PAT Nº	: 186/2012 – 1ª URT, Protocolo 51616/2012-5 – SET
AUTO DE INFRAÇÃO Nº	: 00186/SUFAC, de 05/03/2012
AUTUADA	: POTIGUAR FAST FOOD LTDA
ENDEREÇO	: Aeroporto Internacional Augusto Severo, S/N, PPA 01, TPA 07, Parnamirim/RN
AUTUANTE	: ROGÉRIO CAMPOS DE OLIVEIRA, mat. 156.146-4
DENÚNCIA	: Emissão de cupons fiscais através do ECF – IF, marca DARUMA, nº de série DR0209BR000000185925, durante o período em que sua Inscrição Estadual encontrava-se inapta, caracterizando-os como documentos inidôneos.

DECISÃO Nº 34/2013 – COJUP

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS COM INSCRIÇÃO ESTADUAL INAPTA. 1. Reconhecimento, pelo fisco, de parte do pagamento do imposto devido. 2. Não há motivo para cobrança do imposto pago e sua posterior devolução através da Restituição de Indébito. 3. **Ação fiscal procedente em parte**.

DO RELATÓRIO

DA DENÚNCIA

Infere-se do Auto de Infração em epígrafe que a Pessoa Jurídica, acima qualificada, infringiu o art. 150, inciso XIII, combinado com o mesmo artigo, inciso XIX, pela emissão de cupons fiscais através do ECF – IF, marca DURAMA, nº de série DR0209BR000000185925, durante o período em que sua

Inscrição Estadual encontrava-se inapta, caracterizando-os como documentos fiscais inidôneos, de acordo com o que determina o art. 415, inciso IX, alínea "b"; sendo todos os dispositivos do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997.

Para tal infração foi proposta penalidade disposta no art. 340, inciso III, alínea "c", sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do Regulamento supracitado; resultando numa multa no valor de R$ 47.415,82 (quarenta e sete mil, quatrocentos e quinze reais e oitenta e dois centavos), além da exigência do pagamento do imposto no valor de R$ 18.102,87 (dezoito mil, cento e dois reais e oitenta e sete centavos), perfazendo um crédito tributário no valor de R$ 65.518,69 (sessenta e cinco mil, quinhentos e dezoito reais e sessenta e nove centavos).

DA IMPUGNAÇÃO

Insurgindo-se contra a denúncia oferecida pelo fisco, a Empresa autuada centraliza sua defesa nos seguintes pontos:

– O Aditivo Contratual 05/2011, protocolado na JUCERN com o nº 11/058468-6 no dia 18/10/2011 e registrado sob nº 24240189 no dia 19/10/2011, que alterava o endereço da matriz da Av. Senador Salgado Filho, 2234, Lj 142, Candelária, Natal/RN para o endereço da filial localizado no Aeroporto Internacional Augusto Severo, S/N, PPA – 01 e TPA – 07, Parnamirim/RN, objeto de baixa cadastral, foi ignorado pelo Fisco Estadual.

– As Solicitações de Alteração Cadastral no CNPJ, via SEFAZ/RN, no período de 24/10/2011 a 19/01/2012, foram sistematicamente canceladas, sem informação das respectivas nulidades; somente tendo sido analisada aquela do dia 20/01/2012 com homologação em 24/01/2012.

– Apresentou, com início em 14/10/2011, diversos DBE's à Secretaria de Tributação do Estado – SET/RN, via DRF/Natal, mas os constantes erros sistêmicos da SET/RN impediram a homologação das alterações cadastrais dos seus estabelecimentos.

– A sua não exclusão do Simples Nacional e o lançamento extemporâneo do seu faturamento nessa sistemática de arrecadação implicam em inocorrência da pretensa "inaptidão" de sua Inscrição Estadual.

– Toda a receita bruta, auferida no período objeto da ação fiscal – 10/11/2011 a 22/12/2011, foi tributada; tendo o ICMS sido apurado, lançado e recolhido, não havendo diferença de imposto a recolher.

– Aplicação de multa confiscatória pelo descumprimento de suas obrigações acessórias, superando, em muito, o valor da obrigação principal; o que afronta o Estado Democrático de Direito e os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade.

– Houve descumprimento, por parte do fisco, do prazo de 5 (cinco) dias para a execução dos atos processuais; impedindo o fiel conhecimento, pela autuada, da tramitação do Processo Administrativo Tributário, e prejudicando, consequentemente, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, requer que sejam excluídas do crédito tributário em lide a "multa fixa, não graduável" e a "incidência do ICMS, porque tipificada em duplicação fiscal". E, ainda, que seja "decretada a nulidade do auto de infração em lide, pelos vícios preliminares e meritórios aqui dissertados".

DA CONTESTAÇÃO

O Auditor Fiscal, por substituição ao autor do procedimento fiscal, em síntese, assim se pronuncia:

" (...)

O fato jurídico que implicou na inaptidão da requerente foi consubstanciado pela Parte de Serviço Nº 2157/2011 elaborada pela Auditoria Fiscal do Tesouro Estadual Mary Rejane Pereira Juvêncio que no cumprimento regular de suas atribuições executou serviço de itinerância fiscal pela Subcoordenadoria de Informações Econômico – Fiscais verificando e constatando, in loco, que em **11 de outubro de 2011**, a autuada não estava exercendo qualquer tipo de atividade no logradouro ao qual estava vinculado em seu cadastro fiscal. Tal parte de serviço logrou na homologação da inaptidão da autuada no dia 10/11/2011, como dito anteriormente (folha 179).

Somente a partir desse momento, pela modesta análise feita dos autos desse processo, é que o contribuinte começou a tentar regularizar as alterações cadastrais objeto do Aditivo Contratual nº 05/2011. Vejamos os fatos: embora o aditivo tenha sido assinado pelos representantes em 30 de setembro de 2011, observa-se que ele só foi protocolado na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte no dia 18/10/2011, sete(7) dias após o serviço de itinerância e dezoito(18) dias de sua assinatura, tenha sido registrado no dia 19/10/2011 sob o Nº 24240189 (folha 158).

(...)

Como podemos observar, o contribuinte ao paralisar suas operações sem comunicar à repartição fiscal competente, descumpriu o dispositivo regulamentar que determina que ela seja informada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Suas atividades estavam paralisadas, pelo menos, desde 11 de outubro de 2011,

conforme parte de serviço citada anteriormente. Independentemente da alteração cadastral solictada na JUCERN no dia 18/10/2011, o contribuinte deveria ter informado a sua paralisação da atividade. Parece-me que ele somente saiu da inércia após o trabalho de itinerância realizado no Shopping Center em que era localizado. Sendo assim, houve o descumprimento do mandamento regulamentar do artigo 150, inciso I, do RICMS, que acarretou a mudança na sua situação cadastral que tornou-se INAPTA.

(...)

Consequentemente, não conseguindo-se muito bem identificar o motivo ou motivos que as diversas tentativas de alteração cadastral não foram recepcionadas, verifica-se que a autuada foi no mínimo imprudente ao tentar conciliar um processo de baixa cadastral com um de alteração de endereço tendo um logradouro em comum. Além do mais, as Solicitações de Alteração Cadastral no CNPJ, efetuadas no período de 24/10/2011 a 19/01/2012, possuem, em sua grande maioria, no Acompanhamento da Solicitação CNPJ Via Internet, a seguinte mensagem: "solicitação cancelada a pedido do contribuinte" (folhas 126 – 154).

Sobre a indignação da autuada em relação à graduação da multa regulamentar que teria aspecto confiscatório, devemos lembrar à requerente que as atividades dos auditores fiscais são vinculadas às determinações legais. Somente a lei pode instituir tributos e impor penalidades, e ela deve ser observada pelo auditor fiscal quando o caso concreto, objeto da ação fiscal, se enquadra na norma fiscal em abstrato (subsunção). E o caso em questão se enquadra perfeitamente nos artigos do RICMS destacados no quadro Contexto e Enquadramento do Auto de Infração impugnado.

(...)

Não é verdade que seja necessário a anulação do lançamento de ofício em função da informação que toda a receita bruta auferida no período entre 10/11/2011 e 12/12/2011, foi tributada pelo ICMS de forma regular e tempestiva pela sistemática do Simples Nacional. O contribuinte informou seu faturamento ao Simples Nacional através do DAS, após o início da ação fiscal (23/12/2011), com a intenção de fazer uma regularização fictícia de sua situação cadastral à época da visita fiscal. Na ocasião, o contribuinte foi notificado a solicitar a reativação da inscrição estadual 20.203.026-1 e, com autorização dos subcoordenadores da SUFAC e do SIEF, foi permitido ao contribuinte continuar funcionamento até a sua regularização, mediante o pagamento de imposto e multa por estimativa conforme exposto no termo de ocorrência anexado na folha 21.

Além do mais, a informação do faturamento ao Simples Nacional do mês de dezembro só foi possível ser feito de maneira tempestiva e regular (folhas 189 e 196), porque há época a situação cadastral do cliente já estava normalizada. Notem que as informações do mês de novembro (folha 189) só foram normalizadas nesse mesmo período, após a mudança de sua situação cadastral de Inapto para Ativo.

Logicamente, caso os órgãos julgadores mantenham o auto de infração, o contribuinte poderá requerer o imposto pago indevidamente utilizando-se do instrumento jurídico da repetição de indébito prescrito no artigo 166 do CTN e o artigo 156 do PAT/RN.

Em relação à insinuação de que a autoridade fiscal não cumpriu o prazo de 05 (cinco) dias para a execução os atos processuais prescrito pelo artigo 26 do PAT, tal controvérsia também não merece acolhida. Sua impugnação incursiona-se pelas normas de caráter processual sem qualquer efeito extintivo, modificativo ou impeditivo da ação fiscal levada a efeito. Seus efeitos são de ordem processual, com o objetivo de aprimorar e dar celeridade ao processo administrativo tributário. Como o processo é um instrumento na consecução do direito material, pelo princípio da instrumentalidade das formas, os prazos que devem prosperar são o prazo de decadência para a observação do fato gerador do imposto e o prazo de prescrição para a constituição do crédito tributário.

Quanto à alegação de que se está cobrando o ICMS fora da sistemática do Simples Nacional nos autos, o contribuinte esquece que o gozo de qualquer benefício está condicionado ao fiel cumprimento das obrigações previstas no RICMS, como reza o **§ 2º** do **Art. 5º**, além do que dispõe o **§ 2º** do **Art. 9º** da Resolução CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional) nº 30.

(...)"

Finaliza, pleiteando a "manutenção integral do presente Auto de Infração".

DOS ANTECEDENTES

Consta dos Autos, conforme Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais, às fls. 28, que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

No sentido de obter esclarecimento sobre o "imposto pago" (tão alegado pela autuada), foi solicitada informação ao autuante a respeito dessa possibilidade e do seu real valor.

Em resposta, temos que "a AUTUADA terá direito à **restituição do indébito** no valor nominal de R$ 2.807,26 (dois mil, oitocentos e sete reais e vinte e seis centavos), referentes ao recolhimento de ICMS relativo ao período de apuração 11/2011, conforme a Apuração Retificadora **Nº 05569494201111006**, em anexo (ver fls. 215 a 217)".

Este o relatório.

Passando a fundamentar e decidir.

DO MÉRITO

Nestes Autos o contribuinte é denunciado pela emissão de cupons fiscais através do ECF – IF, marca DURAMA, nº de série DR0209BR000000185925, durante o período em que sua Inscrição Estadual encontrava-se inapta (10/11/2011 a 22/12/2011), caracterizando-os como documentos fiscais inidôneos, de acordo com o que determina o art. 415, inciso IX, alínea "b", do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, *in verbis*:

> ***Art. 415.*** *Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas a favor do fisco, o documento fiscal que:* ***(NR pelo Decreto 19.115, de 25/05/2006, com efeitos a partir de 01/06/06)***
>
> .....
>
> ***IX-*** *for emitido:*
>
> .....
>
> ***b)*** *por contribuinte que estiver com a inscrição suspensa, inapta, ou baixada, ressalvado o disposto no § 7º do art. 681-C deste Regulamento;* ***(NR dada pelo Decreto 21.554, de 02/03/2010);***

Assim, estando inapta a Inscrição Estadual da Empresa autuada à época da emissão dos referidos documentos fiscais, base da autuação ora em litígio, corretos estão o lançamento do imposto devido e a proposição da penalidade capitulada.

Ainda, em sua análise, verifica-se que o autor do procedimento fiscal admite, diante de provas documentais, que houve recolhimento de parte desse imposto devido – o ICMS relativo ao período de apuração 11/2011, no valor de R$ 2.807,26 (dois mil, oitocentos e sete reais e vinte e seis centavos). No entanto, entende que "o valor do crédito tributário aposto neste PAT, deverá ser **mantido integralmente**, e que a restituição do indébito deverá ser efetuada através de processo à parte".

No caso, este Órgão Julgador não vislumbra motivo para cobrança do imposto pago e sua posterior devolução por meio do instrumento da Restituição de Indébito; entendendo que o valor desse imposto (R$ 2.807,26) deve ser retirado do total do crédito tributário lançado no Auto de Infração em questão, e que a correspondente multa regulamentar deve permanecer por ser a sanção aplicada pelo cometimento da ilicitude.

Não cabendo, aqui, discussão prolongada sobre a "nulidade do auto de infração em lide, pelos vícios preliminares e meritórios" que tipicaram o cerceamento ao contraditório e à ampla defesa, por terem sido amplamente exercidos na impugnação; como também, sobre a aplicação de "multa confiscatória", por ser essa prevista na própria Legislação Tributária Estadual e não tendo a parte funcional poder para indicar valores diferentes dos ali estabelecidos.

DA DECISÃO

Fundamentada, então, no exposto e considerando tudo que dos Autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração de fls. 02 e 03; pelo que determino o cancelamento de parte do imposto lançado no valor de R$ 2.807,26 (dois mil, oitocentos e sete reais e vinte e seis centavos); e impondo à autuada a pena de multa no valor de R$ 47.415,82 (quarenta e sete mil, quatrocentos e quinze reais e oitenta e dois centavos), sem prejuízo do recolhimento do imposto no valor de R$ 15.295,61 (quinze mil, duzentos e noventa e cinco reais e sessenta e um centavos), totalizando um crédito tributário no valor de R$ 62.711,43 (sessenta e dois mil, setecentos e onze reais e quarenta e três centavos), sujeito aos acréscimos monetários vigentes.

Recorro de ofício, desta Decisão, ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, em cumprimento ao disposto no art. 114, do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998.

COJUP, em Natal/RN, 28 de fevereiro de 2013.

Neyze Medeiros Santos
Julgadora Fiscal – Mat. 90.859-2