



**DECISÃO Nº:** 166/2011  
**PROTOCOLO Nº:** 50624/2011-1  
**PAT. N.º:** 49/2011 – 1º URT  
**AUTUADA:** ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**FIC/CPF/CNPJ:** 20.241.781-6  
**ENDEREÇO:** Av. Senador Salgado filho, 2234, Candelária, Natal/RN.

**EMENTA – ICMS – Falta de recolhimento do imposto. Contribuinte apurava e recolhia o ICMS a menor em decorrência da utilização de crédito presumido constante de benefício fiscal condicional, cujas condicionantes não foram satisfeitas. Denúncia ancorada em alentado conjunto probatório. Defesa insuficiente para afastar a acusação. Conhecimento e desprovimento da impugnação ofertada. Procedência da ação fiscal.**

## DO RELATÓRIO

### 1.DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 000075/2011 - 1º URT, onde se denuncia a falta de recolhimento de ICMS devido em decorrência de saídas tributadas e escrituradas, apurado na GIM a menor, restando comprovado que, embora não fosse detentor do benefício fiscal do “Crédito Presumido de Bares e Restaurantes”, adotou em sua escrita fiscal a sistemática diferenciada de tributação prevista no artigo 112, §38, do Decreto 13.640/97, a qual resultou numa diminuição da carga tributária.

Com isso, deu-se por infringido o art. 150, inciso III, c/c Art. 105, Art. 130-A, Art. 150 XIX, Art. 578 e Art. 609, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso I, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

*Ludênilson Araújo Lopes*  
*Julgador Fiscal*



Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa bem como demonstrativos dando conta das apurações mensais do contribuinte, termos de ocorrências e relatório circunstanciado.

## 2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se às denúncias, se manifestou a autuada, através de sua impugnação apresentada tempestivamente, às fls.36 a 41, da seguinte maneira:

- que em 30.11.2010 sucedeu por incorporação a empresa Arras Comércio de alimentos Ltda. inscrita no CNPJ nº 54.393.046/0001-47 com filial inscrita no CNPJ n 54.393.046/0088-06 e, anteriormente, ao ato de incorporação, vinculada à Inscrição Estadual 20.201.993-4;

- que em decorrência da incorporação havida e sem solução de continuidade, a partir da data do ato societário e nos termos da legislação de regência, todos os estabelecimentos da empresa incorporada passaram a operar sob a razão social e administração da empresa incorporadora-impugnante, sendo que tal fato foi devidamente noticiado com antecedência à data do evento de incorporação à esta secretaria, em novembro de 2010, sob o protocolo nº 261176/2010-1;

- que por força da incorporação, fez-se necessária a obtenção de ovo CNPJ e, conseqüentemente, em função da existência de cadastro sincronizado no Estado do RN, de novo número de inscrição estadual para o contribuinte impugnante, que de fato e direito, continua sendo detentor do direito ao crédito presumido de ICMS no percentual de 13% concedido para bares e restaurantes, uma vez que além de ser o sucessor do estabelecimento que o detém, continua explorando a mesma atividade, no mesmo endereço, com os mesmos funcionários, sob a mesma administração, estoque, ativos, equipamentos, etc., sem nenhuma solução de continuidade;



- que o acontecido foi uma mera desatualização dos cadastros por parte da I. Fazenda Estadual no sentido de vincular o direito ao regime diferenciado de apuração via crédito presumido de ICMS detido pelo estabelecimento incorporado (IE 20.201.993-4) à nova inscrição estadual (IE 20.241.959-2) da incorporadora;

- que muito embora a empresa incorporada (Arras comércio de Alimentos Ltda.) já possuísse a concessão do benefício relativamente à inscrição estadual 20.201.959-2, em virtude da incorporação realizada e por determinação da própria Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Norte, a empresa incorporadora, ora impugnante, solicitou em 28.12.2010, a concessão de crédito presumido de ICMS no percentual de 13%;

- que referidos autos foram realizados de acordo de acordo com o Anexo VII da Portaria 52/08 onde requereu a concessão de “crédito presumido de bares e restaurantes” para dar continuidade às atividades da empresa incorporada;

- que o entendimento exarado pelo fisco não merece prosperar, uma vez que o contribuinte ao realizar a incorporação, sucedeu todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada. Entre referidos direitos, encontra-se o regime especial detido pelo estabelecimento incorporado, portanto, o contribuinte não procedeu “como se fosse” detentor do benefício;

- que agiu na condição de efetivo detentor do benefício, porque, de fato é;

- que se trata de um cenário de continuidade e não de início de novas atividades sujeitas à obtenção de concessão de regime especial;

Diante do exposto, requer que seja acolhida a sua impugnação, tornando o presente Auto de Infração insubsistente, com a sua conseqüente extinção. Requer ainda, que sejam atualizados os dados cadastrais da Fazenda do Estado do Rio Grande do Norte para que conste em seus registros que a autuada é detentora do Regime concedido através do Art. 112, §36 a §38 do RICMS, pelas razões aduzidas.



### 3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da autuada, o ilustre auditor fiscal, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 90 a 93 arguir:

- que o autuado se enquadra na sistemática Normal de apuração do ICMS, segundo a qual se apura o ICMS do período compensando-se o ICMS debitado (saídas) com o ICMS creditado (entradas);

- constatou que não há qualquer anotação no Livro Fiscal de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO que exclua este contribuinte da regra geral de tributação e de apuração do ICMS;

- que o interesse por ser enquadrado em sistemática diferenciada de tributação do ICMS tem que ser manifestamente expresso por representante legal ou procurador da empresa;

- que a incorporação realizada não tem o condão de incorporar o crédito presumido da incorporada, simplesmente porque “o crédito presumido” é uma opção, manifesta e individual de estar enquadrado em sistemática de tributação diferenciada, configurando pacto entre a SET e beneficiário;

- que, portanto, a incorporadora tem que manifestar expressamente a opção por estar enquadrada nesta sistemática, satisfazer às exigências, e sobretudo aguardar o ‘consentimento’ da SET para valer-se do benefício;

Por fim, conclui pela manutenção do auto de infração em sua íntegra

### 4. ANTECEDENTES



Consta dos autos (fl. 34) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

### **DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela ora atuada preenche aos requisitos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial.

### **DO MÉRITO**

Como acima relatado, cuidam os autos do não recolhimento do ICMS devido em decorrência de saídas tributadas e escrituradas, porém o ICMS **apurado e recolhido a menor**, vez que, segundo a ilustre auditora do feito, restou comprovado que a atuada não era detentora e nem fazia jus ao benefício fiscal do “Crédito Presumido de Bares e Restaurantes”, e que mesmo assim, adotou em sua escrita fiscal a sistemática diferenciada.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos princípios regentes da matéria, especialmente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercer o seu direito à ampla defesa, respeitando assim os princípios constitucionais afetos à matéria.

Quanto à questão meritória, observa-se primeiramente que de fato a ora impugnante apurou e recolheu o imposto a menor, se levarmos em consideração a sistemática



normal de apuração, vale dizer, confrontando-se os débitos com os créditos, como previsto constitucionalmente.

O contribuinte aduz, e de fato restou comprovado, que abandonou a sistemática de apuração normal acima referida, passando a proceder pela forma simplificada que abriga em seu âmbito benefício fiscal condicional, na modalidade de crédito presumido, no caso de 13%.

Obviamente que a referida sistemática especial é opcional, já que relega as amarras reveladas pela carta constitucional, mais precisamente o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Por outro lado, para fazer jus ao benefício levado a efeito pela legislação concessiva, o interessado, além de manifestar o interesse de adesão, tem que atender a um rosário de quesitos ou condições preestabelecidos.

Nesse diapasão, há que se verificar, se a ora impugnante manifestou opção válida pela benesse contida no regime simplificado, e acaso manifestado o interesse, se atendia ou preenchia a todos os requisitos ou condições impostas, dentre as quais, a sua regularidade perante o fisco estadual, tanto relativamente ao cumprimento de suas obrigações principais, quanto acessórias.

Pelo menos, num exame perfunctório, observa-se que quando da manifestação do contribuinte pela sistemática menos onerosa tributariamente, não vislumbro qualquer pendência no que diz respeito ao cumprimento da obrigação principal.

O mesmo não ocorre quando deslocamos a análise para o campo do cumprimento das obrigações acessórias.

Primeiramente, saliente-se que referida empresa não possuía, naquela data, sócio ou representante legal residente neste Estado, conforme “Consulta ao Contribuinte” e “Histórico Atual de Representantes”, base de dados Extranet-2. Obrigação acessória decorrente da legislação pertinente, revelando, assim, que a atuada encontrava-se, já naquela época, com pendências junto o Estado do Rio Grande do Norte, e, por consectário, não estava habilitado a fruição do regime simplificado.

Ademais, a atuada em 28/12/201 fez o pedido do benefício fiscal, o qual foi negado, pois não reunia as exigências estabelecidas no RICMS RN, devendo-se ressaltar que o termo de Opção foi assinado por pessoa ilegítima, terceiro não habilitado validamente,



portanto, incapacitado para tanto, uma vez que a procuração acostada aos autos, em nome do Sr. Everildo Bento da Silva conferia-lhe poderes, apenas, para atuar em nome da empresa Arras Comércio de Alimentos Ltda, CNPF nº 54.393.046/0001-47, e não da ora impugnante, peticionando assim em nome de empresa diversa da que se trata neste feito, não produzindo qualquer efeito deste requerimento. É como se pleito nenhum existisse.

Assim, embora estivesse enquadrada no rol de empresas que poderiam se beneficiar da tributação menos severa, a autuada tinha que permanecer na sistemática Normal de apuração de ICMS vez que não satisfazia às condições estabelecidas para a fruição do regime de exceção.

A questão foi muito bem sintetizada pela ilustre autora do feito que, com tinta grossa escreveu: *“Ou seja, quando do pedido (18/12/201) o contribuinte não reunia às exigências estabelecidas no RICMS – estar regular perante o Estado no que concerne às obrigações acessórias -, posto que a opção foi manifestada por pessoa sem legitimidade para tanto, ao tempo que a empresa deixou de eleger sócio ou representante domiciliado no estado do RN, conforme estabelece a alínea b, do inciso XV do artigo 112 do Decreto 13.640/97.”*

Revela ainda, a ilustre autora do feito, que após reiteradas as intimações é que em 07 de fevereiro do ano seguinte, mais precisamente as 21:21:55 foi quando a empresa regularizou tal pendência, constituindo validamente seu procurador neste Estado.

Ocorre que naquelas alturas o contribuinte unilateralmente já vinha utilizando-se por sua conta em risco, dos benefícios de que cuida a sistemática simplificada, portanto, apurando e recolhendo o imposto a menor do que aquele resultante da sistemática normal de apuração, a qual estava efetivamente submetido, gerando por conseguinte, pendência, desta feita, relativa à obrigação principal, a ponto de ter seu pleito indeferido, não havendo notícia nos autos de qualquer irresignação por parte do contribuinte, quanto à referida decisão denegatória.

De sorte, que restou comprovada a diferença de imposto não satisfeita em decorrência da utilização indevida do benefício fiscal Condicional , cujas condicionantes não foram, nem de longe, atendidas. Reputo, portanto, como pertinente a exigência de que cuida a inicial, porquanto efetivamente devida, mesmo porque a formalização do pedido constitui-se em mera expectativa condicionada à análise do entre tributante.



Também não vinga da defesa de que ao realizar a incorporação, sucedeu todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada e, por conseguinte. A incorporadora seria, “automaticamente” e por continuidade, detentora do BENEFÍCIO FISCAL do ICMS outrora concedido à sucedida, previsto no inciso XV do artigo 112 de Decreto 13.640/97.

Ora, como se sabe, não pode prosperar a pretensão da autuada de elevar eventual benefício outorgado incorporada à condição de direito capaz de ser incorporado, pois, enquanto sistemática de tributação inversa da Normal, não é em si um direito, mais uma opção, como bem observou a dina autora do feito.

Como tal, é de caráter PESSOAL, INTRANSFERÍVEL e NÃO PRESUMÍVEL, até porque, nem tudo que é bom para um grupo empresarial, tem necessariamente o mesmo efeito para outro. Vale dizer, poderia ocorrer a tributação diferenciada fosse de interesse do sucedido, desinteressante para o sucessor, que não tinha a menor obrigação de continuar inserido em tal contexto.

De qualquer sorte, o interesse em aderir à sistemática diferenciada de tributação do ICMS tem que ser manifestadamente expresso por representante legal ou procurador da empresa, fato que não ocorreu em tempo hábil, dada a pessoalidade e individualidade de que está revestida, tantas quantas sejam as inscrições estaduais de um CNPJ que pretendam o benefício.

Grife-se, ainda, ao ente tributante abe a análise do pleito, observando especialmente o preenchimento das exigências legais para deferir ou indeferir o postulado. Porém mesmo se deferido, a empresa só poderá gizar ao benefício no início do período de apuração próximo ou posterior ao do deferimento bem como não poderá mudar de sistemática por 12 meses, conforme disciplinado nas alíneas do inciso XV do artigo 112 do RICMS.

Em conclusão, é lícito afirmar que a incorporação realizada não tem o condão de incorporar o crédito presumido da incorporada, simplesmente porque “o crédito presumido” pe uma **opção, manifesta e individual**, de estar enquadrado em sistemática de tributação diferenciada, configurando um pacto entre a SET e a beneficiária. Portanto a incorporadora tem que manifestar expressamente a opção de estar enquadrada nesta sistemática, satisfazer às exigências e sobretudo, aguardar o “consentimento” da SET para valer-se do benefício, como anotou a ilustre autora do feito, que assim concluiu sua contestação:





*“Resta incontroverso que o autuado não era detentor do regime e ele bem o sabia! Tanto é que requereu o **direito** ao benefício, exatamente porque sempre soube da necessidade de cumprir o RICMS-RN! Requereu e já começou a lançar crédito presumido de 13% do ICMS a recolher ao arrepio da lei. Porém, efetivamente, ainda não era detentor de sistemática diferenciada de tributação elencado no inciso XV do artigo 112 do Decreto 13.640/97.”*

Assim, fundamentando nas normas regulamentares, na prova carreada aos autos, na legislação pertinente a lide, e, tendo em vista a incapacidade da autuada em ilidir a denuncia, posicione-me pela procedência do Auto de Infração em comento, nos termos acima postos.

### **DA DECISÃO**

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO LTDA.**, para impor à autuada a aplicação da penalidade, de multa prevista no Art. 340, inciso I, alínea “c” do RICMS, no valor de **R\$ 43.147,68 (quarenta e três mil cento e quarenta e sete reais e sessenta e oito centavos)** sem prejuízo da exigência do imposto de igual valor, totalizando um montante de **R\$ 86.295,36 (oitenta e seis mil duzentos e noventa e cinco reais e trinta e seis centavos)**, em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 12 de setembro de 2011.

**Ludenilson Araújo Lopes**  
Julgador Fiscal