



DECISÃO N.º: 135/2011
PAT N.º: PROTOCOLO SET 196620/2010-8 - PAT 038/2008-7ª URT
AUTO DE INFR. N.º: 00220/7ª URT, de 31/08/2010
AUTUADA: JOSÉ ERNANDES MÁRCIO NOGUEIRA ME- IE 20.039.644-7
ENDERECO: Rua Francisco Fernandes, 163 – Centro- São Miguel- RN
AUTUANTES: Izau Jackson Gadelha Lima, mat. 1543660, e Antenor Pereira a Silva Júnior, mat. 194583-1

DENÚNCIAS: Ocorrência 01– Falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais, resultando em não recolhimento do ICMS devido, conforme demonstrativo anexo, parte integrante deste auto de infração.

EMENTA

Falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais.

- 1- *Contribuinte alega, equivocadamente, que teria ocorrido a decadência, e erro na computação da multa e ICMS devidos.*
- 2- *Alega ainda que autuante usou legislação editada posteriormente à ocorrência do fato gerador, que trata de escrituração eletrônica, mas obrigatoriedade da escrituração já existia, não havendo cerceamento de defesa ou falta de acesso ao contraditório.*
- 3- *Órgão fazendário do RS e a habitual e regular fornecedora do autuado confirmam a existência das transações, com o fornecimento das provas a elsa inerentes.*
- 4- AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

O RELATÓRIO

1.1 A DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração 00220, da 7ª URT, de 31 de outubro de 2010, que a firma acima epigrafada, bem qualificada nos autos, infringiu o artigo 150, inciso XIII, c/c arts. 609, 623-B e 623-C, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, conforme demonstrativos anexos, partes integrantes do auto de infração.

Ainda em concordância com a denúncia oferecida, a falta detectada ensejou a punibilidade prevista no artigo 340, inciso III, alínea “F”, implicando em multa R\$ 7.023,48 (sete mil e vinte e três reais e quarenta e oito centavos), além do ICMS devido, de R\$ 7.070,30 (sete mil e setenta reais e trinta centavos), totalizando o montante de R\$ 14.093,78 (catorze mil e noventa e três reais e setenta e oito centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto.

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal

ASB



Foram anexados demonstrativo, documentos de consulta, cópias de notas e livros fiscais e de diligências feitas junto a outros órgãos fazendários.

1.2 A IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, alega o contribuinte, sucintamente, o que se segue:

1- Preliminarmente, requer que seja decretada a ocorrência, simultaneamente, da decadência e da prescrição dos lançamentos, “iniciadas em 03 de janeiro de 2005 até 22 de julho de 2005, decorridos mais de cinco anos da data da constituição do crédito, que seria o fato gerador”, conforme art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

2- Que a obrigação acessória extingue-se juntamente com a obrigação principal, em caso de decadência ou prescrição daquela, considerando-se que o tributo é pela sistemática do lançamento por homologação, citando jurisprudência e doutrina para defender o entendimento de que esta seria a hipótese fática para o caso em análise.

3- Que também não poderia ser aplicada norma editada posteriormente ao fato gerador, pelo princípio da anterioridade da lei, aplicando-se a irretroatividade da norma tributária.

4- Que também houve cobrança de multa diferenciada daquela que foi imputada no enquadramento legal, pois que o dispositivo aplicado, art.340, III, “F”, do RICMS prevê multa de 15% (quinze por cento) do valor da mercadoria, enquanto “equivocadamente foi atribuída multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto”, devendo a infração ser considerada nula.

5- Que a definição do fato gerador é incumbência da lei complementar, segundo a Constituição Federal, tratando a questão de operações relativas à circulação de mercadorias, fato não comprovado nos autos.

6- Afirmando que não houve a motivação do ato, entende que houve “erro na autuação e na indicação referencial do percentual do imposto e da multa; possibilidade de aplicação de legislação menos gravosa ao contribuinte, e não subtração dos produtos contemplados pela substituição tributária”.

Pelo que, requer a nulidade do auto de infração, e no mérito a insubsistência da autuação.

1.3 A CONTESTAÇÃO

Intimados a apresentar, dentro do prazo regulamentar, contestação à impugnação aduzida pela autuada contra a peça de autuação, os autuantes alegam, sucintamente, o que se segue:



1 – Que de acordo com o art. 173, I, do CTN, é descabida a alegação de prescrição e/ou decadência do lançamento, e que a homologação ocorre em um tipo do imposto quando o contribuinte tem a incumbência de declarar o fato gerador e recolher antecipadamente aquilo que seria devido, para posterior homologação, conforme art. 150 do mesmo CTN, assim como art. 36 da lei 6968/96, e arts. 118, 334 e 958 do RICMS, Decreto 13.640/97.

2- Que não se aplica a hipótese pleiteada, porque o contribuinte não registrou as notas fiscais, a que estava obrigado, não declarou em GIM e tampouco recolheu o imposto, não se podendo falar em homologação nem em extinção da obrigação acessória dela decorrente.

