



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

PROCESSO N° 0140/2013-CRF
PAT N° 1321/2012-7ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE ATACADISTA RIO GRANDE LTDA
ADVOGADO TUPINAMBÁ DE PAIVA CARVALHO E OUTROS
RECORRIDA SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR CONS. ANDRÉ HORTA MELO

RELATÓRIO

A RECORRENTE, bem qualificada nos autos, foi submetida a procedimento de fiscalização, por meio da Ordem de Serviço N° 7410 – 7ª URT (fl. 08), de 15 de agosto de 2012, no qual os auditores responsáveis deveriam efetivar a “realização de auditoria fiscal e contábil”, circunscrita ao período de 01/01/2007 a 31/12/2009.

Deste procedimento resultou o auto de infração n° 1321/2012, de 07/12/2012, cobrando ICMS no valor de R\$ 68.676,90, multa R\$ 474.362,05, totalizando R\$ 543.038,95, com a notificação do lançamento foi assinada em 13/12/2012 pelo contribuinte, cujos contexto e enquadramentos legislativos são o abaixo fielmente reproduzimos:

OCORRÊNCIA N° 1: O Contribuinte, conforme confronto entre Custo de Mercadoria Vendida (CMV) e a Receita informada nos Informativos Fiscais, apurou índice operacional de margem de valor agregado negativo no período de 2008 e 2009; contrapondo-se ao que estipula o RICMS/RN em seu art. 74.

INFRINGÊNCIA: O contribuinte infringiu o disposto no(s) Art. 150, XIII combinado com o Art. 150, III e Art. 416, I, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640, de 13/11/1997.

PENALIDADE: Penalidade prevista no art. 340, III, d combinado com o art. 133, todos do RICMS aprovado pelo Decreto 13.640, de 13/11/1997.

OCORRÊNCIA Nº 2: O Contribuinte, conforme confronto entre o Custo da Mercadoria Vendida (CMV) e a Receita declarada nos Informativos Fiscais, apurou índice operacional negativo na venda de mercadoria com substituição tributária, revelando pois omissão de saída estipulado (sic) no RICMS.

INFINGÊNCIA: O contribuinte infringiu o disposto no(s) Art. 150 XIII combinado com o artigo 150, III e Art. 416, I todos do Regulamento do RICMS aprovado pelo Decreto 13.640, de 13/11/1997..

PENALIDADE: Penalidade prevista no(s) Art. 340, III, d cominado com o Art. 133, todos do Regulamento do RICMS aprovado pelo Decreto 13.640, de 13/11/1997.

O Termo de Intimação Fiscal para a apresentação de documentos fiscais que iniciou o procedimento de fiscalização foi enviada para o Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) da RECORRENTE em 26 de setembro de 2012.

No dia seguinte, 27 de setembro de 2012, teve ciência a responsável MARIA REGIS DE OLIVEIRA GOMES, CPF: 878.258.214-91, sócia administradora da empresa, conforme bem consta à fl. 09.

A fiscalização, no entanto, não teve seu curso normal instaurado. O contribuinte obstaculizou o acesso a sua documentação fiscal. O Estado, em tais casos fica privado de verificar se o contribuinte cumpre a obrigação a todos exigida, ocultando-se aquele da supervisão pública.

É gravíssima a categoria de desprezo ao interesse público em tais casos prevendo o Regulamento do ICMS imediata necessidade de arbitramento dos impostos devidos nos termos do artigo 74, III do Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Norte, aprovado pelo Decreto 13.640, de 13/11/1997, que a partir de agora trataremos somente por “RICMS”.

Não é por outra razão que em 4 de dezembro de 2012, conforme consta à fl. 07, a auditoria registra tal ocorrência após vasta dilatação do prazo para o cumprimento pelo contribuinte, atestando que a empresa “não entregou os documentos fiscais solicitados no Termo de Intimação Fiscal”.

