



“DECISÃO Nº: 358/2011
PROTOCOLO Nº: 140266/2010-3
PAT Nº: 76/2010-5ª URT
AUTUADA: LOJAS SÃO FRANCISCO LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 20.032.544-2
ENDEREÇO: Av. Coronel Martiniano, 883, Centro, Caicó-RN

EMENTA – ICMS – Falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada. Falta de registro de nota fiscal. Defesa suscitando preliminar de nulidades por inobservância de várias normas e princípios regentes da espécie, dentre os quais o da irretroatividade da Lei, salvo se mais benigna e o de que a legislação aplicável deve ser a vigente à época da ocorrência do fato gerador – art. 144 CTN e IN 02/CAT-2010. Ausência de notificação para recolhimento do imposto sem o gravame da penalidade – Omissão sanável se ocorrida no lustro decadencial – Fato não concretizado em tempo hábil. Nulidade configurada. Mérito – Técnica de fiscalização utilizada – Fluxo de Caixa – Incompatibilidade – Contribuinte que se apresenta com contabilidade que preenche aos pressupostos técnicos da confiabilidade, integralidade e tempestividade - Súmula 01 do CRF. Conhecimento e Acolhimento da Impugnação – **NULIDADE COM EFEITO DE IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. REMESSA OFICIAL QUE SE INTERPÕE.**

DO RELATÓRIO

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 174/5ª URT, onde se denuncia falta de recolhimento do ICMS proveniente da saída de mercadorias, dissimuladas por qualquer conduta infracional relativa à conta caixa no decorrer do exercício de 2005.

Denuncia-se, ainda a ausência de registro de uma nota fiscal de aquisição, cujas mercadorias por ela acobertadas foram devolvidas.

Assim, deu-se por infringidos o artigo 150, inciso III e XIII; art.2º,§4º ; art. 352 e 609, todos do RICMS, aprovado pelo decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidades foram propostas a constante do artigo 340, Inciso I, alínea “g”, para a 1ª e 340, III, “P”, para a segunda, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é de multa no valor de R\$ 99.510,69 (noventa e nove mil quinhentos e dez reais e sessenta e nove centavos), mais o ICMS devido no valor de R\$ 65.573,46 (sessenta e cinco mil quinhentos e



setenta e três reais e quarenta e seis centavos), perfazendo o montante de **R\$ 165.084,15 (cento e sessenta e cinco mil oitenta e quatro reais e quinze centavos)**.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada, bem como cópia do fluxo de caixa; relatório "recolhe"; Informativo Fiscal; cópia do recibo de entrega e de parte da DIPJ – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, ano base 2005; cópia do livro registro de apuração do ICMS, relatório cruzamento SINTEGRA X DETNOT; Termo DE Encerramento de Fiscalização; termo Circunstanciado, dentre outros documentos encartados nos autos do processo.

2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 92 a 114 dos autos:

- Que a via do auto de infração a ele entregue não tinha sido objeto de numeração protocolar, o que ensejaria insegurança jurídica para o acusado;
- Que quando da lavratura do auto de infração, a ordem de serviço que habilitava as autoras do feito já estava caduca, o que ensejaria a nulidade do feito, por incompetência do agente;
- Inexistência de notificação para regularização da situação sem o gravame de penalidade, como determinava a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, o que a seu juízo acarretaria nulidade do lançamento contra ele impetrado, nesse sentido reproduz arreito do CRF;
- Que houve descrição lacônica da infração, o que ofenderia aos princípios da ampla defesa e contraditório, além da Tipicidade Fechada, resultando em nulidade do feito;
- Ausência de enquadramento legal capaz de configurar a presunção ou equiparação á saída sem documentação fiscal, como aduz a fiscalização;
- Quanto ao mérito, sustenta a autuação se embasou em meros indícios, o que culminaria na improcedência do feito;
- Quanto à segunda denúncia, comprova que as mercadorias não foram recebidas e que por desconhecimento ainda emitiu um a nota fiscal de devolução, embora se tratasse de mero retorno

Diante do exposto, requer a improcedência do Auto de Infração, ou a nulidade do mesmo, após fazer breve crítica à penalidade imputada.

3. CONTESTAÇÃO



Instadas a contestar a impugnação da autuada, as ilustres autoras do feito, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 34 a 40, alegaram que:

- A nulidade pretendida pela impugnante em razão da não protocolização da via do AI entregue ao autuado não pode prosperar, porquanto não haver qualquer prejuízo à defesa;
- Não prospera a tese de caducidade da OS, posto que teria sido prorrogado o prazo desta, através de despacho da lavra do então Diretor da 5ª URT;
- No que concerne ao instituto da denúncia espontânea, entendem as ilustres autoras do feito, que quando da autuação, a legislação que a contemplava já não mais vigia;
- Quanto à descrição lacônica, entendem que foi devidamente suprida através do termo de encerramento de fiscalização;
- Não procede o argumento de escassez no enquadramento legal, advogando a tese de que o artigo 352, § 1º, daria suporte ao trabalho realizado;
- Na concorda com a tese de que foi refeita a escrita do contribuinte, como também com o entendimento de que só haveria insuficiência de Caixa quando fosse consumido os valores remanejados para o exercício seguinte, avoca em seu prol o §1º do art. 352 do RICMS:

Por fim, pugna pela manutenção integral do Auto de Infração.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 119) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

Os autos aportaram na COJUP em 02 de Setembro de 2010.

5. DESPACHO SANEADOR

Em 10 de novembro de 2011 este julgador, baseado em reiteradas decisões do CRF e na IN 02 da CAT de 2010, determinou que fosse restabelecido o direito à denúncia espontânea ao contribuinte.

O contribuinte, por seu turno, não satisfaz a obrigação principal, sustentando que, no presente caso, o vício reconhecido pela administração tornou-se insanável porquanto, decaído o direito do Estado de efetuar o lançamento, fato que ocorrera em 31 de dezembro de 2010, aduzindo, finalmente, que a teor da súmula 01 do CRF, a técnica de fiscalização adotada pelo fisco não se presta para a ação em comento.

É o que se cumpre relatar.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



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

Nos termos do relatório acima posto, cuidam os autos da denúncia de falta de recolhimento do ICMS proveniente da saída de mercadorias, dissimuladas por "qualquer conduta infracional relativa à conta caixa no decorrer do exercício de 2005".

Cuida, ainda, os autos da ausência de registro de uma nota fiscal de aquisição, cujas mercadorias por ela acobertadas foram devolvidas.

Em sede de preliminar, a impugnante cataloga um rosário de inconsistências e vícios, que a seu juízo, culminariam em nulidade do feito decorrente da ação fiscal, passemos, pois, a análise destas.

Quanto à questão da via do auto de infração do contribuinte não ter sido objeto de numeração protocolar, realmente se configurou. Entretanto, embora seja ato reprovável por parte do fisco, eis que de fato pode ensejar insegurança jurídica ao acusado, pois não lhe confere certeza de que os documentos a ele entregues espelham fidedignamente o conteúdo dos autos, tal fato, *in casu*, não tem o condão de contaminar o feito de nulidade, pois não restou comprovado efetivo prejuízo ao exercício do direito de defesa do contribuinte.

No que concerne à extrapolação da vigência da OS, de fato ocorreu, pois o despacho prorrogatório aludido em sede de contestação, não se presta para os fins pretendidos pelo fisco, eis que ocorreu à revelia do atuado. Contudo, entendo que tal vício não é suficiente para decretação de nulidade do feito. Tal fato só depõe contra o Estado, pois transcorridos os 60 dias, os termos fiscais perdem sua eficácia e ao contribuinte é devolvido o direito à denúncia espontânea, até que seja efetivado o lançamento efetivo.



No quesito tipicidade fechada, observa-se que as ilustres autoras do feito cometeram erro grosseiro, atropelando literalmente tal princípio, descreveram com absoluta imprecisão a conduta por elas censuradas. Não resta dúvida de que o proceder do fisco atenta contra o princípio da ampla defesa e contraditório, além do princípio da tipicidade cerrada inerente às infrações tributárias. Mesmo assim, embora repute tal proceder como totalmente desbordado dos princípios constitucionais que gravitam em torno da Administração Pública, penso não ser, por si só, suficiente para nulificação do feito, especialmente porque a autuada compareceu aos autos e da acusação se defendeu com profundidade.

Ainda, em sede de preliminar, requer a defesa que seja declarada a nulidade do feito em decorrência da ausência de notificação para regularização da situação sem o gravame de penalidade, como determinava a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, tendo inclusive, acostado arresto do e. CRF.

Aqui estamos diante de uma questão mais profunda, que certamente demandará uma análise mais acurada.

Com efeito, a própria Administração, através da edição da Instrução Normativa 02/CAT, publicada no DOE em 16/11/2010, cujo artigo 1º foi vazado nos seguintes termos:

Art. 1º As disposições constantes no § 1º do art. 1º da Instrução Normativa nº 01/2008-GS/SET, de 28 de março de 2008, ao reportarem-se às ações de fiscalização iniciadas a partir de 1º de abril de 2008, aplicam-se, por força do que disciplinam o art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN e o § 5º do art. 39 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário - RPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998, aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 1º de abril de 2008. (original sem marcas)

De seu turno, como apontado pela defesa, já em 08 de maio de 2008, o egrégio Conselho de recursos Fiscais, tornou público, através do acórdão 22, que a supressão



da referida notificação era causa de nulidade do auto de infração lavrado sem ser precedido de tal ato. Vejamos os termos do venerando acórdão:

EMENTA - ICMS - FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NO TODO OU EM PARTE - PRELIMINAR DE SUPRESSÃO DE NOTIFICAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO DAS SUPOSTAS IRREGULARIDADES JUNTO AO FISCO - VIOLAÇÃO AO ART. 36 §1º DO RPAE - ACOLHIMENTO - VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO - REFORMA DA DECISÃO SINGULAR - **AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO.**
(sem marcas no original)

Pois bem, como visto, a tese da defesa de que o auto de infração deveria ter sido precedido de notificação para regularização em 72 horas, sem a imposição de penalidade punitiva, realmente foi referendada pela administração, seja através da edição da IN acima reproduzida ou através de reiteradas decisões administrativas emanadas de seus órgãos julgadores, a exemplo do acórdão acima reproduzido.

Desta forma restou incontroverso que a administração, com respaldo em reiteradas decisões das instâncias administrativa, bem como no sábio entendimento da douta Procuradoria Geral do Estado, reconheceu a notificação em jogo se constituiu em ato preparatório indispensável ao lançamento, e como tal, haveria de ser oportunizado a todos.

Não obstante, o colendo CRF, em consonância com entendimento da douta PGE, quando da realização da 33ª sessão do ano de 2010, firmou entendimento de que referida omissão poderia ser sanável, desde que se devolvesse o direito do contribuinte, antes preterido, vale dizer, recolher o imposto não inflado pela penalidade punitiva.

Nessa esteira, este julgador através do despacho de 135, de 3 de novembro de 2011, determinou o retorno dos autos à unidade processante para que se restabelecesse a oportunidade ao contribuinte de sanar o crédito tributário sem a imposição da penalidade proposta na inicial.



Ao ser notificado, o autuado esclarece que deixa de atender ao chamamento do fisco, por entender que a partir de janeiro de 2011 o vício deixou de ser sanável, porquanto, o direito do Estado de constituir o crédito tributário haver decaído.

Confesso, que não tinha observado o lapso temporal ao proferir o referido despacho saneador, pois do contrário não teria assim procedido. Com efeito, por se tratar de lançamento referente a fato gerador ocorrido em 2005, sua extinção por decurso de prazo ocorreu em 31 de dezembro de 2010, como bem asseverado pela defesa.

Indiscutivelmente, a notificação em jogo é ato que necessariamente **precede ao lançamento**, de sorte que quando o e. CRF entendeu que sua omissão era ato sanável, o fez sem perder de vista outros pressupostos de igual relevância na concretude do crédito tributário, dentre os quais, o instituto da decadência.

Na verdade, quando se estabeleceu que o ato era sanável, observou-se, dentre outros, os princípios da celeridade e da economicidade processual, pois, ao se anular o feito **pela ausência de um ato precedente indispensável ao lançamento**, ter-se-ia como providência **imperiosa a notificação do contribuinte para recolher o principal sem a multa** (ato faltante no lançamento anterior), que se não satisfeita, daria azo à lavratura de novo auto de infração, **providências estas, entretanto, que só poderiam ocorrer dentro do lustro decadencial.**

No caso em tela, tais providências só poderiam ter ocorrido até o limiar de 2010, fato que efetivamente incorreu, embora o processo tenha aportado nesta Coordenadoria em 02/09/2010. Mesmo diante do posicionamento reiterado do CRF, bem como da IN 02/2010 da CAT, que refletiam posicionamento cristalino da administração, o despacho saneador não foi efetivado no exercício de 2010, tendo-se como corolário o inevitável perecimento do direito de lançar do Estado.

Reconheço, portanto, que o despacho por mim proferido em 03/11/2011, foi extemporâneo pois se tentava suprir uma etapa preparatória para o lançamento que não poderia mais se perfectibilizar, eis que já configurado instituto decadencial.



A propósito, situação idêntica ocorreu com o processo que culminou no acórdão 22, acima reproduzido, onde o e. CRF, ao perceber que não havia mais tempo para se perpetrar um ato preparatório ao lançamento, ao invés de tentar sanear o processo, anulou-o, já que não se tratava de vício do lançamento, mas sim, na sua fase preparatória.

Destarte, entendo que apenas é cabível o despacho saneador em casos da espécie, se este ocorrer dentro do lustro decadencial, já que em nome dos princípios da economicidade e celeridade processual, pretende-se com o referido despacho recompor uma fase pré-lançamento indispensável, aproveitando-o.

Ou seja, no lugar de se anular o auto, depois notificar o contribuinte a recolher só o imposto e posteriormente proceder a novo lançamento, optou-se pelo despacho saneador que em tese restabelecia o direito do contribuinte e atendia-se aos citados princípios; portanto, como dito, todo esse ritual, inclusive o saneamento, há que se materializar enquanto o direito de lançar do Estado não decair, fato aqui ocorrido desde as primeiras horas de 2011, motivo pelos quais reputo como nulo o presente lançamento, pela absoluta impossibilidade de sanar a supressão de ato indispensável na fase preparatória.

De mais a mais, já é pacificado no e. CRF, que a técnica de fiscalização utilizada pelas ilustres autora do feito não se afeiçoa para os casos em que o contribuinte se apresente com escrita contábil, que não tenha sido desclassificada motivadamente pela fiscalização, é o que se extrai da ementa da súmula de número 01/2011, daquele colegiado.

A propósito, em momento algum o fisco apontou qualquer irregularidade na escrita contábil da autuada, de modo a propiciar a utilização da técnica do fluxo de caixa, eis que nos autos inexistem qualquer indício de que a contabilidade do ora impugnante não goze dos pressupostos técnicos de confiabilidade, integralidade e tempestividade, de sorte, que também por estes fundamentos a presente ação do fisco não pode prosperar.

Julgo prejudicada a análise das demais razões impugnatória.

DA DECISÃO

Ludnilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e contestação, ***JULGO NULO COM OS EFEITOS DA IMPROCEDÊNCIA O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA CONSTATAÇÃO DE ERRO INSANÁVEL POR OMISSÃO DE ATO PREPARATÓRIO INDISPENSÁVEL AO LANÇAMENTO E PELA ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A NOVO LANÇAMENTO POR SE TRATAR DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECAÍDO DESDE 1º DE JANEIRO DE 2011, para afastar a exigência de que cuida a inicial.***

Por dever de ofício, recorro da presente decisão ao e. CRF, ao tempo em que remeto os autos à 5ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis

COJUP, Natal, 7 de dezembro de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal