DECISÃO Nº: 530/2013

PROTOCOLO Nº: 84946/2013-2

PAT N.º: 238/2013 - 6ª URT

AUTUADA: HIPER ATACADO DE ALIMENTOS LTDA. – EPP.

FIC: 20.201.276-0

ENDEREÇO: Av. Alberto Maranhão, 5230 - Barrocas, Mossoró/RN

EMENTA – ICMS –(1) Falta de escrituração no Livro de Registros de Entradas, das notas fiscais referentes a operações de entradas sujeitas a substituição tributária; (2) Falta de escrituração no Livro de Registros de Entradas, das notas fiscais referentes a operações de entradas sujeitas a substituição normal; (3) Utilização de crédito indevido, no período de 2009 e 2010, em face da não comprovação dos documentos fiscais de entrada; (4) Falta de apresentação de Livro Inventário, nos prazos estabelecidos regularmente; e, (5) Embaraço à fiscalização, em virtude do não atendimento completo do Termo de Intimação Fiscal, dentro dos prazos legalmente estabelecidos. Denúncias parcialmente elididas pelo contribuinte. Necessidade de se afastar os valores contemplados com a substituição tributária, e reconhecidos pelos próprios autuantes – Procedência parcial da ação fiscal.

1 - DO RELATÓRIO

1.1 - DA DENÚNCIA

Contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 238/2013 - 6ª URT, onde se denuncia:

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

(1) Falta de escrituração no Livro de Registros de Entradas, das notas fiscais referentes a operações de entradas sujeitas a substituição tributária; (2) Falta de escrituração no Livro de Registros de Entradas, das notas fiscais referentes a operações de entradas sujeitas a substituição normal; (3) Utilização de crédito indevido, no período de 2009 e 2010, em face da não comprovação dos documentos fiscais de entrada; (4) Falta de apresentação de Livro Inventário, nos prazos estabelecidos regularmente; e, (5) Embaraço à fiscalização, em virtude do não atendimento completo do Termo de Intimação Fiscal, dentro dos prazos legalmente estabelecidos.

Em razão das ocorrências acima descritas, tem-se que o contribuinte infringiu os arts. 150, incisos III, XIII, VIII e IX, combinado com art. 609, 623, 108, 109, 113, 118 e 344, inciso I, todos do RICMS.

Sugeriu-se as penalidades previstas no art. 340, incisos II, III, IV e XI, todos do RICMS.

Em decorrência do acima exposto, foram impostas ao contribuinte, as penas de multa no valor de R$ 339.638,08 (trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e trinta e oito reais e oito centavos, acrescida de R$ 100.446,71 (cem mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e setenta e um centavos), a título de imposto, perfazendo um montante de R$ 440.084,79 (quatrocentos e quarenta mil, oitenta e quatro reais e setenta e nove centavos).

1.2 - DA RETIFICAÇÃO DA DENÚNCIA

Após a intimação do contribuinte , os autuantes voltam aos autos através do Termo de Alteração de Lançamentos, juntado às folhas 350 e 351, onde procedem retificação na ocorrência 02 do auto de infração para dela estornar o lançamento relativo as notas fiscais números 14857, 15190 e 15191, reduzindo a multa em R$ 2.597,93 (dois mil, quinhentos e noventa e sete reais e noventa e três centavos) e o imposto em R$ 2.536.77(dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e setenta e sete

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

centavos), passando o valor total da denúncia a ser de R$434.940,09 (quatrocentos e trinta e quatro mil, novecentos e quarenta reais e nove centavos).

1.3 DA IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se, a autuada veio aos autos, através da peça de impugnação de fls. 353/376, dentro do prazo regulamentar, trazendo, em resumo, as seguintes alegações:

Inicialmente, com relação a primeira ocorrência, relativa a operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, asseverou a imputação de multa em desacordo com o RICMS. Outrossim, aduziu a ocorrência de cerceamento de defesa: *"10. Implica em dizer que o ônus probante da ocorrência, a primeira vista, o qual neste momento importa encargo processual ao Estado não restou devidamente satisfeito, importando assim em prejuízo ao exercício da defesa, pois, os únicos apontamentos aos documentos informados às* ***fls. 27/30*** *dos autos se resume aos relatórios gerados pela própria fiscalização."* (fl. 355). Acrescentou ainda que, o estabelecimento inscrito no CNPJ 07.522.026/0002-20, trata-se, em verdade, de estabelecimento filial da própria autuada.

Ainda com relação a primeira ocorrência, o contribuinte pugnou para que lhe fosse oportunizado a manifestação prévia, quanto ao interesse de utilizar-se do prazo regulamentar constante no art. 341, §2° do RICMS, ou exercer direito a defesa e contraditório, direito esse, consagrado pela Constituição Federal.

Quanto a segunda ocorrência, a qual trata de operações com mercadorias sujeitas a tributação normal, a autuada afirmou a existência de duplicidade de fatos já imputados em ocorrência distinta, aplicação de valores agregados em desacordo com o RICMS, bem como, inobservância da previsão de redução de base de cálculo. Ademais, registrou que tais operações são apenas movimentações de mercadorias para o depósito próprio, assim, não se sujeitando a exação fiscal, quiçá agravada de agregação, como quer o lançamento produzido pela segunda ocorrência.

No tocante a terceira ocorrência, a qual se refere a glosa do direito de compensação de créditos do ICMS, afirmou a autuada que o direito ao crédito do

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

ICMS, somente poderá ser obstado, quando expressamente comprovado pelo Fisco a inexistência da relação jurídica do negócio declarado. Destarte, *in casu*: *"60. Contudo, nos autos, não consta de qualquer forma a comprovação, pelo Fisco, de que tais operações não se realizaram, pois, não há qualquer diligência fiscal entre o Fisco e os contribuintes emissores (vendedores) dos documentos fiscais, no sentido de desnaturalizar a ocorrência dos fatos jurídicos efetivamente realizados entre a ora contestante e os seus fornecedores."* (fl. 369).

Em relação a quarta ocorrência, qual seja, ausência de apresentação dos Livros Inventário, o contribuinte rechaçou o valor das multas aplicadas, mencionando a autuada, a inobservância do princípio do não-confisco, pois, os lançamentos de multa atribuídos nas operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, devem, por respeito ao princípio supra aludido, observar o previsto no art. 341, § 2º, do RICMS.

Ao final, pugnou pela improcedência do auto de infração.

1.4 – DA CONTESTAÇÃO

No seu arrazoado de fls. 389/395, os autuantes asseveraram, preliminarmente, que a autuada não se pronunciou em relação as ocorrências quatro e cinco, razão pela qual, requereu liminarmente a procedência das aludidas infrações, vez que, a matéria não impugnada é considerada como verdadeira.

No mérito, em relação a primeira ocorrência, aduziram que os demonstrativos da mencionada infração, não se resumem apenas aos relatórios, nem tampouco, as páginas apontadas pelo demandante, quais sejam, fls. 27/30, mas também: *"...os livros fiscais Registro de Entradas do Contribuinte (Fls. 38 a 88) os períodos fiscalizados de 2009 e 2010; como estamos tratando de não escrituração do Livro fiscal, no caso de Entradas – próprio para seus lançamentos fiscais- como comprovados nos autos, nenhum dos documentos descritos no caso da ocorrência 1 - nas fls. 27 a 30, nenhum deles constam como lançados."* (fls. 389-v/390).

Com relação ao segundo argumento trazido pelo contribuinte, com escopo de elidir a primeira ocorrência, rechaçaram-no, afirmando que os artigos 428, 430 e 431 do RICMS, citados pela defesa não servem para contraditar legalmente a infringência cometida pelo autuado, já que nenhum deles, dispõe sobre a faculdade de não escriturar operações efetuadas, muito pelo contrário, todos os artigos mencionados pela empresa, claramente exigem a emissão de nota fiscal. Nessa linha, questionaram, qual o destino destas Notas Fiscais emitidas porém não lançadas?

Na sequência, afirmaram que, no tocante ao pleito de redução da multa em 80% (oitenta por cento), prevista no art. 341 do RICMS, bastaria que o contribuinte se dirigisse a Unidade Fazendária de sua Região, para` que fossem realizados os cálculos e assim, procedesse ao pagamento, conforme prescrito na legislação do ICMS. Ademais, com relação ao mencionado benefício, acrescentaram que foi verbalizado ao responsável da empresa, bem como, este foi estimulado a aproveitar o aludido desconto, acaso pretendesse recolher o ICMS.

Relativamente a segunda ocorrência, a qual trata de omissão de lançamentos fiscais nos Livros Registro de Entradas, argumentam que nesta, ao contrário do afirmado pelo contribuinte, verifica-se que este não aponta qualquer das notas fiscais constantes na autuação, como registrada no seu próprio Livro de Entradas, configurando-se desta forma que dos documentos apresentados na autuação, foram omitidos dos seus lançamentos.

Quanto a TVA aplicada na segunda ocorrência, a qual, foi trazida pelo SIGAT com percentual de 30%, explicam que de acordo com o disposto no art. 947, inciso II, do Decreto nº 13.640/97, os contribuintes inadimplentes com suas obrigações principais ou acessórias, tais como, não escrituração dos Livros Fiscais, como *in casu,* são enquadrados no percentual de 30% (trinta por cento), para efeito de cálculo da cobrança do ICMS antecipado.

