



DECISÃO Nº: 196/2011
PROTOCOLO Nº: 87192/2007-1
PAT N.º: 127/2007-1ª URT
AUTUADA: EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.
FIC/CPF/CNPJ: 20.300.615-1
ENDEREÇO: Av. Francisco Sá, 6200 Barra do Ceará Fortaleza-CE
DENÚNCIA(S): 1. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da utilização indevida de créditos no cálculo da substituição tributária, referente ao período de 01/10/2005 a 30/09/2006.

EMENTA – ICMS – Falta de recolhimento, decorrente de utilização de créditos indevidos no cálculo da substituição tributária. Procedência da ação fiscal. Denúncia decorrente da suposta existência de termo de acordo com cláusula de redução de carga tributária. Defesa se limita a negar a existência do benefício, sem qualquer prova do recolhimento do ICMS Normal sem redução ou de regime especial sem a citada cláusula. Se comprovado fosse a não realização do recolhimento de ICMS Normal no Estado do Ceará, restaria por extinto o direito do autor. Inversão do ônus da prova configurado – Inciso II, art. 333 do CPC – incumbência não satisfeita. **AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.**

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração nº 05181/1ª URT, lavrado em 08 de maio de 2007, que a empresa acima identificada, bem qualificada nos autos, infringiu o disposto pelo Art. 150, Inciso XIII, combinado com os Arts. 108 e 118, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, pela falta de recolhimento de ICMS, decorrente da utilização indevida de créditos no cálculo da substituição tributária, referente ao período de 01/10/2005 a 30/09/2006, conforme demonstrativo anexado como fls. 07.

Em concordância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, Inciso II, alínea “a”, também do RICMS, implicando em multa de R\$ 2.179.251,52 (Dois milhões, cento e setenta e nove mil, duzentos e cinquenta e um reais e cinquenta e dois centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS, no valor de R\$ 1.452.834,35 (Hum milhão, quatrocentos e cinquenta e dois mil, oitocentos e trinta e quatro reais e trinta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 3.632.085,87 (Três milhões, seiscentos e trinta e dois mil, oitenta e cinco reais e oitenta e sete centavos), com os acréscimos monetários previstos no Art. 133 do mesmo regulamento.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa, cópias de documentos e demonstrativos dos débitos fiscais.

Agmary Ferreira de Macedo 1
Julgadora Fiscal

R



2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, alega, a autuada, através de sua impugnação às fls. 199 a 211, que:

- todos os créditos de ICMS que foram aproveitados correspondem ao que foi pago no Estado do Ceará, em razão das mercadorias transferidas da sua central de compras naquele Estado para serem vendidas aos consumidores do Rio Grande do Norte;

- somente pratica em suas atividades empresariais a venda a consumidor final, descabendo, portanto, estabelecer quaisquer parâmetros pertinentes à eventual interferência de terceiros em simples transferência de mercadorias de um Estado para outro;

- não se tem na autuação registro de qualquer diligência feita para comprovar que os créditos fiscais compensados não correspondiam aos recolhimentos efetuados à Fazenda do Estado do Ceará, fato, aliás, facilmente apurável, dado as comunicações existentes entre as administrações fazendárias, conforme previsto pelo Art. 199, do CTN;

- não pode os créditos fiscais compensados serem impugnados por suposta existência de favores fiscais concedidos sem base em convênios, porque não é detentora de incentivos ou benefícios fiscais outorgado pela administração fazendária do Ceará, como faz prova a declaração anexa, subscrita pela autoridade competente;

- consta da autuação que infringiu o disposto pelo Art. 150, Inciso III, c/c os Arts. 108 e 118, do RICMS, mas não se prestam à tipicidade infracional que está sendo imputada, vez que escritura seus livros e emite documentos fiscais, observadas as normas regulamentares;

- conforme o Art. 108, do RICMS, a compensação de crédito fiscal está condicionada à idoneidade da documentação e a sua correspondente escrituração, pelo que para se negar esse direito, impõe-se comprovar que o documento fiscal no qual ele figura não tenha idoneidade;

- a invocação do Art. 118, do RICMS, foi feita sem explicitar qual dos elementos operacionais previstos para o lançamento fiscal não se encontra na sua escrituração, portanto, não tendo qualquer serventia para dar fundamento à autuação, ainda que esta pudesse ser juridicamente válida com a mera citação de normas regulamentares;

