




DECISÃO nº.: 38 /2014 – COJUP
PAT nº.: 2021/2013 – 6ª URT (protocolo nº. 291462/2013-5)
AUTUADA: **MERCANTIL CIDADE LTDA**
ENDEREÇO: Rua Santa Maria 170-A – ABOLIÇÃO II
Mossoró - RN
AUTUANTES: Roseblatt Ferreira Gomes Lima
José Tupinambá Oliveira Torres

DENÚNCIAS: 1 – O atuado deixou de escriturar no livro fiscal próprio documentos fiscais, dentro dos prazos regulamentares, especificamente em relação às notas fiscais de entradas sujeitas, não mais sujeitas à tributação, conforme demonstrativo em anexo.
2 - O atuado acima qualificado deixou de recolher o imposto em decorrência da ausência de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias conforme estabelecido no Art. 2º, § 1º, V, "a" combinado com o art. 150,III, assim detectadas e aprovadas através do exame e da conciliação dos seus respectivos livros fiscais com aquela documentação correlata para o período fiscalizado, tudo conforme demonstrativo em anexo.

EMENTA – ICMS – 1 - Falta de Registro de Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias não sujeitas à tributação, em Livro próprio. -2 - Falta de Registro de Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias tributadas, em Livro próprio.

Presença nos autos dos elementos garantidores do exercício da garantia do contraditório e da ampla defesa – Dificuldades de obtenção de elementos de provas, que justificam a emissão de nova Ordem de Serviço para Complementação de exame fiscal – Nulidade não configurada – Defesa silente em relação ao registro das notas fiscais elencadas – Extinção do crédito tributário relativo à primeira ocorrência alcançada pelo pagamento.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 2021/2013 - 6ª. URT, lavrado em 03 de dezembro de 2013, depreende-se que a empresa acima qualificada, teve contra si lavradas duas denúncias fiscais, quais sejam: **1. Falta de escrituração em livro próprio, de notas fiscais de mercadorias sem exigência do imposto**, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 inciso XIII, c/c Art. 609, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97; **2. Falta de recolhimento do imposto em decorrência da falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadoria conforme estabelecido no Art. 2º, § 1º, V, “a”**, com indicação de inração ao Art. 150 XIII, combinado com o Art. 609 do mesmo diploma legal.

Para as duas ocorrências foi proposta pelo fisco a pena de multa prevista pela alínea “f”, inciso III, Art.340 do RICMS..


Ao total, está sendo exigido da autuada R\$ 21.846,54 (Vinte e um mil, oitocentos e quarenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos) de imposto e R\$ 68.166,60 (Sessenta e oito mil, cento e sessenta e seis reais e sessenta centavos) a título de multa.

O contribuinte deu a sua ciência na peça vestibular em data de 09.12.2013, recebendo a sua via de direito.

Às fls. 03 temos a Ordem de Serviço 19870 de 23.10.2013 designando o atuante para proceder a auditoria fiscal na autuada.

Dentre outros documentos, temos acostados aos autos Termo de Intimação Fiscal com ciência via Domicílio Tributário Eletrônico (fls. 04) em data de 29.10.2013, Termo de Início de Fiscalização (fls. 05), Extrato Fiscal do Contribuinte(fl. 06), Notificação para recolhimento espontâneo do imposto devido até março de 2008(fl. 09), Demonstrativo das ocorrências (fls. 10/13), Relatório Circunstanciado de Fiscalização (fls. 14/15), Termo de Ocorrência (fls. 16/17), cópia de notas fiscais (fls. 18/127), Cópia CD com rótulo de Livros de Registros de Entradas de 2008 a 2011 da autuada(fl. 129).

Informações de fls. 154 dão conta da condição de não reincidente da autuada no cometimento da infração denunciada.


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada protocola em data de 08.01.2014, na pessoa de seu procurador constante de instrumento de fls. 153, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 132/141), alegando em síntese:

1. Que argüi preliminarmente a nulidade dos autos por suposta desobediência ao Art. 43 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, fazendo relação à Ordem de Serviço 8519/2012-6ª. URT, que culminou com o Auto de Infração 469/2013, onde segundo alega prejudicaria a emissão da **OS 19870** de 23 de outubro de 2013, em razão de abranger períodos idênticos;

2. Que a nova Ordem de Serviço faz referência à anterior, sem contudo constar o despacho fundamento disciplinado pelo Art. 43 do RPPAT;

3. Que satisfaz as exigências do fisco relativamente a ocorrência 01, nos termos do Art. 5º, inciso I da Lei 9.276/2009, conforme consta de documentação do processo 304156/ de 27 de dezembro de 2013;

4. Que seja declarada a nulidade processual, requerendo ainda que todas as intimações e notificações inerente aos presentes autos, sejam remetidos ao endereço constante do rodapé da pagina final da defesa;

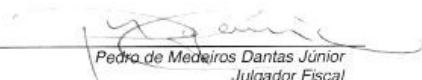
Para corroborar com suas alegações, a defesa junta aos autos a documentação de fls. 142/153.;ela ausência absoluta de citação dos dispositivos constantes de Lei supostamente infringidos, como também não teriam sido obedecidos os ditames do Art. 44 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98;

5. Que argüi preliminarmente também o decadência relativamente ao exercício de 2008;

6. Que as duas primeiras notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 13, além de decaído, o imposto foi efetivamente recolhido nos prazos legais;

7. Que igual foi recolhido o imposto tempestivamente relativamente a oitava nota fiscal do citado demonstrativo;

8. Que o fisco dificultou a defesa, a medida que não acostou as notas fiscais objeto da autuação;


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



9. Que a operação acobertada pela NFe 175.710, não chegou a se efetivar, conforme revela a NF-e 180572 de entrada, emitida pela própria remetente;
10. Que no caso da NFe 8532 trata de operação de entrada do próprio emitente, não havendo obrigação de registro pela requerente;
11. Que requer ao final a nulidade processual, a decadência dos créditos relativos ao exercício de 2008, e a declaração de improcedência da autuação;

Para consubstanciar suas alegações, o contribuinte acosta à sua defesa, a documentação de fls. 30/39.


3. DA CONTESTAÇÃO

¶

A autoridade fiscal responsável pela autuação se pronuncia em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 158/161), argumentando em síntese:

1. Que a metodologia utilizada para a realização desta fiscalização, de uma natureza límpida, as notas fiscais de aquisição de produtos para o contribuinte e não registradas pelo contribuinte, que geraram ICMS e multa no caso de mercadorias tributadas e que geraram multa no caso de mercadorias não tributadas ou sujeitas a substituição tributária, enfatizando que o contribuinte acompanhou todas as fases do processo, sendo dado a ele a possibilidade de contestar e demonstrar a escrituração em todos os momentos da fiscalização e pelo reconhecimento do mesmo quando do recolhimento da notificação de espontaneidade.

2. Que em relação a nulidade suscitada pela defesa, destaca que a ordem de serviço 19870 de 23 de outubro de 2013 afirma em seu corpo (fls. 03) que a mesma tem como objetivo dar continuidade a ação fiscal iniciada pela ordem de serviço 8519/2013-6ª URT, portanto não se trata de um reexame, porém da continuidade dos trabalhos anteriores, mas simplesmente dar continuidade aos trabalhos já anteriormente iniciados.


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



3. Que em razão do grande número de diligências necessárias a auditoria em questão, administrativamente optou-se por fechar a OS anterior e posteriormente abrir nova OS para dar continuidade aos trabalhos não concluídos;

4. Que procedeu à lavratura do auto de infração anterior com as provas contidas em mãos e com o intuito de fazer um trabalho com qualidade, que levasse o princípio da verdade material em conta, onde aguardou-se a chegadas das provas restantes para a abertura de uma nova OS, com a conseqüente lavratura de um nova auto de infração;

5. Que ao quitar a primeira ocorrência dos autos, o contribuinte corrobora com a legitimidade da Ordem de serviço questionada;

6. Que mantém o auto de infração em sua totalidade.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 154, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 – O MÉRITO

Depreende-se dos autos que a empresa teve contra sido lavradas duas denúncias fiscais, relativas a falta de registro de notas fiscais de aquisição em livro próprio.

Ao contribuinte foram garantidos todos os elementos indispensáveis do exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, a medida que o contribuinte após sua ciência na peça vestibular, recebeu cópia das peças processuais e teve respeitados todos os prazos regulamentares.

O contribuinte se expressa exaustivamente sobre questões preliminares voltadas para a nulidade processual, por considerar que a Ordem de Serviço nº 19870 foi emitida sem observância dos ditames do Art. 43 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.


Pedro de Medeiros Dantas Junior
Julgador Fiscal



Em nenhum momento de sua defesa o contribuinte refuta os pilares das denúncias fiscais postas nos autos, ou seja, não fez qualquer tipo de alegação de registro das notas fiscais elencadas.

Limita-se a pugnar pela nulidade processual, fazendo transcrição de jurisprudência ligada à matéria.

Sua tese de nulidade faz referência ao despacho fundamento preconizado pelo Art. 43 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.

Transcrevamos então o Art. 43 em questão:

Art. 43. O reexame de matéria contida em período já abrangido por fiscalização anterior, executada pelo mesmo ou outro auditor fiscal, será determinado pelo titular do órgão que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo, mediante despacho fundamentado.

Parágrafo único. Independem da autorização prevista neste artigo:

- I - os procedimentos relacionados com auditoria e correição;
- II - as investigações para atendimento de requisições do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário


A intenção do legislador ao criar essa norma foi preservar o direito da fazenda pública de buscar o tributo que lhe são devidos dentro do prazo decadencial, mesmo que eventualmente não alcançados em primeiro exame fiscal.

Como destacou o agente fazendário em sua peça de contestação à defesa às fls. 160, o exame fiscal em questão encontra lastros no princípio maior o “**Princípio da Verdade Material dos Fatos**”, onde sobre o qual destacamos o texto do emitente jurista LEANDRO PAUSEN:

“ O processo administrativo é regido pelo princípio da verdade material, segundo o qual a autoridade julgadora deverá buscar a realidade dos fatos, conforme ocorrida, e para tal, ao formar sua livre convicção na apreciação dos fatos, poderá julgar conveniente a realização de diligência que considere necessárias à complementação da prova ou ao esclarecimento de dúvida relativa aos fatos trazidos no processo.”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 489) compreende o princípio da seguinte forma: “a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado [...]”.

Odete Medauar (2007, p.170) afirma que o princípio da verdade material; tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



sujeitos. Exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos.

Impende destacar que a realidade dos autos expressa uma situação de um exame fiscal exausto que envolvia centenas de notas fiscais, notas fiscais estas que dependiam de diligências em outras unidades da federação para tentar trazer aos autos cópias das notas fiscais denunciadas.

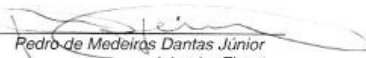
Era objetivo dos autuantes trazer aos autos para a autuada, todas as possibilidades de defesa, em consonância com os dispositivos do Art. 333 do código de Processo Civil, assumindo para o estado desta forma o ônus da forma de demonstrar a realização das operações de aquisição de mercadorias, já que as notas fiscais apenas às fls. 18/127 foram emitidas no modelo velho (Mod-1) e também Nota Fiscal Fatura, situação em que nas denúncias fiscais envolvendo tais documentos, os contribuintes em geral exigem a acostadas de cópias das notas em nome do Princípio da garantia do contraditório e da ampla defesa, naquele campo da teoria das provas, onde quem alega o fato deverá provar, eis que o inciso I do Art. 333 citado, assevera que ônus da prova incumbe ao auto, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Ao contrário do cenário do aparecimento da nota fiscal eletrônica, que em razão de sua transparência, tem o contribuinte no momento de sua emissão, perfeito conhecimento de todos os elementos das notas, no Portal da Nota Fiscal Eletrônica da Receita federal do Brasil, e “**querendo**” poderá desconstituir de forma “**incontinente**” qualquer operação destinados a sua Ficha de Inscrição Cadastral, desobrigando o ente público de juntar aos autos cópias destas notas.

Ademais a figura do despacho fundamento disciplinado pelo Art. 43 acima descrito está voltado para um possível reexame de documentação fiscal, **o que efetivamente não é o caso dos autos.**

A Ordem de Serviço 19870 de 23 de outubro de 2013 (doc de fls. 03) não faz nenhuma alusão a reexame fiscal, mais taxativamente de “**dar continuidade a ação fiscal iniciada pela Ordem de Serviços 8519/2013**”.

Precisava o fisco como já foi dito, de juntas provas, fazer diligências que muitas vezes demoram meses, para juntar as notas fiscais de fls. 60/127 e propiciar ao contribuinte todas as possibilidades de defesa.


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



Afastada está a possibilidade de inserção das notas fiscais objeto de denúncia fiscal anterior relativamente a Ordem de Serviço 8519, no bojo das notas fiscais elencadas no presente processo, conforme se pode constatar da listagem juntada aos autos às fls. 177/188.

Para encerrar a análise da nulidade suscitada, transcrevamos o Art. 20 do RPPAT, que prevê as situações de nulidade:

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 inexistência dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridos pela descrição dos fatos quando esta possibilite o exercício da defesa pelo sujeito passivo.

Não enquadra-se portanto as alegações da defendente em nenhuma das hipóteses de nulidade previstos no art. 20 acima transcrito.

Rechaçada a preliminar suscitada, destaquemos a questão da quitação da Ocorrência 01 com os benefícios da Lei 9.276/2009, mediante processo de quitação de nº 304156, encravado nos autos às fls. 142/146.

Essa documentação faz referência expressa à ocorrência 01 do presente PAT, onde restou provado a sua quitação pelas informações do sistema de Arrecadação da SET/RN, conforme documento de fls. 189, revelando por conseguinte a extinção do crédito tributário referente a esta ocorrência.

No tocante a segunda ocorrência importa destacar que mesmo dispondo das notas fiscais elencadas, o contribuinte em nenhum momento refutou qualquer uma daquelas aquisições.


Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal



E não o fez por certamente, não existem condições de desconstituir qualquer das operações listadas pelo fisco.

Não havendo qualquer pronunciamento por parte da atuada a respeito do mérito das operações denunciadas na segunda ocorrência, prevalece o entendimento de considerar o silêncio da atuada como uma confissão tácita do cometimento do conduta infringente.

As alegações da atuada se revelam ineficazes para justificar sua tese de nulidade processual suscitada, restando dos autos a procedências das duas ocorrência, com extinção do crédito tributário relativo à primeira pelo pagamento de fls. 189.

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, **JULGO PROCEDENTE** o presente Auto de Infração lavrado contra a empresa MERCANTIL CIDADE LTDA., para impor a atuada a penalidade de R\$ 68.166,60 (sessenta e oito mil, cento e sessenta e seis reais e sessenta centavos), previstas na alínea "f" do Art. 340 do RICMS citado, sem prejuízo da cobrança do imposto da ordem de R\$ 21.846,54 (vinte e um mil, oitocentos e quarenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos), com os devidos acréscimos legais, **declarando** extinto pelo pagamento de fls. 189, o crédito tributário relativo à primeira ocorrência.

Remeta-se os autos à repartição preparadora, para as providências complementares cabíveis, disciplinadas pelo RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.

Natal(RN), 12 de fevereiro de 2014.


Pedro de Medeiros Dantas Júnior

Julgador Fiscal – mat. 62.957-0