



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE

18 / 03 / 2016

PROCESSO Nº: 105640/2009-2
NÚMERO DE ORDEM 0129/2012-CRF
PAT Nº: 0149/2009 - 1ª URT.
RECURSO(s): VOLUNTÁRIO
RECORRENTE(s): O VIDRACEIRO DO NORTE COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.
ADVOGADO: RAIMUNDO DE SOUZA MEDEIROS JÚNIOR
RECORRIDO(s): SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATORA: CONS. JANE CARMEN CARNEIRO E ARAÚJO

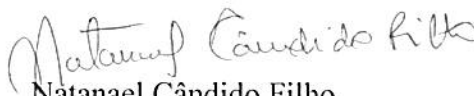
ACORDÃO Nº 043/2016 – CRF

EMENTA: ICMS. PRELIMINAR DE NULIDADE ACATADA.

1. Elementos insuficientes para fundamentar a matéria objeto de lançamento de ofício. Período de fiscalização executado fora da delimitação fixada na Ordem de Serviço, abrangendo inclusive o lustro decadencial.
2. São nulos os lançamentos com preterição do direito de defesa ou 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. Dicção do art. 20, incisos II e III, do RPAT.
3. Recurso voluntário conhecido e provido. Reforma da decisão singular. Auto de infração nulo.

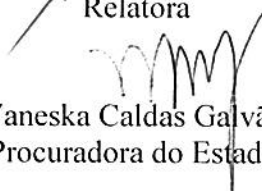
Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, à unanimidade de votos, em harmonia com o parecer oral da ilustre representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado, por conhecer e dar provimento ao Recurso Voluntário, para reformar a decisão singular e declarar nulo o auto de infração, e em decorrência do lustro decadencial, haja vista a inviabilidade prevista no art. 600 do RICMS/RN, determino o arquivamento do presente processo, após a cabal ciência das partes..

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 15 de Março de 2016.



Natanael Cândido Filho
Presidente


Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora


Vaneska Caldas Galvão
Procuradora do Estado



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



RELATÓRIO

Trata o presente Processo Administrativo Tributário do Auto de Infração n.º 06103, da 1ª URT, de 01/06/2009 (fl. 01), no qual é apontada a ocorrência, que resultou na prática de infração a legislação tributária estadual que trata do ICMS.

A ocorrência indicada foi falta de escrituração em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto, tendo, assim, a empresa infringido o disposto no art. 150, inciso XIII c/c Art. 609 e Art. 108, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97 de 13/11/1997.

Para a infração apontada foi proposta a penalidade prevista no art. 340, inciso III, alínea “f” do Decreto mencionado anteriormente, e tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 1.208.307,35 (hum milhão duzentos e oito mil, trezentos e sete reais e trinta e cinco centavos) e multa de R\$ 1.114.361,39 (hum milhão, cento e quatorze mil, trezentos e sessenta e um reais e trinta e nove centavos), a serem corrigidos monetariamente.

Além da peça inicial, composto do Auto de Infração e do Termo de Intimação firmado pelo sócio Ezequiel Pereira Tavares (fl. 01), foram acostados aos autos: a ORDEM DE SERVIÇO Nº 19.992 – 1ª URT (fl. 02), de 12/04/2007, na qual o Auditor Fiscal do Tesouro Estadual Dvomar Fernandes Maranhão foi designado para “requisitar documentos, proceder exame na documentação fiscal e contábil e realizar os demais atos inerentes à fiscalização referentes a: efetuar auditoria fiscal e contábil, com verificação dos créditos fiscais, retenção e recolhimento do ICMS substituto, recolhimento do ICMS normal, verificação dos registros fiscais com especial atenção ao relatório extraído do confronto SINTEGRA x DETNOT, aplicação do procedimento fiscal fluxo de caixa, cumprimento das obrigações acessórias, análise dos equipamentos de emissão de cupom fiscal, demais procedimentos fiscais necessários ao desenrolar da ação fiscal, sendo que, o procedimento fiscal deverá alcançar matriz e filial nos exercícios 2002 a 2004, de acordo com o processo 62635/2007-1, e, em conformidade com o que determina o RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, na empresa abaixo discriminada”.

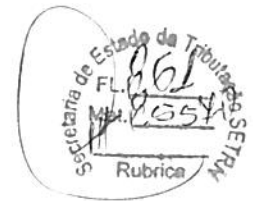
R /



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

Quanto aos dados cadastrais da empresa autuada, constam nos autos “Consulta a Contribuinte - Base SIGAT” (fl. 03), datada de 28/05/2009, onde atesta várias informações, tais como contribuinte, O VIDRACEIRO DO NORTE COM. E SERV. LTDA, nome fantasia O VIDRACEIRO DO NORTE, CNPJ 08.399.099/0001-58, natureza jurídica SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, CNAE Fiscal Principal 4743-1/00 – Comércio varejista de vidros, CNAE Fiscal Secundário 4744-0/01 – Comércio varejista de ferragens e ferramentas, Início de Atividade Comercial 01/07/1971, tipo de contribuinte, NORMAL, regime de pagamento, NORMAL, situação CRITICADO, cadastro atualizado em 27/02/2009, entre outros.