3- Que a ciência da ocorrência foi dada ao autuado dentro do prazo legal, conforme jurisprudência do STJ, e que a alegação de que o mandamento legal fora instituído posteriormente também não se aplica, pois os dispositivos tratam da escrituração de nota fiscal eletrônica, mas já havia a obrigatoriedade em relação às notas fiscais comuns, detectadas pelo SINTEGRA e/ou DETNOT, salientando ainda que este auto de infração é continuação de ordem de serviço nº 1.252/7ª, do qual o contribuinte foi devidamente cientificado de todos os procedimentos.

4- Que a multa aplicada foi a correta e legalmente prevista, não existindo erro no cálculo nem mercadorias sujeitas a substituição tributária nas notas fiscais em análise, não sendo o caso de possibilidade de multa menos gravosa ao contribuinte.

Pelo que, opinam pela manutenção integral do auto de infração.

É o que se cumpre relatar.

2. OS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 111) que o coletado não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

3. DO MÉRITO

Foi o contribuinte autuado pela falta de escrituração, em livro próprio, nos prazos regulamentares, de documentos fiscais, resultando em não recolhimento do ICMS devido, conforme demonstrativo anexo, parte integrante deste auto de infração.

Alega preliminarmente o contribuinte que, pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, teria ocorrido a decadência do lançamento, com relação às notas fiscais emitidas “em 03 de janeiro de 2005 até 22 de julho de 2005”. Mas a regra evocada reza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Inicialmente, há que se atentar para o fato de que o lançamento não foi efetuado. A doutrina e jurisprudência trazidas aos autos falam da homologação tácita quando há o devido registro, é efetuado o lançamento e há

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal



também o correspondente recolhimento, hipóteses que não se enquadram no caso em análise. Logo, quanto a possíveis lançamentos relativos ao exercício de 2005, o primeiro dia do exercício seguinte à data em que poderiam ter sido efetuados, após cinco anos, ocorreu em 1º de janeiro de 2011. Assim, o art. 173, I, do CTN, tem que ser analisado junto com outras regras da mesma lei complementar, sobretudo os:

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

Assim também, na mesma direção, consolidou-se a regulamentação do ICMS, pela Lei 6968/96, a saber:

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

§1º *Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a sua homologação tácita.*

¶
Ou seja, ao não ter o contribuinte efetuado o lançamento de ofício, não pode então requerer o benefício da suposta homologação do Fisco, sobre algo, um lançamento, que nunca existiu.

Quanto ao enquadramento, o auto de infração registra a infringência do disposto nos arts. 150, XIII, e 609, e 623, itens B e C, do Regulamento do ICMS, Decreto 13.640/97.

Art. 150. São obrigações do contribuinte:

XIII- escriturar os livros e emitir documentos fiscais, observadas as disposições constantes neste Regulamento;

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal



Art. 609. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária.

§ 1º (REVOGADO). (Revogado pelo Dec. 21.527, de 04/02/2010)

§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.

§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no último dia de cada mês, quando não houver outro prazo expressamente previsto.

Quanto ao art. 623, itens B e C, eles foram acrescentados ao RICMS em 2009, instituindo a obrigatoriedade da escrituração digital, para efeito de informação ao Fisco, mas a obrigatoriedade da escrituração e sua previsão legal já existiam, logo, não se podendo falar em cerceamento de defesa ou coisa que o valha. Melhor teria sido também a citação do art. 613, mas reitera-se que essa suposta omissão, ante a descrição correta da ocorrência, de modo algum significou cerceamento ao direito de defesa nem falta de acesso ao contraditório. A saber:

Art. 613. *O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, Anexos - 39 e 40, destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 6/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):*

- das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

Finalmente, ultrapassadas essas preliminares, pode-se adentrar o mérito, asseverando-se, ainda, o fato de que embora o auto de infração tenha sido lavrado em agosto de 2010, os Dados da Ação Fiscal, documento de fl. 100, registram que a ação fiscal foi aberta em setembro de 2007, ou seja, o que ocorreu foi que foi verificada a omissão de registro de uma série de documentos. Em virtude desse veemente indício, foram feitas diligências junto às empresas fornecedoras e aos órgãos fazendários de várias partes do País. Pelo princípio da economia processual, conforme foram chegando a confirmação, pelos remetentes, das vendas ao atuado, com o fornecimento das provas a elas relativas, foram sendo lavrados os correspondentes autos de infração, que poderiam até ser juntados uns aos outros, pela conexão, o que não se faz pelo efetivo julgamento já ocorrido em relação a outras ocorrências e outros processos. Tudo, elidindo a hipótese pleiteada, de prescrição ou decadência, sobretudo pela ocorrência de diversos atos preparativos do lançamento.

Tudo isto posto, nota-se que foi verificada a falta de registro das notas fiscais números 391765, de 06/04/2005, valor de R\$ 20.724,00 (vinte mil, setecentos e vinte e quatro reais), e 403425, de 12/07/2005, de R\$ 26.099,20 (vinte e seis mil, e noventa e nove reais e vinte centavos), ambas da empresa de CNPJ 97.191.902/0001-94, do Rio Grande do Sul.

Evocando-se Convênio de Mútua Colaboração, foi feita diligência junto à Secretaria da Fazenda daquele estado, conforme documento de fl. 11. A fornecedora, a conceituada empresa Conservas Oderich S.A, reiterou a informação da efetivação das vendas, fornecendo cópias das notas fiscais, juntadas às fls. 17 e 18 dos autos, assim como cópia do livro Diário Auxiliar do Contas a Receber, em que constam os diversos, inúmeros lançamentos, com datas, números dos documentos, modalidade do pagamento, e valores dos bens fornecidos ao atuado, revelando uma habitualidade segura na regular transação entre as empresas.

A Listagem dos Emitentes da atuada, documento de fl. 26, também comprova o registro da regularidade e comprovação em relação aos seus habilitados fornecedores. Fica assim inequivocamente comprovada as transações cuja falta de

de



registro aqui se pretende punir. Nota-se que em nenhum momento houve a efetiva negativa, por parte do autuado, da aquisição das mercadorias, com os elementos que se espera a uma ação "criminosa" a ela pertinentes, como até mesmo um registro de ocorrência policial, o que seria o aplicável em caso de uso ilegal de seu nome, pelo crime contra a ordem tributária que tal ato representaria. Há apenas mera evocação a suposta falta de provas da efetiva circulação das mercadorias, incapaz de servir como prova contrária.

Outro equívoco do contribuinte é verificado no tópico IV de sua defesa, ao falar em cobrança de "multa diferenciada daquela que foi imputada no enquadramento legal", o que ensinaria segundo ele a "nulidade do auto infracional". O demonstrativo de fl. 02 aponta que a multa cobrada foi de 15% (quinze por cento) do valor das mercadorias, exatamente a prevista no dispositivo legal proposto como penalidade, prevista no art. 340, III, "f", do RICMS:

Art. 340. São punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

III- relativamente à documentação fiscal e à escrituração:

f) deixar de escriturar no livro fiscal próprio, documentos fiscais, dentro dos prazos regulamentares: quinze por cento do valor comercial da mercadoria;

Afirma o contribuinte que "foi equivocadamente atribuída multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto". Ora, aí a falta do contribuinte, entende-se, foi às lições de aritmética: ou seja, as multas aplicadas, de R\$ 3.108,60 (três mil, cento e oito reais e sessenta centavos), na NF 391765, e de R\$ 3.914,88 (três mil, novecentos e catorze reais e oitenta e oito centavos), na NF 403425, são exatamente 15% do valor de cada nota fiscal, respectivamente, de R\$ 20.724,00 e R\$ 26.099,20, logo, o equívoco é do contribuinte, em sua defesa.

Idem em relação ao item VI da defesa, já que o item V não foi encontrado, pulando-se do IV para o VI, em equívoco do contribuinte também em relação à numeração adotada pelos romanos, em que fala de "erro na autuação e na indicação referencial do percentual do imposto e da multa, com possibilidade de legislação menos gravosa ao contribuinte, com inobservância e não subtração de produtos contemplados pela substituição tributária", o que seria segundo o defendente "outra razão para invalidação do auto infracional".

Analisando-se as notas fiscais em questão, nº 0391765, de fl. 17, e 0403425, de fl. 18, tem-se a impressão de que o contribuinte está tratando em sua defesa de outro processo, já que não se verifica nenhuma mercadoria sujeita a substituição tributária, nem há nos referidos qualquer lançamento no campo relativo ao valor de mercadorias com ICMS sujeito a "substituição", nem também verifica-se qualquer bem isento da tributação.

Por fim, embora não alegado pelo contribuinte, poderia ele tratar de eventual omissão da penalidade, que só trataria de multa, e não da obrigação do pagamento do imposto. Mas essa obrigatoriedade é evidente, em função da falta detectada, a omissão do obrigatório registro dos documentos fiscais, e o pagamento do tributo devido e é não só uma obviedade como uma imposição prevista na própria legislação, no caso o RICMS, a saber:

Art. 2º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I- da saída de mercadoria:

a) a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;



...

§ 1º Equiparam-se à saída:

V - a situação da mercadoria:

a) cuja entrada não esteja escriturada em livro próprio;

Quanto ao cálculo do imposto devido, verifica-se que ela ocorreu da forma correta, aplicando-se o percentual de agregação legalmente estipulado, de 30% (trinta por cento),⁹ e cobrando-se o imposto de 17% (dezesete por cento), abatendo-se o crédito a que o contribuinte faz jus.

DECISÃO

Fundamentado no exposto, levando-se em consideração que as razões de defesa do litigante revelam-se ineficazes para invalidar o lançamento tributário de ofício, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fl. 01, para impor à autuada a pena de multa de R\$ R\$ 7.023,48 (sete mil e vinte e três reais e quarenta e oito centavos), além do ICMS devido, de R\$ 7.070,30 (sete mil, e setenta reais e trinta centavos), totalizando o montante de R\$ 14.093,78 (catorze mil, e noventa e três reais e setenta e oito centavos), com os acréscimos monetários previstos no artigo 133 do mesmo decreto.

Remeto os autos à 7ª URT, para ciência das partes e demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal (RN), 29 de agosto de 2011



Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal, AFTE-6, Mat.151.238-2