Para a realização de arbitramento é necessária a lavratura prévia de um termo circunstanciando detalhadamente a ocorrência, como prevê o art. 76, §1º, I do RICMS, o qual será transcrito no livro Registro de Utilização de Documentos

Fiscais e Termos de Ocorrências, evidentemente quando não se tratar da tipologia do caso em tela onde os procedimentos se desenvolvem sem a colaboração do contribuinte que embaraça os atos do Estado e não está de posse da documentação do contribuinte sequer para realizar os atos materiais que derivem da fiscalização nas circunstâncias dadas, quanto mais os atos formais.

Quando o contribuinte omite documentos a fiscalização arbitra os preços das operações por este efetuada. A regra provém do Código Tributário Nacional.

O RICMS não traz maiores dificuldades à aplicação deste comando da norma geral com força de Lei Complementar, pois verificada qualquer hipótese do art. 74 do RICMS fica autorizado o arbitramento por quaisquer dos métodos do art. 75, apresentando este um rol meramente exemplificativo à disposição da fiscalização, como se depreende de sua previsão da alínea “d”, que autoriza a utilização de “outros meios ao alcance da fiscalização”.

Apesar do que já havia registrado à fl. 07, a não exibição aos agentes do fisco dos livros fiscais e da contabilidade geral pelo contribuinte (norma autorizativa de arbitramento prevista no art. 74, III do RICMS), a auditoria convoca nova motivação para aplicar o arbitramento no termo circunstanciado prévio mencionado, aditando a previsão do art. 74, IV do RICMS, conforme consta à fl.18. O dispositivo faz referência direta ao artigo subsequente que prevê percentual indicado para a atividade fiscalizada (atacadista, segundo o art. 75, I, “a”) como opção metodológica para o levantamento, que foi a perseguida pela auditoria:

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:

(...)

IV- quando, em virtude de levantamento do movimento da conta mercadoria do exercício comercial, for apurado índice operacional, ou valor agregado, inferior aos percentuais previstos no art. 75 deste Regulamento;

Em 30 de janeiro de 2013, tempestivamente segundo Termo de Juntada à fl. 55, a RECORRENTE impugnou o auto de infração. Alegou que (fl. 61) não lhe foi entregue “todo o fólio processual que deveria compor a 2ª via destinada ao contribuinte”. Quer se referir, na verdade, aos demais demonstrativos que o complementem (complementem o auto de infração), aos “documentos

complementares” (fl. 62). Assinala haver tentado várias vezes sem sucesso conseguir tais demonstrativos, inclusive protocolando o pedido de acesso sob o nº de processo nº 484.418/2012. Vê evidenciada assim a preterição de seu direito de defesa (fl. 65). Conclui por requerer nulidade do lançamento; sucessivamente o atendimento do Processo nº 4.155/2013 que requer acesso aos anexos do auto de infração supostamente lhe negados; nulidade pelo não atendimento eventual de acesso ao processo pela auditoria e que as notificações e intimações do processo sejam igualmente enviados também para o endereço no rodapé do papel timbrado da defesa.

Na peça contestatória os auditores responsáveis pela fiscalização sublinham que o fiscalizado ignorou as intimações para apresentar documentos pelo Fisco (fl.91). Que o pedido de acesso aos tais “documentos complementares” por meio do Processo nº 4.155/2013-4 referidos foi somente dia 09/01/2013, e que, ainda assim, não foi correto o número do PAT correspondente ao auto de infração impugnado. À fl. 94 afirmam terem entregue todos os tais documentos reclamados junto com a 2ª via do auto de infração, “suficientes para que o autuado produzisse sua defesa, conforme se depreende de sua assinatura no campo DISCRIMINAÇÃO DO DÉBITO” (capitulação no original). Enumeram várias outras ocorrências onde o contribuinte haveria “estorvado” a fiscalização (fl.92 a 94). Pedem ao fim a manutenção dos feitos.

Na apreciação da 1ª Instância, o ilustre julgador singular considera que “a ré não demonstra nem prova as circunstâncias elidentes da acusação, limitando-se a alegar a pretensa nulidade que lhe impossibilitara de defender-se com eficácia” (fl. 102). Quanto à nulidade do processo, decide o pedido “não tem o menor cabimento”. Quanto ao mérito, convence-se de que o mesmo é “totalmente cabível” (fl. 100). Julga por fim, procedente o auto de infração.

A RECORRENTE irresigna-se uma segunda vez e impetra RECURSO VOLUNTÁRIO alegando: preliminarmente, repete que lhe foi negado o contraditório e “possibilidade de exame das provas constantes do processo” (fl. 109). Diz que seu processo protoloizado para este fim não foi atendido (fl. 111). Que “não recebeu” (fl. 114) os tais anexos nem no momento da autuação nem quando fez solicitação específica. Que o acesso a estes documento não constitui “confissão ou reconhecimento do lançamento” (fl. 115). Junta jurisprudência sobre cerceamento de defesa processual (fls 120-122). Novamente pugna pela nulidade do processo (fl 126)

pelo cerceamento do direito de defesa. Para ao fim requerer: a) reforma da decisão de 1ª instância. “Alternativamente” (fl. 131) requer o atendimento do pedido de acesso protocolizado na 7ª URT, já bem descrito nos autos (Processo nº 4.155/2013-4). Para, ao fim, insistir que as notificações e intimações do processo sejam igualmente enviados também para o endereço no rodapé do papel timbrado da defesa.

O DESPACHO da ilustre Procuradora da Douta Procuradoria Geral do Estado é no sentido de informar que exercerá prerrogativa do art. 3º da Lei nº 4.136/72, qual seja, o oferecimento de parecer oral quando da Sessão de Julgamento no e. CRF (fl.139).

É o relatório.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 18 de junho de 2014.

André Horta Melo
Relator



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

PROCESSO N° 0140/2013-CRF
PAT N° 1321/2012-7ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE ATACADISTA RIO GRANDE LTDA
ADVOGADO TUPINAMBÁ DE PAIVA CARVALHO E OUTROS
RECORRIDA SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR CONS. ANDRÉ HORTA MELO

VOTO

A RECORRENTE, bem qualificada nos autos, foi submetida a procedimento de fiscalização, por meio da Ordem de Serviço N° 7410 – 7ª URT (fl. 08), de 15 de agosto de 2012, no qual os auditores responsáveis deveriam efetivar a “realização de auditoria fiscal e contábil”, circunscrita ao período de 01/01/2007 a 31/12/2009.

Deste procedimento resultou o auto de infração n° 1321/2012, de 07/12/2012, cobrando ICMS no valor de R\$ 68.676,90, multa R\$ 474.362,05, totalizando R\$ 543.038,95, com a notificação do lançamento foi assinada em 13/12/2012 pelo contribuinte, cujos contexto e enquadramentos legislativos são os bem declinados no início do relatório deste voto.

A RECORRENTE atendeu às aos requisitos formais do recurso, o que nos leva diretamente ao mérito.

Preliminarmente alega que não lhe foi entregue os demonstrativos que acompanham o auto de infração. Alega haver tentado várias vezes sem sucesso conseguir tais demonstrativos, inclusive protocolando o pedido de acesso sob o n° de processo n° 4.155/2013. Viu evidenciada assim a preterição de seu direito de defesa e requereu a nulidade do lançamento. Alternativamente pede o atendimento do Processo n° 4.155/2013 requerendo acesso aos anexos do auto de infração que supostamente lhe

foram negados.

Como bem lembraram os auditores na sua CONTESTAÇÃO (fl. 90) o §2º do artigo 4º do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998 – RPAT, prevê que:

Art. 4º. Os autos são organizados em volumes, com folhas e peças numeradas, rubricadas e dispostas em ordem cronológica de eventos de juntadas.

(...)

§2º Em qualquer fase da tramitação processual, cópias dos documentos constantes dos autos poderão ser fornecidas a pedido do sujeito passivo.

Não é despiciendo lembrar que o processo a que se refere o artigo é processo administrativo tributário, de natureza litigiosa e que se inicia pela apresentação da impugnação. Antes falamos apenas de procedimentos.

Não consta, de fato, qualquer recibo de entrega dos tais anexos à RECORRENTE.

No procedimento fiscalizatório, os auditores afirmam à fl. 94 terem entregado todos os tais documentos reclamados junto com a 2ª via do auto de infração, “suficientes para que o autuado produzisse sua defesa, conforme se depreende de sua assinatura no campo DISCRIMINAÇÃO DO DÉBITO” (capitulação no original). Esse campo, na verdade, atesta a entrega da 2ª via do auto de infração.

Quanto ao processo nº 4.155/2013 de solicitação dos tais anexos reclamados pela RECORRENTE, na Informação nº 204/2013 que o encerra e arquiva é dito que o processo encontra-se disponibilizado na 7ª URT.

A disponibilização é a regra e é suficiente para estender a ampla defesa ao contribuinte. Foi isso que entendeu o ilustre julgador de 1ª instância que ultrapassou essa preliminar suscitada e, diante da regularidade do arbitramento, entendeu pela procedência do auto, considerando que ainda sopesassem alegadas obstaculizações anteriores a outras ações do Estado pelo mesmo contribuinte, conforme bem registrado, inclusive com a falta de cooperação no próprio processo, ao não entregar a documentação para ser fiscalizado.

No caso em tela há, no entanto, um registro (o Processo nº

4.155/2013) de dificuldade de acesso ao procedimento fiscalizador, fato que não é prosaico no conjunto de fiscalizações no dia a dia empreendidas pelo Estado.

Na seara documental o que há no processo é uma comunicação por ato bilateral de dificuldade de acesso ao procedimento da parte do contribuinte e duas manifestações unilaterais da parte Estado afirmando que este acesso lhe foi regularmente dado.

Construímos nossa convicção no sentido de que, se foi agitada situação não comum de falta de entrega de anexos culminando numa prova documental oponível. Do lado do Estado deveria haver semelhante empenho instrutório de apensar o recibo de entrega do que foi reclamado. Ainda que fosse o caso de, se o contribuinte procedesse na mesma esQUIVA de ignorar ou refugir da entrega pessoal que procedeu com a Intimação iniciadora, que se fizesse pelos outros meios previstos na legislação (epistolar com AR, editalícia etc).

Segundo o RPAT:

Art. 20. São nulos:

(...)

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

(...)

§ 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.

Portanto os atos fiscalizatórios subsistem íntegros, apenas a decisão de 1ª Instância foi proferida com preterição do direito de defesa, o que a torna nula.

Por isso e por tudo o mais analisado, VOTO por CONHECER do RECURSO VOLUNTÁRIO interposto e DECLARAR NULA a decisão de 1ª Instância.

A Unidade preparadora deve anexar documento inequívoco da entrega dos anexos reclamados, explicitado o número de laudas, e reabrir prazo de impugnação para que o processo continue seu curso normal.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 18 de junho de 2014.

André Horta Melo
Relator



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

PROCESSO Nº 0140/2013-CRF
PAT Nº 1321/2012-7ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE ATACADISTA RIO GRANDE LTDA
ADVOGADO TUPINAMBÁ DE PAIVA CARVALHO E OUTROS
RECORRIDA SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR CONS. ANDRÉ HORTA MELO

ACÓRDÃO 0047/2014 - CRF

PROCESSUAL. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ENTREGA DOS ANEXOS DO AUTO DE INFRAÇÃO. PEDIDO PROTOCOLADO PELA RECORRENTE. NULIDADE DA DECISÃO. ART 20, II DO RPAT.

1. A entrega dos anexos do auto de infração, documentos complementares contendo memória de cálculo e discriminação dos procedimentos fiscalizatórios, é indispensável ao exercício pleno do direito de defesa por parte do contribuinte. No caso em tela, contra a afirmação dos auditores da efetiva entrega, o contribuinte opôs pedido protocolado de acesso aos documentos e, ainda assim, em nenhum momento surgiu qualquer espécie de recibo ou outra prova oponível pelo Estado de cumprimento do solicitado pelo contribuinte.

4. Recurso voluntário conhecido. Decisão de 1º grau nula. Refazimento dos atos e nova fruição dos prazos indicados no voto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, à unanimidade de votos, em conhecer e DECLARAR NULA a decisão de 1ª instância, determinando o refazimento dos atos indicados no voto.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 18 de junho de 2014.

Natanael Cândido Filho
Presidente em exercício

André Horta Melo
Relator