Encontramos ainda, nos autos “TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL” (fl. 04), datada de 31/03/2008, solicitando o documento firma individual ou contrato social, inclusive aditivos ou alterações, Livro Registro Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrências, Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, Livro Apuração de ICMS, Livro Registro de Inventário, todos os Documentos de Arrecadação do ICMS, Relação dos Contribuintes Substituídos, Informativo Fiscal, GIM, Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias, Talões de Notas Fiscais, Livro Diário, Razão, IRPJ, Balanço Patrimonial, DRE, comprovantes de despesas, referentes ao período de 01/01/2003 a 31/12/2007, constando ciência datada de 03/02/2009 e firmada pelo contador Sr. Jucelino Medeiros da Trindade; Demonstrativo da Apuração do Crédito Tributário (fls. 05 a 30), onde foram relacionadas 490 (quatrocentos e noventa) notas fiscais, discriminando o valor do ICMS e da multa pela falta de escrituração de tais documentos no Livro Registro de Entradas; o “RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO” (fl. 31), datado de 01/06/2009, onde o autuante diz: “Em cumprimento a O.S. n.º 1992/2009, realizamos auditoria na firma O VIDRACEIRO DO NORTE COM. E SERVIÇOS LTDA F.I.C n.º 20.002.156-7, onde analisamos o movimento econômico-tributário referente ao período de 01/01/2004 a 31/12/2008. Detectamos no período fiscalizado a falta de escrituração de notas fiscais, conforme cruzamento Detnot x Sintegra no valor de R\$ 7.429.075,95 c/ ICMS a recolher no valor nominal de R\$ 1.208.307,35 e multa no valor nominal de R\$ 1.114.361,39. Diante do exposto, lavramos o auto de infração n.º 06103/2009”; a Consolidação de Débitos Fiscais (fls. 32 a 34), atualizada até 03/06/2009; a impressão da tela PAT POR INSCRIÇÃO (fl. 35), datada de 03/06/2009, onde consta a informação de que não existe processo para a inscrição 20.002.156-7; TERMO



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

DE INFORMAÇÃO SOBRE ANTECEDENTES FISCAIS (fl. 36) certificando que a empresa “Não é reincidente”; TERMO DE JUNTADA (fl. 71), atestando que em 01/07/2009 foi juntada a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Em sua impugnação (fls. 38 a 51) a defendente faz breve relato dos fatos, transcrevendo os dispositivos indicados no Auto de Infração, para concluir quanto aos fatos que o “auto de infração reveste-se de inegável e insofismável nulidade formal, revelando-se improcedente no seu aspecto material, por absoluta ausência de nexos entre a denúncia, a legislação indicada e a documentação acostada, cuja cópia foi entregue à defendente” (fl. 41).

Prosseguindo em sua defesa, após transcrever o art. 44, incisos IV e VII, do Regulamento do PAT, aprovado pelo Decreto nº 13796/98 e apresentar alguns ensinamentos doutrinários acerca das formalidades inerentes a lavratura do auto de infração, a autuada pugna preliminarmente, pela nulidade da autuação argumentando que:

a – “o autuante se preocupou apenas em bem formalizar o auto de infração. Todavia, praticou o ato de forma inadequada, produzindo denúncia incompatível com o lançamento realizado, por isto mesmo contraditória em seus termos, o que, no contexto geral do procedimento, torna-se confuso de tal modo que o invalidou, eivando-o de nulidade. A denúncia não encontra amparo na exigência do imposto, ao final formulada, assim como a infringência descrita não encontra ressonância no fato tributário descrito nem no valor do ICMS ao final exigido. O auto de infração tornou-se incompreensível” (fl. 42);

b – “a denúncia formulada não é falta de pagamento do ICMS, seja no total das operações, seja em relação a parte das operações, cuja prática não foi mencionada. Ou seja, o auto de infração não denuncia a ocorrência de fato gerador do ICMS, cujo imposto não tenha sido apurado e, ao final, não pago. A denúncia se estreita no limite do descumprimento de obrigação acessória, como tal definida pelo § 2º do artigo 113, da Lei nº 5.172, de 25.10.1966” (fl.42);

c – “se o auto de infração não descreve o fato tributário determinante do surgimento da obrigação tributária principal, então não há tributo a ser exigido. Se o auto de infração descreve descumprimento de obrigação acessória, então apenas e tão somente a multa correspondente é de ser exigida. O autuante exige o pagamento do ICMS em razão do descumprimento da obrigação acessória de registrar as notas fiscais nos livros próprios, tornando o auto de infração incompatível com a denúncia formulada” (fl.42);

d – “O devido processo legal determina que as variáveis do procedimento sejam determinantes da pretensão deduzida. No caso, a variável denunciada não corresponde à pretensão deduzida, posto que o descumprimento de obrigação acessória não pode resultar na exigência de pagamento de tributo cujo fato gerador não tenha sido descrito e cuja omissão no pagamento do tributo exigido não tenha sido definida. O exercício da ampla defesa encaminha no conhecimento de todas as variáveis, de forma a que a pretensão defensiva seja possibilitada, o que não ocorre no presente caso. Se não há descrição de fatos geradores cujo tributo resultante não tenha sido satisfeito, e se a exigência tributária está em determinada, como produzir defesa ante esse fato desconhecido?” (fl. 43);



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

e – “o auto de infração está assentado em uma relação de notas fiscais cuja origem é desconhecida, o que impede o exercício do contraditório e da ampla defesa, calcinado o devido processo legal. É certo, porém, que tal relação foi produzida pelo autuante. A inexistência das notas fiscais descritas na relação impossibilita a funcionalidade do devido processo legal e o exercício do direito de defesa. A ausência desses documentos fiscais instruindo o auto de infração é determinante da sua nulidade, porque inexistente a prova material da denúncia formulada, qual seja, a de que as notas fiscais não tenham sido escrituradas nos livros fiscais” (fl.43).

f – “exigir pagamento de imposto em razão do simples descumprimento de obrigação acessória (“Falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais”, conforme está no teor do auto de infração) implica tornar o procedimento lavrado completamente confuso, contraditório, desarrazoado, porque ausente a descrição minuciosa da infração, o que materializa como cerceamento do direito de defesa” (fl. 44);

g – “o artigo 142 do CTN autoriza a autoridade administrativa que realizar o lançamento PROPOR a aplicação da penalidade cabível, em razão da fiscalização da aplicação da legislação tributária, para verificar, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo. Autorizado pelo artigo 142 do CTN, a PROPOR a multa que entendesse aplicável, o autuante fez-se acusador, julgador e executor, ofendendo a regra do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. A autoridade administrativa lançadora agiu com abuso de poder, porquanto, ultrapassando o limite da sua competência funcional, considerou procedente a acusação, aplicando a multa que, naquele momento, deveria ser, apenas, proposta, e realizando, ato contínuo, a intimação para o seu pagamento. Acusou, julgou, decidiu e aplicou a pena – ainda que o Código Tributário Nacional não lhe tenha atribuído a competência para tanto. Ademais, intimou a autuada para realizar o pagamento e ofereceu desconto para que a hipótese do pagamento ser efetuado no prazo de defesa, utilizando a multa como vetor de constrangimento para o pagamento do tributo. Entende-se que ato praticado contraria legis é ato nulo. O fato é que falta competência à autuante para que aplique a multa, que está a, apenas, propor. Ademais, a vinculação de que trata o parágrafo único do art. 142 do CTN reporta-se, tão somente, à fiscalização da aplicação da lei, ou seja, verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do imposto devido, identificar o sujeito passivo. É consoante afirma o art. 196 do CTN: a autoridade administrativa realiza diligência de fiscalização, na forma da legislação aplicável. Fiscalizar não é julgar, condenar e aplicar a multa prevista na legislação. Carente de legitimidade, esse ato é nulo” (fls. 45 e 46);

h – a multa é inconstitucional, pois, “o autuante aplicou multa de 15% do valor comercial das mercadorias das notas fiscais objeto da relação por ele produzida. Ora o valor comercial da mercadoria é o valor da operação, que vem a ser a base de cálculo do ICMS, conforme determina o artigo 13 da Lei Complementar nº 87, de 13.09.1996. Sendo o valor comercial da mercadoria a base de cálculo do tributo, essa mesma base de imposição do tributo não pode vir a ser utilizada para outro fim, segundo os princípios da tipicidade fechada, da reserva da lei complementar e da estrita legalidade. A estrita legalidade supõe a lei editada conforme os ditames constitucionais. A lei ordinária não pode alterar a definição, conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado para determinar ou limitar competência tributária, conforme a norma do artigo 110 do CTN. Se o CTN está harmonizado com a Constituição Federal, e se a Carta Magna reserva à lei complementar dispor sobre a definição de tributos e suas espécies, assim como sobre fatos geradores, bases de cálculos, obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributárias, então a lei ordinária não pode alterar o alcance de tais institutos de direito tributário, igualmente. Ora, a lei complementar define a base de



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

cálculo do tributo, que vem a ser o valor da operação, o que equivale ao valor comercial da mercadoria. Sendo assim, a lei ordinária não pode modificar a destinação do valor comercial para servir de base de cálculo do tributo, passando a servir, concomitantemente, como base de cálculo da multa, que não tem qualquer relação com a mercadoria ou com o seu valor. A multa aplicada, que não tem qualquer relação com a mercadoria ou com o seu valor. A multa aplicada pelo autuante é, portanto, inconstitucional, por ofensa às normas do artigo 146, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Por todas as razões expostas, o auto de infração padece de nulidade formal, que deve ser decretada, o que desde já é requerido, em respeito à Carta Magna e à lei complementar” (fl. 46).

Em seguida, a defendente quanto ao mérito aduz que:

a – “Acaso as preliminares arguidas seja ultrapassadas, o que não se admite sequer *ad argumentandum tantum*, a decretação da improcedência do auto de infração, no mérito, é questão de puro exame da materialidade da denúncia formulada, nos seus aspectos gerais e particulares” (fl. 46);

b – “O fato denunciado se constitui em prática de infração a obrigação tributária acessória, punida de acordo com a norma da alínea “f” do inciso III do artigo 340 do RICMS, esgotando-se aí a abrangência material do auto de infração, salientando-se que a relação de notas fiscais não se constitui em prova hábil, porquanto não é suficiente para fazer prova da realização das operações que os documentos fiscais relacionados contém. Ressalte-se, ainda, a inconstitucionalidade da penalidade, versada em percentual sobre o valor da mercadoria, que é a base de cálculo do imposto” (fl. 47);

