



DECISÃO Nº: 167/2011
PROTOCOLO Nº: 197053/2009-1
PAT. N.º: 351/2009 – 1º URT
AUTUADA: FORMATO – FORMAS PARA CONCRETO LTDA ME.
FIC/CPF/CNPJ: 20.094.933-0
ENDEREÇO: Rua Joaquim de Castro, 173, Felipe Camarão, Natal/RN.

EMENTA – ICMS – Emissão de Documento Fiscal Inidôneo.

Suposta Inidoneidade decorrente de destaque do imposto em documento emitido por optante do Simples Nacional. Operação destinada a não contribuinte – impossibilidade de creditamento. Denúncia oferecida ao arrepio da legislação regente da espécie. Ofensa ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Inidoneidade não configurada – interpretação conjunta do art. 251 – O c/c inciso III e parágrafo único do art. 415 do RICMS. Mera simulação de parcelamento não produz os efeitos do parcelamento efetivamente pactuado. Conhecimento e acolhimento das razões impugnatórias - Improcedência da ação fiscal. Remessa oficial que se impõe.

DO RELATÓRIO

1.DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, a lavratura do Auto de Infração nº 01570/PROJAFI, onde se denuncia a emissão, utilização, ou escrituração de nota fiscal inidônea ou irregular, por contribuinte optante do Simples Nacional, com destaque do ICMS.

Com isso, deu-se por infringido o art. 150, inciso XIII, c/c Art. 415, Art. 413, Art. 251-G, parágrafo 1º, c/c Art. 251-O, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Ludenilson Araújo Lopes 1
Julgador Fiscal



Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso III, alínea "c" 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.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa, bem como demonstrativos dando conta da origem do crédito tributário, além da cópia da nota fiscal com balda de inidoneidade.

Constam, ainda, cópia de requerimento de parcelamento do TAM que azo ao AI peça vestibular do presente processo, com o comprovante de pagamento da parcela inicial, conforme documentos de fls. 11 e seguintes.

2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, manifestou-se a autuada, através de sua impugnação apresentada tempestivamente, às fls.29 a 42, da seguinte maneira:

- que efetuou o parcelamento da dívida, resgatando a mercadoria apreendida. No entanto, em razão do alto valor da parcela e por dificuldades financeiras, não conseguiu adimplir as demais parcelas;
- alega haver nulidade no presente Auto de infração, em virtude desse não descrever claramente a infringência legal;
- que no referido Auto de infração, o fisco apenas citou os artigos legais, os quais consideraram que a impugnante havia descumprido, sem descrever a conduta da autuada;
- que o fisco aplicou multa ao valor principal sem informar o percentual utilizado, discriminando o débito sem nenhuma informação suplementar, que possibilitasse a identificação da forma de cálculo do débito. Considerando assim, nulo o presente Auto de infração;
- que quando a empresa, impugnante, foi preencher a Nota fiscal, objeto deste AI, destacou por equívoco, o campo relativo ao desconto do ICMS;
- que o fisco não atentou para as demais circunstâncias do engano cometido pela empresa impugnante;



- que a NF em litígio foi preenchida por uma funcionária sem experiência, que por um descuido realizou o destaque do ICMS, não tendo a atuada nenhuma intenção ilícita om tal conduta;

- que jamais deixaria sair, de seu estabelecimento, uma mercadoria com uma NF que por mero erro formal não estava de acordo com os ditames legais, sob pena de ter que pagar pesados encargos tributários por isso;

- que a NF, considerada inidônea, contém todas as informações necessárias ao fisco;

- que não realizou nenhum ilícito fiscal capaz de ensejar prejuízo ao Estado, tendo em vista que por ser contribuinte, pessoa jurídica optante do Simples Nacional, o valor do ICMS da NF considerada inidônea, seria, ao final do mês, devidamente apurada;

- que não ficou constatado que o documento fiscal que acoberta o trânsito de mercadorias tenha servido como meio de sonegação do imposto ou descumprimento de obrigação tributária principal;

- que o fato denunciado não chegou a comprometer o controle fiscal, considerando as peculiaridades da operação;

- alegou ter agido em conformidade com o princípio tributário da boa-fé;

Diante do exposto, requer que seja acolhida a sua impugnação, **julgando improcedente** o presente Auto de Infração, bem como a **desconstituição da multa aplicada**.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da atuada, o ilustre auditor fiscal, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 55 a 58 arguiu:

- que não se aplica a este caso, as normas para emissão de documentos fiscais baseadas na Lei 6.968/96, que insistiu o ICMS deste Estado, mas sim, aplicam-se as normas fundadas na LC 123/2006 e sua Resolução;

- que embora o atuado alegue a clareza das informações prestadas no documento fiscal e que não agiu com o intuito de sonegar o imposto ou descumprir obrigação acessória, **praticou ilícito fiscal** ao não ser cuidadoso no preenchimento do documento fiscal,

Ludemilson Araújo Lopes 3
Julgador/Fiscal



infringindo legislação específica que rege os optantes pelo simples Nacional, que já usufruem de vários benefícios fiscais;

- que não há que se falar em idoneidade do documento fiscal quando este está em flagrante desacordo com o estabelecido e legislação específica;

- que em completo equívoco está o impugnante ao entender como nulo o referido Auto de Infração por não cumprir, segundo ele, os requisitos formais para a efetivação do ato administrativo perfeito;

- que, também equivocou-se, ao imaginar que teria o agente estatal, a discricionariedade para decidir se efetua ou não o lançamento tributário;

- que a ocorrência está bem descrita no Auto de Infração quando combina o “art. 340, II, c” e os artigos “art. 251- G” e “art. 251- O”;

- que, claro está pela inteligência do art. 340, III, c, que o percentual da multa aplicada foi de 30% sobre o valor da Nota Fiscal considerada inidônea;

- informou ainda, que o autuado reconheceu a dívida, efetuou simulação de parcelamento de n 10163 junto à SUDEFI (Subcoordenadoria de Débitos Fiscais), firmou Termo de Confissão Irretratável de Dívida e pagou **apenas a 1º parcela** no valor de R\$ 2.008,72 conforme se observa nas fls. 09/11, não retornando, porém, para concluir o procedimento para a devida protocolização de parcelamento, embora instado a fazê-lo **por mais de uma vez**;

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

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl.) que a autuada 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 de infração ocorrida pela emissão/utilização ou escrituração de nota fiscal inidônea, em decorrência do destaque do imposto – ICMS - na nota fiscal nº 406, emitida pela atuada que é optante do SIMPLES NACIONAL.

Com efeito, Sr. Presidente, razão assiste ao ora recorrente, quando se insurge contra a presente ação do fisco.

De logo, observa-se a imprecisão inaceitável da descrição da ocorrência constante da inicial que, decerto, causou prejuízo à defesa do ora impugnante e fere de morte o princípio da tipicidade fechada ao qual deve obediência qualquer denúncia na seara tributária.

Através da referida ocorrência, da forma como posta, não se pode precisar se a acusação se refere a: 1 – emissão de documento fiscal inidôneo; 2 - emissão de documento fiscal irregular; 3 - utilização de documento fiscal inidôneo; 4 – utilização de documento fiscal irregular; 5 – escrituração de documento inidôneo; ou 6 - escrituração de documento irregular.

A feitura de auto de infração com os vícios acima elencados, além de causar prejuízo à defesa, atenta contra os princípios da administração pública, em especial da moralidade e da eficiência, encartados na carta de 1988.

Se por um lado, o fisco exige o rigor por parte do contribuinte no cumprimento da norma, não admitindo sequer seu desconhecimento; por outro, intolerável



que a administração desconheça ou ignore o direito com tanta veemência, como restou evidenciado nos presentes autos, dados os inúmeros erros grosseiros cometidos quando do oferecimento da denúncia.

Estes já se constituiriam em motivos mais do suficientes para se afastar a exigência de que cuida a inicial, inobstantemente, mais alguns apontamentos se fazem necessários.

Na verdade, a infração ocorrida seria a emissão de documento fiscal, em operação interestadual, com destaque do imposto vedado pela legislação, por o emitente optante do SIMPLES NACIONAL.

Tal fato realmente ocorreu e não foi negado pelo contribuinte; resta-nos, entretanto, perquirir se tal equívoco contamina o documento de total imprestabilidade e da conseqüente inidoneidade.

De fato, o equívoco confessado resultou na inobservância de norma regulamentar, mormente, o que dispõe o inciso XIII do artigo 150 e o art. 251-G do diploma regulamentador em voga, sendo que o artigo 251 – G, foi encartado no RICMS, quando este incorporou a legislação inerente aos contribuintes do SIMPLES NACIONAL.

Não é demais lembrar que o Estado do Rio Grande do Norte, emprestou ao RICMS a SUBSEÇÃO V da SEÇÃO XIX, para regulamentar as operações realizadas por contribuintes optantes do Simples Nacional, inclusive reservou ao artigo 251 – O, a redação sobre a qual o documento emitido em desacordo com o já mencionado artigo 251 – G, seria considerado inidôneo, sem nenhum temperamento.

De logo, penso que o mero ato de destacar equivocadamente o ICMS, em operação destinada a não contribuinte do imposto, onde sequer existe a possibilidade de seu aproveitamento, não eiva o respectivo documento de total imprestabilidade para os fins a que se destina, pelos motivos a seguir perfilhados.



Primeiramente, há que se registrar o fato de que o mesmo RICMS, ao versar sobre a questão da inidoneidade, desta feita, através do artigo 415, como bem lembrado pelo próprio autuante, com a seguinte redação, é ressalvado no parágrafo único da seguinte forma:

Art. 415. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;

II- não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação....;

III- não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade determinado em legislação;

IV- contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

.....
Parágrafo único. Nos casos dos incisos I, III e IV deste artigo, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine. (g.n)
.....

A pergunta que não quer calar é a seguinte: o temperamento contido no parágrafo acima posto é aplicável aos optantes do Simples Nacional? A resposta é sim, pois, salvo disposição expressa em contrário constante do próprio Regulamento ou em instrumento de hierarquia superior, tal dispositivo é aplicável a todas as situações regidas pelo RICMS.

Advirta-se, por oportuno, que por imperativo constitucional, o tratamento tributário a ser dispensado ao optante do Simples deve ser diferenciado e FAVORECIDO, o que, por si só, não permitiria que se extraísse de um mesmo diploma regulamentador interpretação mais benéfica para o contribuinte **normal** em detrimento do **pequeno contribuinte**, como aconteceria se concluíssemos pela inaplicabilidade das condicionantes de inidoneidade acima postas.



Além do mais, a carta cidadã de 1988 sinaliza para o destaque do imposto, quando emprestou ao § 5º do artigo 150 a seguinte redação:

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

A rigor, a hipótese de inidoneidade pretendida pelo agente do fisco é a constante do inciso III acima transcrito que equivale ao conteúdo do artigo 251 - O.

Ocorre, entretanto, que referido dispositivo não traz, em si mesmo, um regramento fechado ou absoluto. Trata-se de uma norma incompleta ou relativa, havendo que ser analisada sempre em conjunto com o teor do parágrafo acima transcrito.

Da análise conjunta dos dispositivos acima referidos e reproduzidos, não há como se chegar a outra conclusão, senão a de que, *in casu*, inexistiu a pretensa inidoneidade, de que cuida a inicial.

Por derradeiro devemos enfrentar a seguinte questão: embora a prática do contribuinte não tenha levado os documentos à inidoneidade, estaria ele passível da penalidade específica para o destaque indevido do imposto? Analisemos:

Neste particular vejamos a dicção da alínea “i” do inciso III do art. 64 da Lei 6968/96:

“i) emitir nota fiscal com destaque do imposto em operação ou prestação isenta ou não tributada e naquela em que seja vedado o destaque do imposto: cem por cento do valor do imposto, salvo se o valor do imposto destacado tiver sido recolhido pelo emitente.”

Pois bem, neste particular aspecto, devemos considerar o fato de que a ora recorrente é optante do SUPER SIMPLES e, como tal, ao realizar operações interestaduais de aquisição de mercadorias, recolhe antecipadamente o complemento da alíquota. Por seu turno, nas aquisições internas, as operações ocorrem com carga tributária integral e quando efetuam



sua operações de venda ainda estão sujeitas ao recolhimento de no mínimo 1,4% do faturamento a título de ICMS.

Desta forma, verifico que inexistem nos autos qualquer indício de que o imposto não tenha sido recolhido, o que, também afasta a possibilidade de aplicação da pena suso grifada.

De resto, impende destacar que se levarmos em conta o contexto legislativo pertinente à espécie, numa interpretação sistemática, chegaremos facilmente à conclusão de que a reprimenda pertinente ao caso em tela está umbilicalmente afeto ao prejuízo causado ao erário, especialmente aquele decorrente do aproveitamento dos créditos eventualmente destacados de forma indevida e não repassados ao tesouro estatal, fato que não restou efetivamente evidenciado nos presentes autos.

Primeiro, pela absoluta impossibilidade de causar qualquer prejuízo ao RN; e, quanto ao Estado Baiano, tal prejuízo só ocorreria se efetivamente o destinatário se apropriasse do imposto destacado, o que é igualmente impossível, porquanto tratar-se de operação destinada a não contribuinte do imposto

Finalmente, penso ser inexplicável, autuar-se o contribuinte por destaque indevido do imposto e na própria composição do lançamento, exigir-se esse mesmo imposto, outrora censurado, mesmo porque não se trata de operação **desacobertada de documento fiscal**, única exceção contida na Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 1º, XIII, "F".

E não se diga que operação ou prestação desacobertada de documentos fiscais é a mesma coisa que aquelas acobertadas por documentos fiscais inidôneos, pois são práticas totalmente distintas, desde seu nascedouro, com objetivos e conseqüências bem definidos e totalmente diferentes.

De quebra, observo que simulação de parcelamento a que se referiu o ilustre atuante não se confunde, nem produz os efeitos de um parcelamento efetivamente pactuado, que implicaria em desistência de litígio e suspensão da exigibilidade do crédito tributário.



Em verdade, as circunstâncias em que o sujeito passivo chancelou a referida simulação de parcelamento bem como a quitação da inicial eram a ele, de toda, adversas. No próprio termo circunstanciado (fl. 040), o nobre autor do feito revela com clareza solar, que ao ser procurado pelo representante da atuada para liberar as mercadorias, ofereceu-lhe apenas duas opções: pagar ou parcelar o crédito tributário, havendo a opção pela segunda alternativa.

Observa-se, entretanto, que ao sujeito passivo não foi oportunizada a possibilidade de ficar ou indicar um fiel depositário das mercadorias, enquanto se discutia a procedência ou não do lançamento.

Por tais razões, e considerando, ainda, tudo mais que do processo consta, não vislumbro como manter a denúncia de que cuida a inicial.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de que cuida a inicial, lavrado contra a empresa **FORMATO – FORMAS PARA CONCRETO LTDA ME**.

Por imperativo Legal, **recorro da presente decisão ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais**, ao tempo em que remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 13 de setembro de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal