



DECISÃO nº.: **388/2011 – COJUP**
PAT nº.: 231/2010 – 1ª URT (protocolo nº. 104.554/2010-3)
AUTUADA: **COMERCIAL J MELO LTDA**
ENDEREÇO: Rua Edgar Dantas, 780 – Santos Reis – Parnamirim/RN
AUTUANTE: Gilson Rodrigues Freire, matrícula nº. 66.636-0
DENÚNCIAS: 1 – Falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao período de 2007 e 2008;
2 – Falta de apresentação de documentos fiscais;
3 – Falta de apresentação de livros fiscais;
4 – Saída de mercadoria desacompanhada de nota fiscal referente ao estoque final de 2009, apurada através de levantamento físico;
5 – Saída de mercadoria, não tributada, desacompanhada de nota fiscal referente ao estoque final de 2009, apurada através de levantamento físico

EMENTA: ICMS – Obrigação Principal e Acessória – Falta de recolhimento de ICMS – Falta de entrega de documentos fiscais – Falta de entrega de livros fiscais.

1. *Confirmou-se a denúncia da falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao período de 2007 e 2008;*
2. *Restou comprovada a infração pela falta de entrega livros e documentos fiscais;*
3. *A denúncia relativa a saída de mercadoria apurada através do CMV não prospera;*
4. *Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.*

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 6.688/2010 – 1ª URT, lavrado em 18/05/2010, depreende-se que a empresa, devidamente qualificada nos autos, foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, relativo ao período de 2007 e 2008, pela falta de entrega de livros e documentos fiscais e pela saída de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, conforme demonstrativos anexos.

Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal



Secretaria de Estado da Tributação
Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais - COJUP

A autuação se deu em razão da suposta infringência ao art. 150, incisos III, IV, VIII e XIII, c/c arts. 73, 416, inciso I e 418, inciso I, do Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado do Rio Grande do Norte – RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 13.640, de 13 de novembro de 1997, tendo como consequência a lavratura do Auto de Infração, supramencionado, com a proposta de aplicação da penalidade prevista no art. 340, incisos I, alínea “g”, III, “d”, e IV, alínea “b”, itens 1 e 2, do mesmo diploma legal, resultando numa pena de multa no valor de R\$ 655.839,11 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e trinta e nove reais, onze centavos), e na exigência do imposto no valor de R\$ 304.676,54 (trezentos e quatro mil, seiscentos e setenta e seis reais, cinquenta e quatro centavos), perfazendo um crédito tributário no valor total de R\$ 960.515,65 (novecentos e sessenta mil, quinhentos e quinze reais, sessenta e cinco centavos).

1.2 - A Impugnação

A atuada inicia a sua impugnação requerendo a nulidade por cerceamento de defesa em razão da falta de fundamentação da denúncia em *“documentos probatórios, mas apenas em relatórios, os quais não constituem prova material da infração”*.

Reclama que os documentos entregues ao atuante não foram devolvidos.

Afirmou que entrou em dificuldades financeiras por perda de rentabilidade causada por regimes especiais de tributação que concederam redução de carga tributária a grandes contribuintes em detrimento dos demais que não detém tais benefícios.

Informa que praticou política agressiva de preços o que ocasionou dificuldade para honrar compromissos e foi obrigado a contrair recursos junto a instituições financeiras, culminando com o fechamento da empresa e a comercialização de todo o seu estoque em julho de 2009.

Aduz que o lançamento relativo a falta de recolhimento do ICMS por receita de origem não comprovada *“cai por terra uma vez que vários pagamentos a fornecedores não foram realizados bem como a existência de dívidas em bancos”*.

Considera absurda a ocorrência relativa a saída de mercadorias desacompanhada de nota fiscal, pois o estoque final de 2009 é zero, vez que todo esse estoque foi comercializado em julho de 2009 e foi recolhido o ICMS no valor de R\$ 84.785,55. Acrescenta que *“não havia estoque final de 2009, como foi corretamente informado no Informativo Fiscal acostado pelo atuante (fl. 21), e não considerado pelo atuante”*.

Afirma que não há como prosperar a infração constatada através de levantamento físico, visto que para isso, o estoque deveria ter sido contado *“item a item”*.

Assevera que o princípio da legalidade não foi observado e que a autuação imposta configura *bis in idem “pois o atuante lavrou o Auto de Infração 229/10 referente ao ICMS*

Isnard Dubeux Dentas
Julgador Fiscal



devido pela venda do estoque das mercadorias sem que a impugnante tivesse recursos para quitação imediata dos impostos em decorrência de sua situação de insolvência'.

Encerra reafirmando o pedido de nulidade e a improcedência do feito.

1.3 - A Contestação

O atuante esclareceu que o Auto de Infração está amparado "em informações fornecidas pelo próprio contribuinte através das GIMs e IFs".

Em relação a alegação da falta de devolução de documentos afirmou que os documentos apresentados, relativos ao exercício de 2008, foram emitidos por processamento de dados, e que o contribuinte é obrigado a mantê-las por cinco anos, e assim, como essas informações estão em sua posse "não há o que se falar em cerceamento de defesa".

Assevera que não há motivos para a anulação do feito.

Quanto a descon sideração dos pagamentos efetuados a fornecedores esclareceu que deveu-se a falta de apresentação do balanço patrimonial e dos livros razão e caixa.

Reconheceu o erro na descrição da ocorrência do Auto de Infração, porém esclareceu que o levantamento é amparado no art. 360 do RICMS, porém considera que não houve dificuldade na compreensão de que o método utilizado na apuração do imposto foi o CMV, conforme demonstrativo fl. 26.

Assegura que não ocorreu exigência em duplicidade relativa ao ICMS referente ao período 07/2009, e que este foi feito com base na comparação nos dados disponíveis do inventário do exercício de 2008 com o Informativo Fiscal do mesmo ano.

Encerra requerendo a manutenção do feito.

2 - OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 32, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 - O MÉRITO

De acordo com os autos a empresa foi atuada pela falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, relativo ao período de 2007 e 2008, pela falta de entrega de livros e documentos fiscais e pela saída de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

A atuada impugnou o feito e apresentou argumentos precisos, lógicos e adequados de forma a defender-se das ocorrências relativas a falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada e pela falta de recolhimento do ICMS



decorrente da saída de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, demonstrando perfeito entendimento de todo o processo e das infrações descritas nos autos.

Na impugnação apresentada a atuada não impugnou as ocorrências relativas a falta de entrega de livros e documentos fiscais exigidos através da intimação fiscal de fls. 231.

Preliminarmente analisamos o pedido de nulidade do feito em razão da falta de observância ao princípio da legalidade e da ampla defesa.

Em relação a falta de atendimento ao princípio da legalidade não vislumbramos qualquer ofensa causada pela utilização da expressão "levantamento físico", visto que a atuada compreendeu perfeitamente que a infração cometida ocorreu em decorrência da falta de emissão de notas fiscais de mercadorias relativas ao exercício de 2009 apurado com base no CMV.

Do mesmo modo, carece de fundamentação o pedido de cerceamento de defesa, visto que o Auto de Infração foi lavrado em estrita obediência aos ditames do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, dessa forma, afasto a possibilidade de decretação da nulidade.

Em relação ao mérito, observa-se que a atuada impugnou a primeira ocorrência alegando, dentre outros motivos, dificuldade financeira, concorrência com empresas detentoras de regime especial concedendo redução de carga tributária e política agressiva de preços, além da falta de consideração do atuante aos valores de dívidas contraídas junto a instituições bancárias.

Sem maiores delongas percebe-se que tais argumentos são meramente protelatórios, e decorrem exclusivamente de problemas relacionados a gestão e regras próprias de mercado, ainda mais, quando se constata que o atuante foi induzido a realizar a fiscalização mediante a aplicação do fluxo de caixa devido a atuada ter se negado a fazer a entrega dos livros fiscais e contábeis para o necessário exame.

O Levantamento fiscal realizado no estabelecimento comercial, através da sistemática de fluxo de caixa é uma técnica de auditoria que permite concluir se os gastos efetuados guardam coerência com as disponibilidades financeiras, cabendo ao sujeito passivo provar documentalmente que o agente fazendário incorreu em erros ou omissões na alocação dos valores.

A técnica adotada pelo atuante decorre da recusa do contribuinte em fazer a entrega da maioria dos documentos listados no termo de intimação fiscal, fl. 06, e está em consonância com o art. 364, inciso IV, do RICMS, *verbis*:

Art. 364. É facultado à fiscalização arbitrar o montante das operações realizadas pelo contribuinte, com base em elementos ponderáveis, como a média técnica de produção ou de lucro, índices contábil-econômicos verificados de forma preponderante no mesmo ramo de negócio e outros, quando:

(...);

IV- o contribuinte ou responsável negar-se a exibir e entregar livros e documentos para exame, ou, decorrido o prazo determinado, deixar de fazê-lo;

*Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal*



(...).

Assim, justificada a escolha da técnica de apuração do imposto, resta examinar os demonstrativos, constantes às fls. 23, 23v, 24 e 24v.