c – “Em se tratando de notas fiscais de aquisição de mercadorias – e parece ser este o caso -, a aquisição, se e quando ocorrida, se materializa com a entrega do produto e o pagamento do valor da venda, fechando o contrato mercantil, e tornando esse ato um ato jurídico perfeito. Sendo assim, é de se considerar, ainda que tendo em mira apenas a relação de notas fiscais anexada ao auto de infração, produzida pelo autuante, que não fazem prova, muitas das notas fiscais se referem a estabelecimentos localizados em outras unidades da Federal, notadamente do Estado do Rio de Janeiro, sendo de absoluta juridicidade considerar que as mercadorias passaram pelos postos fiscais e que foi exigido o pagamento antecipado do imposto, o que não foi levado em consideração pelo autuante. Ademais, o autuante sequer poderia ter considerado tal aspecto, tendo em vista que as notas fiscais, fisicamente, não foram anexadas ao auto de infração, impossibilitando o conhecimentos das minudências das operações nelas descritas” (fl.48);

d – “No entanto, o autuante louvou-se em notas fiscais que não teriam sido escrituradas, mas cujo ICMS já teria sido pago sob várias formas, de acordo com a operação e a sujeição ou não ao regime de antecipação tributária ou de substituição tributária, COM TOTAL DESRESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO, princípio que, por seu turno, encampa o princípio da não-cumulatividade que rege o ICMS, que somente pode ser alterado ou suprimido mediante lei complementar ou emenda constitucional. Não se deve esquecer que o autuante procedeu a denúncia COM FINCA EM PROVA INEXISTENTE, o que determina a improcedência do auto de infração. Demais disto, além desse desvio em relação à observância do princípio do ato jurídico perfeito, o autuante lavrou o auto de infração escorado em contradição e erro jurídico. Neste amplo espectro, observa-se que o auto de infração contém uma denúncia, perfeitamente caracterizada, de falta de escrituração de documento fiscal em livro próprio; e outra denúncia, não



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



formulada, não definida, não caracterizada nem formalizada, de falta de pagamento do ICMS no valor cobrado pelo auto de infração, decorrente da prática de ato infrator desconhecido, cuja repercussão também não foi indicada pelo autuante, que se limitou a exigir o imposto, sem multa ou qualquer outro acréscimo, sem sequer se dar ao trabalho de informar qual teria sido o fato gerador da exigência formulada. A denúncia é, portanto, inepta, tornando o auto de infração improcedente. Sem dúvida, o auto de infração foi lavrado em completo e cabal descumprimento das normas de regência do Simples Nacional, sendo improcedente, no ponto (fls. 48 e 49).

Ainda quanto ao mérito, a defendente diz que “Da forma como o ICMS está sendo exigido, sem informação acerca de qual fato gerador teria sido exigido originado, o autuante estribou-se no seu crivo pessoal, para determinar o montante exigido, sem observância do princípio da legalidade que determina o agir da administração pública, conforme impõe o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988”. Pois, “nem um único dos pressupostos estabelecidos pelo artigo 18 da Lei Complementar nº 87, de 13.09.1996, foi exposto motivadamente pelo autuante, para realizar a exigência tributária. O ato ofende todos os princípios e normas em vigor no País”. Assim como, “dos autos não consta qualquer ato específico de qualquer autoridade, nem solicitação fundamentada do órgão fazendário competente, para realização do arbitramento. No entanto, o autuante, conforme consta do auto de infração emitido, consignou a exigência do ICMS, sem informar qual teria sido o fato gerador, ou qual teria sido a prática que teria resultado no não recolhimento de quantia igual, passível de exigência *ex officio*” (fl. 49).

Concluindo suas argumentações quanto ao mérito a defendente, aduz que “ao exigir o pagamento de ICMS, sem informar a razão legal da exigência, sem indicar qual a norma que teria sido infringida, qual o fato gerador dessa exigência, o autuante, em verdade, arbitrou esse valor, utilizando-se do processo do silêncio, ao que não está autorizado pela Constituição Federal, que determina que os atos da administração pública estão submetidos ao princípio de publicidade” (fl. 50). O que segundo o defendente, prova que “o autuante além de exigir o pagamento do imposto que sabe indevido, ainda emprega meios vexatórios para a cobrança, agindo à margem da lei” (fl.50).

Assim diante das suas alegações a defendente requer ao final que seja declarada em sede de preliminar a nulidade do lançamento e do Auto de Infração, e no caso desta ser ultrapassada, que seja no mérito decretada a improcedência do auto de infração.

R /



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



Encaminhado os autos ao autuante para contestação, este antes de qualquer manifestação acostou ao processo o relatório de Notas Fiscais constantes no SINTEGRA sem registro no DETNOT (fls. 96 a 105); o relatório Consulta de Notas Fiscais de Entrada (fls. 106 a 128); cópia do Ofício da Delegacia Regional Tributária de Osasco, datado de 08/10/2009, encaminhando a Coordenadoria de Fiscalização cópia de documentos obtidos quando das verificações junto ao contribuinte DORMA SISTEMAS DE CONTROLES PARA PORTAS LTDA (fls. 129 a 142); cópia do Anexo I, do Memorando nº 382/2009 COFIS/SET/RN, onde estão relacionadas 18 (dezoito) notas fiscais emitidas pela CEBRACE – CRISTAL PLANO LTDA, situada em Jacareí-SP, tendo como destinatário a empresa autuada (fl. 143); cópia do Ofício da Delegacia Regional Tributária do Vale do Paraíba, datado de 27/10/2009, encaminhando a Coordenadoria de Fiscalização cópia de documentos obtidos quando das verificações junto ao contribuinte CEBRACE CRISTAL PLANO LTDA (fls. 144 a 182); cópia de documentos enviados pela Gerência de Fiscalização de Estabelecimento da Secretaria de Estado da Receita – SER da Paraíba, em razão de diligência realizada na empresa J P VIDRO LTDA (fls. 183 a 185).

Ao apresentar sua contestação (fls. 186 a 195) o autuante após breve análise das alegações da defendente, argumenta inicialmente, que “a Autuada, em suas alegações, não nega as aquisições das mercadorias referentes às notas fiscais relacionadas nos demonstrativos, que fazem parte integrante do auto de infração, recorrendo apenas a discutir os métodos utilizados para alcançar os valores relacionados às mercadorias adquiridas, tanto a imposição do ICMS e a Multa” (fl. 190).

Em seguida, passando a tratar do mérito passa a argumentar que:

a – “O relatório SINTEGRA NACIONAL é um relatório obtido a partir de informações prestadas pelos fornecedores das diversas Unidades da Federação, acerca das operações mercantis realizadas com os contribuintes do Estado do Rio Grande do Norte. O DETNOT registra o momento da entrada em nosso Estado de mercadorias destinadas aos contribuintes aqui cadastrados. O relatório SINTEGRA X DETNOT é gerado a partir das informações conflitantes entre fornecedores e contribuintes, sobre as operações realizadas” (fl 190);

b – “A apuração do crédito tributário teve origem a partir das divergências apresentadas no relatório SINTEGRA X DETNOT, e constatada através da análise dos livros registros de entradas de mercadorias do contribuinte autuado. Sendo verificada a falta de registro de entradas de mercadorias do contribuinte autuado. Sendo verificada a falta de registro das notas fiscais, conforme demonstrativo anexo ao auto de infração” (fl. 191);



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



c – “Verificamos que os emitentes das notas fiscais constantes no relatório SINTEGRA X DETNOT, que declararam as transações comerciais com o contribuinte autuado, são fornecedores habituais deste, conforme podemos averiguar através dos relatórios de entradas de mercadorias destinadas ao contribuinte em nosso Estado no período de 01/01/2004 a 31/12/2008 (fls. 106 a 128)” (fl. 191);

d – “Os elementos que tínhamos foram suficientes para demonstrar a aquisição das mercadorias pela autuada. Senão vejamos. Todos os fornecedores acima relacionados têm como atividade comercial principal o comércio de vidros, que coincide com a principal atividade da autuada. Todos tiveram frequentemente relações comerciais com a autuada. Conforme se pode facilmente comprovar através das diversas compras realizadas pelo contribuinte autuado no período fiscalizado” (fls. 191 e 192);

e – As empresas DORMA SISTEMAS DE CONTROLES PARA PORTAS LTDA, CEBRACE CRISTAL PLANO LTDA e J P VIDROS LTDA confirmaram as operações com a empresa autuada, conforme documentos acostados aos autos às pp. 129 a 185, não restando, assim, “menor dúvida quanto à correção do procedimento adotado por esta auditoria quando da lavratura do auto de infração” (fl. 192);

f – “Discordamos do representante do contribuinte quando ele diz que não temos amparo legal para lavrar o auto de infração. Afirmamos que a documentação que apresentamos, comprovam as operações realizadas pela autuada. E comprovadas as operações, está evidente que o contribuinte deixou de apresentar as notas fiscais nos postos fiscais de fronteira. Contrariando o que determina o Regulamento do ICMS, que é taxativo quanto ao ingresso de mercadorias em nosso Estado, proveniente de outras Unidades da Federação, que ordena que toda e qualquer mercadoria que ingresse no Rio Grande do Norte, tem que ser visada pela fiscalização. Esse procedimento é condição essencial para que as mercadorias possam ser consideradas legais. Quando o contribuinte não apresenta a nota fiscal no posto de fronteira, impossibilita o Estado de cobrar os tributos que lhe são devidos” (fl. 193);

g – “Não obstante, o enquadramento das ocorrências, infringências e penalidades propostas na fl. 01 do auto de infração, apenas relataram a falta de escrituração das notas fiscais em livro próprio. Não pode ser declarada a nulidade do lançamento e do auto de infração, em razão do auto mencionar o demonstrativo anexo, que a parte integrante do auto. Ou seja, o demonstrativo da apuração do crédito tributário está bem discriminado na fl. 05 do presente processo” (fls. 193 e 194);

h – “Discordamos quando a autuada revela ser inconstitucional a multa aplicada de 15% do valor comercial das mercadorias constantes nas notas fiscais objeto de relação produzida pelo autuante. Pois, o autuante não produziu nenhuma relação, e sim demonstrou que após o confronto das notas fiscais constantes no relatório Sintegra X Detnot, foram àquelas notas que não se encontravam regularmente escrituradas. Portanto, devem fazer parte da base de cálculo para cobrança do ICMS e da multa regularmente cabível. Cristalino, também, está a equiparação à saída de mercadoria conforme estabelece o art. 2º, § 1º, V, “a” do Decreto nº 13.740/97” (fl. 194);

i – “Contestamos a afirmação da autuada, que usamos o arbitramento para determinar a cobrança do ICMS. Esta auditoria em nenhum momento cogitou o arbitramento como forma de cobrança dos tributos devidos. A base de cálculo do ICMS foi o valor da operação destacada nas notas fiscais. E conforme prevê o Regulamento do ICMS no seu artigo 2º, considera-se ocorrido o fato gerador, equiparando-se a saída, as mercadorias cuja entrada não esteja escriturada em livro próprio” (fls. 194 e 195);

j – “Em face das provas documentais apresentadas por esta auditoria e as evidências apontadas e exigidas através do auto de infração nº 06103/1ªURT, que deu origem



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



ao PAT nº 149/09, verifica-se que a defesa administrativa apresenta-se como mero instrumento protelatório para afastar a exigência imediata dos créditos tributários devidamente apurados. São esses os argumentos legais apresentados para contestar e refutar a defesa administrativa oferecida sem qualquer fundamento legal, tanto em consequência das alegações da autuada não passarem de meras palavras, com também o imperfeito uso da legislação tributária, sem qualquer garantia da aplicabilidade legal do feito. Diante do exposto, solicito que seja a presente contestação ACOLHIDA, julgando totalmente PROCEDENTE, o presente auto de infração” (fl 195).

Após a contestação os autos foram enviados à COJUP para análise e julgamento, em 23/12/2009, conforme despacho à fl.195 v.

Em 04/10/2010, foram acostados aos autos cópias de notas fiscais, duplicatas, memorandos, ofícios, dentre outros documentos, conforme fls. 197 a 709.

O órgão Julgador de Primeira Instância através da sua Decisão nº 54/2011 (fls. 710 a 718), após breve relatório, quanto ao mérito inicialmente, diz entender que o fato do demonstrativo de fls. 05 não mencionar especificamente de onde foram extraídos os dados, ou a origem dos dados que compõem os relatórios, não traz “empecilho à defesa nem falta de acesso ao contraditório para o contribuinte, pois que na Ordem de Serviço nº 19992, de 12/04/2007, que origina o processo fiscalizatório, documento de fl. 02 dos autos, há clara referência à “especial atenção” que deve o auditor ter em relação à verificação dos registros, conforme relatório “extraído do confronto SINTEGRA X DETNOT” (fl. 712).

O Julgador Singular destaca, ainda, que a relação indica o número das notas fiscais, as datas de emissão, valores, origem dos emitentes, dentre outros dados, o que descaracteriza a tese da defesa de que os dados constantes do relatório seriam aleatórios.

O julgador aduz ainda que, o SINTEGRA e o DETNOT não seriam uma prova final, razão pela qual o contribuinte é fiscalizado, analisado o Livro Registro de Entradas, no sentido de averiguar a ocorrência e de que o contribuinte “possa se defender comprovando que efetuou o registro, que houve devolução ou sinistro, ou mesmo que houve um equívoco nas informações ou que não adquiriu os bens em comento. Por isso mesmo que se disse válida, “até prova em contrário”. No presente caso, porém, o que houve foi o inverso. As diligências realizadas e provas carreadas aos autos comprovam inequivocamente, de todas as empresas, a existência das transações cuja falta de registro por parte do adquirente se pune,

A/



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



sem prejuízo, naturalmente, da cobrança do tributo devido referentemente a essas transações” (fl. 713).

Fundamentando o entendimento acima, o Julgador Singular menciona, a título de exemplo, as operações concernentes a aquisição de mercadorias junto as empresas Dorma Sistemas de Controle para Portas Ltda, Cebrace Cristal Plano Ltda, Saint-Gobain Vidros S/A, União Brasileira de Vidros S/A, IC Recife (International Commerce Recife Ltda), Vidros Planos Ltda e Sanvidro Comércio e Serviços Ltda, face documentação acostada aos autos, conforme fls. 96 a 185 e 197 a 709.

Quanto a multa de 15%, o Julgador Monocrático não acatou as alegações proclamadas na defesa, já que “a autuação não se referiu ou discriminou, no auto de infração, a dívida ou obrigação em relação ao pagamento do eventual tributo devido, cintando-se apenas ocorrência e penalidade aplicável relativamente a multa cabível, entendendo então que não poderia se cobrado o imposto. Tem até uma pequena certa lógica, tal postulado, vez que o Regulamento dos Processos Administrativos postula que deve haver descrição clara e precisa da ocorrência e citação expressa dos dispositivos legais infringidos, com as respectivas sanções. Mas tal alegação não é suficiente para ilidir a cobrança do tributo devido, pela falta de pagamento do imposto devido, em relação as mercadorias adquiridas sem registro no Livro de Entradas, logo, consideradas “clandestinas”, para todos os fins, sendo tal dedução não só lógica, premissa básica que norteia, certamente, todas as ações omissivas e compra de mercadorias “clandestinamente”, como também a própria legislação assim trata o presente caso, conforme expresso o Decreto 13.640/97, Regulamento do ICMS no Rio Grande do Norte, em seu Art. 2º, § 1º, ou também na Lei 6968/96, que instituiu o ICMS neste Estado” (fl. 717). Concluindo então, que a cobrança do ICMS, embora “não previamente ou expressamente citada no auto de infração” (fl. 717), decorre de disposição legal, não restando qualquer dúvida quanto à cobrança do imposto.

Finalmente, decide o Julgador Monocrático pela procedência do feito para impor à autuada a multa de R\$ 1.114.361,39 (um milhão, cento e quatorze mil, trezentos e sessenta e um reais e trinta e nove centavos) e o ICMS devido de R\$ 1.208.307,35 (um milhão, duzentos e oito mil, trezentos e sete reais e trinta e cinco centavos), totalizando um montante de R\$ 2.322.668,74 (dois milhões trezentos e vinte e dois mil seiscentos e sessenta e oito reais e setenta e quatro centavos).

11



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



Proferida a decisão de Primeira Instância, foram expedidas Cartas de Intimação (fls. 720 e 722), sem que tenha sido recebida pelo destinatário, a carta de intimação de fl. 720, conforme Intimação devolvida sem recebimento (fl. 721), contudo, a carta de intimação de fl. 722, foi recebida em 03/08/2011, conforme AR (fl. 723). Ademais, em 19/08/2011, o Sr. Ezequiel Pereira Tavares, representante legal da empresa autuada, firmou o TERMO DE CIÊNCIA, INTIMAÇÃO E RECEBIMENTO DE CÓPIA DA DECISÃO (fl. 724).

Em 02/09/2011, a repartição processante lavrou o TERMO DE JUNTADA (fl. 725), declarando que foi feita a juntada do Recurso Voluntário (fls. 726 a 736), em conformidade com o § 1º do art. 116 do RPA, aprovado pelo Decreto 13.796/98.

Em seu recurso o contribuinte autuado, reproduz praticamente a toda a peça de defesa de fls. 38 a 51, ressaltando que as nulidades arguidas na defesa não foram analisadas acarretando assim na ofensa ao direito de defesa, e que “a decisão recorrida manteve o comportamento ilegal, ao julgar pela procedência do auto de infração” (fl. 734).

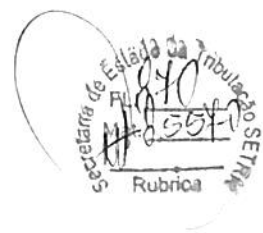
Ademais, a recorrente argumenta ter havido o cerceamento ao direito de defesa, e ofensa ao princípio da verdade material, pois, “a autoridade julgadora, a qual, segundo suas próprias palavras, teria obtido documentos probantes que foram analisados e serviram de base para decisão adotada, sem que se tivesse dado ciência da sua existência à recorrente. Acerca da existência de tais documentos não foram não foi a recorrente cientificada. Não foi aberto prazo à recorrente para se pronunciar acerca desses documentos, da sua própria autenticidade e da autenticidade das operações que veicula, segundo decisão recorrida. A ofensa ao princípio da verdade material é gritante. Sob o mesmo vício, a não intimação para conhecimento do teor dos documentos e pronunciamento acerca da sua autenticidade e da autenticidade das operações que veicula, implica ofensa ao devido processo legal, princípio que não se compraz com omissões na apuração da verdade material diante da necessidade do exercício da ampla defesa” (s.i.c) (fls. 729 e 730).

Ao final a recorrente requer a nulidade da decisão recorrida, por ofensa ao direito de defesa e demais princípios mencionados na peça recursal, e a nulidade do Auto de Infração nº 06103/1ª URT, com a improcedência da exigência de pagamento do ICMS.

B/



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS



Recebidos os autos no Conselho de Recursos Fiscais, após conferência e lavratura do termo de Entrada de Processo para Distribuição (fl. 739), os mesmos foram encaminhados a Procuradoria Geral do Estado para análise e parecer.

Ao final a douta Procuradoria Geral do Estado, através do eminente Procurador Caio Graco Pereira de Paula, apresenta DESPACHO (fl. 740) optando pelo parecer oral a ser proferido quando da realização da sessão de julgamento do presente feito.

O processo veio a julgamento no Conselho de Recursos Fiscais no dia 17 de janeiro de 2012, oportunidade em que foi declarada nula a decisão da COJUP, nos termos do art. 20, inciso II, do Regulamento do PAT, pois, naquela oportunidade que o Julgador Singular considerou como elementos de prova as notas fiscais trazidas aos autos depois da impugnação apresentada pela recorrente, ficando caracterizada a preterição ao direito de defesa do contribuinte, o que culminou com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, para reabrir o prazo para manifestação quanto aos novos documentos.

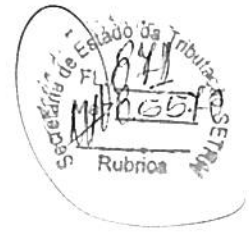
O contribuinte intimado, arguiu que o prazo a ser reaberto deveria ter sido 30 (trinta) dias, sob o argumento de que o prazo exíguo não permitiu a elaboração de defesa plena.

Enviados os autos à COJUP, foi proferida a Decisão nº 14/2012-COJUP (fls. 812 a 827), consignando a procedência total do Auto de Infração, oportunidade em que foram reiterados os fundamentos da decisão proferida às fls. 710 a 718 do presente processo, assim como, ressaltado que as notas fiscais juntadas aos autos, após a impugnação configuraram a apresentação de documentos novos, nos termos do art. 398 do CPC, não ocorrendo qualquer impropriedade na decisão do CRF/SET que julgou nula a decisão da COJUP.

Irresignado com a decisão o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 830 a 853), requerendo preliminarmente a nulidade, por não ter sido reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para análise dos documentos acostados após a impugnação pois, *“tais documentos, na condição de provas, sob incumbência da Secretaria de Estado da Tributação, por seu servidor autuante, deveriam ter sido ajuntados com a denúncia, posto que nela estavam relacionados, mas não o foram, somente vindo a sê-lo a posteriori, não se caracterizando como documentos novos, a respeito dos quais incide prazo novo, de cinco*



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



dias, mas sim o prazo de defesa”, comprovando-se que houve uma redução do prazo de defesa, em relação a tais documentos, sem supedâneo na legislação local, que não o autoriza, configurando redução do contraditório, ainda que parcialmente.

Ademais, reitera as razões de direito aduzidas anteriormente na Impugnação inicial, para ao final do recurso requerer a nulidade da decisão recorrida, por ofensa ao direito de defesa e nulidade do auto de infração, com a improcedência da exigência de pagamento de ICMS e multa exigidos, uma vez que a falta de escrituração de documentos fiscais em livro próprio não se constitui fato gerador do imposto.

O despacho do ilustre Procurador da Douta Procuradoria Geral do Estado é no sentido de informar que exercerá prerrogativa do art. 3º da Lei nº 4.136/72 qual seja, oferecimento de parecer oral quando da Sessão de Julgamento perante o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais (fl. 857).

É o relatório.

VOTO

De início, se tem que o Recurso Voluntário atende os pressupostos legais de admissibilidade previstos na legislação, em especial porquanto interposto tempestivamente, por pessoa legitimada e versando sobre matéria já aduzida na impugnação.

A recorrente requer, preliminarmente a nulidade da decisão recorrida uma vez, que não lhe foi possibilitado o exercício a ampla defesa e ao contraditório, uma vez que os documentos juntados aos autos às fls. 129 a 185 e às fls. 197 a 709, na realidade deveriam ter sido apresentados quando da lavratura do Auto de Infração, configurando portanto, cerceamento ao direito a ampla defesa e ao contraditório.

Pois bem, numa análise pormenorizada dos autos e dos argumentos apresentados pela recorrente, reconhece esta relatora, a exiguidade do tempo outrora concedido com base no art. 398 do CPC, como caracterização de cerceamento ao direito a ampla defesa e ao contraditório, face o volume de documentos acostados após a Impugnação, razão pela qual, decide por reconhecer a nulidade do Auto de Infração nº 149/2009 – 1ª URT, com base no art. 20, inciso II do Regulamento do PAT.



RIO GRANDE DO NORTE CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Por oportuno, cumpre ressaltar que foi constatada a existência de vício insanável, que também, fundamenta a minha convicção, orientada pela previsão normativa aplicável, qual seja o art. 20, inciso III do Regulamento do PAT, que independentemente da juntada dos documentos acima mencionados, que tornaria nula de pleno direito a autuação de que trata o presente processo.

Pois como se sabe, toda ação fiscal tem por origem a expedição de uma Ordem de Serviço, onde são estabelecidas as diretrizes a serem observadas pelo executor da referida ordem, no sentido de garantir na sua consecução observância aos princípios da impessoalidade, objetividade, eficiência e moralidade.

Pois bem, a OS nº 19992 - 1ª URT, expedida em 12 de abril de 2007 (fl. 02), e que alicerçou o Auto de Infração nº 0149/2009 – 1ª URT, fixou expressamente que o procedimento fiscal alcançar período de 2002 a 2004.

Porém, no Termo de Intimação Fiscal (fl. 04), recebido pela recorrente, em 09 de fevereiro de 2009, foi requerida a apresentação de livros e documentos fiscais referentes ao período de 01/01/2003 a 31/12/2007, demonstrando de pronto, uma divergência com período indicado na OS nº 19992/2007 – 1ª URT, configurando um alargamento temporal no período de alcance da ação fiscal.

Assim, considerando o caráter da vinculação estrita e em observância aos princípios da impessoalidade e da moralidade, que devem nortear os atos administrativos, o Auditor Fiscal não poderia, na seara administrativa, por vontade própria, deixar de cumprir ao que lhe foi determinado por seu superior hierárquico, quando da expedição da ordem para realização de procedimento fiscal.

Ademais, vale ressaltar que todos os documentos, acostados ao presente processo, pelo autuante, são cópias de notas fiscais, emitidas para a empresa recorrente nos exercícios 2006, 2007 e 2008, ou seja, documentos que comprovam operações realizadas em exercícios que não fazem parte do período abrangido pela ordem de serviço.

Tornando, assim, insuficientes os elementos para fundamentar a matéria objeto de lançamento de ofício, uma vez que o período de fiscalização executado não observou a delimitação fixada na Ordem de Serviço.

P



**RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



Por tais razões, relatados e discutidos os autos, VOTO em conhecer e dar provimento ao recurso voluntário interposto, reformando a Decisão Singular, julgando o auto de infração nulo, e em decorrência do lustro decadencial, face a inviabilidade, prevista no art. 600 do Regulamento do ICMS, determino o arquivamento do presente processo, após a ciência das partes.

É como voto.

Sala, Conselheiro Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 15 de março de 2016.


Jane Carmen Carneiro e Araújo
Relatora