



RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO n° : 43285/09/03/2010–4/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0078/2012-CRF.

PAT N° 0078/2010-1ª URT.

RECORRENTE : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RECORRIDO : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RELATOR : Conselheiro WALDEMAR ROBERTO MORAES DA SILVA.

RECURSO : VOLUNTÁRIO e EX OFFICIO.

RELATÓRIO

1. Da análise do Auto de Infração n.º 06576/2010/1ª URT (p. 01), de 04/03/2010, depreende-se que a empresa acima epigrafada, qualificada nos autos, foi autuada em 01 (UMA) infringência, onde consta no item OCORRÊNCIA a “falta de recolhimento do ICMS normal no todo ou em parte nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 340 do Decreto de 13.640 de 13/11/1997, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto”, e como INFRINGÊNCIA, que o “Contribuinte supra qualificado infringiu o disposto no artigo 150, inciso III, c/c Art. 130, inciso I, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13/11/1997” e a PENALIDADE “prevista na alínea “c”, inciso I do Art. 340, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de 13/11/97”,
2. as infringências apontadas redundaram nas propostas de penalidades citada, tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 240.198, 73 (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e oito reais e setenta e três centavos) e multa de R\$ 240.198, 73 (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e oito reais e setenta e três centavos), perfazendo um total de R\$ 480.397,46 (quatrocentos e oitenta mil, trezentos e noventa e sete reais e quarenta e seis centavos) a serem corrigidos monetariamente.
3. Ainda é de se observar que consta a assinatura de Clecilene Jacy de Sousa Melo, CPF 029.247.504-74, Responsável Legal da “AUTUADA”, datada de 09/03/2010.
4. Além da inicial, composta do Auto de Infração citado, foram acostados aos autos a cópia da ORDEM DE SERVIÇO N° 24109 – 1ª URT, de 26 de outubro de 2009 (p. 02) dizendo que “Resolve: Designar o Auditor Fiscal do Tesouro Estadual Dalzenir Leite de Queiroz, AFTE-3, Matrícula 752088, para requisitar documentos, proceder exame na documentação fiscal e contábil e realizar demais atos inerentes à fiscalização referente a: regularização das seguintes pendências: 1) falta de recolhimento do ICMS pelas saídas de

mercadorias, em virtude de exclusão do Simples Nacional em 31.12.2008; 2) TADF's em aberto constantes do extrato fiscal; e a não existência de ECF cadastrado, conforme solicitação de procedimento fiscal, 263/2009 – COFIS, encartada no processo 220938/2009-8, na empresa abaixo discriminada” (p. 02), a cópia da SOLICITAÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL – 263/2009 (p. 03), a Consulta a Contribuinte – Base – SIGAT (p. 04), onde consta no item “Regime de Pagamento: NORMAL”, o Extrato Fiscal Via Internet (p. 05), a Consulta Consolidada da Opção pelo Simples Nacional (p. 06), o Demonstrativo referente a falta de recolhimento de ICMS normal sobre as saídas de mercadorias escrituradas em livro próprio” (p. 07) no exercício de 2009, a tela ENTRADAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA ESCRITURADAS COM DESTAQUE DE ICMS (p. 08), nos exercícios de 2008 e 2009, a Consulta ao Movimento Econômico Tributário (pp., 09 a 010), a Consulta `a Guia de Informativo Mensal – GIM dos períodos de 01/2009 a 12/2009 (pp., 011 a 034), o RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO (p. 035), a tela 78/2010/1 - CONSOLIDAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS (p. 036), o TERMO DE INFORMAÇÃO SOBRE ANTECEDENTES FISCAIS (p. 037) com a informação “(X) NÃO É REINCIDENTE”, o TERMO DE RECEBIMENTO DE CÓPIA DOS AUTOS (p. 038), datado e assinado pelo Procurador da Recorrente , o TERMO DE JUNTADA (p. 0041) da IMPUGNAÇÃO,

5. a IMPUGNAÇÃO (pp., 0042 a 054), a qual após brevíssimo relatório, no item “1. DAS PRELIMINARES DE NULIDADES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO (p. 043), diz que “ O RPAT/RN traz requisitos indispensáveis ao Auto de Infração, tais como a capitulação legal precisa, a necessidade de relatório circunstanciado suficientemente fundamentado, entre outros” (p. 043), que “não está presente no competente caderno processual quaisquer documentos que ‘supostamente’ poderiam embasar a EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL” (p. 043),
6. no subitem “1.1 DA NÃO DEVOLUÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCALIZADOS, POR PARTE DA AUTUANTE” (p. 043), diz que “a fiscalização desprezou um dos esteios do ‘Direito’ e da ‘vida’, o PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, visto que, ainda está em posse dos documentos, cerceando o direito de defesa da contribuinte, senão vejamos: para elaborar sua impugnação, a contribuinte necessita de tais documentos, os quais AINDA NÃO FORAM devolvidos” (p. 043), cita o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal e diz “A Autuante tem prerrogativa de requisitar do contribuinte livros e documentos para o ato de fiscalização, porém, lavrado o Auto de Infração, os livros e documentos devem ser devolvidos ao contribuinte no prazo estabelecido para a defesa. Todavia, nem sempre ocorre a devolução dos livros e documentos em tempo hábil para a defesa” (p. 044), que “essa prática configura violação aos Princípios do Contraditório (art. 5º, LV, CF) e da Ampla Defesa (art. 5º, LIV, CF) (p. 045), que “é evidente que a iniciativa da Autuante em reter os livros e documentos fora do prazo facultado a Contribuinte Autuada para apresentar a Impugnação ao Auto de Infração viola os mencionados Princípios (Contraditório e Ampla Defesa), razão pela qual pode e deve a Contribuinte Autuada se insurgir na Impugnação contra tal prática abusiva por parte da Autuante” (p. 045), que “no caso dos presentes autos é muito grave, pois se iniciou e se encerrou o prazo de defesa, e o ente tributante não devolveu a documentação, que, por sua vez, era imprescindível para a elaboração da peça impugnativa” (p. 046),

7. no subitem “1.2 DA NECESSIDADE DE RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO CLARO E FUNDAMENTADO” (p. 046), após citar o artigo 44 do RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 16 de fevereiro de 1998, diz que “no auto de Infração impugnado o Relatório Circunstanciado de fl. 35, prejudica demasiadamente a defesa do contribuinte, uma vez que este não possui os elementos necessários que esclareçam de modo claro a fundamentação do Auto, como, por exemplo, os dispositivos legais utilizados, os quais deveriam ter sido trazidos de modo específico; a Autuante também não fundamenta a razão de ter atribuído 27% (vinte e sete por cento) para todas as mercadorias” (pp., 046 a 047), que “a Autuante foi bastante econômica em seu relatório de fl. 35, o descrevendo em apenas 09 linhas, de forma apressada, truncada e extremamente sucinta, as equivocadas razões de sua autuação” (p. 047), que “enfim, a impugnante não sabe como o Impugnado chegou a este resultado, e este por sua vez, não demonstra, ou explica detalhadamente como procedeu, impossibilitando que a contribuinte se defenda, cerceando seu direito à defesa, a qual deve ter alcance oceânico” (p. 047), que “resta prejudicada a defesa na falta de esclarecimento da matéria em análise, o que desde já implica na sua nulidade do auto de infração em apreço” (p. 047)”,
8. no subitem “1.3 DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO ESPECÍFICA – CERCEAMENTO DE DEFESA” (p. 0470, cita o artigo 44 , inciso VII do RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 16 de fevereiro de 1998, para dizer que “tal dispositivo legal não foi respeitado, visto que na ‘suposta’ infração autuada, o Fisco aplica a ‘penalidade’ da alínea ‘c’, inciso I, do art. 340; entretanto, no que se refere à tipificação da ocorrência (fl. 01), o poder fiscal é demasiadamente genérico”(p. 048), que “ o Auto de Infração traz a ‘suposta’ ocorrência cometida está nos casos não compreendidos nas alíneas ‘d’ e ‘c’ do inciso I, do art. 340 do RICMS” (p. 048), que “e onde estaria compreendida?; A Impugnante tinha o direito constitucional de saber?; Em observância ao princípio da ampla defesa, encartado na norma ápice pátria” (p. 048), que “o princípio da legalidade tributária estrita foi flagrantemente desrespeitado, além, de ter se cerceado o direito de defesa da Impugnante” (p. 048), que “deveria o Fisco ter procedido de maneira acertada, indicando ‘precisamente’ os dispositivos legais infringidos, o que não o fez, eivando, desse modo, de vícios de nulidade o presente Auto de Infração, o tornando imprestável, inválido, nulo de pleno direito” (p. 048),
9. no item “2. DO MÉRITO DA AUTUAÇÃO” (p. 048) diz que “caso vossa senhoria não acate as preliminares, expostas no capítulo supra, pelo princípio da eventualidade, adentramos nas razões de mérito, as quais devem ser julgadas inteiramente improcedentes, pelos fundamentos e fatos que a Impugnante passa a expor” (p. 048),
10. no subitem “2.1 DA ILEGAL EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL” (p. 049), diz que “a exclusão da contribuinte autuada do Simples Nacional desprestigia, por completo, os preceitos constitucionais do devido processo legal administrativo, da legalidade e da ampla defesa” (p. 049), que “deve ser decretada a nulidade de todo o procedimento fiscalizatório, haja vista que o nascedouro, o qual seja, o ato que o excluiu do Simples Nacional, não está presente nos autos” (p. 049), que “o contribuinte autuado não recebeu qualquer espécie de intimação acerca da sua não inclusão no regime supracitado, para que ele pudesse, dessa maneira, ter exercitado seu direito à defesa” (p. 049), que “não tendo havido notificação postal, nem muito menos pessoal, partimos do pressuposto que tenha

se dado por edital, que sequer está nos autos” (p. 049), que “é incontestável o conhecimento por parte do Fisco Estadual do domicílio tributário da empresa excluída, onde a entidade tributante possui os dados cadastrais em seus próprios arquivos” (p. 049) e a partir dessa hipótese desenvolve arrazoado defendendo que a Recorrente deveria ter sido notificada pessoalmente ou quando muito por via postal, da sua exclusão do Simples Nacional, e nunca por edital antes de ser tentadas todas as vias anteriores, para ao final concluir que “após ter ultrapassado sequência (notificação pessoal e postal) no intuito de comunicar ‘apressadamente’ à contribuinte, ora Autuada, a respeito da sua exclusão do regime simplificado supracitado, o ente tributante ‘atropelou’ os procedimentos legais administrativos, ensejando na nulidade da notificação em tela, por inobservância das prescrições legais” (p. 052),

11. no subitem “2.2 DA EQUIVOCADA E ABSURDA ALÍQUOTA DE 25% APLICADA INDISCRIMINADAMENTE A TODAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS” (p. 052) diz que “ao observarmos o demonstrativo de fl. 07, percebe-se claramente que a auditora autuante atribuiu equivocadamente a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) indiscriminadamente, mais índice de 2% (dois por cento), cita o artigo 104 do RICMS/RN, para dizer que “através da Consulta ao Contribuinte – Base SIGAT (fl. 04), percebe-se que a contribuinte autuada não vendia apenas jóias, comercializando também outras mercadorias, tais como: relógios, bijuterias, entre outros, para as quais o dispositivo supracitado do RICMS prevê uma alíquota de 17% (dezesete por cento)” (p. 053), que “a Autuante calculou a maior o ICMS em razão da não observância da aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias conforme o art. 104, RICMS, apenas para jóias” (p. 053), que “a venda de mercadorias diversas de joias tem como aplicação a alíquota de 17% (dezesete por cento), conforme prevê o art. 104, II. A do RICMS/RN” (p. 053), que “fica assim demonstrada a discrepância na aplicação da alíquota por parte da Autuante” (p. 054), que “dada a generalidade na aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), não tendo a autuante individualizado tal aplicação, ver-se fragrantemente desrespeito ao RICMS/RN, proporcionando enorme prejuízo ao contribuinte Autuado, devendo o técnico julgador anular a presente autuação” (p. 054),
12. no item “3. DO REQUERIMENTO” (p. 054) diz que “a impugnante requer que vossa senhoria acate as preliminares de nulidade, decretando a nulidade do presente Auto de Infração, extinguindo, dessa forma, o crédito tributário em questão, ou ainda, caso vossa senhoria entenda de forma diversa, e adentre no mérito, a Impugnante requer que seja julgada totalmente improcedente a ‘infração’ autuada pelo Impugnado, extinguindo-se, dessa forma, o crédito tributário em tela, e por fim, caso esse técnico órgão julgador entenda por manter a autuação, que seja aplicada as alíquotas corretas, em observância ao princípio da legalidade tributária estrita, revendo, desse modo, o presente “equivocado’ lançamento de ofício” (p. 054);
13. Ainda consta o TERMO DE REMESSA (p. 056), para a Autuante apresentar a CONTESTAÇÃO, a tela “Entes Federativos SIMPLES NACIONAL Detalhamento da Solicitação de Opção” (p. 057), onde consta no item “Situação da Solicitação” a informação “Indeferido por pendências não resolvidas”, a tela “Entes Federativos SIMPLES NACIONAL Lista de Eventos” (p. 058), onde consta no item “Observação” a informação “Pessoa Jurídica excluída automaticamente pelo sistema (Sivex-SN) em virtude do processamento de exclusões em lote realizado pela RFB por motivo de débito

com a Fazenda Pública Federal”, a tela “Entes Federativos SIMPLES NACIONAL Detalhamento das Irregularidades da Solicitação de Opção Efetuada em 21/01/2009” (pp., 059 a 060), onde consta no item “Pendências Identificadas após Processamento Final da Solicitação” a informação no subitem “Pendências com as Administrações Tributárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios” de “Pendência cadastral ou fiscal com o estado/DF: RIO GRANDE DO NORTE”, “Pendência não liberada”, cópia de Protocolo (p. 061) tendo como destinatário a Recorrente recebendo 30 (trinta) talões de notas fiscais de saídas referente ao período de 2009 e o Livro de Ocorrências com Termo Lavrado, datado de 11 de maio de 2010”, o Demonstrativo dos valores das entradas constante no DETNOT com suas respectivas alíquotas no exercício de 2009” (p. 062), a tela Consulta de Notas Fiscais de Entrada (p. 063 e verso), o Demonstrativo referente a falta de recolhimento de ICMS normal sobre as saídas de mercadorias escrituradas em livro próprio (p. 064),

14. A CONTESTAÇÃO (p. 068 e verso), onde diz que “no item 1, a Autuada alega falta de documentos que comprove a exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL, no entanto, encontra-se anexado à fl. nº 06 dos autos, consulta consolidada da opção pelo Simples Nacional, onde consta a exclusão da referida empresa do Simples Nacional mostrando detalhamento das irregularidades da situação da opção, realizada pelo contribuinte” (p. 068), que “no subitem 1.1 a Autuada alega que a documentação não foi devolvida, no entanto, no momento que levei o referido Auto para a mesma dar ciência, comuniquei que a documentação que me foi apresentada na sala 03 da 1ª URT, encontrava-se no mesmo endereço para ser devolvida, somente procurando a documentação em 11/05/2010, conforme cópia de protocolo assinada pelo sr. Paulo Arnaud, em anexo fl. Nº 61. Querendo dessa forma usar como pretexto para a sua defesa, a falta de documentos” (p. 068), que “no subitem 2.2, a Autuada questiona aplicação de alíquota de 25%, pois foi aplicada a referida alíquota levando-se em consideração o CNAE fiscal principal ‘comércio varejista de artigos de joalheria’. Entretanto, após análise das aquisições de mercadorias efetuadas pelo contribuinte, constante no DETNOT observa-se que existe aquisição de mercadoria com Código 08, cuja alíquota é de 25% e Código 07, cuja alíquota é de 17%” (p. 068, verso), que “esta fiscalização refez o demonstrativo de débito aplicando a proporcionalidade das entradas com alíquotas de 25% e 17%, respectivamente, nas saídas declaradas pelo contribuinte, nas GIM’s informadas de janeiro de 2009 a dezembro de 2009” (p. 068, verso), que “aplicando-se para cálculo do imposto as respectivas alíquotas o percentual encontrado (92,86 % para base de cálculo de 17% e 7,14 % para base de cálculo de 25%, ver o demonstrativo fl. nº 64), que “além de que, como comercializa com joias, há incidência do FECOP (2%), conforme Lei complementar nº 261, de 19 de dezembro de 2003, na base de cálculo cuja alíquota é de 25% (joias), conforme documento anexado às fls nº 65 e 66” (p. 068, verso), que “os valores constante no Auto de Infração, deverão ser modificados, passando a ser nos seguintes valores, conforme tabela abaixo” (p. 068, verso) e após a referida tabela diz que “esta fiscalização solicita que o presente auto seja mantido e julgado procedente de acordo com os valores atuais apurados , conforme tabela acima” (p. 068, verso).
15. Ainda o DESPACHO para a COJUP analisar e julgar o “Auto de Infração” (p. 069), a Decisão nº 354/2011 – COJUP (pp., 070 a 074), onde após relatório circunstanciado, no item “DO MÉRITO” (p. 072), diz que “antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos princípios regentes da matéria,

especialmente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando assim os princípios constitucionais afetos ao tema” (p. 072), que “prova cabal de que o processo atende aos princípios acima mencionados, é o fato de que, na sua impugnação, a autuada defende-se da infração de falta de recolhimento do imposto em decorrência de sua exclusão da sistemática simplificada, que é a essência do presente PAT” (p. 072),

16. que “quanto ao suscitado prejuízo ao sagrado direito de defesa em decorrência da não devolução dos documentos não procede; primeiro, porque não restou comprovado nos autos qualquer resistência do fisco em devolvê-los, ao contrário, assevera a ilustre autora que o acervo documental sempre esteve à disposição da autuada”(p. 072), que “mesmo sabendo disto só se dignou a busca-los quando lhe melhor lhe pareceu” (p. 072), que inexistente nos autos a mínima prova de qualquer resistência à devolução dos aludidos documentos” (p. 072),
17. que “igualmente não prospera a tese de defesa de cerceamento de defesa em decorrência de eventual inconsistência ou lacuna no Termo Circunstanciado; ao contrário do apregoado pela defesa, referido termo preenche aos pressupostos de sua existência, inclusive, esclarecendo com clareza solar os fatos ocorridos e as circunstâncias que culminaram com a presente denúncia” (pp., 072 a 073), que “de fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição da denúncia reflete com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o embasamento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno emana de Lei, sendo a específica para a hipótese que se apresenta” (p. 073), que “com efeito, ao contrário do apregoado na impugnação, dúvidas não existem quanto à justa motivação para o oferecimento da denúncia de que cuida a inicial, como também quanto ao enquadramento legal e a penalidade proposta, não havendo que se falar em benefício da dúvida ou interpretação mais benigna” (p. 073),
18. que “ainda, em sede preliminar, afastado a pretensão da defesa de querer eximir-se a presente denúncia, suscitando eventual inconsistência no ato de sua exclusão do SIMPLES NACIONAL” (p. 073), que “o ritual de exclusão se deu em consonância com a legislação de regência, mesmo porque restou incontroverso o fato de que a coletada sequer preencheu os requisitos de ingresso na sistemática de tributação simplificada, conforme revelam os extratos fiscais carreados aos autos” (p. 073), que “destarte, afastam-se preliminares de nulidades suscitadas pela defesa, eis que totalmente desprovidas de qualquer possibilidade fática ou legal” (p. 073),
19. que “quanto à questão de fundo, vale dizer, falta de recolhimento do imposto, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda maiores delongas, mesmo porque a defesa em momento algum, contra ela se insurge, suscitando, apenas equívoco por parte da autora do feito ao nivelar todas as operações em termos de tributação” (p. 073), que “as operações foram taxadas com alíquotas máximas, entretanto a própria autora do feito acata as ponderações da defesa nesse particular aspecto, tendo inclusive, elaborado novo demonstrativo atendendo aos anseios da impugnante, separando as operações por nível de tributação, aplicando as alíquotas de 17 e 25%, dependendo do

caso, conforme revela demonstrativo de crédito tributário encartado às fls. 68 v, dos autos” (pp., 073 a 074), para ao final decidir que “JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração lavrado contra C J DE SOUSA MELO – ME, para impor à Autuada a exigência do ICMS devido no valor de R\$ 156.031,01 (cento e cinquenta e seis mil, trinta e reais e um centavo), mais 100% de multa regulamentar, perfazendo o montante de R\$ 312.062,02 (trezentos e doze mil, sessenta e dois reais e dois centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador” (p. 074).

20. Ainda está nos autos a CARTA DE INTIMAÇÃO (pp., 075, 077 e 079), o TERMO DE JUNTADA DE AR (pp., 076, 078 e 080), o TERMO DE CIÊNCIA, INTIMAÇÃO E RECEBIMENTO DE CÓPIA (p. 081), o TERMO DE JUNTADA (p. 082) do RECURSO VOLUNTÁRIO,
21. O RECURSO VOLUNTÁRIO (pp., 083 a 096)va NOTIFICAÇÃO (p. 084), para recolher no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas os valores apontados no Auto de Infração em tela,
22. O Recurso Voluntário (pp., 086 a 0129), o qual após breve relatório, repete as alegações da sua defesa, com os mesmos argumentos ali apresentados nos itens, subitem e no requerimento.
23. Consta o TERMO DE REMESSA (p. 097) ao Conselho de Recursos Fiscais , o TERMO DE CONFERÊNCIA (p. 098), o DESPACHO (p. 0100), da Procuradoria Geral do Estado, Procuradoria Fiscal e da Dívida Ativa, reservando-se o direito de produzir parecer oral quando da realização da sessão perante este egrégio Conselho de Recursos Fiscais.
24. É o Relatório.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 02 de abril de 2013.

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Relator



RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 43285/09/03/2010-4/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0078/2012-CRF.

PAT Nº 0078/2010-1ª URT.

RECORRENTE : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RECORRIDO : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RELATOR : Conselheiro WALDEMAR ROBERTO MORAES DA SILVA.

RECURSO : VOLUNTÁRIO e EX OFFICIO.

VOTO

25. Da análise do Auto de Infração n.º 06576/2010/1ª URT (p. 01), de 04/03/2010, depreende-se que a empresa acima epigrafada, qualificada nos autos, foi autuada em 01 (UMA) infringência, onde consta no item OCORRÊNCIA a “falta de recolhimento do ICMS normal no todo ou em parte nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 340 do Decreto de 13.640 de 13/11/1997, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto”, e como INFRINGÊNCIA, que o “Contribuinte supra qualificado infringiu o disposto no artigo 150, inciso III, c/c Art. 130, inciso I, todos do Regulamento do ICMS, aprovado

- pelo Decreto 13.640 de 13/11/1997” e a PENALIDADE “prevista na alínea “c”, inciso I do Art. 340, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Dec. 13.640 de 13/11/97”,
26. as infringências apontadas redundaram nas propostas de penalidades citada, tendo sido apurado um ICMS a pagar no valor de R\$ 240.198, 73 (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e oito reais e setenta e três centavos) e multa de R\$ 240.198, 73 (duzentos e quarenta mil, cento e noventa e oito reais e setenta e três centavos), perfazendo um total de R\$ 480.397,46 (quatrocentos e oitenta mil, trezentos e noventa e sete reais e quarenta e seis centavos) a serem corrigidos monetariamente.
 27. Dos fatos constantes dos presentes autos, claramente se depreende, que a autuação se deu em decorrência da Recorrente não ter conseguido êxito de ingressar no SIMPLES NACIONAL e de permanecer neste tipo de regime simplificado de tributação.
 28. A Recorrente alega 3 (três) preliminares antes de adentrar no mérito da questão, e por causa disto iremos inicialmente analisá-las e logo após passaremos as questões materiais.
 29. A primeira preliminar alegada é a de “1.1 DA NÃO DEVOLUÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCALIZADOS, POR PARTE DA AUTUANTE” (p. 043), e diz que “a fiscalização desprezou um dos esteios do ‘Direito’ e da ‘vida’, o PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA, visto que, ainda está em posse dos documentos, cerceando o direito de defesa da contribuinte, senão vejamos: para elaborar sua impugnação, a contribuinte necessita de tais documentos, os quais AINDA NÃO FORAM devolvidos” (p. 043), cita o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal e diz “A Autuante tem prerrogativa de requisitar do contribuinte livros e documentos para o ato de fiscalização, porém, lavrado o Auto de Infração, os livros e documentos devem ser devolvidos ao contribuinte no prazo estabelecido para a defesa. Todavia, nem sempre ocorre a devolução dos livros e documentos em tempo hábil para a defesa” (p. 044), que “essa prática configura violação aos Princípios do Contraditório (art. 5º, LV, CF) e da Ampla Defesa (art. 5º, LIV, CF) (p. 045), que “é evidente que a iniciativa da Autuante em reter os livros e documentos fora do prazo facultado a Contribuinte Autuada para apresentar a Impugnação ao Auto de Infração viola os mencionados Princípios (Contraditório e Ampla Defesa), razão pela qual pode e deve a Contribuinte Autuada se insurgir na Impugnação contra tal prática abusiva por parte da Autuante” (p. 045), que “no caso dos presentes autos é muito grave, pois se iniciou e se encerrou o prazo de defesa, e o ente tributante não devolveu a documentação, que, por sua vez, era imprescindível para a elaboração da peça impugnativa” (p. 046),
 30. A Autuante por sua vez diz que “no subitem 1.1 a Autuada alega que a documentação não foi devolvida, no entanto, no momento que levei o referido Auto para a mesma dar ciência, comuniquei que a documentação que me foi apresentada na sala 03 da 1ª URT, encontrava-se no mesmo endereço para ser devolvida, somente procurando a documentação em 1/05/2010, conforme cópia de protocolo assinada pelo sr. Paulo Arnaud, em anexo fl. Nº 61. Querendo dessa forma usar como pretexto para a sua defesa, a falta de documentos” (p. 068),
 31. o que faz cômico com que encontramos na digna Decisão nº 354/2011 da COJUP que diz “quanto ao suscitado prejuízo ao sagrado direito de defesa em decorrência da não

devolução dos documentos não procede; primeiro, porque não restou comprovado nos autos qualquer resistência do fisco em devolvê-los, ao contrário, assevera a ilustre autora que o acervo documental sempre esteve à disposição da autuada”(p. 072), que “mesmo sabendo disto só se dignou a busca-los quando lhe melhor lhe pareceu” (p. 072), que inexistem nos autos a mínima prova de qualquer resistência à devolução dos aludidos documentos” (p. 072),

32. isto posto, a legislação estadual ao tratar de livros, documentos e impressos fiscais é taxativa que não podem ser retirados do estabelecimento, salvo, “quando autorizados pelo fisco”, “para serem levados à repartição fiscal”, “para permanecerem sob guarda de profissional contabilista que, para esse fim, estiver expressamente indicado no formulário de inscrição cadastral, hipótese em que a exibição, quando exigida, será feita em local determinado pelo fisco” e “em caso expressamente previsto pela legislação”, conforme expressamente determina o artigo 601, incisos I, II, III e IV do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997 e suas alterações posteriores,
33. assim o fisco deve solicitar, mediante intimação ou notificação, todos os livros, documentos e impressos fiscais que necessite para cumprir a fiscalização determinada por Ordem de Serviço, e lavrar termo de recebimento, especificando quais foram entregues e, se, porventura, algum lhe foi sonegado, especificar exatamente a ocorrência,
34. devendo no ato da devolução destes ao contribuinte, ao cumprir as determinações fiscalizatórias, adotar as providências fiscais cabíveis, quais sejam, as mesmas adotadas para a sua requisição, ou mais claramente, proceder intimação ou notificação, de todos os livros, documentos e impressos fiscais que estão a disposição do contribuinte, e no ato da entrega, lavrar termo de entrega, especificando quais foram entregues e, se, porventura, também algum, por motivo superveniente ou de prova, não lhe foi entregue, especificar exatamente a ocorrência e as providências necessárias para evitar a violação do direito de defesa e do contraditório,
35. entretanto, nada disto foi feito, e a Recorrente alega, ainda em fase de Impugnação, que tais livros não lhe tinham sido entregues, nem, entendo, também disponibilizados para entrega por meio de intimações ou notificações, fazendo-me aceitar que houve cerceamento aos direitos de defesa e do contraditório, assistindo razão nesta primeira preliminar;
36. Na segunda de “1.2 DA NECESSIDADE DE RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO CLARO E FUNDAMENTADO” (p. 046), a Recorrente após citar o artigo 44 do RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 16 de fevereiro de 1998, diz que “no auto de Infração impugnado o Relatório Circunstanciado de fl. 35, prejudica demasiadamente a defesa do contribuinte, uma vez que este não possui os elementos necessários que esclareçam de modo claro a fundamentação do Auto, como, por exemplo, os dispositivos legais utilizados, os quais deveriam ter sido trazidos de modo específico; a Autuante também não fundamenta a razão de ter atribuído 27% (vinte e sete por cento) para todas as mercadorias” (pp., 046 a 047), que “a Autuante foi bastante econômica em seu relatório de fl. 35, o descrevendo em apenas 09 linhas, de forma apressada, truncada e extremamente sucinta, as equivocadas razões de sua autuação” (p. 047), que “enfim, a impugnante não sabe como o Impugnado chegou a este resultado, e este por sua vez, não

demonstra, ou explica detalhadamente como procedeu, impossibilitando que a contribuinte se defenda, cerceando seu direito à defesa, a qual deve ter alcance oceânico” (p. 047), que “resta prejudicada a defesa na falta de esclarecimento da matéria em análise, o que desde já implica na sua nulidade do auto de infração em apreço” (p. 047)”,

37. A Autuante por sua vez diz que “no subitem 2.2, a Autuada questiona aplicação de alíquota de 25%, pois foi aplicada a referida alíquota levando-se em consideração o CNAE fiscal principal ‘comércio varejista de artigos de joalheria’. Entretanto, após análise das aquisições de mercadorias efetuadas pelo contribuinte, constante no DETNOT observa-se que existe aquisição de mercadoria com Código 08, cuja alíquota é de 25% e Código 07, cuja alíquota é de 17%” (p. 068, verso), que “esta fiscalização refez o demonstrativo de débito aplicando a proporcionalidade das entradas com alíquotas de 25% e 17%, respectivamente, nas saídas declaradas pelo contribuinte, nas GIM’s informadas de janeiro de 2009 a dezembro de 2009” (p. 068, verso), que “ aplicando-se para cálculo do imposto as respectivas alíquotas o percentual encontrado (92,86 % para base de cálculo de 17% e 7,14 % para base de cálculo de 25%, ver o demonstrativo fl. n° 64), que “além de que, como comercializa com joias, há incidência do FECOP (2%), conforme Lei complementar n° 261, de 19 de dezembro de 2003, na base de cálculo cuja alíquota é de 25% (joias), conforme documento anexado às fls n° 65 e 66” (p. 068, verso),
38. E o nobre julgador novamente concorda com a Autuante ao dizer que “igualmente não prospera a tese de defesa de cerceamento de defesa em decorrência de eventual inconsistência ou lacuna no Termo Circunstanciado; ao contrário do apregoadado pela defesa, referido termo preenche aos pressupostos de sua existência, inclusive, esclarecendo com clareza solar os fatos ocorridos e as circunstâncias que culminaram com a presente denúncia” (pp., 072 a 073),
39. O artigo 44, § 1º do RPPAT, aprovado pelo Decreto n° 13.796, de 16 de fevereiro de 1998 e suas alterações posteriores, determina que o Auto de Infração deve conter, ainda, em anexo, “cópia do termo de ocorrência lavrado em livro próprio ou relatório circunstanciado com descrição das infrações verificadas, dos dispositivos legais infringidos e respectivas cominações, além de outras informações que possam melhor esclarecer a matéria” , e entendo que esta determinação foi estabelecida para suprir de esclarecimento o contribuinte sobre os fatos da autuação, pois é de conhecimento de todos que a inicial do Auto de Infração é muito sucinta, fato que poderia dificultar a defesa e o contraditório, e no caso, a Autuante produziu um RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO, que se encontra na folha 35 do presente processo administrativo, por demais exíguo e faltando “descrição das infrações verificadas, dos dispositivos legais infringidos e respectivas cominações, além de outras informações que possam melhor esclarecer a matéria”, que julgo dificultaria em demasia o entendimento da ocorrência e a apresentação consistente de sua defesa, assim, entendo que assiste razão a Recorrente nesta preliminar;
40. Na terceira diz que “1.3 DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO ESPECÍFICA – CERCEAMENTO DE DEFESA” (p. 0470, cita o artigo 44 , inciso VII do RPPAT, aprovado pelo Decreto n° 13.640, de 16 de fevereiro de 1998, para dizer que “tal dispositivo legal não foi respeitado, visto que na ‘suposta’ infração autuada, o Fisco aplica a ‘penalidade’ da alínea “c”, inciso I, do art. 340;

entretanto, no que se refere à tipificação da ocorrência (fl. 01), o poder fiscal é demasiadamente genérico”(p. 048), que “ o Auto de Infração traz a ‘suposta’ ocorrência cometida está nos casos não compreendidos nas alíneas ‘d’ e ‘c’ do inciso I, do art. 340 do RICMS” (p. 048), que “e onde estaria compreendida?; A Impugnante tinha o direito constitucional de saber?; Em observância ao princípio da ampla defesa, encartado na norma ápice pátria” (p. 048), que “o princípio da legalidade tributária estrita foi flagrantemente desrespeitado, além, de ter se cerceado o direito de defesa da Impugnante” (p. 048), que “deveria o Fisco ter procedido de maneira acertada, indicando ‘precisamente’ os dispositivos legais infringidos, o que não o fez, eivando, desse modo, de vícios de nulidade o presente Auto de Infração, o tornando imprestável, inválido, nulo de pleno direito” (p. 048),

41. A respeitável Autuante, sobre este aspecto, nada fala na sua CONTESTAÇÃO, na folha 68 e verso do presente caderno processual administrativo,
42. por sua vez o nobre Julgador da COJUP diz que “com efeito, ao contrário do apregoado na impugnação, dúvidas não existem quanto à justa motivação para o oferecimento da denúncia de que cuida a inicial, como também quanto ao enquadramento legal e a penalidade proposta, não havendo que se falar em benefício da dúvida ou interpretação mais benigna” (p. 073),
43. Assim como determina as várias legislações ao tratarem das tipificações, que são unânimes em afirmar a precisão entre o fato cominado como infringente e a norma infringida, ainda mais ao se tratar de direito tributário, onde se propaga que a tipificação deve ser cerrada,
44. entendo que a Autuante ao descrever a ocorrência como “falta de recolhimento do ICMS normal no todo ou em parte nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 340 do Decreto de 13.640 de 13/11/1997, conforme demonstrativo anexo, que constitui parte integrante deste auto”, ficou por demais genérica, haja vista que não ficar compreendida nas alíneas “d” e “e”, sem detalhar “conforme demonstrativo anexo” é deixar a Recorrente sem possibilidade de defesa e de conseqüentemente fundamentar o seu contraditório, e ainda mais quando a infringência é

Art. 150. São obrigações do contribuinte:

.....

III- pagar o imposto devido na forma e prazo previstos na legislação;

45. pois nas informações prestadas ao fisco por meio das Guia de Informativo mensal – GIM dos períodos apurados, estava a compreensão de que obedecia a égide do SIMPLES NACIONAL, então cabe a indagação da Recorrente sobre qual ocorrência está sendo apontada a exação,
46. além do mais, que a penalidade foi especificada, como dita a Lei nº 6.968, de 30 de dezembro de 1996, reproduzida integralmente no art. 340, I, “c” do Decreto nº 3413.640, 13 de novembro de 1997 que determina

Art. 64. Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

I - com relação ao recolhimento do imposto:

- a) “Omissis”;
- b) “Omissis”;
- c) deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, no caso não compreendido na alínea “d” e “e”, deste inciso: cem por cento do valor do imposto;

47. e como as citadas alíneas são respectivamente

- d) deixar de recolher, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados, e o contribuinte tiver entregue, dentro dos prazos legais, a Guia de Informação e Apuração Mensal do ICMS (GIM): cinquenta por cento do imposto devido;
- e) deixar de recolher, no todo ou em parte, o imposto de responsabilidade do contribuinte substituto que o houver retido: duzentos por cento do valor do imposto retido e não recolhido;

48. é perfeitamente compreensível que a Recorrente afirme e reafirme, que os elementos constantes da autuação são insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária, e pedir a nulidade do Auto de Infração,

49. e como determina o art. 20, III do RPPAT

Art. 20. São nulos:

.....

III - os lançamentos 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;

50. Portanto, entendo que assiste razão a Recorrente também nesta preliminar alegada.

51. Isto posto, entendo que o Auto de Infração é nulo, como também o PAT que o tem como peça inicial e fundamental.

52. Observa-se que como os fatos geradores são todos do exercício de 2009, devem ser motivo de nova fiscalização, agora obedecendo todos os ditames legais aqui discutidos e outros porventura não analisados adequadamente pelas partes interessadas, desde que, se vier a si confirmar a autuação, como acredito, todos os livros, documentos e impressos utilizados pela fiscalização devem ser devolvidos pelos meios competentes, o relatório circunstanciado cumpra cabalmente as exigências legais e a ocorrência, infringência e penalidade, tratada com todos os elementos que sejam suficientes para determinar a matéria objeto a exigência tributária e propiciar também o exercício da defesa e do contraditório da parte ré nos autos.

53. Deixamos de apreciar ao mérito devido o acatamento das preliminares de nulidades apresentadas pela Recorrente.

54. Do exposto, relatados e discutidos estes autos, VOTO em harmonia com o parecer oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e dar provimento aos Recursos interpostos, no tocante as preliminares ofertadas, para anular a Decisão Singular, julgando o Auto de Infração NULO e para tal devendo cópias dos presentes autos serem remetidos a COFIS para apurar a veracidade do crédito tributário conforme apontado no item 52 deste julgamento.

Sala, Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, em Natal/RN, 02 de abril de 2013.

Waldemar Roberto Moraes da Silva.
Relator



RIO GRANDE DO NORTE
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO nº : 43285/09/03/2010-4/SET.

NÚMERO DE ORDEM : 0078/2012-CRF.

PAT Nº 0078/2010-1ª URT.

RECORRENTE : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RECORRIDO : C J de Souza Melo – ME/ SECRETARIA DE ESTADO DE TRIBUTAÇÃO.

RELATOR : Conselheiro WALDEMAR ROBERTO MORAES DA SILVA.

RECURSO : VOLUNTÁRIO e EX OFFICIO

ACÓRDÃO Nº 064/2013-CRF

EMENTA – ICMS – PRELIMINARES ACATADAS. OCORRÊNCIA 1. falta de recolhimento do ICMS normal no todo ou em parte nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 340 do Decreto de 13.640 de 13/11/1997. **O fisco deve, no ato da devolução dos livros, documentos e impressos fiscais utilizados na fiscalização, obedecer as mesmas providências adotadas quando da intimação para recebê-los do contribuinte. Caracterizada a ausência da devolução. Cerceamento de defesa e do contraditório configurados. O Relatório Circunstanciado legal é parte do Auto de Infração, sua ausência, não suprida, dificulta a defesa e contraditório. São nulos os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária. Tipificação por demais genérica e abstrata. Ausência de subsunção do fato infringente à norma infringida. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. DECISÃO SINGULAR ANULADA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, em harmonia com o parecer oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, à unanimidade de votos em conhecer e dar provimento ao Recursos interpostos, no tocante as preliminares ofertadas, para anular a Decisão Singular, julgando o Auto de Infração NULO.

Sala Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 02 de abril de 2013.

Marta Jerusa Pereira Souto Borges da Silva
Presidente

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Relator

Kennedy Feliciano da Silva
Procurador