- além de padecer de absoluta falta de enquadramento da ocorrência narrada nos dispositivos regulamentares invocados, o auto de infração atenta contra os princípios da razoabilidade e da moralidade ao aplicar uma multa de 150%, configurando um verdadeiro confisco, pelo que aponta opiniões de vários juristas e decisões do Supremo Tribunal Federal;

- está sofrendo constrictão fiscal de alta monta, sem que se faça sequer a invocação de uma base em dispositivo de lei, tudo se resumindo a equivocada aplicação de normas regulamentares, violado, pois, o princípio constitucional da reserva legal;



- se não prevalecer os argumentos pela improcedência, a redução da multa, acolhendo os argumentos quanto ao caráter confiscatório; e,
- que todas as notificações e intimações decorrentes do presente processo sejam enviadas para o endereço indicado no rodapé.

3. CONTESTAÇÃO

Intimado a contestar a impugnação da autuada, o autuante, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 62 a 68, alegou que:

- que o exame diligencial prejudicou-se devido a não entrega da documentação intimada para realização da fiscalização dentro dos prazos exigidos, mesmo após solicitação do demandante para que fosse prorrogado;
- que, diante da falta de entrega dos documentos solicitados foi lavrado auto de infração por embaraço à fiscalização, julgado procedente à revelia da autuada;
- que percorridas todas as fases e persistindo a não apresentação dos documentos intimados, utilizou o método do arbitramento fiscal;
- que a autuada apresenta documentos por ocasião de sua impugnação e que entre estes uma folha do seu Registro de Saídas, pág. 09, mês de outubro de 2005, sem o termo de abertura e de encerramento que para o fornecedor, fls. 50 a 52, apresenta por completo o livro Registro de Entradas;
- que consta na página do Livro Registro de Saídas da autuada (fls. 47) a data de 25/01/2010 para impressão da folha dos seus registros de outubro de 2005;
- que a autuada apresenta provas incompletas, acrescente-se a não exibição do seu livro Registro de Entradas, onde a NF 213884 (fls. 14) destaca o valor do ICMS no montante de R\$ 2.215,50, pelo que faz questionamentos em relação à falta de livros e documentos da empresa para averiguações;
- que o Detnot (fls. 58) apresenta a Nota Fiscal nº 213884 (fls. 15), mas no relatório de notas fiscais de saídas do contribuinte no período de 2005 não existe nenhum registro disponível e mesmo observado na referida nota fiscal que a mercadoria devia retornar no prazo de sessenta dias, não foi atestado pelo fisco o cumprimento de tal prazo;
- que a cópia da nota fiscal 0015 (fls. 43) arrolada pela autuada para comprovar o retorno da mercadoria não apresenta nenhum registro da fiscalização, nenhuma passagem em posto fiscal;
- que a autuada anexa a NF nº 219723 (fls. 44), com natureza de operação de venda – substituição tributária, destacando o valor de ICMS substituição no montante de R\$ 2.441,90, assim como consta no sistema de informática da SET (fls. 61), pelo que concorda com a autuada que se encontra satisfeita a substituição tributária destacada, assim como a descrição da mercadoria corresponde às mesmas características;



- enquanto que para fins de recolhimento do ICMS Normal é outro momento, para as transferências destinadas ao RN, a atuada emite uma Nota Fiscal de Entrada no final de cada mês, referente a todas as transferências realizadas, e aplica 3,4 por cento sobre o valor total, servindo o resultado como crédito para compensação do ICMS Normal, ou seja, destaca na Nota fiscal de Saída a alíquota de 12 %, mas só vai utilizar na compensação para efeito de débito no recolhimento 8,6 por cento, tudo em conformidade com o item III da Cláusula Quinta do Termo de Acordo SEFAZ/CE nº 728/2005, cópia anexa, documento obtido junto à SEFAZ/CE;

- a obtenção do citado Termo de Acordo confirma a troca de informações entre as Secretarias, assim como, prova a existência do benefício fiscal no período já citado, tornando-se mais frágil a impugnação da requerente, principalmente, quando este afirma ter anexado ao processo uma declaração da SEFAZ/CE de que não detém nenhum benefício ou incentivo fiscal, inexistente nos autos;

- a atuada emite a GNRE com os valores do ICMS Substituído constante na Nota Fiscal faturada para o RN, onde utiliza, para efeito de crédito no cálculo para substituição, a alíquota interestadual de 12 %, não levando em consideração o benefício de 3,4 % que deve ser subtraído da alíquota de 12 %, restando 8,6 % que é o efetivamente recolhido no Ceará, o que contraria o disposto pelo Art. 105, § 8º, do RICMS;

- o argumento da atuada de que só pratica venda direta a consumidor final só vem fortalecer as razões da fiscalização realizada, vez que se trata de um contribuinte substituto, ou seja, cobra ICMS através da substituição tributária até a última operação e repassa o ICMS substituído para o Rio Grande do Norte, no prazo previsto pelo item XIV, do Art. 130, do RICMS;

- não aceitam a alegação de falta de documentos comprobatórios, mas aproveitam do mesmo regulamento, através do seu Art. 79, § 1º, em que se baseou a impugnação, para solicitarem anexação de mais provas;

- em relação ao enquadramento, a defendente deixou de observar o relatório circunstanciado às fls. 188 a 191, onde está simples, objetiva e esclarecedora a razão do enquadramento, quando interpretaram o § 8º do Art. 105, do RICMS;

- quando fala do Inciso XIII, do Art. 150, do RICMS, está falando da obrigação do contribuinte quanto à emissão de documentos fiscais, em especial da GNRE, vez que este documento foi preenchido com os valores colhidos no momento do faturamento e não com os valores obtidos após a aplicação do benefício fiscal de 3,4 %, pelo que citaram exemplo, anexando cópia de nota fiscal;

- multa é uma pena pecuniária a quem infringe leis ou regulamentos, sendo proporcional ao grau intencional de burlar o fisco na prática da sonegação fiscal, pelo que transcrevem o Art. 340, II, "a", do RICMS;

- a atuada foi contraditória em virtude de, ao mesmo tempo, ter afirmado não ser o RICMS o meio próprio para aplicação de multas e obrigações, e se utilizado de outro regulamento, o RPPAT, para amparar sua defesa; e,



- pelos elementos constantes dos autos, ratificam todos os atos praticados e pugnam pela procedência do feito administrativo tributário objeto de análise.

Sendo o processo encaminhado a esta Coordenadoria para julgamento, o julgador Fernando Antônio Belarmino de Medeiros remeteu-o à 1ª URT, conforme fls. 226 e 227, para que fossem efetuados os devidos esclarecimentos e diligências, com o fito de auxiliar e fundamentar seu convencimento motivado.

Em atendimento ao citado despacho os autuantes juntaram informação como fls. 228 e documentos como fls. 229 e 230; e, após retornado o processo a este setor, o mesmo foi a esta julgadora encaminhado para julgamento.

Com a finalidade de formar minha convicção, remeti-o, novamente, à 1ª URT, conforme fls. 232 e 233, para que a empresa fosse intimada a apresentar o Termo de Acordo que contivesse as assinaturas das partes e os livros fiscais e documentos da empresa que comprovassem o registro da operação prevista pela cláusula do termo de acordo que deu origem ao presente auto de infração.

O processo então foi encaminhado pela 1ª URT à COFIS, conforme fls. 235 e 236, para que fosse invocado o princípio da mútua colaboração entre os Estados, com a finalidade de atendimento ao despacho citado acima, o que foi procedido, através do Ofício nº 158/2009-COFIS, remetido à Secretaria de Fazenda do Ceará, cuja cópia foi juntada aos autos como fls. 237.

Antes da ocorrência de um decurso de prazo razoável para que a solicitação da COFIS (fls. 237) fosse atendida, o processo retornou a esta coordenadoria, indevidamente, pelo que devolvemos, conforme fls. 240, para que naquele setor aguardasse resposta e, ao final do cumprimento dos prazos legais, com atendimento ou não por parte da SEFAZ-CE, nos fosse enviado, então, com um parecer.

O processo retornou pra julgamento, através do Despacho nº 047/2010-COFIS, juntado como fls. 1494, no qual consta a informação de que a COFIS não alcançou êxito na obtenção do Termo de Acordo nº 728/2005, através da solicitação feita à SEFAZ-CE. No entanto, foram anexadas por aquela coordenadoria as cópias das terceiras vias das notas fiscais emitidas pela empresa cearense com destino a nosso Estado, como fls. 241 a 1492.

Novamente remeti o processo à COFIS, conforme fls. 1495, para que, dessa vez, fosse a EMPRESA intimada a apresentar a cópia autenticada do Termo de Acordo nº 728/2005, deixando claro que não existem dúvidas em relação à sua existência. Em atendimento, foi anexado como fls. 1499 uma declaração do Secretário da Fazenda do Estado do Ceará de que a autuada estava adstrita ao regime de substituição tributária previsto pelo Decreto nº 27.490, de 30 de junho de 2004, publicado no Diário Oficial do Estado no mesmo dia.

É o que se cumpre relatar.



DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao Art. 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.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fls. 197) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

DO MÉRITO

Após análise nos autos do processo, concluímos versar o presente feito sobre suposta falta de recolhimento de ICMS Substituto, durante o período de 01/10/2005 a 30/09/2006, em consequência de utilização indevida de crédito por ocasião do cálculo do imposto, pelo que denunciaram a empresa por infringência ao disposto pelo Art. 150, Inciso XIII, combinado com os Arts. 108 e 118, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, e sugeriram aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, II, "a", do mesmo regulamento.

Alegam os atuantes que a empresa atuada gozou de um benefício fiscal no Estado do Ceará, durante o período de 01/10/2005 a 30/09/2006, concedido através do Termo de Acordo nº 728/2005, fls. 08 a 11, o qual permitia à empresa, quando do recolhimento do ICMS Normal naquele Estado, se creditar do percentual de 3,4 %, em relação às transferências interestaduais de mercadorias. Daí deduziram que o crédito utilizado para efeito do cálculo do ICMS Substituto a ser recolhido pela atuada em favor do Rio Grande do Norte deveria ser de 8,6 % (12 menos 3,4), e não de 12 %, como foi procedido.

Para justificar a denúncia, os atuantes valeram-se do Art. 105 do RICMS, que dispõe, através de seu caput, que o imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado anteriormente por este Estado ou por outra Unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco, apurado por um dos critérios estabelecidos pela mesma norma.

Através do § 8º, do mesmo artigo, dispõe o RICMS que, no montante do ICMS destacado em documento fiscal emitido por contribuinte de outro Estado, não se considera, para fins da compensação referida no caput, a parcela que corresponda à vantagem econômica decorrente de quaisquer benefícios ou incentivos fiscais concedidos em desconformidade com o disposto pelo Art. 155, § 2º, Inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

Em sua impugnação ao feito, a atuada alega, entre outros, que todos os créditos de ICMS que foram aproveitados correspondem ao que foi pago no Estado do Ceará, em razão das mercadorias transferidas da sua central de compras naquele Estado destinarem-se à venda aos consumidores do Rio Grande do Norte, descabendo estabelecer



quaisquer parâmetros pertinentes à eventual interferência de terceiros em simples transferência de mercadorias de um Estado pra outro. Alega também que não é detentora de incentivos ou benefícios fiscais no Estado do Ceará.

Os autuantes contestaram alegando, entre outros conforme relatado, que a autuada não foi correta em tal afirmação, visto que eles se referiram, na autuação, ao crédito utilizado para o cálculo da substituição tributária, que é realizado no momento do faturamento da mercadoria, no caso de transferências para o Estado do Rio Grande do Norte, conforme tentaram provar através da juntada de cópia da Nota Fiscal nº 561134, como fls. 221, onde foi considerada como crédito a alíquota interestadual de 12% (doze por cento).

A lide circunda, exatamente, essa questão. Se o pagamento do ICMS Normal da operação, no Ceará, se deu, realmente, à alíquota cheia para as operações interestaduais, que é de 12% (doze por cento), ou se houve a redução de 3,4% (três vírgula quatro por cento), em virtude de benefício supostamente concedido pelo governo daquele Estado.

Existe nos autos uma cópia, sem assinaturas, do Termo de Acordo nº 728/2005, fls. 08 a 11, que dispõe, através do Inciso III da Cláusula Quinta, que, no último dia de cada mês, a Acordante emitirá nota fiscal de entrada para compensação do ICMS relativo aos repasses concedidos, tomando-se por base o mesmo valor que serviu para o cálculo do ICMS de obrigação direta, mediante aplicação do percentual de 3,4% (três vírgula quatro por cento) **nas operações de transferências interestaduais.**

Consta, também, nos autos como fls. 229 uma declaração do então Secretário Adjunto da Fazenda do Estado do Ceará, emitida em 20 de novembro de 2006, de que a autuada, desde a edição do Decreto nº 27.490/2004 até o dia 15 de novembro de 2006, manteve com a SEFAZ-CE o Termo de Acordo nº 728/2005, objeto do presente processo, que lhe concedia tratamento simplificado para cumprimento das obrigações acessórias relacionadas à emissão de notas fiscais, apuração do imposto, recolhimento do tributo e escrituração de livros fiscais pertinentes às operações sujeitas ao regime de tributação estabelecido pelo decreto. Declarou, também, que a empresa não seria detentora de incentivos ou benefícios fiscais no Estado.

Diante do fato, concluímos que, conforme declaração do então secretário Adjunto, às fls. 229, o Termo de Acordo, realmente, EXISTE. Isso é inquestionável. Apenas pelo fato da cópia do Termo de Acordo não estar assinada é que não podemos afirmar que os termos e condições do acordo são aqueles. Para tal, bastaria que a empresa juntasse cópia do Termo de Acordo com o conteúdo oficial, já que a cópia presente nos autos poderia se tratar de, apenas, uma minuta.

No caso, conforme consta dos autos, foram concedidas à autuada inúmeras oportunidades de provar que o regime especial concedido através do citado Termo de Acordo não prevê redução de carga tributária e que o seu recolhimento a título de ICMS Normal, no período de 01/10/2005 a 30/09/2006, não teve a redução apontada como objeto do presente lançamento de crédito tributário. Poderia, também, a autuada apresentar as cópias dos livros fiscais, comprovando ou não a redução em tal recolhimento.

É princípio aceito no Direito Tributário que, configurada a ocorrência de qualquer irregularidade praticada pelo sujeito passivo da obrigação tributária, tem o fisco a faculdade de promover o lançamento indiciário do imposto, cujo efeito mais imediato é o



de transferir ao contribuinte o ônus da prova, no sentido de que este demonstre as razões que possa justificar a verificação da irregularidade. Se o contribuinte prova as circunstâncias elidentes da acusação ou demonstrativos de sua inimputabilidade perante o feito, cancela-se o lançamento; se, pelo contrário, relega o ônus da prova, omitindo-se de provar em seu favor, com os documentos de que dispõe, as razões excludentes da acusação fiscal, a presunção *júris tantum* do lançamento converte-se em presunção *jure et de jure*, confirmando-se o lançamento em toda sua plenitude.

Em sua defesa, a atuada alega, basicamente, que não é detentora de incentivos ou benefícios fiscais. Acaso provada a referida alegação, certamente estaria extinto o direito do Estado; logo, o ônus probante desse é do atuado, conforme dicção do inciso II do art. 333 do CPC, abaixo reproduzido, ônus do qual não se desincumbiu.

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Destarte, as alegações da defesa tornaram-se de todas insubsistentes para desconstituir o direito do Estado de recuperar o crédito tributário pretendido através da presente ação do fisco, já que não comprova que o recolhimento de ICMS Normal no Estado do Ceará foi efetuado sem redução.

DA DECISÃO

Isto posto, por todos os elementos constantes do feito, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração de fls. 01, lavrado contra a empresa EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A., para impor à atuada a aplicação da penalidade de que cuida o Auto de Infração peça vestibular do presente processo, no valor de R\$ 2.179.251,52 (Dois milhões, cento e setenta e nove mil, duzentos e cinquenta e um reais e cinquenta e dois centavos), sem prejuízo da exigência do imposto no valor de R\$ 1.452.834,35 (Hum milhão, quatrocentos e cinquenta e dois mil, oitocentos e trinta e quatro reais e trinta e cinco centavos), totalizando R\$ 3.632.085,87 (Três milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e dois 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, 26 de setembro de 2011.


AGMARY FERREIRA DE MACEDO
Julgadora Fiscal