DECISÃO nº.: 244 **/2013– COJUP**

PAT nº.: 433/2013 – 1ª. URT (protocolo nº. 136984/2013-8)

AUTUADA: ORTONON INDUSTRIA E COMERCIO DE ESPUMAS

ENDEREÇO: Rod. RN-160, s/n, Km 4 –Est. Natal-São Gonçalo

São Gonçalo do Amarante-RN.

AUTUANTES : FLORA MARIA DE LIMA PEDROZA

ANA KARINA CIRIACO FRAGOSO

DENÚNCIA: Deixar de utilizar equipamento emissor de cupom fiscal, quando obrigado ao uso.

**EMENTA – ICMS – Obrigação acessória – 1. Falta de Utilização do equipamento emissor do cupom fiscal(ECF) .**

Elementos processuais que atestam o equívoco dos agentes fazendários na identificação do sujeito passivo – Prejudicado o exercício do contraditório e da ampla defesa - Recolhimento espontâneo de crédito tributário diverso do discutido nos autos – Nulidade configurada à luz dos incisos II e III do Art. 20 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.

**AUTO DE INFRAÇÃO NULO.**

## DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 433/2013 – 1ª URT, onde se denuncia não utilização de equipamento emissor de cupom fiscal, onde esta sendo dado como infringido o Art. 150 XIX, c/c Art. 830-B, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97 –

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, VIII, "q", do supracitado instrumento regulamentador, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é de multa no valor de R$ 154.114,51 (cento e cinquenta e quatro mil, cento e catorze reais e cinquenta e um centavos), em valores históricos.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada como: Termo de Início de Fiscalização; Ordem de Serviço habilitando o autor do feito a proceder à ação fiscal; Termo de Início de Fiscalização; Extrato fiscal; Conculta de Cadastro; Notificação Fiscal; Demonstrativos das Ocorrências dando conta do crédito tributário; Relatório Circunstanciado de Fiscalização; Termo de Ocorrência.

Vasto material relativo ao SIMPLES NACIONAL encontra-se apenso às fls. 10 a 148.

O demonstrativo da autuação está às fls. 149 a 153, ficando o relatório circunstanciado de fiscalização e o Termo de Ocorrências posicionados às fls. 154/158.

## 2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se às denúncias, alegou em síntese a autuada, através de sua singela impugnação às fls. 163/165:

- Que consta dos autos uma aplicação de multa de 2% sobre o faturamento pela falta do cumprimento da obrigação acessória denunciada, e no entanto, a multa foi aplicada sobre o todo do faturamento da matriz no período que compreende janeiro de 2008 a abril de 2013, estando incluído o faturamento referente à fabricação de colchões e o comércio atacadista de artigos de colchoaria;

- Que entende que a multa deveria ser aplicada apenas sobre o faturamento do comércio varejista, nesse sentido a empresa espontaneamente fez o levantamento de todos os valores referentes a vendas no varejo através do cartão de crédito durante o período de janeiro de 2008 a abril de 2013,que em alguns meses desse período equivocadamente foi utilizado o **"POS"** e consequentemente deixou-se de emitir o documento fiscal referente a estas transações, sendo assim a empresa espontaneamente retificou as declarações referentes ao período acima, incluindo os valores das vendas de cartões de crédito operacionalizados através do **"POS",** acrescentando também as vendas em outras modalidades, apurando-se o valor total de omissão de receitas de R$ 366.017,68 conforme anexo 3 e que sobre esse valor de omissão de receitas é que entendemos que deverá ser aplicada a multa de 2% pela infração no montante de R$ 7.320,35;

- Que a autuada efetuou o recolhimento dessa multa corrigida monetariamente e com a dedução de 50% por apresentar o recolhimento dentro do prazo de 30 dias contados desde a entrega do auto de infração, onde no anexo 2, faz o cálculo e comprovante de pagamento da ordem de R$ 4.460,13;

- Que no período em questão, em vendas a varejo via POS, deixou de emitir os respectivos documentos fiscais, vindo depois espontaneamente fazer o levantamento destas vendas no varejo através de cartão de crédito e retificou todas as declarações de GIM nos anos de 2008 e 2009 e o PGDAS dos exercícios de 2010, 2011, 2012 até abril de 2013(anexo 3), onde afoi apurado o valor de omissão de receitas com cartão de crédito em 2008 R$ 7.498,40, em 2009 R$ 2.733,90, em 2010 R$ 71.533,80, em 2011 R$ 137.678,01, em 2012 R$ 140.015,07 e até abril de 2013 R$ 6.558,50, totalizando o valor de R4 366.017,68.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

- Que requer ao final a reconsideração da multa do auto de infração, considerando apenas R$ 366.017,68 de vendas, cabendo à multa no valor de R$ 7.320,35 equivalente a 25 do valor corrigido, onde recolheu espontaneamente R$ 4.460,13.

Para consubstanciar com sua argumentação, a defesa acosta aos autos vasta documentação (doc. De fls. 166/469), envolvendo os mais diversos documentos administrativos e tributários.

## 3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestarem a impugnação da autuada, os ilustres autores, conforme fls. 471 a 474, justificam:

- Que a empresa ORTONON (FIC 20.015.192-4) recebeu notificação pela não utilização do uso do Equipamento emissor de cupom fiscal em 29/04/2012 através do auditor de Mat. 190918(fls. 09);

- Que tal notificação decorre do fato de sua filial CNPJ 08.484.214/0004-35 situado no mesmo endereço da fábrica, não possuía qualquer ECF, possuía sim, um POS cujo CNPJ vinculado a sua mátria, ou seja a fábrica, objeto deste auto de infração;

- Que apreendido à época tinha CNPJ cadastrado o da loja matriz, procedeu-se a notificação em nome desta (CNPJ 08.484.214/0001-92 – FIC 20.068.341-1), gerando a Ordem de Serviço em nome da mesma matriz;

- Que numa segunda visita fiscal, para ciência do auto de infração, o contribuinte informou que a loja tinha uma inscrição estadual própria e distinta da fábrica;

- Que nesta ocasião, os auditores fiscais perceberam um POS ligado ao CNPJ da loja fábrica(matriz), conforme documento de emissão do cartão de crédito anexado no SIGAT;

- Que o fato da filial 20015192-4 não possuir em seu recinto qualquer documento que identifique como sendo um estabelecimento distinto da fábrica levou a situação que aparentava se a loja mera extensão da fábrica.

- Que o contribuinte não pode se beneficiar de sua própria torpeza, onde reconheceu espontaneamente reconheceu a ausência de escrituração contábil e recolhimento de ICMS da filial, recolhendo a multa de 2% sobre as vendas da filial;

- Que percebe-se que se está diante de um caso em que na prática quem recebeu a visita fiscal foi uma empresa(filial), mas quem foi autuada foi outra empresa, a matriz, embaraço esse causado pela autuada, para tentar burlar o fisco;

- Que o Art. 65 do RICMS previu situações desta natureza, com eventuais ajustes jurídico-tributário a serem procedidos nos termos do Arts. 21 e 22 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98;

- Que o Art. 830-B estabelece que esta multa deve incidir sobre todas as operações do período, ou seja, sobre o faturamento da empresa, onde transcreve tal artigo;

- Que junta aos autos planilha contendo o faturamento da filial CNPJ 08.484.214/0004-35, FIC 20015192-4 (fls. 475/476).

- Que mantem o auto de infração;

## 4. ANTECEDENTES

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

Consta dos autos (fl. 31) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

## DA DILIGÊNCIA FISCAL

Este julgador em despacho de fls. 478 remeteu os autos em diligência objetivando complementação do exame de contestação fiscal por parte dos agentes fazendários.

Em resposta à diligência acima, os autuantes se pronunciam em informação de fls. 479, onde se expressam em síntese:

1. Que as informações prestadas na contestação quanto aos **valores referem-se ao faturamento da empresa filial** , com base no apuramento apurado mediante PGDAS e GIM;

2. Que o contribuinte fez um recolhimento espontâneo antecipado, a título de pagamento da multa de 2% no valor de R$ 4.460,13 **em nome da matriz inscrição estadual 20.068.341-1,** sujeito passivo da presente autuação, corresponde a R$ 7320,35 sem desconto regulamentar, valor este que corresponde a multa de 2% sobre o valor de vendas de cartão de cre´dito acrescidas de vendas em outras modalidades desconsiderando as operações de cartão de crédito que correspondem a prestação de serviços de consertos de colchões, que segundo a autuada, são realizados pela matriz.

## DO MÉRITO

Quanto à questão de fundo, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda maiores elucubrações, especialmente, porquanto, as agentes fazendárias atestam nos autos que cometerem equívoco quanto à identificação do sujeito passivo.

Transcrevamos a seguir alguns trechos da peça de contestação à defesa, de responsabilidade dos agentes fazendários :as fls. 472/474 :

> " .... **Conforme relato acima, a visita fiscal foi efetivamente realizada na loja filial e não na loja matriz, o POS apreendido se encontrava na referida loja que, no entanto, não foi identificada como estabelecimento distinto da fábrica por confusão contábil/fiscal** causada pelo próprio autuado.
>
> Não sendo, portanto, adequado e razoável que o contribuinte se beneficie do próprio erro. **Inclusive , espontaneamente, o**

**autuado reconheceu a ausência de escrituração contábil e consequente não recolhimento do ICMS da loja filial( que recebeu a visita fiscal)** providenciando o imediato **recolhimento bem como reconhece que é devedor da multa de 2% sobre todas as operações de vendas efetuadas pela loja filial.** `

**Percebe-se que se está diante de um caso em que na prática quem recebeu a visita fiscal foi um empresa (filial), mas quem foi autuada foi outra empresa, a matriz.** No entanto, tão equívoco foi causado pela própria empresa, talvez até mesmo com a finalidade de burlar a fiscalização..."

" ...Caso os julgadores desta corte entendam que a **notificação inicial feita dentro do estabelecimento da empresa filial, onde efetivamente ocorreu a primeira visita fiscal com o uo efetivo do POS, inscrição estadual 20.015.192-4, CNPJ 08.484.214/0004-35, mas cuja notificação foi feita na empresa da matriz,** IE 20.068.341-1, CNPJ 08.484.214/0001-92 prejudique este auto de infração pleiteio, então que sejam mantido todos os atos de fiscalização já efetuados, em nome do princípio da celeridade e que sejam aproveitados os atos de fiscalização efetivados que tenham realizado o seu fim, conforme parágrafo 1 do Art. 61 do RPPAT. Destacando ainda, que a filial e a matriz fazem parte do mesmo grupo econômico, tendo portanto, mesmos sócios, **e que a notificação foi efetivamente realizada, se não o foi da maneira mais adequada** ocorreu por causas produzidas pelo próprio autuado, não sendo justo que ele se beneficie do próprio erro.

Assim, subsidiariamente, pleiteio que a multa de 2% pela falta de uso do ECF, **seja aplicada sobre o faturamento da empresa filial.** No enanto, o valor informado como faturamento pela autuado, na verdade, é apenas o faturamento efetuado utilizando-se o POS e algumas outras vendas, sem considerar a receita já informada ao PGDAS e GIM(empresa mudou o regime de pagamento em jar/2010 para o SIMPLES).

**O faturamento da empresa filial que deve sevir de base de cálculo** para o referido período é de R$ 642.029,10 (2010,2011,2012 até mai/2013) mais R$ 1.569.994,77( um milhão quinhentos e sessenta e nove mil novecentos e noventa e quatro reais e setenta e sete centavos) **conforme GIM (2008 e 2009) retificados pela empresa filial,** nos quais acresceu valores não escriturados em razão do uso do POS e outras vendas, totalizando um faturamento de R$

reais e noventa centavos). ..." ( grifos nossos).

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

A transcrição desses trechos das peças dos autuantes, conduzem o raciocínio desse julgador para o convencimento de que houve um grande equívoco dos agentes fazendários responsáveis pela autuação, à medida em que repetidas vezes como acima está grifado está sendo dito que as questões discutidas nos autos referem-se a loja filial de Inscrição estadual de nº 20015.192-4 (CNPJ 08.484.214/ 0004-35), enquanto que a denúncia fiscal foi feita junto à loja matriz de inscrição estadual de nº 20.068.341-1 (CNPJ 08.484.214/0001-92).

Repitamos dois do trechos acima constantes dos autos às fls. 472, que não deixam nenhum dúvida do convencimento deste julgador:

**"... a visita fiscal foi efetivamente realizada na loja filial e não na matriz...**

**Percebe-se que se está diante de um caso em que na prática quem recebeu a visita fiscal foi uma empresa( filial), mas quem foi autuada foi outra empresa, a matriz..."**

Todas essas distorções refletem a fragilidade e insubsistência da denúncia fiscal nos moldes em que foram levados a efeito pelos agentes fazendários.

A matéria carece de maior aprofundamento, inclusive de identificação do sujeito passivo, ferindo os disciplinamentos dos incisos II e III artigo 20 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, " **in verbis":**

> **Art. 20**. São nulos:
>
> .....
>
> **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;

Toda a fragilidade na construção da denuncia, configuram hipóteses de nulidade processual à medida que dificultam o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, e como repetidas vezes atestam os próprios denunciantes, houve erro de identificação do sujeito passivo, em razão de constatar irregularidades na loja filial e autuarem a loja matriz.

Contudo não pode ser ignorado o recolhimento espontâneo do crédito tributário procedido pelo contribuinte mediante FCB de fls. 174, feito na inscrição estadual da autuada loja matriz, após proceder, segundo afirma, retificações de suas GIMS.

O recolhimento espontâneo realizado não se confunde com o objeto da ação fiscal junto a sua loja filial, **ensejando o exame mais aprofundado pela Coordenadoria de Fiscalização da SET/RN** desse recolhimento em confronto como toda a documentação que fora acostada nos autos.

No caso relativo à retificação das GIMS e recolhido espontâneo ora discutido, entendo encontrar respaldo nos dispositivos do Art. 337 do RICMS, senão vejamos:

> **Art. 337. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração**, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido, inclusive correção monetária e juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa quando o montante do tributo dependa da apuração.

*Pedro de Medeiros Dantas Júnior*
*Julgador Fiscal*

> **§ 1º** Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de ação fiscal relacionada com a infração, observado o disposto no art. 36 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário, aprovado pelo Decreto nº. 13.796, de 16 de fevereiro de 1998. **(NR dada pelo Decreto 20.341, de 11/02/2008)**

A situação objeto do recolhimento espontâneo não se confunde com o exame fiscal levado a efeito pelo fisco, e deverá ser objeto de analise pela Coordenadoria de Fiscalização, com os devidos assentamentos nos livros da autuada.

Ou seja, o recolhimento espontâneo realizado, não se confunde com a denuncia fiscal posta e deverá seguir a rotina normal de apreciação pelo fisco.

A despeito da denuncia fiscal propriamente dita como foi posta nos autos, em razão de falta de efetiva demonstração, que veio dificultar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelo contribuinte, adicionado ao equívoco na identificação do sujeito passivo, conduzem o raciocínio deste julgador, para o convencimento da nulidade processual.

Declarada a nulidade processual, a matéria poderá ser novamente apreciada pelo fisco estadual, onde devera ser observado não só a questão da identificação do sujeito passivo, mais uma demonstração objetiva e ordenada de todas as variáveis computadas nos demonstrativos da autuação.

## DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, ***JULGO NULO*** o presente Auto de Infração lavrado contra a empresa ORTONON INDUSTRIA E COMERCIO DE ESPUMAS E COLCHÕES EIRELI, FIC de nº 20.068.341-1, DETERMINANDO, que após transitados e julgados os autos, sejam extraídos cópias dos autos para remessa às Coordenadoria de Fiscalização e Coordenadoria de Arrecadação da Secretaria de Estado da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, para os devidos assentamentos relativos ao recolhimento espontâneo de fls 173/174, como também o exame pormenorizado da documentação acostada aos autos..

Em obediência aos ditames do Art. 114 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, **RECORRO** da presente decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio grande do Norte, devendo ser remetidos os autos a repartição preparadora para ciência das partes e demais providências complementares cabíveis.

Natal(RN), 20 de setembro de 2013.

PEDRO DE MEDEIROS DANTAS JÚNIOR
JULGADOR FISCAL – MAT. 62.957-0