



DECISÃO Nº: 35/2014
PAT Nº: 2316/2013 – 7ª URT
PROTOCOLO: 796/2014-1
AUTUADO: ATACADISTA RIO GRANDE LTDA.
ENDEREÇO: Rua Antônio Januário, 1718 – São Benedito – Pau dos Ferros - RN

EMENTA: ICMS – (01) crédito indevido constante do livro de apuração de ICMS, sob a denominação de “estorno de débitos para operações especiais”, bem como crédito indevido comprovado através do confronto entre os créditos destacados em notas fiscais de aquisição de mercadorias (entradas) apresentadas pelo próprio contribuinte e os valores informados a título de “imposto creditado” pelas entradas nas Guias Informativas Mensais – GIMs; e, (02) informação em GIM de valores a recolher de ICMS a menor, em relação a soma entre os valores apurados como débitos das notas fiscais de saída.

Procedimento fiscal encontra-se devidamente fundamentado em demonstrativos e provas que evidenciam com absoluta clareza que o autuado infringiu a legislação tributária indicada nos autos – Contribuinte não conseguiu elidir a acusação – Processo regularmente instruído e preenchidos todos os requisitos necessários.

Alegação de Confisco Tributário – Não caracterização – Cobrança de multa feita a partir da legislação tributária e especial. – Auto de Infração julgado procedente.

1 - DO RELATÓRIO

1.1 - DA DENÚNCIA

Consta do Auto de Infração, inclusive do termo de apreensão de mercadorias e anexos, que a empresa já qualificada nos autos infringiu os artigos 150, incisos III, XIII e XIX, 108, 109-A, 113 e 118, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13/11/1997, tendo em vista: (01) o crédito indevido constante no livro de apuração de ICMS, sob a denominação de “estorno de débitos para operações especiais”, bem como crédito indevido comprovado através do confronto entre os créditos destacados em notas fiscais de aquisição de mercadorias (entradas)

[Handwritten mark]



apresentadas pelo próprio contribuinte e os valores informados a título de “imposto creditado” pelas entradas nas Guias Informativas Mensais – GIMs; e, (02) informação em GIM de valores a recolher de ICMS a menor, em relação a soma entre os valores apurados como débitos das notas fiscais de saída.

Tais ocorrências deram azo ao lançamento tributário de ICMS no valor de R\$ 144.651,99 (cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e um reais e noventa e nove centavos), acrescido de multa na quantia de R\$ 212.618,56 (duzentos e doze mil, seiscentos e dezoito reais e cinquenta e seis centavos), perfazendo o montante de R\$ 357.270,55 (trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e setenta reais e cinquenta e cinco centavos).

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

No prazo regulamentar, a atuada interpôs suas razões de defesa, fls. 24/47, onde aduziu que promoveu a entrega das declarações mensais nos períodos citados (GIMs) e procedeu com os respectivos pagamentos antecipados.

Argumentou ainda que os estornos feitos pelo contribuinte referem-se aos valores já declarados no campo “outros débitos”, nos meses anteriores, ou seja, o imposto devido já foi recolhido por meio da sistemática de apuração do imposto. Outrossim, a Fazenda Estadual não fez o lançamento do crédito que entende devido, no prazo de cinco anos, a contar dos lançamentos mensais efetuados e declarados pelo contribuinte.

Nesse diapasão, entendeu a atuada que em razão de ter sido intimada da presente ação fiscal em 27.12.2013, tem-se que os créditos referentes aos fatos geradores informados de janeiro a dezembro de 2008 teriam sido alcançados pelo instituto da decadência.

Considerando que teria decorrido o prazo quinquenal sem que a Secretaria da Tributação tivesse tomado qualquer medida para a cobrança de eventual diferença, entendeu que tal omissão resultou em: a) homologação tácita da extinção do crédito tributário já pago de forma antecipada; b) perda do direito de homologá-lo expressamente; e, c) impossibilidade jurídica de lançá-lo de ofício.



Por conseguinte, argüiu a invalidade da notificação editalícia, por entender que o documento de fl. 21, onde consta escrito à mão, que o referido edital foi publicado no DOE de 28.12.2013, não demonstra a ocorrência real da publicidade da intimação no Diário Oficial do Estado, conforme exigido pelo § 2º do art. 16 do Decreto nº 13.796/98 – RPAT.

Alegou ser optante do domicílio tributário eletrônico – DTE, sítio virtual utilizado para receber todas as intimações, citações e notificações decorrentes da fazenda estadual, e que, portanto, a administração tributária deveria enviar obrigatoriamente para o aludido endereço, tendo o contribuinte, no caso, o prazo de dez dias para visualizar.

Nesse contexto, ressaltou que não foi regularmente notificado, nem pessoalmente, nem via DTE, nem por telefax, nem via postal, posto que não consta dos autos tais intimações ou a frustração destas. Acrescentou que o termo de ressalva lavrado não estaria acompanhado da assinatura de testemunha devidamente identificada, conforme exigido pela legislação, o que poderia justificar eventual notificação pela via editalícia.

Argüiu, ainda, a nulidade do edital de intimação (fl. 21), tendo em vista a ausência de indicação da infração verificada, da respectiva capitulação, bem como do valor do crédito tributário.

Ademais, salientou a nulidade do auto de infração por entender ausentes os requisitos essenciais para sua formação, de acordo com o art. 44 do RPAT.

Especificamente, afirmou que não se verificou o atendimento aos requisitos dispostos nos incisos V e VI, do artigo acima citado, ou seja, “referência expressa ao Termo de Fiscalização ou Termo de Apreensão, quando for o caso” e “referência expressa aos documentos que o fundamentarem”, respectivamente.

Ressaltou, ainda, que os autuantes não informaram, sequer, o período fiscalizado, nem tampouco anexaram ao presente procedimento os documentos que justificaram a lavratura do auto. Portanto, não cumpriram os autuantes com o comando esculpido no art. 77 do RPAT, o qual estabelece que o ônus da prova compete a quem esta aproveita.



Aduziu também a nulidade dos demonstrativos, vez que estes, na sua ótica, não se prestam para embasar a autuação fiscal, mormente por carecerem de requisitos obrigatórios para a sua validade. Além disso, o contribuinte não verificou o confronto das informações contidas nas notas fiscais e nas GIMs, vez que os autuantes não demonstraram o aludido confronto nas planilhas, ou seja, lançaram os valores do ICMS que entenderam ser devido, não apresentando as diferenças e os valores supostamente recolhidos a menor.

Em continuidade, asseverou a ocorrência de cerceamento de defesa pelo fato dos autos terem sido disponibilizados à atuada somente após decorridos 2/3 do prazo para defesa, pois embora o contribuinte tenha requerido vista e cópia integral do presente procedimento fiscal no dia 08.01.2014, estes somente foram disponibilizados no dia 16.01.2014, ou seja, depois de transcorridos 19 (dezenove) dias do prazo para defesa, conforme se comprova da Certidão em anexo.

Rechaçou na oportunidade a inconsistência de valores e o período fiscalizado, pelo fato de que o contribuinte teria sido notificado para pagamento de ICMS, relativamente às mesmas ocorrências do auto de infração, no valor de R\$ 4.239,29 (quatro mil, duzentos e trinta e nove reais e vinte e nove centavos), relativos ao período de 01.01.2008 a 30.09.2013, quando no presente auto de infração o valor do tributo é de R\$ 144.651,99 (cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e um reais e noventa e nove centavos) e, segundo o relatório circunstanciado de fiscalização, o período fiscalizado compreendeu apenas o exercício de 2008, ou seja, patente as incongruências entre o valor e o período para o qual o contribuinte foi notificado para pagamento (fl. 13), e o valor e o período lançado no auto de infração.

Alertou, também, sobre a inexistência de crédito indevido nas ocorrências 01 e 02, vez que, em relação a primeira situação da ocorrência 01, o estorno foi legítimo, pois acaso não tivesse sido realizado, o ICMS devido em relação a um mesmo fato gerador seria recolhido em duplicidade, gerando um *bis in idem*.

Quanto a segunda situação, relativa a ocorrência 01, bem como em relação a ocorrência 02, defendeu o contribuinte que os valores declarados nas GIMs



se coadunam perfeitamente com os valores das notas fiscais de entrada e de saída, bem como dos ECFs.

Por fim, ressaltou o caráter confiscatório da multa, por esta superar os valores exigidos a título de ICMS.

Ao final, pugnou pela improcedência do auto de infração.

Juntou documentos às fls. 48/71.

1.3 - DA CONTESTAÇÃO

Os autores do procedimento refutaram os argumentos da defesa, alegando que em relação a possível ocorrência de decadência, após uma simples leitura do art. 27, § 2º do RPAT, resta claro que os débitos em questão não estão decaídos, vez que os valores cobrados correspondem à diferença entre os valores efetivamente pagos e o que deveria ser recolhido aos cofres públicos.

No tocante a alegação de que haveria nulidade na notificação do contribuinte, em razão desta ter se dado por meio de edital, tem-se em verdade, que os autuantes somente utilizaram o aludido meio, por terem ido pessoalmente ao estabelecimento e tentado intimar o contribuinte, mas este não se encontrava no recinto. Outrossim, conforme preleciona o art. 16, §4º, inciso I do RPAT, não se faz necessário esgotar-se todas as formas de intimação para se proceder à intimação por edital.

Por conseguinte, salientou que a obediência ao comando do art. 18, inciso IV, do RPAT esteve presente na fl. 21, na medida em que, na intimação feita por meio de edital, consta que a segunda via do auto de infração encontrava-se na repartição fiscal, à disposição do autuado, desde o dia de sua publicação. Assim, presentes os requisitos exigidos para a intimação fiscal, não há o que se falar em nulidade.

Quanto a afirmação da autuada de que o auto de infração seria nulo, por não terem os autuantes observado os incisos V e VI do art. 44 do RPAT, estes rechaçaram tal fundamento, asseverando que em relação ao inciso V, o qual trata de referência expressa ao Termo de Fiscalização ou Termo de Apreensão de Mercadoria,



os autuantes agiram em razão da Ordem de Serviço nº 20207/2013, que norteou todo o trabalho desenvolvido pelos auditores fiscais.

Na sequência, em relação ao inciso VI, que trata da referência expressa aos documentos que fundamentam o auto de infração, os autuantes informaram que o auto de infração possui anexos, dentre eles o demonstrativo da ocorrência fiscal, bem como o resumo das ocorrências fiscais. Ressaltou, também, que o contribuinte teve acesso a todo o processo administrativo tributário, e as informações apuradas através de ECFs foram ofertadas pela autuada em meio magnético, através de CD.

Afirmam ainda que o procedimento administrativo utilizado pelos auditores contém todos os elementos suficientes para defesa do acusado, ou seja, jamais poderá resultar em eventual nulidade.

Dizem-se surpreendidos com o questionamento do contribuinte em relação a suposta nulidade dos demonstrativos e, por consequência, do auto de infração, por ausência de informação.

Esclarecem que o demonstrativo constante nos autos trás em seu conteúdo a coluna da descrição da metodologia aplicada, da referência (competência), do vencimento, do ICMS declarado, do ICMS apurado, do ICMS recolhido, do ICMS a recolher, da multa e do total, informando de modo claro e preciso os valores que se está cobrando da autuada por meio do auto de infração, razão pela qual não se vislumbra a ocorrência de nulidade em relação ao demonstrativo.

Com relação a alegação de cerceamento de defesa, por ter o contribuinte recebido os autos após 2/3 de transcurso do prazo legal para o oferecimento da impugnação, asseveraram que tal afirmação não merece amparo, nem tampouco maiores delongas, vez que o sujeito passivo foi intimado por edital desde o dia 28.12.2013, ficando os autos, a partir desse momento, à sua disposição, tanto que ingressou com sua defesa dentro do prazo legal, afastando qualquer pecha de cerceamento de defesa.

Rechaçando a arguição de inconsistência entre os valores informados na notificação de espontaneidade e o auto de infração, argumentam que na



data de 19.12.2013 foi emitida uma notificação de espontaneidade, em obediência ao art. 24, do RPAT e a instrução normativa nº 002/2010 – CAT/SET, que estabelecia o benefício da denúncia espontânea para os fatos geradores ocorridos antes de 1º de abril de 2008, tendo ocorrido que o sujeito passivo não realizou o pagamento e estes valores também passaram a fazer parte do auto de infração.

Registraram, ainda, que a referida notificação abrangia somente os meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, enquanto que o auto de infração abrange todo o exercício de 2008, não procedendo, dessa forma, a tentativa do contribuinte em desqualificar o procedimento aplicado.

Prosseguindo, refutam a afirmação do contribuinte de que inexistiam créditos indevidos relativos às ocorrências 01 e 02, no sentido de que a autuada a todo momento ataca as formalidades dos procedimentos, mas em momento algum vergasta o mérito das ocorrências. Assim, no tocante ao estorno de débitos, não foi demonstrado pelo sujeito passivo a origem do erro que motivou tal ato.

Por fim, quanto à alegação de que a multa imputada teria caráter confiscatório, salientou o fato de que esta foi aplicada conforme estipulada no RICMS.

Ao final, pediram a manutenção do auto de infração.

2 – DOS ANTECEDENTES

Consta dos autos, fl. 85, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

3 - DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Em decorrência da análise do processo, observa-se que no auto de infração, foram devidamente apresentadas ao autuado, de forma clara e precisa, a acusação e a decorrente infração, além dos demais requisitos exigidos no art. 20 do vigente RPAT.



Sem nenhuma dúvida, ficou evidenciado que foram obedecidos os prazos, especificamente, para que o mesmo pudesse exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, estando a lide devidamente composta, e nada havendo a ser sanado, passo a conhecer da presente ação e determinar o seu prosseguimento.

4 – DO MÉRITO

Consoante se infere dos autos, o contribuinte foi denunciado pela existência de crédito indevido constante no livro de apuração de ICMS, sob a denominação de “estorno de débitos para operações especiais”, bem como, crédito indevido comprovado através do confronto entre os créditos destacados em notas fiscais de aquisição de mercadorias (entradas) apresentadas pelo próprio contribuinte e os valores informados a título de “imposto creditado” pelas entradas nas Guias Informativas Mensais – GIMs e, em decorrência de informação em GIM de valores a recolher de ICMS a menor, em relação a soma entre os valores apurados como débitos das notas fiscais de saída.

Ao compulsar os autos, percebe-se que a alegação de decadência feita pelo contribuinte não merece prosperar, pois o próprio parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, determina que a aplicação da regra de contagem de prazo nela prevista será condicionada a inexistência de regra específica em lei.

Ocorre que a Lei nº 6.968/1997, que institui o imposto no âmbito Rio Grande do Norte, traz regramento específico para a matéria, ao dispor no seu art. 36, parágrafo 1º:

"Art. 36. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do



lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a sua homologação tácita".

Nessa linha de raciocínio, vê-se a inaplicabilidade do disposto no art. 150 do Código Tributário Nacional, bem como a aplicabilidade do disposto no art. 173, inciso I, do aludido diploma legal:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".

Assim, abstrai-se da interpretação da mencionada norma que não ocorreu a pré-falada decadência.

Quanto as alegações de nulidade na notificação do contribuinte, inclusive, por meio de edital, afasto todos os argumentos trazidos pela defendente, considerando-se a eficácia do ato administrativo que a trouxe aos autos, tendo a mesma demonstrado conhecimento total da ação contra ela promovida pela Fazenda Pública Estadual, conforme determina §1º do art. 20, do RPAT.

Com relação a alegação de que o auto de infração seria nulo, por não terem os autuantes observado os incisos V e VI do art. 44 do RPAT, tem-se que em relação ao inciso V, o qual trata de referência expressa ao Termo de Fiscalização ou Termo de Apreensão de Mercadoria, os autuantes agiram em razão da Ordem de Serviço nº 20207/2013, a qual norteou todo o trabalho desenvolvido pelos fiscais.

No tocante ao inciso VI, que trata da referência expressa aos documentos que fundamentam o auto de infração, observa-se que este possui anexos, dentre eles, o demonstrativo das ocorrências fiscais.



Conclui-se, portanto, que no procedimento administrativo constam todos os elementos suficientes para defesa do acusado, ou seja, não havendo o que se falar em eventual nulidade por cerceamento de defesa.

Quanto a inconsistência entre os valores informados na notificação de espontaneidade e o auto de infração, argüido pela defesa, está plenamente esclarecido nos autos que foi emitida uma notificação de espontaneidade, que estabelecia o benefício da denúncia espontânea para os fatos geradores ocorridos antes de 1º de abril de 2008, e, como o sujeito passivo não realizou o pagamento, estes valores passaram a fazer parte, também, do presente auto de infração.

Na sequência, quanto a afirmação do contribuinte de que inexistiam créditos indevidos nos itens 01 e 02 da primeira ocorrência, percebe-se que a atuada a ataca, apenas, argumentando a sistemática de procedimentos quanto aos lançamentos da conta gráfica do ICMS, sem enfrentar o real teor da denúncia que vai da escrituração injustificável de valores a alteração de importâncias numerárias que, constando em determinado valor no documento fiscal, foram lançados escrituralmente de forma alterada, conforme se comprova na análise dos anexos ao auto de infração apresentados pelos autuantes.

Por fim, quanto a arguição de que a aplicação da penalidade de multa se mostrou excessiva, por não observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impende ressaltar que a pena imposta possui lastro em norma legal vigente.

Ademais, saliente-se o fato da penalidade encontrar-se resguardada em lei, não havendo, pois, discricionariedade por parte do aplicador, vez que o valor encontra-se taxado no próprio dispositivo legal, qual seja o art. 340, I e II, "a" e "c" do RICMS.

Neste raciocínio, convém lembrar os ensinamentos do insigne professor Hugo de Brito Machado, na sua obra Curso de Direito Tributário, que assim leciona:

"A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime



juridico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele.” (Editora Malheiros, 25ª Edição, págs. 58/59).

Portanto, devidamente demonstrado o respeito ao contraditório e a ampla defesa, e ainda, comprovadas as infrações denunciadas, não se vislumbra qualquer motivo para o não acolhimento das denúncias postas no presente auto de infração.

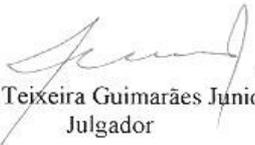
Devo registrar, em tempo, que promovo a juntada aos autos de cópia da página 81 do Diário Oficial do Estado, datado de 28 de dezembro de 2013, vide anexo 01, na qual encontra-se publicado o edital de intimação para que o contribuinte pudesse apresentar impugnação ao auto de infração de que trata o presente processo, o que afasta de vez a hipótese de decadência defendida pela parte ré.

5 – DA DECISÃO

Tecidas essas considerações e considerando tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** o presente Auto de Infração lavrado contra a atuada, condenando-a ao pagamento de ICMS no valor de R\$ 144.651,99 (cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e um reais e noventa e nove centavos), acrescido de multa na quantia de R\$ 212.618,56 (duzentos e doze mil, seiscentos e dezoito reais e cinquenta e seis centavos), perfazendo o montante de R\$ 357.270,55 (trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e setenta reais e cinquenta e cinco centavos), sujeito à atualização monetária.

À 7ª URT para dar cumprimento a esta decisão e adotar demais providências regulamentares.

COJUP – Natal, 25 de março de 2014.


Luiz Teixeira Guimarães Junior
Julgador