



DECISÃO nº.: 219/2012 – COJUP  
PAT nº.: 476/2012 – 6ª URT (protocolo nº. 141.863/2012-4)  
AUTUADA: OESTETRIGO DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA  
ENDEREÇO: Av. Presidente Dutra, 1.995 – Alto de São Manoel – Mossoró/RN  
AUTUANTE: Wellington Bezerra da Costa, matrícula nº. 153.046-1  
DENÚNCIA: *O contribuinte supra qualificado realizou venda de mercadorias a empresas fabricantes de produtos de padaria, confeitaria e pastelaria e não reteve, como também não recolheu o ICMS devido nas citadas operações.*

ICMS – Obrigação Principal e Acessória – Falta de retenção e recolhimento de ICMS substituto.

1. *Afastada a hipótese de nulidade do Auto de Infração;*
2. *Infração parcialmente reconhecida pela autuada;*
3. *Inclusão indevida de operações não sujeitas a retenção e recolhimento do ICMS substituto no lançamento tributário;*
4. *Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.*

## 1 - O RELATÓRIO

### 1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 476/2012 – SUFISE, lavrado em 11/06/2012, depreende-se que a empresa, devidamente qualificada nos autos, foi autuada pela falta de retenção e recolhimento do ICMS, na condição de substituto tributário, quando da venda de mercadorias destinadas a empresas fabricantes de produtos de padaria, confeitaria e pastelaria.

A autuação se deu em razão da suposta infringência ao art. 150, incisos III e XIII, c/c art. 850, 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, inciso I, alínea “f”, c/c art. 133 do mesmo diploma legal, resultando numa pena de multa no valor de R\$ 136.401,95 (cento e trinta e seis reais, quatrocentos e um reais, noventa e cinco centavos), e na exigência do imposto no valor de R\$ 136.401,95 (cento e trinta e seis reais, quatrocentos e um

Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal



reais, noventa e cinco centavos), perfazendo um crédito tributário no valor total de R\$ 272.803,90 (duzentos e setenta e dois mil, oitocentos e três reais, noventa centavos).

#### 1.2 - A Impugnação

A atuada inicia a sua impugnação requerendo a nulidade do feito por cerceamento de defesa em razão da *“forma como foram efetuados os levantamentos para se chegar ao crédito supostamente devido”*, bem como pelo decurso de prazo para a realização do trabalho de fiscalização por estar em desacordo com o prazo previsto no art. 37 do RPPAT.

Alegou *“erro na construção do lançamento”* quando o atuante indicou o dia 11 de novembro de 2012 no Termo de Início de Fiscalização, fl. 07.

Faz algumas indagações e citando o art. 861 do RICMS afirma que o atuante considerou no levantamento fiscal as operações realizadas com os CFOPs 5.405, 5.901 e 5.910.

Encerra requerendo a nulidade do feito.

#### 1.3 - A Contestação

O atuante esclareceu inicialmente que não procede a alegação de cerceamento de defesa feita pela atuada, uma vez que *“a própria cópia do Auto de Infração esclarece o valor do ICMS e da multa”*, e que a planilha anexada através do CD de fls. 12, *“contempla as informações necessárias à compreensão do Auto”*.

Afirmou que a atuada foi notificada acerca da mesma ocorrência, relativa aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2007 a março de 2008, e que a mesma reconheceu e parcelou o débito conforme processo nº. 98.717/2012-8.

Assevera que a atuada não questionou a origem do débito e nem apresentou a comprovação dos eventuais pagamentos realizados.

Justifica o prazo utilizado no trabalho de fiscalização alegando a *“complexidade da análise da documentação, das planilhas eletrônicas e os confrontos entre estas e os assentamentos realizados pelo contribuinte”*.

Concorda que cometeu equívoco na data do Termo de Início de Fiscalização e informa que a data correta é 11 de novembro de 2011.

Acostou aos autos o Demonstrativo da Ocorrência, fls. 80 a 174 e requer que o contribuinte seja instado a manifestar-se sobre o mesmo.

#### 1.4 – Termo de Ciência e Intimação de juntada de novos documentos

Consta às fls. 175 que a atuada foi notificada da juntada de novos documentos ao processo e que foi reaberto prazo para apresentação de nova contestação ao feito.



#### 1.5 – A Diligência

Foi solicitado ao atuante que se manifestasse acerca da afirmação da atuada de que parte das operações incluídas no lançamento tributário já teria sido alcançada pela cobrança do imposto através da substituição tributária, além de esclarecimento sobre o comprovante de recolhimento de fls. 176.

A resposta o atuante afirmou que *“todas as notas fiscais elencadas no nosso demonstrativo acostado no Auto de Infração 476/2012, foram apuradas por esta fiscalização através de informações contidas no SINTEGRA, arquivo este que é alimentado pelo próprio contribuinte”,* e que *“para que haja real comprovação, por parte da atuada, que aquelas notas fiscais se referem a mercadorias cuja substituição tributária ocorreu na primeira operação, faz-se necessário que o contribuinte apresente as notas fiscais de vendas das operações”,* e sugere que *“a COJUP que intime o contribuinte a apresentar os referidos documentos”.*

Em relação ao comprovante de pagamento juntou relatórios que indicam trata-se de pagamento realizados em razão de parcelamento de débito de ICMS relativos ao processo nº. 98.717/2012.

#### 2 - OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 184, 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 retenção e recolhimento do ICMS, na condição de substituto tributário, quando da venda de mercadorias destinadas a empresas fabricantes de produtos de padaria, confeitaria e pastelaria.

A atuada impugnou o feito e apresentou argumentos precisos, lógicos e adequados de forma a defender-se da denúncias acima mencionadas, demonstrando perfeito entendimento de todo o processo e da infração descrita nos autos.

*Ab initio* necessário se faz o exame do argumento apresentado pela atuada quanto a nulidade do feito em razão dos procedimentos adotados pelo atuante para apurar crédito tributário, bem como o prazo superior ao previsto no art. 37 do RPPAT para a realização da fiscalização.

Assim dispõe o art. 20 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998, *verbis*:

*“Art. 20. São nulos:*

*1 - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal





*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;*

*III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;*

*IV - as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades.*

*§ 1º 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.*

*§ 2º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.*

*§ 3º Ao declarar a nulidade a autoridade indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

*§ 4º A ausência, insuficiência ou inexatidão dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridos pela descrição dos fatos quando esta possibilite o exercício da defesa pelo sujeito passivo."*

Percebe-se, nitidamente, que nenhuma das alegações da atuada encontra guarida nos dispositivos acima transcritos, além do mais, não se vislumbra qualquer óbice ou prejuízo a apresentação de sua defesa, donde se conclui que, na verdade, tal pedido de nulidade é desarrazoado.

Conforme descrito no Relatório Circunstanciado de Fiscalização, fls. 13 e 14, o atuante utilizou-se das informações prestadas pela própria atuada quando informou suas operações através de lançamento no REGISTRO 50 do SINTEGRA, não havendo qualquer irregularidade em tal procedimento.

Quanto ao prazo utilizado para conclusão dos trabalhos de fiscalização, constata-se que está em desacordo com a norma estabelecida no RPPAT, porém, deve ser feita a ressalva que a atuada assinou o Termo de Intimação Fiscal, fl. 05, para entrega de diversos arquivos magnéticos e livros fiscais no dia 11 de novembro de 2011, no entanto, apesar da legislação tributária estadual prever o prazo de 72 horas para o cumprimento desta, a atuada somente fez a entrega no dia 15 de fevereiro de 2012, conforme Termo de Recebimento de Documentos, fls. 08, ou seja, a atuada também contribuiu para a dilação do prazo legal. Por outro lado, considerando o volume de documentos examinados durante os trabalhos e a inoportunidade de relato do contribuinte que o atraso tenha causado algum óbice a sua defesa, agravado o lançamento imposto, ou ainda, impingido-lhe qualquer dano ou desconforto, não vislumbro a possibilidade da decretação de sua nulidade devido a essa falha, além do mais, o art. 38 do mesmo diploma legal prevê a responsabilização administrativa aos funcionários que procrastinarem o curso normal de processos "mediante a inobservância dos prazos estabelecidos

Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal



neste Regulamento”, injustificadamente, é obvio, o que não me parece ser o caso do presente e volumoso processo. Ademais, a dilação do prazo ocorrida neste processo não está relacionada como causa de nulidade processual, conforme determina o art. 20 do RPPAT, portanto, não reconheço a preliminar suscitada pela atuada.

Em relação ao engano cometido pelo atuante quando informou uma data incorreta no Termo de Início de Fiscalização, fl. 07, não produz qualquer consequência, vez que a atuada já estava ciente do início dos trabalhos de fiscalização quando foi intimada a apresentar os arquivos e livros fiscais.

Dessa forma, fundamentado no exposto, afasto a possibilidade de nulidade por não reconhecer as alegadas violações aos princípios constitucionais mencionados pela atuada e por não restar configurada nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no dispositivo regulamentar acima transcrito.

Constata-se, inicialmente que o atuante corrigiu outra falha no lançamento que foi a falta de disponibilização a atuada do demonstrativo fiscal apontando quais as operações em que a omissão de reter e recolher o imposto foi detectada. Para sanar tal falha o atuante juntou às fls. 80 a 170 o mencionado demonstrativo, bem como determinou que o contribuinte fosse notificado da juntada e reabriu o prazo para apresentação de nova impugnação relacionada a esse fato, conforme Termo de Ciência e Intimação de Juntada de Novos Documentos, fls. 175.

Em relação ao mérito, percebe que o presente lançamento trata da falta de retenção e recolhimento do imposto devido nas operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes inscritos no ramo de padaria, confeitaria e pastelaria, conforme dispõe o art. 913-C, do RICMS, vigente à época dos fatos geradores e com vigência prorrogada até 30 de junho de 2011, *verbis*:

*“Art. 913-C. Até 31 de dezembro de 2007, nas operações com quaisquer mercadorias destinadas a contribuintes inscritos na atividade de fabricação de produtos de padaria, confeitaria e pastelaria, o imposto será cobrado por substituição tributária, observado o percentual estabelecido no art. 947 deste Regulamento.”*

O demonstrativo de fls. 80 a 170 descreve as operações realizadas em que a obrigação tributária não foi satisfeita.

Por seu turno, a atuada afirmou que o atuante incluiu, equivocadamente, operações realizadas através do CFOP 5405, nas quais o ICMS devido por substituição tributária já havia sido recolhido, bem como também incluiu as operações realizadas através dos CFOPs 5901 *Remessa para industrialização por encomenda* e 5910 *Remessa em bonificação, doação ou brinde*, nas quais não há incidência do ICMS.

Instado a manifestar-se acerca de tais argumentos o atuante informou que o demonstrativo fiscal foi elaborado com base nas informações contidas no arquivo do SINTEGRA e

Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal



a atuada deveria ter apresentado as notas fiscais para comprovar seus argumentos, sugerindo, ao final que “a COJUP que intime o contribuinte a apresentar os referidos documentos”.

Pois bem, partindo do princípio da imparcialidade a que qualquer julgador está submetido, entendo que não cabe ao órgão julgador intimar o contribuinte a apresentar qualquer documento, tal obrigação é do responsável pelo lançamento, a quem cabe, ainda, comprovar a denúncia.

A imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual seja válida e atenda ao princípio maior da busca da verdade sobre os fatos descritos nos autos.

Assim, considerando que o único elemento de prova juntado pelo atuante foi o CD de fls. 12, contendo informações fornecidas pela própria atuada, obviamente que estas revelam-se incontroversas e suficientemente seguras para sustentar o lançamento tributário.

Observa-se que a presente contenda não apresenta maiores dificuldades na sua análise, vez que a infração cometida pela atuada é evidente. A atuada comprovadamente descumpriu o mandamento regulamentar acima transcrito, qual seja, aquele previsto no art. 913 – C do RICMS, vigente à época dos fatos geradores, tanto é assim que corretamente impugnou apenas parte das operações descritas no demonstrativo fiscal apontando aquelas que não sujeitam-se a exigência fiscal e silenciando-se sobre as demais.

Outro sintoma do reconhecimento pela atuada do cometimento da infração é o parcelamento do débito, de forma espontânea, relativa ao aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2007 a março de 2008, conforme consta no processo de parcelamento de nº. 98.717/2012-8, cujo extrato encontra-se em anexo a esta decisão.

Pois bem, partindo-se da premissa de que tais informações foram impugnadas apenas em parte pela atuada, garantindo assim a necessária certeza quanto as demais, e amparado no fato de que todas elas foram disponibilizadas pela própria atuada, passamos ao exame das informações disponibilizadas no mencionado CD, que foram reproduzidas no demonstrativo de fls. 80 a 170.

Compulsando os dados contidos no referido CD, constata-se que o atuante descreveu minuciosamente todas as operações realizadas pela atuada quando da venda de mercadorias aos contribuintes mencionados no art. 913-C, destacando-se dentre essas informações o CFOP declarado pela atuada.

Segundo apurou o atuante a atuada realizou venda de mercadorias aos contribuintes mencionados no art. 913-C do RICMS informando quatro CFOPs distintos, quais sejam: 5102, 5405, 5901 e 5910.

De acordo com o disposto no Anexo 82 do RICMS os mencionados códigos assim são utilizados:

*“5.102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*

*Isnard Dubeux Dantas*  
*Julgador Fiscal*





*Classificam-se neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias por estabelecimento comercial de cooperativa destinadas a seus cooperados ou estabelecimento de outra cooperativa.*

*5.405 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído.*

*Classificam-se neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído.*

*5.901 – Remessa para industrialização por encomenda*

*Classificam-se neste código as remessas de insumos remetidos para industrialização por encomenda, a ser realizada em outra empresa ou em outro estabelecimento da mesma empresa.*

*5.910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde*

*Classificam-se neste código as remessas de mercadorias a título de bonificação, doação ou brinde.”*

Conforme se percebe, não são todas as operações realizadas pela atuada e destinadas aos contribuintes enquadrados nas atividades de fabricação de produtos de padaria, confeitaria e pastelaria que se sujeitam a retenção e recolhimento do ICMS substituto.

Assim, devem ser excluídas do lançamento aquelas realizadas sob os CFOPs 5405, 5901 e 5910, vez que não alcançadas pela obrigação da retenção e recolhimento do ICMS na condição de substituto tributário.

Examinando-se o demonstrativo fiscal, bem como as informações contidas no CD de fls. 12, foi possível apurar que o valor total das operações a serem excluídas é de R\$ 1.887.411,99, assim distribuídas:

CFOP	Valor total das operações (R\$)	ICMS (R\$)	Multa (R\$)	Total (R\$)
5405	1.885.370,14	96.153,88	96.153,88	192.307,76
5901	273,26	13,94	13,94	27,88
5910	1.768,59	90,20	90,20	180,40
Total (R\$)	1.887.411,99	96.258,02	96.258,02	192.516,04

Em razão da exclusão acima demonstrada o lançamento tributário foi reduzido aos seguintes valores:

Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal



	ICMS	Multa	Total
Valor do Auto de Infração	136.401,95	136.401,95	272.803,90
Total das exclusões	(96.258,02)	(96.258,02)	(192.516,04)
Valor total do Auto de Infração corrigido	<u>40.143,93</u>	<u>40.143,93</u>	<u>80.287,86</u>

Assim, fundamentado no exposto, nas normas regulamentares, nas informações constantes nos autos, e ainda, nos argumentos apresentados pela autuada que ilidiram a maior parte do valor do lançamento, posiciono-me pela procedência parcial do Auto de Infração em comento.

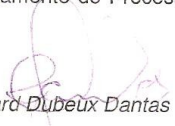
#### 4 – A DECISÃO

Diante dos argumentos, acima esposados, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração de fl. 01, para impor à autuada a pena de multa prevista no art. 340, inciso I, alínea "f", c/c art. 133, 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\$ 40.143,93 (quarenta mil, cento e quarenta e três reais, noventa e três centavos), além da incidência do ICMS, por infringência ao art. 150, incisos III e XIII, c/c art. 850 e 913 - C, do mesmo diploma legal, no valor de R\$ 40.143,93 (quarenta mil, cento e quarenta e três reais, noventa e três centavos), totalizando o crédito tributário no montante de R\$ 80.287,86 (oitenta mil, duzentos e oitenta e sete reais, oitenta e seis 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 6ª URT, para que seja dada ciência à autuada e ao autuante.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 23 de outubro de 2012.

  
Isnard Dubeux Dantas  
Julgador Fiscal – mat. 8637-1