



DECISÃO Nº: 394/2011
PROTOCOLO Nº: 292124/2010-9
PAT N.º: 604/2010 – 1ª URT
AUTUADA: SUPERMERCADO MONTEALEGRENSE LTDA ME
FIC/CPF/CNPJ: 20.096.838-6
ENDEREÇO: Av. João de Paiva, nº 12, Centro, Monte Alegre/RN
DENÚNCIA(S):
1. Deixar de escriturar no livro fiscal próprio, nos prazos e forma regulamentares, notas fiscais de entrada, sujeitas a tributação normal.
2. Deixar de recolher, na forma e prazos regulamentares, o imposto proveniente de saída de mercadorias, dissimulada por receita de origem não comprovada (caixa a descoberto, caixa com saldo contábil credor, suprimento ilegal de caixa).

EMENTA

ICMS – FALTA DE ESCRITURAÇÃO EM LIVRO PRÓPRIO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS.
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PROVENIENTE DE SAÍDA DE MERCADORIA, DISSIMULADA POR RECEITA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELA DECADÊNCIA.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta do Auto de Infração nº 539/2010-1ª URT, lavrado em 28 de dezembro de 2010, que a empresa acima identificada, infringiu as disposições do Art. 150, inciso XIII c/c os artigos 609, 623-B e 623-C, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência da falta de escrituração no livro fiscal próprio, nos prazos e forma regulamentares, de notas fiscais de entrada sujeitas a tributação normal.

Infringiu também as disposições do Art. 150, incisos III e XIII, Art. 2º, § 1º, IX e Art. 352, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, na forma e prazos regulamentares, incidente sobre saídas de mercadorias, dissimuladas por receita de origem não comprovada.

Em decorrência, foi sugerida a aplicação das penalidades previstas no Art. 340, inciso III, alínea “F”; e 340, inciso I, alínea “g”, do RICMS, no valor total de R\$ 111.246,52 (cento e onze mil, duzentos e quarenta e seis reais e cinquenta e dois centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS no montante de R\$ 81.396,45 (oitenta e hum mil, trezentos e noventa e seis reais e quarenta e cinco centavos), totalizando o crédito tributário a



importância de R\$ 192.642,97(cento e noventa e dois mil, seiscentos e quarenta e dois reais e noventa e sete centavos), sem prejuízo dos acréscimos legais previstos no Art. 133 do mencionado regulamento.

2. IMPUGNAÇÃO

A atuada, na impugnação de fls. 64/73, alega que:

- Foi intimada a apresentar livros e documentos fiscais referentes aos exercícios de 2005 e 2006 para auditoria fiscal tendo atendido a todas as solicitações do atuante.
- No dia 29 de dezembro de 2010 o ilustre atuante procurou a empresa para apresentar uma notificação, porém a sócia administradora Sra. Maria da Conceição Vieira de Moura não estava presente.
- Quando do seu retorno ao estabelecimento, no mesmo dia 29 de dezembro de 2010, ligou para o ilustre auditor fiscal para receber a notificação do resultado da fiscalização, o que de comum acordo, se concretizou em 30 de dezembro de 2010, conforme cópia anexa.
- A notificação é bastante clara ao estabelecer o prazo de 72 horas para satisfação do crédito tributário, sendo que após este prazo ocorrerá à efetivação em definitivo do lançamento através de auto de infração.
- De posse da notificação, em 30 de dezembro de 2010, a sócia foi à SUDEFI para providenciar o parcelamento do que entendia ser devido, tendo recebido uma FCB para pagamento da parcela inicial para o primeiro dia com expediente bancário, ou seja, em 03/01/2011, o que de fato ocorreu como comprova a cópia do parcelamento em anexo.
- Para surpresa e espanto, a impugnante recebeu através de AR nos primeiros dias de janeiro uma carta de intimação dando prazo de 30 dias, a contar do recebimento do AR, para pagar ou impugnar o auto de infração 539/2010.
- Surpresa maior foi quando procurou o setor de PAT da SET para receber a cópia do auto de infração e lhe foi informado que havia sido publicado em edital no Diário Oficial do Estado a intimação e que o prazo para pagamento ou para impugnação havia iniciado em 31/12/2010.

Questiona, outro sim, via preliminar, nulidades do Auto de Infração e da Intimação por Edital.

Alega irregular a notificação por edital, entendendo ser esta utilizada tão somente após exauridas as modalidades indicadas no Art. 16, incisos I a III, do Regulamento do PAT.

Acrescenta que a intimação publicada no DOE não atende ao disposto nos artigos 17 e 18, do RPPAT.



Questiona, ainda, a decadência do exercício de 2005, porquanto a intimação válida do auto de infração só ocorreu em 11/01/2011, trazendo à colação entendimento do Conselho de Recursos Fiscais sobre a matéria.

Referindo-se ao mérito das acusações a atuada reconhece não ter registrado as notas fiscais referentes ao exercício de 2006, tendo parcelado o débito, conforme processo nº 9664-1, em anexo.

Quanto as notas fiscais referentes ao exercício de 2005, reconhece não ter registrado apenas as constantes da relação de fls. 71/72, sendo que as demais notas que constam da relação do atuante não são do conhecimento da impugnante, que desconhece a que se referem.

No que diz respeito a segunda infração, que seria a omissão de receita referente ao exercício de 2005, o valor encontrado pelo atuante foi devido a pequenos enganos na elaboração de seus cálculos, a erros de digitação ou ao fato deste não ter considerado alguns elementos contábeis.

Aponta como primeiro equívoco do demonstrativo o lançamento do valor do material de consumo, que tanto no Informativo Fiscal como nos livros contábeis é de R\$ 1.669,79, sendo digitado incorretamente o valor de R\$ 16.669,79.

Indica que o valor mais importante a ser revisto é o das vendas de produtos, pois o valor real que consta no Informativo Fiscal bem como nos livros contábeis é de R\$ 2.281.237,15 e não o que foi lançado pelo ilustre auditor correspondente a R\$ 1.950.348,27.

Diz que o atuante não contabilizou o saldo final das duplicatas a pagar referentes ao exercício de 2005 que montam o valor de R\$ 43.707,47 e que feitas às devidas correções não existe a omissão da receita apontada.

Ao final requer que seja acatada a preliminar de nulidade e seja julgado nulo o feito. Caso seja ultrapassada essa preliminar, requer que seja declarada nula ou sem eficácia a intimação publicada no Diário Oficial do Estado em 31/12/2010. Como consequência das preliminares levantadas que seja reconhecida a decadência do crédito tributário relativo ao exercício de 2005.

3. CONTESTAÇÃO

Na contestação o atuante diz que em relação à primeira infringência o impugnante alega a decadência tributária em relação a 2005. Acrescenta que no momento da notificação por edital, o contribuinte deixou de reconhecer espontaneamente o débito fiscal de 2005 e o auto de infração abre prazo para que o mesmo possa apresentar a sua ampla defesa, não estando, portanto prescrito.

Argumenta que caso o contribuinte tivesse reconhecido o débito de 2005 e realizado o parcelamento ou pagamento o auto de infração não teria o porquê de prosperar. O que surpreende é que mesmo sabedor da prescrição do auto, de posse da notificação a sócia foi providenciar usando de torpeza o parcelamento do débito referente ao exercício de 2006, reconhecendo que não havia registrado as notas fiscais relacionadas às fls. 70 e 71.



Ressalta que o art. 16 do RPAT elenca as formas pelas quais podem ser efetuadas as intimações ou notificações não se estabelecendo nenhuma precedência de uma sobre as outras.

Ressalta ainda que a partir da ciência pelo contribuinte, seja do auto de infração ou da notificação de lançamento, começa a correr os prazos para impugnação e para pagamento, estando, destas formas lançado o crédito tributário em definitivo.

Reconhece que foram cometidos alguns enganos na elaboração do fluxo de caixa e afirma que em relação a venda dos produtos não levou em consideração o valor constante do informativo fiscal, mas sim os valores escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, deduzindo as transferências e devoluções.

Diante dos fatos apresentados e considerando o parcelamento referente ao exercício de 2006, apresenta novo demonstrativo do crédito tributário (fls. 89), que passa a ser R\$ 51.366,64 de ICMS + R\$ 75.734,38 de Multa, totalizando a importância de R\$ 127.101,02 (cento e vinte e sete mil, cento e hum reais e dois centavos).

Ratifica todos os atos praticados e pugna pela procedência do feito administrativo tributário.

É o relatório.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fls. 39v) que a atuada não é reincidente na prática dos ilícitos fiscais denunciados

5. REVELIA

Em observância as determinações do Art. 19 do RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.796/98, foi lavrado o Termo de Revelia (fls. 62) da parte não extinta pelo parcelamento. O processo foi remetido à COJUP, para análise e julgamento, nos termos do despacho exarado pelo Setor de PAT, constante às fls. 92.

DO MÉRITO

A atuada foi denunciada por falta de escrituração de notas fiscais de entrada, sujeitas à tributação normal, nos exercícios de 2005 e 2006, conforme demonstrativo de fls. 10/19, e falta de recolhimento do imposto por saída de mercadorias dissimulada por receita de origem não comprovada, detectada através de análise de fluxo de caixa do exercício de 2005, às fls. 20/21.

Verifica-se que o auto de infração nº 539/2010 foi lavrado no dia 28/15/2010, contendo o Termo de Visita Fiscal: Não tendo sido colhida a assinatura da atuada em virtude de o contribuinte encontrar-se em lugar incerto e não sabido, devendo ser intimado por edital conforme art. 16, § 3º, do Decreto nº 13.796/98. A intimação para apresentar defesa deverá ser procedida pela repartição processante. Natal/RN, 29/12/10. Conforme folha nº 36. Assinatura do atuante.



Concomitantemente ao auto de infração foi emitida, em 28 de dezembro de 2010, a Notificação de fls. 09 para o contribuinte proceder à regularização da situação fiscal exposta, devendo, para tanto, efetuar o recolhimento e/ou parcelamento de **R\$ 81.396,45 (oitenta e um mil, trezentos e noventa e seis reais e quarenta e cinco centavos)**, referente ao montante do ICMS constante na inicial, conforme demonstrativo (s) em anexo, no prazo de 72 (setenta e duas) horas nos termos do art. 36, § 1º do RPat, aprovado pelo Decreto nº 13.796/98, apenas com os acréscimos previstos na legislação pertinente.

Consta da sobredita Notificação que exaurido aquele prazo e mesmo assim não atendida à convocação, dar-se-á por renunciado o benefício da denúncia espontânea, viabilizando em definitivo o lançamento e cobrança da respectiva multa regulamentar, além dos acréscimos moratórios.

O contribuinte tomou ciência dessa Notificação no dia 30/12/2010 (quinta-feira), conforme cópia autenticada constante às fls.75. Assim, tinha prazo até o dia 03 de janeiro de 2011, para exercer o direito que lhe foi facultado, de conformidade com o disposto no Art. 24, Parágrafo único, do RPPAT, *verbis*:

Art. 24.Os prazos fluem a partir da data da ciência e são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único: A contagem dos prazos só se inicia ou vence em dia de expediente normal no órgão em que tramite o processo ou devam ser praticados os atos.

A intimação do auto de infração foi procedida por edital, fls. 42, que coincidentemente foi publicado no dia 31 de dezembro de 2010, data em que se iniciava a contagem do prazo para cumprimento da Notificação.

É de se considerar que somente após exaurido o prazo da notificação e mesmo assim não atendida à convocação, dar-se-á por renunciado o benefício da denúncia espontânea, **viabilizando em definitivo o lançamento** e cobrança da respectiva multa regulamentar, além dos acréscimos moratórios. Equivale dizer que somente após transcorrido o prazo da notificação sem o seu atendimento é que o auto de infração será lavrado.

Ocorre que a fiscalização estadual tinha pressa, sabia que respeitado o prazo de 72 (setenta e duas) horas fatalmente o crédito tributário, referente ao exercício de 2005, seria alcançado pela decadência. Daí o artifício da concomitância da Notificação com o Auto de Infração.

Para o professor Wilson Roberto Barbosa Garcia a decadência, também, chamada de caducidade, ou prazo extintivo, é o direito outorgado para ser exercido em determinado prazo, caso não exercido, extingue-se. (Prescrição e Decadência no Direito Civil, in www.direitonet.com.br).

De conformidade com o Art. 27 do Regulamento de Procedimentos e de Processos Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto nº 13.796/98, os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação de tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.



O Art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional estabelece:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

O contribuinte de posse da Notificação Fiscal, dentro do prazo que lhe foi conferido, compareceu, em 03/01/2011, à Subcoordenadoria de Débitos Fiscais – SUDEFI e parcelou o débito fiscal referente ao exercício de 2006, conforme documentos de fls. 44/51 e despacho de fls. 61.

A atitude do contribuinte é reprovada pelo atuante quando diz: “O que surpreende é que mesmo sabedor da prescrição do auto, de posse da notificação a sócia foi providenciar usando de torpeza o parcelamento do débito referente ao exercício de 2006, reconhecendo que não havia registrado as notas fiscais relacionadas às fls. 70 e 71.”

É evidente que não houve torpeza. O contribuinte apenas atentou para a inexigibilidade do crédito tributário, alcançado pela decadência.

Ressalte-se que se o atuado tivesse sido intimado pessoalmente do auto de infração, em 30/12/2010, como foi da notificação de fls. 75, o auto de infração teria como prosperar.

O atuante entende que o art. 16 do RPAT não estabelece nenhuma precedência entre as modalidades de intimação. E que “O art. 18 do RPAT preenche de forma inequívoca a regularidade da publicação por edital fl 42 do presente processo, não existindo hierarquia.”

A intimação por edital é excepcional, admitida somente quando frustradas a intimação pessoal ou demais formas.

A jurisprudência entende que a intimação por edital no Processo Administrativo Tributário tem caráter subsidiário, porquanto somente se legitima quando resultarem improfícuas a intimação pessoal, por via postal ou telegráfica (Decreto nº 70.235/72, art. 23, I, II e III). Precedentes desta Corte e STJ (REO 118171 PA 19901.00.118171-0, Relator juiz Leão Aparecido Alves, publicação em 14/11/2002 DJ p. 367).

Pelo Termo de Visita Fiscal, fl. 01, a intimação por edital só é adotada quando não for colhida a assinatura da atuada em virtude de o contribuinte encontrar-se em lugar incerto e não sabido, exigência recepcionada do Art. 231, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Aqui vale menção nota de Theotônio Negrão referente ao Art. 232, do CPC: “Cabe ao juiz averiguar a afirmação do autor, de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido, se existem elementos nos autos demonstrando o contrário”(STJ-3ª T., REsp 55.535-6-MG-AgRg. Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

A falta de intimação ou a intimação nula fica suprida pelo comparecimento do interessado, a partir do momento em que lhe sejam comunicados todos os elementos necessários à prática do ato, a teor do que dispõe o Art. 20, § 1º, do RPPAT.



Portanto, a intimação válida da autuada só ocorreu em 11/01/2011, mediante assinatura do Termo de Ciência e Recebimento da 2ª Via do Auto de Infração, constante às fls. 43, quando o crédito tributário, referente às infrações cometidas no exercício de 2005, já havia sido extinto pela decadência, a teor do que dispõe o Art. 156, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Este entendimento encontra reforço no julgamento proferido pelo Conselho de Recursos Fiscais/SET, objeto do Acórdão nº 0001/2008:

EMENTA: ICMS. Falta de Recolhimento de ICMS por receita de origem não comprovada. Falta de escrituração em livro próprio nos prazos regulamentares de documentos fiscais. Auto de Infração lavrado em 22/12/2006. Intimação efetivada em 08/01/2007. Decadência. Extinção do Crédito Tributário. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão singular reformada.

No exercício de 2006 a autuada também deixou de registrar, no livro fiscal próprio, notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas a tributação normal.

Com a omissão deixou de satisfazer a obrigação acessória de escriturar livro fiscal, conforme determina o Art. 150, XIII, do RICMS, passível de multa regulamentar correspondente a 15% (quinze por cento) do valor comercial da mercadoria.

A falta de escrituração das notas fiscais de aquisição de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, impõe, também, a obrigação do pagamento do imposto, em observância ao disposto no artigo 9º, § 5º, inciso I, da Lei nº 6968/96, recepcionado pelo artigo 2º, § 1º, inciso V, alínea "a", do Regulamento do ICMS.

Todavia, a autuada reconheceu a omissão e parcelou o débito correspondente, usando da prerrogativa que lhe foi conferida pela Notificação de fls. 52. O valor parcelado foi devidamente deduzido, quando da elaboração do novo demonstrativo do lançamento tributário, fls. 89.

DA DECISÃO

Isto posto, considerando as disposições do Art.173, I, do Código Tributário Nacional, com fundamento no Art. Art. 156, inciso V, do mesmo diploma legal, JULGO EXTINTO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, pela decadência.

Recorro desta decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, em observância ao disposto no Art. 144 do RPPAT, aprovado pelo Decreto 13.796/98.

A 1ª URT, para cientificar a autuada do teor desta decisão e adoção das demais providências legais cabíveis.

Natal, 28 de dezembro de 2011.


MARIA DE LOURDES M. DE A. BARRETO
Julgadora Fiscal