Prosseguindo, passam a analisar a arguição do contribuinte de que ocorrera duplicidade de lançamento quando os documentos listados nas ocorrências 01 e 02,foram utilizados concomitantemente, inclusive com valores integrais, ou seja, não subtraídos dos montantes contemplados com a substituição, ocasião em que admitem o

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

cometimento de equívoco,concordam com a defesa, e apresentam nova planilha de valores (fls.396/397), que seria utilizada para obter-se os valores corretos do lançamento de ofício.

Com relação a ocorrência de nº 03, qual seja, crédito fiscal indevido, alegam que mesmo sendo solicitado ao contribuinte, suas notas fiscais de aquisição, para aproveitar os créditos destacados, lançando-as na sua escrita fiscal, este não as apresentou, não justificou, nem exibiu qualquer outro documento que corroborasse a sua argumentação, com o objetivo de provar os créditos lançados sem comprovação, e contrariamente, pretende ainda que o fisco o faça por ele. Ressaltaram também que na própria intimação fiscal, solicitou-se ao contribuinte, que este comprovasse 72 (setenta e dois) lançamentos, todos verificados na auditoria.

Finalmente, argumentam que na autuação, restaram apenas onze lançamentos sem a devida comprovação (fl. 282), ou seja, sessenta e um créditos foram aceitos, portanto, o direito de crédito do contribuinte não deixou de ser reconhecido, mesmo este não juntando nenhum documento, sequer, para satisfazer sua própria argumentação.

Sobre a alegação de multa com caráter confiscatório,afirmam que é sabido que as multas aplicadas estão devidamente previstas em lei, e ainda, a vedação constitucional refere-se aos tributos com caráter confiscatório, não as multas.

Com efeito, no tocante as ocorrências de nºs 04 e 05, asseveraram a ausência de manifestação por parte do contribuinte, razão pela qual, pediram a procedência imediata das aludidas infrações.

Ao final, pleitearam pela procedência total do feito.

2 – DOS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 400) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

3 – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Vislumbro que a impugnação preenche os requisitos essenciais exigidos pela legislação regente, notadamente, em razão desta ter sido apresentada de maneira tempestiva, razões pelas quais, dela conheço.

Ultrapassada a fase anterior, passo a analisar e discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial.

4 – DO MÉRITO

Percebe-se, ao compulsar-se os autos, que estes trazem denúncias relativas a cinco ocorrências, das quais apenas três foram efetivamente contestadas.

No tocante a primeira ocorrência, conforme explicitaram os denunciantes, a lavratura do auto de infração não se alicerçou apenas nas planilhas constantes às fls. 27 a 30 dos autos como afirmou a defesa, mas em todo um cabedal de elementos indiciários. Além disso , as evasivas alegações do contribuinte, quando afirma não negar a existência dos fatos, ponderando apenas que não os reconhece,dão robustez à prova, levando este julgador ao convencimento.

Maiores indagações seriam necessárias, caso o contribuinte negasse peremptoriamente a prática de tais ocorrências, o que forçosamente conduziria a necessidade de realização de diligências, a fim de se comprovar a ocorrência dos atos mercantis de aquisição das mercadorias, da efetiva tradição dos referidos bens, bem como, do consequente pagamento.

Compreende-se a cautela da defendente ao não reconhecer, porém sem afirmar categoricamente a inocorrêcia das operações ,deixando inclusive de denunciar o fato de estarem utilizando-se irregularmente de sua inscrição estadual, como uma atitude de pura precaução para, diante da comprovação do contrário, não ser colocada numa incômoda situação de ré em ação penal de fraude e sonegação, movida pela Administração Tributária.

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

Portanto, a frágil argumentação evasiva da autuada, apenas convenceu este julgador das ocorrências fáticas das operações denunciadas no item 01 e 02 da peça vestibular dos presentes autos. Ademais, constata-se que em sua grande maioria, tais ocorrência são admitidas na própria defesa, sendo oposta apenas a justificativa de que, por se tratarem de remessas e retornos de depósito fechado e sendo operações sem incidência do imposto, estariam as mesmas, também, liberadas das obrigações acessórias.

A afirmação da autuada de que devem ser expurgadas da denúncia tais operações de remessa e retorno de depósito fechado, com fulcro nos artigos 428, 430 e 431, do RICMS, deve-se na verdade a equivocada exegese aplicada , levando-a ao entendimento de que, por mandamento daquelas normas, estaria dispensada de escrituração das operações de circulação de mercadorias , quando na verdade, versam os artigos sobre a não incidência do imposto nas referidas operações de retorno e remessa , não interferindo de forma alguma nas obrigações acessórias de escrituração, as quais são reguladas por dispositivos diversos, embora constantes do mesmo regulamento.

Conclui-se, portanto, que se alguma dúvida quanto a realização das operações quis opor a autuada no que tange a aquisição de mercadorias , nenhuma foi apresentada quanto às operações praticadas através das remessa a depósito fechado ou do respectivo retorno, sendo exposto apenas o argumento que para tais operações, considerando-se tratar-se de operações sem incidência do imposto, não haveria também obrigação de escrituração, circunstância devidamente combatida pelas autuantes que recorrem corretamente ao estatuído nos artigos 150, 605 e 609 do RICMS.

A reclamação de que não lhes foi oportunizado a possibilidadebde recolhimento da multa com a aplicação de benefício de redução de oitenta por cento do valor exigido, se esvazia com a constatação de que a oferta se encontra impressa no anverso da folha 02 do auto de infração, precisamente no ítem denominado " Notificação de Lançamentos".

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

Ainda com relação a segunda ocorrência, que também trata de omissão de lançamentos fiscais nos Livros Registro de Entradas, o contribuinte não apontou qualquer das notas fiscais constantes na autuação, como registrada no seu Livro de Entradas, assim, restou claramente configurado que os Documentos apresentados na autuação, foram omitidos dos seus lançamentos.

Sobre a TVA aplicada na segunda ocorrência, com percentual de 30%, verifica-se, de acordo com o disposto no art. 947, inciso II, do Decreto nº 13.640/97,que os contribuintes quando não procederam a escrituração dos Livros Fiscais, como *in casu,* são enquadrados no percentual de 30% (trinta por cento), para efeito de cálculo da cobrança do ICMS antecipado.

Quanto a alegação de duplicidade de objeto de incidência, fato arguido pela impugnante e enumerados às fls. 362 dos autos, cujos documentos foram listados concomitantemente nas ocorrências 01 e 02, inclusive com valores integrais, ou seja, sem que fossem subtraídos os montantes contemplados com a substituição, razão assiste a autuada. Os próprios autuantes, ao reverem os citados documentos, constataram entre os produtos descritos nas notas fiscais, a existência de produtos relacionados com a substituição, nesse ponto, concordaram com a autuada, e em consequência, anexaram novas planilhas de valores às fls. 396/397.

Assim passo a adotar as referidas planilhas como retificadoras do lançamento, e consider os novos valores obtidos após as deduções de que tratam as mesmas, como corretos e definitivos.

Quanto ocorrência de nº 03,ficou constatado que os autuantes solicitaram ao contribuinte suas notas fiscais de aquisição, com escopo de aproveitar os créditos destacados, este não as apresentou, não justificou, nem tampouco, exibiu qualquer outro documento que corroborasse a sua argumentação, pelo contrário, pugnou para que o Fisco o fizesse por ele, pretendendo que o ônus da prova recaísse sobre a fiscalização. Convém ressaltar que no caso em tela, considerando-se que sendo o contribuinte o titular da escrita fiscal e detentor da documentação que lhe embasa, cabe a ele e somente a ele a exibição de tais documentos quando requisitado. A omissão do contribuinte, quanto a exibição dos documentos que ensejaram o

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

lançamento de crédito fiscal, vincula a administração tributária ao glosamento dos mesmos e a aplicação da penalidade cabível.

Sobre a alegação de multa com caráter confiscatório, estampada na defesa relativa a quarta ocorrência (fls. 369/373), observa-se que tal afirmação não merece prosperar, pois a multa cobrada nos autos guarda perfeito liame com a conduta da autuada e a lei. Não sendo, portanto, arbitrária a sua cobrança, razão pela qual não há que falar em multa com caráter de confisco.

Nesse raciocínio, convém lembrar dos ensinamentos do insigne professor Hugo de Brito Machado, que na sua obra, Curso de Direito Tributário, assim leciona:

> *"A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele." (Editora Malheiros, 25ª Edição, págs. 58/59).*

Por fim, em relação a efetiva ocorrência de números 04 e 05, em consonância com o fundamento trazido pelos autuantes, percebe-se a ausência de manifestação por parte do contribuinte, razão pela qual, julgo imediatamente procedente a aludida infração.

Tecidas essas considerações, tem-se por necessário o acolhimento parcial do presente auto de infração, com escopo de se afastar, tão somente, os valores contemplados com a substituição tributária, e reconhecidos pelos próprios autuantes (fl. 392-v).

5 – DA DECISÃO

Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, ***JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE*** **o Auto de Infração lavrado contra a empresa na inicial qualificada, para impor-lhe as penas de multa no valor de R$**

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador

303.106,40 (trezentos e três mil,cento seis reais e quarenta centavos, acrescida de R$ 91.371,00 (noventa e um mil,trezentos e setenta e um reais) a título de ICMS, perfazendo um montante de R$394.477,40 (trezentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e setenta e sete reais reais e quarenta centavos), sujeito à atualização monetária nos termos do artigo 133 do citado Regulamento.

Remetam-se os autos à 6ª URT para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP-Natal,28 de agosto de 2013.

Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador