



- **RIO GRANDE DO NORTE**
 - SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
 - CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO Nº
PAT Nº
RECORRENTE

0110/2010-CRF
0033/2008-6ª URT
W A ATACADISTA GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA
(ADV. TUPINAMBA DE PAIVA CARBALHO)

RECORRIDA
RECURSO
RELATOR

E SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
OS MEMSOS
RECURSO VOLUNTÁRIO & OFÍCIO
CONS. EMANUEL MARCOS DE BRITO ROCHA (REDISTRIBUIÇÃO)

- **RELATÓRIO**

- Consta que contra a W A ATACADISTA GENEROS ALIMENTICIOS LTDA, doravante simplesmente *Recorrente*, foi lavrado o Auto de Infração nº001473/6ª URT em 10 de setembro de 2008, cientificado em 12 de setembro de 2008, denunciado para PRIMEIRA OCORRÊNCIA a falta de recolhimento do ICMS apurado através de arbitramento fiscal nos termos do art. 74, inciso III c/c art. 75, inciso I, alínea “a”, §§1º, 4º, e 5º e justificado no art. 76 todos do RICMS (Dec. 13640/97) nos períodos de 2003 a 2006, infringindo assim o art. 150, inciso III, c/c art. 74, inciso III, c/c art. 75, inciso I, alínea “a”, 1º, 4º, 5º e justificado no art. 76 todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº13.640 de 13/11/97, com penalidade prevista no art. 340, I, “c” do mesmo regulamento; e ainda para SEGUNDA OCORRÊNCIA, a falta de apresentação de livros fiscais nos prazos estabelecidos, conforme demonstrativo e intimação anexa, infringindo o art. 150, inciso VIII e IX todos do RICMS/RN, com penalidade proposta no item 2, alínea “b”, inciso IV do art. 340 do mesmo regulamento; gerando um débito consolidado composto de ICMS de R\$1.942.982,11 e multa de R\$1.944.282,11 – totalizando R\$3.887.264,22 – tudo em valores originais (fls. 01 a 03pp).
- Eis o quadro sinótico das ocorrências lançadas pela fiscalização quando a autuação:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO FISCAL – AUTUAÇÃO			
OCORRÊNCIAS	ICMS	MULTA	TOTAL

01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento (ano 2003 a 2006)	1.942.982,11	1.942.982,11	3.885.964,22
02. Falta de apresentação de livros fiscais (13 livros)	0,00	1.300,00	1.300,00
TOTAL	1.942.982,11	1.942.282,11	3.887.264,22

- Consta nos autos ANEXO à inicial, dentre os quais: Ordem de Serviço nº3845, CONCON, Termo de Intimação Fiscal, Termo de Fiscalização Circunstanciado, Comunicado da recorrente informando que a documentação solicitada pelo fisco foi extraviada voluntariamente, Notificação segundo IN 02/2010-CAT, Demonstrativo do arbitramento ano 2003-2006, Legislação que prescreve o arbitramento, IF 2003-2006, MOVECO 2003-206, RECOLH 2003-2006, Resumo Geral das Ocorrências, Publicação do EXTRAVIO da documentação solicitado pela fiscalização, Declaração de INAPTIDAO via ato declaratório 6ª URT/SET nº023 de 21 de agosto de 2008, Resumo dos livros extraviado de 2003 a 2006 (13 livros), Resumo do Débito Fiscal, Termo de Fiscalização (fls. 02 a 69pp).
- Consta nos autos IMPUGNAÇÃO interposta pela *Recorrente* em 14 de outubro de 2008, opondo-se à autuação, no seguinte: *Que o auto de infração representa total desprezo às normas jurídicas, aos princípios constitucionais aplicados na matéria tributária. Que a exigência tributária é animalésca, e flagrantemente ilegal, aos olhos da doutrina, legislação material e moral, e ante jurisprudência aplicada. Que parte do lançamento foi alcançado pela decadência. Que a utilização de dados constantes no sistema de informática da SET como suporte do lançamento por arbitramento são imprestáveis como única fonte. Que no seu ramo de atividade pratica a comercialização de produtos tributados em condições extraterrestres da situação proposta do arbitramento, Que junta à sua impugnação 320 documentos fiscais que cuidam de operações sujeitas à substituição tributária. Que é necessário expurgar do lançamento os valores das operações sujeitas aquela sistemática de cobrança. Que é um estabelecimento matriz e que realiza diariamente operações sujeitas aquela sistemática de cobrança. Que é um estabelecimento matriz e que realiza diariamente operações de remessa para depósito fechado. Que suas GIM e IF constam e somam as operações de retorno de mercadorias e apresenta diversos relativos às operações de retorno de remessa para depósito. Que solicita perícia a fim de descortinar as*

situações obtusas do processo e formula quatro quesitos a serem respondidos. Que levantou, a partir de consulta ao banco de dados da SET, o pagamento da quantia de R\$561.916,24 em recolhimento de ICMS, enquanto que o autuante apurou, da mesma fonte, a quantia de R\$358.620,27. Que não teve assegurado o direito ao princípio da não cumulatividade. Que o lançamento é confiscatório. Ao final, requer a extinção dos créditos atingidos pela decadência, a realização de perícia ou a justificativa para sua denegação, e, na falta de atendimento as solicitações anteriores à improcedência do crédito apurado através do arbitramento(fl. 70 a 130pp – anexos 131 a 927pp)

- *Consta nos autos CONTESTAÇÃO interposta pelos autuantes em 14 de novembro de 2008, contrarrazoando aquele impugnação, no seguinte: Que a autuada requereu, através do processo nº330.308/2008, 90 dias de prazo para a apresentação de parte dos documentos solicitados no termo de intimação fiscal de fls. 05 e mesmo despachado favoravelmente e adiado a entrega da documentação a pedido do demandante a documentação não foi entregue. Que foi emitido o Ato Declaratório nº23 em 21 de agosto de 2008, tornando a inscrição estadual da autuada inapta. Que somente após cumprimento dessas etapas foi lavrado auto de infração pela técnica de arbitramento com base nas informações prestadas pela autuada, a saber, GIM, IF e relatório com os recolhimentos efetuados. Acrescenta que a autuada foi notificada a recolher o valor do imposto sem a imposição da multa. Que rebateu a alegação da ocorrência da decadência citando o art. 173 do CTN, o art. 36, §1º da Lei Estadual do ICMS nº6.968/96 e o art. 958 do RICMS. Que, com base no relatório MOVECO, onde consta o resumo das GIM referente a 2003, a autuada não apurou o ICMS a pagar em nenhum dos meses. Que em relação aos argumentos apresentados pela autuada de que teria recolhido a importância de R \$1218.855,39 que tais recolhimentos foram efetuados a título de pagamentos, multa e ICMS antecipado, e que não há recolhimento no código 1210 no período de 01/01/2003 a 31/03/2005. Que se posiciona contrariamente ao pedido de perícia requerido pela autuada. Que a autuada anexou documentos pertencentes a outra empresa, inclusive para justificar o pedido de perícia. Que invoca a Decisão 55/2002-COJUP como amparo a sua decisão de fiscalizar a autuada*

através da técnica de arbitramento fiscal. Que em relação á apresentação de documentos pela autuada nos quais estariam demonstradas operações de RETORNO DE REMESSA PARA DEPÓSITO – CFOP 1906 este não está autenticados, e que os documentos de recolhimento, fls. 135 a 157, englobam diversos códigos tributários e há necessidade classificá-los para um possível abatimento do valor do imposto lançado. Requer ao final a manutenção do feito. (fls. 929 a 966pp)

- Consta nos autos TERMO DE INFORMAÇÃO SOBRE ANTECEDENTES FISCAIS dando conta que em 17 de novembro de 2008 a recorrente não é reincidente (fls. 967pp).
- Consta nos autos DESPACHO exarado em 29 de junho de 2009 pela COJUP deferimento o pedido de perícia contábil da *Recorrente* (fls. 969pp).
- Consta nos autos PORTARIA nº012/09-SA-SET de 09 de julho de 2009 nomeado como perito do Estado o servidor MARIO ROGÉRIO DE VASCONCELOS, AFTE6, matrícula nº153.089-5 (fls.970pp).
- Consta nos autos INTIMAÇÃO exarada em 10 de agosto de 2009 pelo Perito do Estado para depósito, tendo sido iniciado os trabalhos em 03 de novembro de 2009 (fls.971 a 985pp).
- Consta nos autos LAUDO PERICIAL apresentado em 26 de fevereiro de 2010 (fls. 1.142 a 1.163pp) e seus anexos (fls. 1.164 a 1.194pp).
- Consta nos autos DECISÃO nº87/2010-COJUP prolatada em 27 de setembro de 2010 (fls. 1.195 a 1.205pp), que em aperta ementa diz: *Que não vislumbra qualquer hipótese de nulidade processual prevista no art. 20 do RPA. Que o lustro decadencial fixado pelo legislador para o caso em tela é aquele contado a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte a tais ocorrências, e que assim agiu corretamente o autuante ao incluir no lançamento os créditos relativos ao exercício de 2003. Que não compete aos órgãos julgadores o exame da legalidade e da constitucionalidade de disposição expressa de lei em matéria tributária, ainda não reconhecida por decisões reiteradas do STJ ou decisão definitiva do STF. Que não se configura a nulidade do procedimento em razão da*

autuada entender como confiscatórias as multa propostas. Que as penalidades aplicadas constam do RICMS que regulamentou os dispositivos da lei estadual do ICMS nº6.968/96. Que multa punitiva não é tributo, mas sanção e quando aplicada, é através de auto de infração, pressupondo o devido processo legal. Que a metodologia de trabalho empregada pelo autuante baseou-se nas informações constantes do sistema de informática da Secretaria de Estado da Tributação, o qual é alimentado pelo próprio contribuinte quando, mensalmente, faz a entrega da GIM. Que a atitude da autuada foi determinante para que o arbitramento fiscal ocorresse, visto a sua reiterada recusa em apresentar a documentação fiscal ao autuante. Que os frágeis argumentos e ilações da autuada não se contrapõem ao cabedal de documentos carreados aos autos pelo autuante e pelo relatório do Perito Fiscal. Que em razão da pequena divergência entre os valores levantados pelo autuante e pelo perito fiscal, optou-se em considerar o maior valor do imposto recolhido, assim como optou-se por excluir desses valores da base de cálculo do lançamento relativo às operações sujeitas à substituição tributária, cesta básica e os novos valores referentes ao recolhimento efetuado anteriormente pela autuada, reduzindo-se o valor da 1ª denúncia para total de R\$3.564.896,24 – por conseguinte, desoneração que motiva o recurso EX OFFÍCIO segundo art. 114 do RPAT/RN. Eis o quadro sinótico do débito fiscal remanescente, conforme julgado pela COJUP

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO FISCAL – COJUP				
OCORRÊNCIAS	ICMS	MULTA	TOTAL	MÉRITO
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento (ano 2003 a 2006) (PERICIADO)	1.782.448,12	1.782.448,12	3.564.896,24	Procedente em parte
02. Falta de apresentação de livros fiscais (13 livros)	0,00	1.300,00	1.300,00	Procedente
TOTAL	1.782.448,12	1.783.748,12	3.566.196,24	Procedente em Parte

- Consta nos autos CIENTIFICADA daquela decisão singular em 08 de outubro de 2010 (fls. 1.209 a 1.210pp).
- Consta nos autos RECURSO VOLUNTÁRIO contra aquela decisão singular interposto em 23 de novembro de 2010, na seguinte síntese: *Que o julgamento de primeiro grau não valorou suficientemente bem os aspectos que permeiam a*

ocorrência do fenômeno da decadência sobre os lançamentos originados dos períodos de janeiro de 2003 a agosto daquele mesmo ano. Que invoca a contagem do lustro decadencial segundo a regra do art. 150, §4º do CTN. Que a regra para contagem de prazo prescricional e decadência deve observar a Lei Complementar Federal nº5.172/67 - CTN e não a Lei Ordinária Estadual, diante da Súmula Vinculante nº8-STF. Que o auto de infração foi lavrado considerando valores incompatíveis, inutilizando informações produzidas na GIM para o fim buscado nos autos do processo. Que discorda dos métodos e meios utilizados pela fiscalização para alçar mão do lançamento tributário proposto na autuação. Que a discordância com os meios do arbitramento produzido na fiscalização não revela argumentação protelatória ou desmedida, mas é sim defesa de mérito, pois há fundamento para tanto. Que não se está aqui negando validade sobre as informações produzidas na GIM e muito menos fazendo descaso com o curial trabalho da fiscalização, o que se diz é que para o arbitramento, no caso concreto, há informações que não são de bom tom utilizá-las. Que o deslocamento de mercadoria para estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS conforme Súmula nº166-STJ. Que o contribuinte quando movimentava mercadorias entre seus estabelecimentos não destaca ICMS, pois trata-se de remessas para depósito e seus respectivos retornos. Que os valores referentes às operações de remessa e retorno ao depósito sejam excluídas da base de cálculo do arbitramento, tendo em vista não ser objeto de tributação por parte do ICMS. Que se garanta a manutenção da não cumulatividade do ICMS. Que os documentos e arguições reveladas pelo contribuinte e ora recorrente não foram a bem da verdade devidamente explorados, ou mesmo talvez, considerados pelo Julgador a quo. Que o Colendo Conselho deverá rever tais fatos, pois, uma vez não fazendo implicará em tributação sem devida fundamentação para tanto. Que a busca da verdade material preconizada no art. 63 do RPAT fundamenta o enfrentamento dos argumentos e comprovações feitas por meio da documentação acostada. Que é necessário que o Relator dê-se ao trabalho de verificar toda documentação acostada pelo contribuinte e que injustamente não foi devidamente apreciada pela autoridade julgadora que lhe precedeu, em nome da imparcialidade e da oficialidade. Que não há qualquer comprovação de que as operações realizadas

pelo contribuinte com o fito de remeter para depósito próprio não são verdades. Que o ônus da prova compete ao Fisco, autor do feito, nos moldes do art. 333, I do CPC. Que a inversão do ônus da prova, no procedimento fiscal, em vista da presunção de legitimidade dos atos administrativos em favor do Fisco, não pode ocorrer, mesmo porque a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado. Que a multa proposta nos autos configura verdadeiro confisco, vedado constitucionalmente. Que no que tange aos valores já excluídos e que são objeto do recurso de Ofício, que esta c. Corte mantenha hígida a decisão pelos seus próprios fundamentos e por consequência, seja negado provimento ao recurso de Ofício. Que a multa resultante de qualquer parte da autuação, caso remanesça qualquer valor, seja aplicada segundo os preceitos constitucionais, sobretudo observado o princípio da capacidade contributiva deste recorrente e ainda sem se afastar da razoabilidade e proporcionalidade que não se pode perder de vista. Requer que todas as intimações sejam endereçadas ao endereço apontado na peça advocatícia.

- Consta nos autos DESPACHO exarado em 02 de fevereiro de 2012 pelo ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado opinando por oferecer Parecer Oral quando da Sessão de Julgamento do presente feito, nos termos do art. 3º da Lei Estadual nº4.136/72 (fls. 1249pp)

É o que importa relatar.

Sala do Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal RN, 11 de junho de 2013.

Emanuel Marcos de Brito Rocha

Relator



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO Nº	0110/2010-CRF
PAT Nº	0033/2008-6ª URT
RECORRENTE	W A ATACADISTA GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA (ADV. TUPINAMBA DE PAIVA CARBALHO)
RECORRIDA	E SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RECURSO	OS MEMSOS
RELATOR	RECURSO VOLUNTÁRIO & OFÍCIO CONS. EMANUEL MARCOS DE BRITO ROCHA (REDISTRIBUIÇÃO)

V O T O

- Consta que contra a W A ATACADISTA GENEROS ALIMENTICIOS LTDA, doravante simplesmente *Recorrente*, foi lavrado o Auto de Infração nº001473/6ª URT em 10 de setembro de 2008, cientificado em 12 de setembro de 2008, denunciado para PRIMEIRA OCORRÊNCIA a falta de recolhimento do ICMS apurado através de arbitramento fiscal nos termos do art. 74, inciso III c/c art. 75, inciso I, alínea “a”, §§1º, 4º, e 5º e justificado no art. 76 todos do RICMS (Dec. 13640/97) nos períodos de 2003 a 2006, infringindo assim o art. 150, inciso III, c/c art. 74, inciso III, c/c art. 75, inciso I, alínea “a”, 1ºm 4º, 5º e justificado no art. 76 todos do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº13.640 de 13/11/97, com penalidade prevista no art. 340, I, “c” do mesmo regulamento; e ainda para SEGUNDA OCORRÊNCIA, a falta de apresentação de livros fiscais nos prazos estabelecidos, conforme demonstrativo e intimação anexa, infringindo o art. 150, inciso VIII e IX todos do RICMS/RN, com penalidade proposta no item 2, alínea “b”, inciso IV do art. 340 do mesmo regulamento; gerando um débito consolidado composto de ICMS de R\$1.942.982,11 e multa de R \$1.944.282,11 – totalizando R\$3.887.264,22 – tudo em valores originais (fls. 01 a 03pp).
- *Ab initio*, tomo como PROCEDENTE a segunda denúncia, não só pela ausência de instauração de qualquer controvérsia sobre o tema nos moldes do art. 84 do RPAT/RN, mas e principalmente pelas provas carreadas ao presente processo da

obstrução deliberada promovida pela *Recorrente* ao fiel cumprimento da OS 03845/6^a URT, materializada pela não apresentação de tais livros fiscais.

- Entendo que o julgamento de Primeiro Grau valorou com acuidade e respaldo técnico, como lhe é peculiar todos os aspectos que permearam as ocorrências, estando todas as preliminares arguidas em sede de impugnação já cabalmente equacionadas, ao que me cumpre reiterar o seguinte:
- Não há qualquer mácula no presente processo que possa ensejar sua nulidade nos termos do art. 20 do RPAT/RN; pelo contrário – como bem prolatou o ilustre Julgador Singular - o autuante capitulou corretamente todas as denúncias, descrevendo com minúcias as ocorrências e identificando o fato gerador de cada uma delas, enquadrando-os de acordo com o que preconiza a legislação tributária estadual. Ademais, os demonstrativos que foram elaborados a partir de dados fornecidos pela própria *Recorrente (via GIM/IF)* são bastante elucidativos, contendo detalhes suficientes para a boa compreensão da matéria tributável, a saber: base de cálculo, alíquota, valor do imposto, e da multa dentre outros. Eis a previsão normativa para as hipóteses de nulidade processual:

Art. 20. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

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;

IV - as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades.

§ 1º A falta de intimação ou a intimação nula fica suprida pelo comparecimento do interessado, a partir do momento em que lhe sejam comunicados todos os elementos necessários à prática do ato.

§ 2º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 3º Ao declarar a nulidade a autoridade indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 4º A ausência, insuficiência ou inexatidão dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridos pela descrição dos fatos quando esta possibilite o exercício da defesa pelo sujeito passivo. **(grifo nosso)**

- As diversas multas propostas na inicial cumprem seu papel com proporcionalidade e razoabilidade diante das diversas condutas infratoras, sendo incabível a tese de confiscatória segundo a previsão do art. 150, IV da CF/88, uma vez que os institutos de tributo e sanção de ato ilícito não se confundem conceitualmente, como apontado no art. 3º do CTN. Nesse sentido enfatizo que são inúmeros os precedentes assumidos e pacificamente acatados por esse Colegiado, dentre os quais o Acórdão CRF nº170/2012, quando relatei:

(vii) Multa razoável e não confiscatória. Exaurindo as preliminares apontadas pelo recurso voluntário, temos que a tese da inconstitucionalidade de multa proposta na inicial com supedâneo à vedação ao efeito confiscatório arrimado no 150, inciso IV da Magna Carta também já foi exaustivamente rejeitada por esse Egrégio Conselho (ex vi Acórdão 33/2012 e outros). Os conceitos de Tributo e multa - como sanção de ato ilícito - não se confundem. Tributo é muito bem conceituado no art. 3º do CTN quando diz:

*Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.(grifo nosso)*

A aplicação de multa pecuniária, como no caso em tela, não confisca, não é desproporcional, tem dosimetria, e se presta a educar, reprimir e restabelecer a paz social pelo afastamento da impunidade, fortalecendo o Estado de Direito no consciente coletivo. Nesse sentido, buscamos o alento no ensinamento do Professor Hugo de Brito Machado, em sua obra Curso de Direito Tributário, 30ª Ed, Malheiros, São Paulo, 2009, que diz:

*"A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo **não se aplica** à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto*

essencial desta, e não daquele.

(...) A multa é necessariamente uma sanção de ato ilícito, e o tributo pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito." (MACHADO, 2009, p. 42). **(grifo nosso)**

É assim que também entende a Douta Procuradoria Geral do Estado quando nos exara em seu Parecer nº010/2010 que fundamentou o Acórdão CRF nº098/2011:

"Quanto à questão posta tão somente em sede recursal envolvendo a chamada natureza de confisco em face do valor da multa imposta, há que ser considerado que a multa tem natureza jurídica claramente diversa do tributo. Este trata e envolve práticas lícitas, o que vale dizer que, para se originar o crédito tributário, bastante é que ocorra a situação definida em lei como fonte da sua ocorrência, ou seja, o fato gerador da obrigação Tributária, enquanto que aquela, a multa, decorre, ao contrário, **da tipificação de ilícito tributário, de ato infracional.**

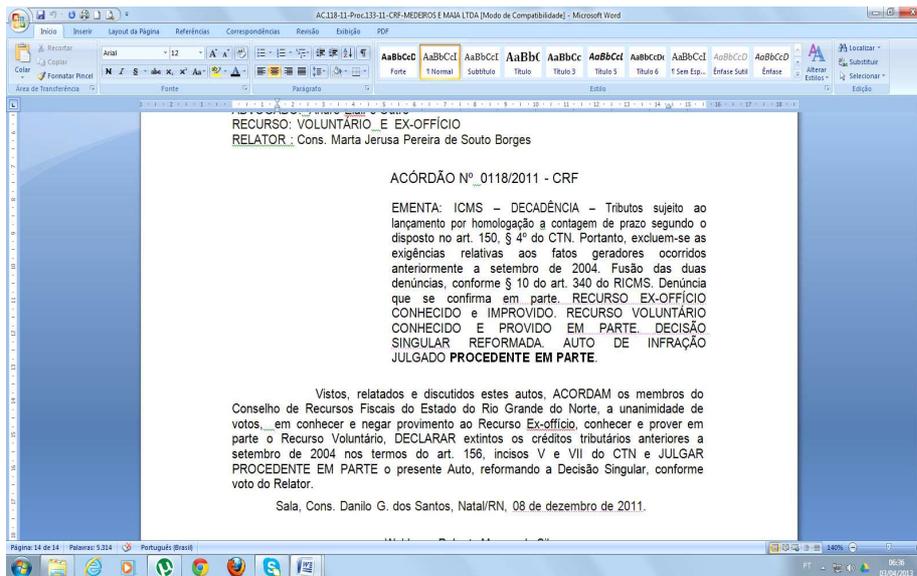
O tributo não carrega consigo nenhuma sanção, bastando que, ocorrido o fato gerador, originado regularmente o crédito tributário, proceda-se o recolhimento integral do valor apurado. Entrementes, a **multa tem caráter sancionatório**, decorrendo, portanto, da tipificação de uma infração à quais, em sede de sanção, será imposta.

Assim, em relação à multa, não se faz presente o comando insculpido no art. 150 - Inciso IV da Carta Magna, vez que tributo não pode ser encarado como multa, razão pela qual, a exemplo de reiteradas decisões proferidas por esse Egrégio Conselho, **deve ser afastado tal argumento defensivo". (grifo nosso)**

- Também orientado por outros inúmeros precedentes desse Egrégio Conselho

de Recursos Fiscais, entendo que o lustro decadencial aplicável ao caso em tela afasta-se da metodologia apontada pelo art. 150, §4º, cingindo-se tão somente àquela do art. 173, I do mesmo CTN, tanto pela inequívoca conduta dolosa da *recorrente* - intencionalmente e de forma reiterada - em obstruir a apresentação tempestiva dos livros fiscais solicitados pela fiscalização, imprescindíveis ao fiel cumprimento da Ordem de Serviço 03845/6ª URT, em prejuízo ao Erário; agravando-se pelo fato que o PERITO FISCAL atestou que “*os Livros Fiscais apresentados não estavam autenticados pela repartição fiscal competente, o que, enseja a possível utilização dos mesmos como mera referência, sem qualquer valor probante*” e ainda que “*os arquivos magnéticos fornecidos pela AUTUADA foram gerados, entre as 10h e 51 min, e às 11h e 41min do dia 05/11/2009*” (fls. 1150pp). Também entendo que a natureza lacunosa e extemporânea daqueles instrumentos resume-se a instrumentalizar fraude contábil em prol da sonegação fiscal.

Por conseguinte, o fenômeno extintivo decadencial encontra-se fulminado em 12 de setembro de 2008, data da ciência pessoal constante na exordial. Nesse sentido o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais decidiu, via Acórdão CRF N°118/2011, quando a ilustre relatoria discorreu:



"(...)

O entendimento do Eminentíssimo Ministro do STJ Luiz Fux em voto proferido no Recurso Esp. 639376/RS:

"O art. 150, § 4º do CTN introduz no âmbito do Direito Tributário uma ficção legal, porque com o decurso do quinquênio tem-se juridicamente como sucedido algo que concretamente não ocorreu, ou seja, a homologação. Esse preceito contempla hipótese de equiparação da homologação tácita à homologação expressa pelo Fisco. Transcorrido o quinquênio, é como se homologação expressa tivesse efetivamente ocorrido.

Como, na sistemática do Código Tributário Nacional, homologável não é só o pagamento, mas a atividade toda que antecede o ato de homologação, se não houver antecipação do pagamento, ou se o pagamento tiver sido insuficiente em decorrência de redução na base de cálculo e/ou alíquota concretamente

aplicáveis - ressalvadas as hipóteses de dolo, fraude ou simulação - poderá ocorrer a homologação ficta da respectiva atividade se a autoridade administrativa não praticar o lançamento ex officio. E essa homologação ficta atuará com eficácia preclusiva para o reexame da matéria.

(...)" (grifo nosso)

- Exaurida as preliminares, e antes de solucionar o mérito, é necessário esclarecer que em se tratando de arbitramento, reconhecidamente uma metodologia especialíssima de levantamento fiscal, é mister verificar o fiel cumprimento de toda a ritualística do art. 74 e seguintes do RICMS/RN, abaixo transcrita:

Art. 74. Nos seguintes casos especiais, o valor das operações realizadas mediante processo regular, **pode ser arbitrado pela autoridade fiscal**, sem prejuízo das penalidades cabíveis:

I- evidentes indícios de que os documentos fiscais não refletem o valor real das operações;

II- declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente **inferiores ao preço** corrente das mercadorias, ressalvados os casos de faturamento de operações a termo, sujeito à devida comprovação;

III- não exibição, aos agentes do fisco, **dos livros fiscais** ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos que comprovem o registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, do valor das operações, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

IV- quando, em virtude de levantamento do movimento da conta mercadoria do exercício comercial, for apurado índice operacional inferior ao valor agregado admissível;

V- armazenamento de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais;

VI- utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

VII- transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea;

VIII- utilização de regime especial de escrituração e tributação em desobediência às normas que o regem;

IX - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado.

Art. 75. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

I- ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, serão adicionados os valores das entradas efetuadas

durante o período considerado, já incluso as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de valor agregado (VA).

a) 20% (vinte por cento), no caso de comércio atacadista;

b) 25% (vinte e cinco por cento), no caso de comércio misto, assim entendido o exercício concomitante de comércio varejista e atacadista;

c) 30% (trinta por cento), no caso de comércio varejista;

d) 50% (cinquenta por cento), no caso de comércio no ramo de atividade de bares restaurantes, lanchonetes, cafés, sorveterias, hotéis, pensões, boates, cantinas e estabelecimentos similares.

...

...

§ 1º Do valor do imposto apurado através de arbitramento, **serão deduzidos o saldo do crédito fiscal do período anterior**, os créditos destacados em documentos fiscais relativos ao período, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações e prestações.

...

§ 3º Na apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, para efeitos de aplicação do percentual da valor agregado (VA) e da alíquota, levar-se-á em conta, sempre que possível, **a natureza das operações ou prestações e a espécie das mercadorias ou serviços**, admitindo-se, contudo, quando for impossível a discriminação, o critério da proporcionalidade e, em último caso, o da preponderância.

§ 4º O arbitramento deverá limitar-se às operações, prestações ou períodos em que tiver ocorrido o **fato que o motivou**.

§ 5º O arbitramento poderá basear-se em documentos de informações econômico-fiscais do mesmo exercício ou de exercício anterior, bem como em outros dados apurados dos quais disponha a fiscalização estadual.

Art. 76. Como embasamento para justificar a necessidade de aplicação do arbitramento, a **fiscalização estadual poderá efetuar levantamento fiscal utilizando quaisquer meios indiciários**, ou aplicando índices técnicos de produção, coeficientes médios de lucro bruto ou de valor acrescido e de preços unitários relativos a cada atividade, observada a localização e a categoria do estabelecimento.

§ 1º Para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o Auditor Fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá:

I- Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual será transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;

II- Termo de Apreensão de Mercadoria, quando se tratar de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias.

§ 2º O Termo de Fiscalização a que alude o inciso I, conterà, entre outras, as seguintes indicações: a infração cometida, o dispositivo regulamentar no qual se fundamenta o arbitramento, o elemento que serviu de base à apuração, o valor das saídas ou dos serviços apurados, o valor do ICMS, a importância recolhida, o valor dos créditos e o total a recolher. (GN)

- Dali, extraio e convenço-me do seguinte:
 - A não apresentação dos livros fiscais solicitados em intimação fiscal, de forma reiterado em prejuízo à fiscalização, denunciada na segunda ocorrência e – diga-se de passagem, sequer negada com convicção pela *Recorrente* - satisfaz plenamente o pressuposto do inciso III do art. 74 do RICMS/RN. Portanto, a metodologia de arbitramento adotada pela fiscalização reputa-se válida.
 - O valor agregado (VA ou TVA) de 20% (vinte pro cento), utilizado pela fiscalização para majoração da base de calculo, também se harmoniza com a previsão da alínea “a”, inciso I do art. 75 do mesmo regulamento diante do ramo de atividade exercido pela *Recorrente* (*comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios*).
 - O princípio da não cumulatividade encontra-se adequadamente satisfeito pelo reconhecimento dos créditos fiscais apontados no MOVECO como também pelos recolhimentos atestados em Laudo Pericial e referendados em Grau Singular, motivador da desoneração e do recurso EX OFFÍCIO, doravante considerando improcedente. Portanto, o §1º daquele mesmo artigo encontra-se plenamente atendido na liquidação do débito fiscal remanescente da primeira ocorrência.
 - As bases de cálculo dos exercícios de 2003 a 2006 foram obtidas a partir de informações econômico fiscais, especificamente GUIA INFORMATIVA MENSAL/GIM e INFORMATIVO FISCAL/IF, informadas pela *Recorrente* ao Fisco, e depois da ANÁLISE PERICIAL, foram deduzidas das operações com substituição tributária, cesta básica satisfazendo assim o pressuposto dos §§3º, 4º e 5º do mesmo dispositivo acima, em harmonia ainda com o princípio da não cumulatividade do impsoto. Portanto, todas as informações, fornecidas pelo contribuinte, foram de “bom tom” e adequadamente utilizadas pelo Fisco em salvaguarda ao Erário.
 - As operações de REMESSA/RETORNO alegadas pela *Recorrente* não foram, deste autuação até o presente momento, materializadas no presente processo para fins de modificar a pretensão do autor, restando plenamente satisfeita a previsão do art. 333, II do CPC , afastando de vez a tese da autuada da injustificada inversão do ônus da prova, bem como qualquer pecha de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Portanto, se realmente a *Recorrente* possuísse um fiapo de prova sequer de que tais operações teriam ocorrido, capazes de desonerar a denúncia

apresentada e provada pelo autor, ela deveria ter buscado juntar suas contraprovas, até mesmo durante a execução PERICIAL, e como não o fez, acomodando-se em meras alegações, denota-me puro inconformismo retórico, as tomo como uma sombra tênue que se esvai à pouca luz do pretende o denunciante, obrigando-me a afastar tais ilações como plausíveis.

- EM SUMA, a busca incessante da verdade material exigida pelo art. 63 do RPAT/RN, como invocado pela *Recorrente*, municiam-me a forma uma livre convicção de que as denúncias apresentadas na exordial são PROCEDENTES EM PARTE, agora sob os ajustes de irrefutáveis tecnicidade e objetividade apontados pelo LAUDO PERICIAL e acatado pelo didatismo e profundidade da Decisão prolatada em GRAU MONOCRÁTICO.
- Destarte, e considerando tudo mais que do processo consta, em harmonia com o parecer oral do ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado; VOTO pelo conhecimento e improvimento dos recursos interpostos, mantendo a decisão singular, que julgou o auto de infração procedente em parte.
- É o como voto. Eis o quadro sinótico do débito fiscal remanescente:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO FISCAL – CRF				
OCORRÊNCIAS	ICMS	MULTA	TOTAL	MÉRITO
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento 2003	130.365,15	130.365,15	260.730,30	PROCEDENTE
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento 2004	51.853,14	51.853,14	103.706,28	Procedente em parte
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento 2005	735.576,13	735.576,13	1.471.152,26	Procedente em parte
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento 2006	864.653,70	864.653,70	1.729.307,40	Procedente em parte
01. Falta de recolhimento de ICMS apurado através de arbitramento TOTAL	1.782.448,12	1.782.448,12	3.564.896,24	Procedente em parte
02. Falta de apresentação de livros fiscais (13 livros)	0,00	1.300,00	1.300,00	Procedente
TOTAL	1.782.448,12	1.783.748,12	3.566.196,24	Procedente em parte

- O ilustre representante da Douta PGE recomenda, tão logo ocorra a expiração do prazo de cobrança, que se remeta aos autos para fins de inscrição na Dívida Ativa do RN.

Sala do Cons. Danilo G dos Santos. Natal, RN 11 de junho de 2013.

Conselheiro Relator



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO Nº
PAT Nº
RECORRENTE

0110/2010-CRF
0033/2008-6ª URT
W A ATACADISTA GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA
(ADV. TUPINAMBA DE PAIVA CARBALHO)

RECORRIDA
RECURSO
RELATOR

E SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
OS MEMSOS
RECURSO VOLUNTÁRIO & OFÍCIO
CONS. EMANUEL MARCOS DE BRITO ROCHA (REDISTRIBUIÇÃO)

ACÓRDÃO 129/2013

EMENTA: ICMS. PRELIMINARES AFASTADAS: Hipóteses de nulidades inexistentes: Dicção do art. 20 do RPA/RN. Tributo e sanção de ato lícito são inconfundíveis entre si. Dicção do art. 3º do CTN. Multa confiscatória não configurada. Princípio da não cumulatividade reconhecido quando da compensação dos créditos fiscais legítimos. Lustrro decadencial fulminado pela ciência válida: Dicção do art. 173, I do CTN. Metodologia de arbitramento, que se baseou em GIM e em IF informados pela própria defesa, encontra-se em harmonia com a previsão normativa: Dicção do art. 74 a 76. Inversão do ônus da prova justificável para fins de modificar direito do autor. Dicção do art. 333, II do CPC. **DUAS OCORRÊNCIAS: 01. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS APURADO ATRAVÉS DE ARBITRAMENTO FISCAL (NO PERÍODO DE 2003 A 2006).** Laudo pericial, não contraditado pela defesa. Denúncia procedente em parte, com desoneração da base de cálculo pela compensação de crédito fiscal legitimado. **02 FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS NOS PRAZOS ESTABELECIDOS.** Defesa reiteradamente deixa de apresentar os livros fiscais. Não instauração de litígio: Dicção do art. 84 do RPA/RN. Denúncia procedente **RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.**

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 Ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, À UNANIMIDADE de votos, em conhecer e negar provimentos aos recursos interpostos, mantendo a decisão singular, que julgou o auto de infração procedente em parte.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 11 de junho de 2013.

Waldemar Roberto Moraes da Silva
Presidente

Emanuel Marcos de Brito Rocha
Relator

Kennedy Feliciano da Silva
Procurador do Estado