente devido. Requer também a decretação de nulidade da exclusão do Simples Nacional, visto que praticado por autoridade incompetente.

Submetido a julgamento de 1ª instância deste Contencioso Administrativo Fiscal, o Auto de Infração foi **julgado procedente** conforme Decisão de nº. 016/2018 (fls. 83/90).

No entendimento do julgador singular:

1. O levantamento em questão é considerado idôneo e previsto no art. 858, inciso III e 859, inciso I, ambos do RICMS/RR.

2. Transcende ao regime do Simples Nacional a cobrança do ICMS quando relacionados à movimentação de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, não ferindo preceitos legais, cumprindo estritamente os ditames da LC 123/06, conforme art. 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea “f”.

3. Restou configurada a saída de mercadorias sem documentos fiscais, tendo em vista que empresa adquiriu o produto couro bovino, conforme notas fiscais de entrada, pagou pela aquisição, conforme recibos de compra, e vendeu os produtos, conforme ingressos de receitas e lançamentos de movimentação financeira ocorridos em sua conta-corrente no período de JANEIRO a JULHO de 2016 no montante de R$ 373.840,00 (trezentos e setenta e três mil e oitocentos e quarenta reais).

4. A aplicação do postulado tributário do não confisco não deve ser estendida às multas, visto estas não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função

é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízo ao Estado.

5. Os agentes do fisco atuam nos limites da Lei 059/93 e do RICMS/RR, que são instrumentos normativos que devem ser observados.

6. No que se refere à Exclusão do regime do Simples Nacional, esta encontra fundamento no art. 29, incisos II e V da LC 123/06, combinado com art. 76, inciso IV, alínea "j", e parágrafo 6º, inciso I, ambos da Resolução CGSN nº. 94/2011.

7. No tocante à competência para a exclusão da empresa do Regime do Simples Nacional, esta encontra fundamento no art. 33, parágrafo 1º, da LC 123/06.

8. O trabalho merece ser mantido uma vez que ficou comprovada a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, constatada através de levantamento fiscal.

A Recorrente foi intimada da decisão singular (fls. 92), apresentando **Recurso Voluntário** (fls. 94/112 e anexos fls. 113/213) com os mesmos argumentos da impugnação.

O processo foi remetido à Procuradoria Fiscal do Estado, a qual emitiu o Parecer n.º 076/2018 (fls. 216/221), pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso Voluntário, para reduzir a multa aplicada para 100% do valor do imposto.

É o relatório.

VILMAR LANA JÚNIOR
CONSELHEIRO RELATOR

VOTO

Versa a autuação sobre saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais próprios, constatada por meio de levantamento fiscal do exercício aberto de **1º DE JANEIRO a 27 DE JULHO DE 2016**.

Durante os trabalhos de fiscalização constatou-se omissão de receita, decorrente de vendas desacobertadas de documentos fiscais, por meio da averiguação do movimento de caixa expresso no livro diário e nos extratos bancários sem a devida comprovação da origem do numerário, conforme Planilha de Levantamento Fiscal (fls. 11), Contagem Física de Estoque (fls. 16) e documentos anexados em mídia digital (fls. 22).

Em Recurso Voluntário, alega a recorrente em preliminar de nulidade que o ato administrativo que a excluiu do Simples Nacional fora praticado por autoridade incompetente. No mérito alega que o valor recebido no período de **01/01/2016** a **27/07/2016**, no total de **R$ 373.840,00** (trezentos e setenta e três mil e oitocentos e quarenta reais) traduziu-se em faturamento antecipado de mercadoria a ser entregue em data futura, e que nesta a legislação permite a opção pela emissão do documento fiscal. Por fim alega que, conforme julgado do STF, a interpretação dos precedentes que cuidam da aplicação do princípio do não confisco às multas fiscais se estendem a todas aquelas que excederem o limiar de 100%, sendo necessariamente inconstitucionais.

Verificando-se a metodologia utilizada pela fiscalização, esta encontra-se devidamente fundamentada nos arts. 858, inciso III, e 859, inciso I, ambos do RICMS/RR, *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;
> (...)
> **Art. 859.** Presumir-se-á operação ou prestação tributável não registrada, quando se constatar:
> **I** – suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, quer esteja escriturado ou não;

(...)

Passando-se a análise da preliminar de nulidade, convém citar o que dispõe o art. 29, incisos II e V da LC 123/06, combinado com o art. 76, inciso IV, alínea "j", e parágrafo 6º, inciso I, da Resolução CGSN 94/11:

> **Lei Complementar 123/06**
> **Art. 29.** A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples nacional dar-se-á quando:
> (...)
> II – for oferecido **embaraço à fiscalização**, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;
> (...)
> V – tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; (efeitos a partir de 01/07/2007) ***(Grifei)***
>
> **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; ***(Grifei)***
> (...)
> §6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (LC nº 123/2006, art. 29, §9º)
> I – a concorrência em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizados por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais.

Ou seja, tanto o embaraço a fiscalização pela não apresentação de informações ao fisco, como a prática reiterada de infrações à LC 123/06 são motivos para exclusão de ofício do Simples Nacional, pelo que se constatam nos itens 8 e 12 do Relatório de Execução da Ordem de Serviço (fls. 04/08), *in verbis*:

> (...)
> 8. Após exame da documentação entregue observou-se que o contribuinte não atendeu plenamente a fiscalização. Não apresentou os livros de registro de inventário de 2014 e 2015, tampouco entregou documentos comprobatórios de créditos realizados em conta corrente.

> (...)
> 12. O não atendimento à solicitação constante ao termo de início de fiscalização, quanto aos livros de registro de inventário, ensejou embaraço à ação fiscal. Para tanto, lavrou-se o auto de infração 1865/2016 no valor de R$ 6.323,40 (seis mil, trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos).
> (...)

No tocante a competência para a exclusão da empresa do Simples Nacional, a LC 123/06 define em seu art. 33, *caput* e parágrafo 1º-D:

> Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das **Secretarias de Fazenda** ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município. ***(Grifei)***
> (...)
> §1º-D. A competência para autuação por descumprimento de obrigação acessória é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida.

Logo resta clara a competência da Secretaria de Fazenda, para que por meio de suas autoridades fiscais efetue o lançamento do crédito tributário correspondente, pelo que **afasto a tese de preliminar de nulidade** alegada pela recorrente.

Passando-se a análise do mérito, de início destaco a obrigação do inciso IX do art. 110 do RICMS/RR e da alínea "f" do inciso XIII, parágrafo 1º do art. 13 da LC 123/06:

> **RICMS/RR**
> **Art. 110.** São obrigações dos contribuintes:
> (...)
> **IX –** entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente, o documento fiscal correspondente à operação ou prestação realizada;
>
> **Lei Complementar 123/06**
>
> **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 e contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será dada observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:
> (…)
> XIII – ICMS devido:
> (…)

f) **na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;** ***(Grifei)***

Alega a autuada que o valor recebido de R$ 373.840,00 (trezentos e setenta e três mil e oitocentos e quarenta reais) no período de 01/01/2016 a 27/07/2016, refere se a faturamento antecipado de mercadoria que seria entregue em data futura.

Ocorre que da análise dos autos verifica-se que o autuado adquiriu mercadorias no período em questão, conforme Notas Fiscais Eletrônicas indicadas no Quadro 02 do Relatório de Execução da O.S. (fls. 07), no montante de R$ 155.121,60 (cento e cinquenta e cinco mil, cento e vinte e um reais e sessenta centavos), e que conforme Contagem de Estoque realizada em 27/07/2016, já não mais os possuía.

Verifica-se ainda que, com exceção do mês de MARÇO/2016, a empresa declarou em PGDAS (fls. 41) receitas auferidas zero referente aos outros meses do período fiscalizado.

Some-se a isto o fato de que não há possibilidade da formação de estoques dos produtos comercializados pela recorrente, face a perecibilidade dos seus produtos, conforme informação da própria em sede de impugnação (fls. 30-v).

Por derradeiro, conforme exame dos movimentos de caixa, constatam-se lançamentos de créditos na conta-corrente do autuado, e diante da não apresentação de comprovantes da origem do numerário ali encontrado, verifica-se a diferença tributável, **restando configurada** a saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, conforme os arts. 858, inciso III, e 859, inciso I, ambos do RICMS/RR, já acima citados.

Com relação à multa aplicada, de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, prevista no art. 69, inciso III, alínea “a” da Lei 059/93, vale citar entendimento formado sobre a matéria, conforme a Resolução nº. 63/2018, deste Egrégio Conselho, quando do julgamento do Processo 022101.004483/15-58:

RESOLUÇÃO Nº 63/18
CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO : **60ª EM: 23/10/18**
PROCESSO : **022101.004483/15-58**
RECORRENTE : **IDRI COMERCIO LTDA ME**
RECORRIDA : **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**

EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS – APURAÇÃO MEDIANTE CONFRONTO DE VENDAS EM DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL-DASN E PAGAMENTOS EM DINHEIRO CONSTANTES EM REDUÇÃO "Z" DE EMISSOR DE CUPOM FISCAL-ECF E EXTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO – DECISÃO MONOCRÁTICA PELA PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – INFRAÇÃO CONFIGURADA – APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL DATADA DE 18/05/2011, MINISTRO GILMAR MENDES, RE 582461/SP, QUANTO À INVALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE ULTRAPASSE O VALOR DO PRÓPRIO TRIBUTO – MULTA READEQUADA PARA 100% (CEM POR CENTO) DO IMPOSTO, NOS TERMOS DO VOTO DE VISTA ACOMPANHADO PELO RELATOR – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAL PROCEDENTE – DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

Por todo o exposto, conheço o Recurso Voluntário, dou-lhe parcial provimento, para reformar a decisão de Primeira Instância, **julgando parcial procedente** o Auto de Infração nº. 001867/2016, readequando a multa aplicada de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da operação para o percentual de 100% (cem por cento) do valor do imposto, seguindo o entendimento da Excelsa Corte, conforme aplicação da repercussão geral RE 582461/SP, datada de 18/05/2011, Ministro Gilmar Mendes, e Resolução nº. 63/2018, deste Conselho de Recursos Fiscais, de acordo com o Parecer da Procuradoria do Estado.

É o voto.

VILMAR LANA JÚNIOR
CONSELHEIRO RELATOR

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **COMÉRCIO DE COURO RORAIMA LTDA ME** e recorrido: **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**,

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão de primeira instância, **julgando parcialmente procedente** o Auto de Infração nº. **001867/2016**, com readequação da multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação para 100% (cem por cento) do valor do imposto, em consonância com a matéria julgada pelo STF em Repercussão Geral datada de 18/05/2011 do Ministro Gilmar Mendes, RE 582.461/SP, QUANTO À INVALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE ULTRAPASSE O VALOR DO PRÓPRIO TRIBUTO, e Resolução nº. 63/2018 deste CRF, de acordo com o Parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do relator.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista – RR, 19 de março de 2019.

JARBAS MENEZES DE ALBUQUERQUE
Conselheiro designado para presidir a sessão

VILMAR LANA JÚNIOR
Conselheiro Relator

ENIAS PEIXOTO DE OLIVEIRA
Conselheiro

FERNANDA DOS SANTOS R. DE OLIVEIRA
Conselheira

DIEGO SILVA LOPES
Conselheiro

FRANKLIN DA SILVA BRAID
Conselheiro

SANDRO BUENO DOS SANTOS
Procurador do Estado