



PAT Nº : 272/2009 – 1ª URT, 165549/2009-1 – SET
AUTO DE INFRAÇÃO Nº : 00050/SUFISE, de 21/08/2009
AUTUADA : BEIJA FLOR COM. E IMP. DE CEREAIS LTDA
ENDEREÇO : Av. Piloto Pereira Tim, 848, BR 101, Parque de Exposições – Parnamirim/RN
AUTUANTE : SEVERINO SALVIANO DE O. JÚNIOR, mat. 91.565-3
DENÚNCIAS : Falta de recolhimento do ICMS devido pelo diferencial de alíquotas referente à NF 43125; e falta de recolhimento do imposto devido nas operações de saídas previstas no art. 3º, incisos II, III, IV, e VI, do Decreto nº 18.032/2004.

DECISÃO Nº 143/2011 – COJUP

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO PELO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS E NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS PREVISTAS NO ART. 3º DO DECRETO Nº 18.032/2004. 1. Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas em aquisição sob a forma de leasing em decorrência de contrato; o que aqui não foi comprovado. 2. O Decreto nº 19.811/2007 apenas alterou o Decreto nº 18.032/2004, preservando o tratamento especial de tributação que já vinha sendo concedido aos contribuintes atacadistas. 4. **Ação fiscal procedente.**

DO RELATÓRIO

DA DENÚNCIA

Infere-se do Auto de Infração em epígrafe que a Pessoa



Jurídica, acima qualificada, infringiu o disposto no art. 150, inciso III, combinado com o art. 130, inciso XII, do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, na ocorrência 01, pela falta de recolhimento do ICMS devido pelo diferencial de alíquotas referente à NF 43123; e, ainda, os mesmos artigo e inciso, combinado com o art. 130, inciso I, do mesmo Diploma Legal, na ocorrência 02, pela falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de saídas previstas no art. 3º, incisos II, III, IV, e VI, do Decreto nº 18.032/2004.

Para tais infrações foram propostas penalidades previstas no art. 340, inciso I, alínea “c”, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, ambos do Regulamento supracitado; resultando numa multa de R\$ 9.656,57 (nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e sete centavos), além da exigência do pagamento do imposto de igual valor, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 19.313,14 (dezenove mil, trezentos e treze reais e quatorze centavos).

DA IMPUGNAÇÃO

A atuada interpõe sua defesa, por seu representante legal, centralizada nos seguintes pontos:

“Os Auditores Fiscais do Tesouro Estadual, alegaram ao Contabilista que encontraram: **1)** a falta de recolhimento do ICMS, conforme doc. 03 em anexo; e **2)** falta de recolhimento referente à diferença de alíquota da Nota Fiscal 43125 – compra para o ativo imobilizado, conforme doc 04 em anexo.

Contrapondo aos argumentos e alegações dos Senhores Auditores Fiscais do Tesouro Estadual, o Contabilista alegou que: **1)** no tocante à falta de recolhimento do ICMS não havia nenhuma diferença a recolher do ICMS, constante do doc. 03 em anexo, posto que a empresa tem a concessão de regime especial de tributação consoante dispõe o Decreto nº 18.032 de 23 de dezembro de 2004, e que a mesma vem atendendo à todos os dispositivos constantes do termos de compromisso firmado entre ambas as partes; e **2)** quanto ao que tange à diferença de alíquota da Nota Fiscal 43125 – que foi compra para o ativo imobilizado – alegou o contabilista que não havia diferença de alíquota, posto que a mercadoria vinda do Sudeste, tratava-se de um GPS adquirido sob a forma de **leasing**, não cabendo, assim, a cobrança da diferença de alíquota, e que a alíquota cobrada naquele Estado fora a de 18% (dezoito por cento). Não restando, assim nenhuma diferença de alíquota. Alegou, ainda, o Contabilista, que aquela alíquota de



18% cobrada pelo Estado de São Paulo, era **inconstitucional**, uma vez que o Imposto fora elevado de 17% para 18%, sendo a diferença de 1% a maior destinada para construção de casa para pessoas de baixa renda.

(...)

Ora, a autuação fiscal, pelo que se comprova pelos documentos 01 a 05 em anexos, não tem fundamento jurídico, tendo em vista que, no que tange à falta de recolhimento do ICMS, constante no item 1, supra, não é cabido, posto que ele fere o **princípio da anterioridade** e o **princípio da noventena**, ou seja, esse ato fere o princípio constitucional em seu artigo 150, III, b e c, e da Emenda Constitucional 42/2003.

(...)

O Decreto nº 19.811 de 14 de maio de 2007, que alterou o Decreto nº 18.032 de 23 de dezembro 2004, onde elevou a carga tributária, não poderia ter entrado em vigor no mesmo exercício, além de não ter obedecido ao princípio da noventena.

Tal elevação na carga tributária gera um desequilíbrio financeiro, um desequilíbrio de preço, um desequilíbrio de custos, além de interferir nos contratos de compra e venda firmado para os meses seguintes aos de maio de 2007. Em suma, ele cria impacto negativo nas finanças das empresas, sem que haja tempo para um planejamento tributário e financeiro.

(...)

Outro ponto importante que deve ser levando em considerado, é que a empresa não foi intimada de forma legal, posto que o Senhor Noberto Freire Marcolino, é um profissional liberal, sem vínculo empregatício com a empresa, e que desde o início da fiscalização (27/05/2008) até o dia (19/08/2009), não era pessoa legalmente habilitada para receber e assinar termo de intimação fiscal, o que fere os artigos 13 e 14 do Dec 13.796/98 alterado pelo Dec. 20.766/08 do REGULAMENTO DE PROCEDIMENTOS E DE PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

(...)

Verificamos, também, que os senhores Auditores Fiscais do Tesouro Estadual, não obedeceu ao disposto no art. 349, § 4º do RICMS, que diz:

Art. 349, § 4º do RICMS “ Os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional que procederem a diligência de fiscalização **são obrigados a lavrar**, antes do início do seu trabalho, em qualquer estabelecimento inscrito “Termo de Início de Fiscalização”, solicitando os livros e documentos que pretendem examinar e, bem assim, convidar o titular ou preposto da firma fiscalizada para acompanhar a fiscalização



em todos os seus termos.

(...)

Em face dessa conduta dos Senhores Auditores Fiscais do Tesouro Estadual, fica prejudicado ou mesmo impedido, a ora IMPUGNANTE, de exercer seu legítimo direito à defesa, assegurado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXIII e LV.”

Ao final, requer “que a impugnante não perca o regime especial de que trata o Decreto nº 19.811 de 14 de maio de 2007” e “que o presente Auto de Infração seja arquivado, e que não nos seja aplicado nenhuma sanção pecuniária e/ou administrativa”.

DA CONTESTAÇÃO

O autuante assim se pronuncia:

Confirma “que o contribuinte supramencionado estava descumprindo dispositivos contidos no Dec. 18.032/2004, que concede Regime especial aos contribuintes atacadistas de mercadorias importadas do exterior, quanto ao período compreendido entre 01.01.2005 e 31.03.2008, constatando que nas operações de saídas, conforme o disposto no art. 3º, incisos II, III, IV e VI do citado Decreto, o contribuinte deixou de recolher o valor de ICMS correspondente a R\$ 6.198,57” e “que o contribuinte não recolheu a diferença de alíquota referente à NF 43125, de 07/2007; conforme prevê o art. 150, inc. I, c, Dec. 13.640/1997, combinado com o art. 3º, § 4º, inc. II, Dec. 18.032/2004”.

Esclarece “que o Sr. Noberto Freire Marcolino, é o contabilista da empresa em questão, que acompanhou todo o processo fiscalizatório, prestando esclarecimentos, entregando documentações, assinando intimações e autos de infrações, fazendo as intermediações necessárias entre os sócios da empresa e o fisco, estando devidamente cadastrado em nossos arquivos conforme Consulta a Contribuinte na página 03 e ademais, apresentou Procuração, emitida pelo próprio sócio administrador da empresa Leandro Marcelo Haas, a quem confere poderes e atribuições junto à SET/RN”.



Diz, também, no “que se refere ao princípio da anterioridade e ao princípio da noventena, deve ser considerado que o Decreto 19.811/2007, não instituiu o ICMS, nem tampouco o aumentou, como preconiza o Art. 150 da CF/88, inc. III, alíneas b e c, na realidade o contribuinte em questão, mesmo após o Decreto 19.811/2007, continua possuidor de um benefício fiscal em que recolhe menos ICMS do que seus concorrentes, pois é detentor de Regime Especial concedido pelo Dec. 18.032/2004”.

E, ainda, “que em nenhum momento o contribuinte deixou de ser informado acerca dos procedimentos fiscais adotados, nem foi impedido de acompanhar o processo de diligência fiscal a que foi submetido, sendo-lhe concedido o direito a ampla defesa, e que inclusive o está exercendo por meio da impugnação na página 19 deste processo”.

Finaliza afirmando “que nada fizemos que não estivesse devidamente amparado pela legislação pertinente e que entendemos que as alegações formuladas pelo contribuinte em sua defesa são insustentáveis”.

DOS ANTECEDENTES

Consta dos Autos, conforme Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais, às fls. 17, que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

Este o relatório.

Passando a fundamentar e decidir.

DO MÉRITO

Trata-se de contribuinte denunciado pela falta de recolhimento tanto do ICMS devido pelo diferencial de alíquotas referente à NF 43125 como daquele



devido nas operações de saídas previstas no art. 3º, incisos II, III, IV, e VI do Decreto nº 18.032/2004, conforme relato efetuado e demonstrativos anexos.

Pela análise dos Autos, verifica-se que a própria atuada reconhece ter sido intimada quando afirma, em sua impugnação, que “o Contabilista, assinou o Termo de Intimação Fiscal, e entregou-lhes toda a documentação ora solicitada” e que “outra vez, o Contabilista recebeu outro Termo de Intimação Fiscal, ..., com o fim de apresentação do Livro de Registro de utilização de Termo de Ocorrência, e o Livro de Registro de Entradas” e “que de imediato, também fora entregue pelo Contabilista”.

Daí, chega-se a conclusão que o Sr. Noberto Freire Marcolino, apesar de ser considerado “sem vínculo empregatício com a empresa, e que desde o início da fiscalização (27/05/2008) até o dia (19/08/2009), não era pessoa legalmente habilitada para receber e assinar termo de intimação fiscal”, perante esta Secretaria de Tributação continuava sendo o seu contabilista, pois não havia expressamente, à época da autuação, qualquer alteração no sentido de ter deixado esta condição, conforme Consulta a Contribuinte de fls. 03. Até porque, consta também dos Autos, às fls. 13, um Instrumento Particular de Procuração da Beija Flor Com. e Imp. de Cereais Ltda, assinado pelo seu sócio administrador Leandro Marcelo Haas e datado de 20/08/2009, nomeando e constituindo como seu bastante procurador o referido contabilista a quem confere poderes e atribuições junto à SET/RN; dando a entender que ele gozava da sua inteira confiança. É, tanto, que a atuada cita, no início de sua impugnação, as alegações do contabilista contrapondo os argumentos do atuante; usando-as a seu favor.

A atuada tenta nulificar a ação fiscal, pautando-se no argumento de que o atuante não obedeceu o disposto no art. 349, § 4º, do RICMS/RN – não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização nem seus sócios ou preposto foram convidados a acompanhar os trabalhos da fiscalização. O que não deve prosperar, visto que foram lavrados Termo de Intimação Fiscal (solicitando os livros e documentos que se pretendia examinar), Notificação (para proceder a regularização da situação fiscal) e Relatório Circunstanciado; tendo sido, através destes, informado acerca dos procedimentos fiscais adotados, garantindo-lhe o exercício do “seu legítimo direito à



defesa” (tanto que o exerceu por meio de sua impugnação).

Justifica a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas da Nota Fiscal nº 43125 dizendo que “foi compra para o ativo imobilizado” e que “alegou o contabilista que não havia diferença de alíquota, posto que a mercadoria vinda do Sudeste, tratava-se de GPS adquirido sob a forma de **leasing**, não cabendo, assim, a cobrança da diferença de alíquota”. O que, também, não deve prosperar, tendo em vista que o art. 228, § 6º, do RICMS/RN, dispõe que “não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas entradas de bens ou materiais em estabelecimento de empresa arrendatária, em decorrência de contrato de arrendamento mercantil” (grifo nosso); não tendo sido este contrato aqui apresentado.

Alega, ainda, que o imposto exigido referente às operações de saídas previstas no art. 3º, incisos II, III, IV, e VI, do Decreto nº 18.032/2004, “não é cabido, posto que ele fere o **princípio da anterioridade** e o **princípio da noventena**”.

No entanto, o que se observa é apenas a alteração do Decreto nº 18.032, de 23 de dezembro de 2004, pelo Decreto nº 19.811, de 14 de maio de 2007, onde se teve o cuidado de preservar o tratamento especial de tributação que já vinha sendo concedido aos contribuintes atacadistas. É tão verdade, que a própria autuada, ao final de sua impugnação, requer que “não perca o regime especial de que trata o Decreto nº 19.811 de 14 de maio de 2007”.

DA DECISÃO

Fundamentada, então, no exposto e considerando tudo o mais que dos Autos Processuais consta, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fls. 01 e 02; impondo à autuada a pena de multa no valor de R\$ 9.656,57 (nove mil, seiscentos e cinquenta e seus reais e cinquenta e sete centavos), sem prejuízo do recolhimento do imposto no valor de R\$ 9.656,57 (nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
COORDENADORIA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PAT nº : 272/2009-1ª URT
Fls. : 49

reais e cinquenta e sete centavos), perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 19.313,14 (dezenove mil, trezentos e treze reais e quatorze centavos), sujeito aos acréscimos monetários legais vigentes.

Remeta-se o presente Processo à 1ª Unidade Regional de Tributação – 1ª URT, para ciência das partes e demais providências cabíveis.

COJUP, em Natal/RN, 31 de agosto de 2011.


Neyze Medeiros Santos

Julgadora Fiscal – Mat. 90.859-2