Percebe-se que os demonstrativos foram elaborados a partir dos dados fornecidos pela própria atuada, inclusive com a dedução proporcional das mercadorias não tributadas, prevista no art. 352, §2º do RICMS, relativo ao exercício de 2008, vez que no exercício de 2007 a atuada declarou não ter realizado operações com mercadorias não sujeitas ao ICMS, conforme Informativo Fiscal anexado às fls. 21, não havendo, portanto, correção a ser feita.

Por outro lado, a atuada não apresentou qualquer argumento válido ou documento que descaracterizasse o levantamento fiscal elaborado pelo atuante, assim, confirma-se a denúncia da falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente ao período de 2007 e 2008, descrito na primeira ocorrência.

Quanto a segunda e terceira ocorrência, não há muito o que analisar. A atuada não fez qualquer objeção a denúncia da falta de apresentação de livros e documentos fiscais, nem mesmo justificou o motivo pelo qual não os apresentou.

Observando-se o demonstrativo de fls. 25, constata-se que o cálculo foi elaborado de acordo com a penalidade prevista no art. 340, inciso IV, alínea "b", itens 1 e 2 do RICMS, assim, restou comprovada a infração pela falta de entrega livros e documentos fiscais.

Em relação a quarta e quinta, qual seja, a denúncia relativa a saída de mercadoria apurada através do CMV não prospera, posto que não há como saber de onde foram obtidos os valores utilizados na elaboração do demonstrativo de cálculo descrito às fls. 26.

A base de cálculo utilizada pelo atuante é confusa e não reflete os valores apontados no Informativo Fiscal do exercício de 2009, apresentado pela atuada, nem mesmo a exigência do imposto sobre o estoque final pode ser exigida, vez que este é zero. Assim, considerando ainda o argumento da atuada de que encerrou as atividades comerciais e deu saída em todo o seu estoque no mês de julho daquele exercício e recolheu o imposto devido na operação, julgo improcedente as ocorrências 4 e 5.

Os únicos documentos juntados ao processo são os relatórios obtidos a partir de consulta ao sistema de informática da Secretaria de Tributação, o qual é elaborado a partir de informações prestadas pelo próprio contribuinte.

De acordo com as alterações propostas o lançamento tributário foi reduzido aos seguintes valores:

ICMS	R\$ 304.676,54
ICMS 4ª ocorrência	(R\$ 80.816,16)
ICMS total	<u>R\$ 223.860,38</u>

Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal



MULTA	R\$ 655.839,11
MULTA 4ª ocorrência	(R\$ 142.616,76)
MULTA 5ª ocorrência	(R\$ 96.232,28)
MULTA total	<u>R\$ 416.990,07</u>
TOTAL	R\$ 640.850,45

Assim, fundamentado nas normas regulamentares, nos relatórios anexados aos autos, cujas informações foram prestadas exclusivamente pela autuada, na legislação pertinente a lide, e, tendo em vista os argumentos apresentados pela defesa, ilidindo parcialmente as denúncias ofertadas, posiciono-me pela procedência parcial do Auto de Infração em comento.

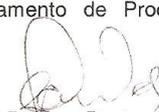
4 – A DECISÃO

Diante dos argumentos, acima esposados, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração de fl. 01, para impor à autuada as penas de multas previstas no art. 340, incisos I, alínea “g”, e IV, alínea “b”, itens 1 e 2 do Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado do Rio Grande do Norte – RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 13.640, de 13 de novembro de 1997, no valor de R\$ 416.990,07 (quatrocentos e dezesseis mil, novecentos e noventa reais, sete centavos), além da exigência do imposto no valor de R\$ 223.860,38 (duzentos e vinte e três mil, oitocentos e sessenta reais, trinta e oito centavos) por infringência ao art. 150, incisos III, VIII e XIII, c/c arts. 73, inciso I, 416, inciso I e 418, inciso I, totalizando o crédito tributário no montante de R\$ 640.850,45 (seiscentos e quarenta mil, oitocentos e cinquenta reais, quarenta e cinco centavos), ficando ainda a autuada sujeita aos acréscimos monetários legais e vigentes.

Recorro ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais na forma preconizada pelo art. 114 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, aprovado pelo Decreto nº. 13.796, de 16 de fevereiro de 1998.

Remeta-se o p.p. à 1ª URT, para que seja dada ciência à autuada e ao autuante e, sendo o caso, oportunizar ao contribuinte recolher ou parcelar o imposto, relativo a primeira ocorrência, apenas com os acréscimos moratórios, sem o gravame da penalidade punitiva, no prazo de 72 horas após a notificação, em obediência à Instrução normativa 02/2010 - CAT.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 07 de dezembro de 2011.


Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal – mat. 8637-1

Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal