DECISÃO Nº: **269/2013**
PROTOCOLO Nº: 513950/2012-8
PAT N.º: 920/2013- 1ª URT
AUTUADA: C & L MERCADINHO VAREJISTA LTDA. ME.
FIC/CPF/CNPJ: 20.248.325-8
ENDEREÇO: R. IBIARA, 20, Cidade da Esperança, Natal-RN- CEP 59070-460
AUTUANTES Michael Pedrosa Magalhães, mat. 194.537-8, e Júlio Basilio Nascimento Filho, mat. 8.654-1

EMENTA – ICMS – Falta de escrituração de notas fiscais de entrada com recolhimento do ICMS normal e por substituição tributária, e divergência de ICMS nas NFs e nos livros fiscais, ocasionando diminuição indevida do tributo a rècolher;
1- Contribuinte alega cerceamento de defesa por abertura do prazo para defesa com seus documentos ainda em mãos da fiscalização;
2- Reaberto prazo para defesa, em atenção ao princípio da ampla defesa e acesso ao contraditório, não houve nova alegação ou juntada de documento;
3- Livro de Entradas demonstra falta de escrituração de NFs-e, com consequente falta de recolhimento do ICMS devido;
4- Cópias de notas fiscais emitidas e do Livro Registro de Saídas e de GIM comprovam divergência nos lançamentos, com diminuição irregular do ICMS apurado e devido.
5- AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração n° 000920/2013 – 1ª URT, onde se denuncia a falta de escrituração no livro próprio de notas fiscais de Entrada, referente a mercadorias não mais sujeitas tributação normal, falta de recolhimento do ICMS em decorrência da ausência de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias, e falta de recolhimento do ICMS devido em decorrência de divergências nos valores de saídas ESCRITURADAS, tudo através da conciliação dos livros fiscais com a documentação correlata, conforme demonstrativos anexos.

Dessa forma, deram-se por infringidos os artigos 150, III, XIII e XIX, c/c arts. Art. 105, 130-A, 578, 609, e 623-B e 623-C, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foram propostas as constantes do art. 340, I, "c", e III, "f", do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário resultou, segundo os autores do feito, em uma multa no valor de R$ 2.519,57 (dois mil, quinhentos e dezenove reais e cinquenta e sete centavos), além do ICMS devido, no valor de R$ 1.323,56 (um mil, trezentos e vinte e três reais e cinquenta e seis centavos), perfazendo o montante de R$ 3.843,13 (três mil, oitocentos e quarenta e três reais e treze centavos), em valores históricos.

Foram anexadas Consulta a Cadastro, Ordem de Serviço, Termos de Início e de fim de Fiscalização, de Recebimento parcial de Documentos, de Devolução de Documentos, Extrato Fiscal e Consulta a Cadastro do Contribuinte, Demonstrativo das ocorrências, Relatório Circunstanciado da fiscalização e cópia de livros e documentos fiscais do contribuinte.

2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, alegou a autuada, através de sua impugnação, às fls. 69 e seguintes, sucintamente o que se segue:

- que houve cerceamento de defesa pela impossibilidade de vistas dos autos no prazo legal;

-que o "contribuinte foi notificado do lançamento em 20/09/2012, cabendo-lhe trinta dias para apresentação da defesa", mas que conforme Termo de Devolução de Documentos em anexo, somente no dia 27/09/2012 é que foram devolvidos os documentos fiscais, representando um cerceamento de defesa.

-que de acordo com o art. 83 do Decreto 13.796/98, a impugnação instaura o litígio, devendo ser apresentada "por escrito e no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da intimação";

-que a Constituição Federal garante a todos, em processo administrativo ou judicial, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, princípio ferido pela "retenção de livros e documentos fiscais pelo Fisco além do prazo estabelecido para impugnação";

- que há ausência de provas quanto às ocorrências, devendo os documentos coadunarem-se aos autos, não cabendo meras alegações de descumprimento da legislação tributária.

Pelo que, juntando cópia da Contrato Social da empresa, e de documento pessoal, citando jurisprudência e doutrina no sentido do alegado, requer a nulidade do lançamento.

3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestar a impugnação da autuada, os ilustres autores, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 90 e seguintes, alegaram, sucintamente, que:

- preliminarmente, não cabe a alegação de cerceamento de defesa pela eventual retenção de livros e documentos no prazo estabelecido para apresentação da impugnação, pois o contribuinte nem sequer se preocupou em analisar as infrações e penalidades propostas no auto de infração;

- que não houve prejuízo à defesa, porque os livros fiscais foram entregues em meio magnético, não podendo se falar em qualquer prejuízo à defesa, porque o acesso a estes arquivos ocorreu, inclusive, no mesmo dia da ciência do auto de infração, pela sra. Lidiane Amaral do Nascimento, contadora da empresa, conforme Termo de Recebimento e Autenticação de Arquivos Magnéticos de fl. 63;

- quanto às provas, que as ocorrências 1 e 2 resumem-se a falta de escrituração de mercadorias sujeitas a tributação normal, isentas, não tributáveis e cuja

substituição já foi realizada, tudo evidenciado pelo número da NF, CNPJ do emitente, UF de origem, CFOP de venda, Valor da Nota, Alíquota, ICMS destacado e Chave da NF-e, cujos arquivos encontram-se no "Arquivo 20.248.325-8-Arquivos XML", contemplando as ocorrências apenas as notas fiscais eletrônicas;

- que com relação à terceira ocorrência, é de fácil constatação que todos os documentos necessários que embasam a infração estão detalhados, conforme documentos de fls. 57 a 62 do presente processo, verificando-se que o contribuinte suprimiu os valores destacados nos documentos fiscais, constatável pelo fato de que o ICMS lançado nos documentos fiscais diverge do ICMS lançado no livro Registro de Saídas.

- Pelo que, requerem a manutenção do auto de infração em sua integralidade.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 67) que a autuada **não é reincidente** na prática do ilícito fiscal denunciado.

Em virtude da retenção de parte dos livros e documentos fiscais já no decurso do interregno estipulado para apresentação da impugnação, foi concedido, pelo despacho de fls. 109 e 110, novo prazo para apresentação da defesa.

É o que se cumpre relatar.

DO JUIZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela autuada preenche aos pressupostos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial.

DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A autuada insurgiu-se inicial, ou preliminarmente, alegando que teria havido um cerceamento de defesa, porque o contribuinte foi notificado do lançamento em 20/09/2012, conforme auto de infração de fl. 02, mas ocorre que a devolução, por parte do Fisco, de documentos fiscais apresentados pela empresa no curso da fiscalização, ocorreu somente no dia 27/09/2012, logo, após a ciência da Notificação do Lançamento, ocorrida em 20/09/2012, conforme auto de infração de fl. 02, dentro, então, do prazo que já estava correndo para apresentação da impugnação.

Tal retenção representaria, assim, cerceamento ao direito de defesa e acesso ao contraditório, a todos garantido pela Lei Maior. Em virtude do que, requereu a nulidade do lançamento. A priori, poder-se-ia entender que não teria havido cerceamento à defesa, por não haver nenhuma informação ou dado que não fosse de seu conhecimento e pudesse por ele ser acessado em sua defesa, já que fornecidos em meio magnético.

Entende-se também que não se enquadra a presente hipótese nos casos de nulidade absoluta do processo, previstos expressamente no artigo 20 do Decreto 13.796/98, que regulamenta os processos e procedimentos administrativo tributários, como insuficiência da determinação da matéria tributável, erro do sujeito passivo e outros. E também pela previsão de saneamento, no mesmo dispositivo legal:

Art. 21. *As incorreções, omissões ou inexatidões que não importem nulidade devem ser sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.*

Em virtude do que, foi reaberto novo prazo para apresentação de impugnação e mesmo eventual juntada de documentos, conforme despacho de fls. 109 e110, para que não pudesse haver argumentação de cerceamento de defesa ou falta de acesso ao contraditório, providência tomada em nome do princípio constitucional evocado.

A ausência de juntada de qualquer documento ou nova alegação, mesmo diante da reabertura do prazo para apresentação de nova de defesa, evidencia que a impugnação originária possuía um caráter meramente protelatório, em relação à solução do litígio.

DO MÉRITO

Ultrapassada a questão preliminar, pode-se adentrar o mérito. A primeira ocorrência versa sobre eventual falta de escrituração de notas fiscais de entrada no livro Registro de Entradas, referente a mercadorias não mais sujeitas a tributação normal.

O demonstrativo da ocorrência, de fl. 12 , discrimina o número das notas fiscais, data de emissão, CNPJ dos emitentes, e valores dos documentos, entre outas informações. Assim, consta a NF 38745, emitida em 28/10/2011, no valor de R$ 1.506,82, e que não consta do livro Registro de Entradas, onde deveria estar, conforme documento de fl. 36.

O mesmo ocorre com a NF 230876, de 09/11/201, no valor de R$ 1.200,00, que também não está registrada no livro próprio, onde deveria estar, conforme documento de fl. 38. Idem quanto às notas fiscais números 231767 e 38981, emitidas em 09/11/2011, respectivamente nos valores de R$ 599,44 e R$ 1.506,82, que também não foram registrada no livro de Entradas, também segundo documento de fl. 38 dos autos. Nota-se que não há cobrança de ICMS, só foram lançados no demonstrativo os valores referentes às penalidades aplicáveis.

Já a segunda ocorrência trata da eventual falta de recolhimento do imposto em decorrência da suposta ausência de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas à tributação normal. As notas fiscais estão discriminadas no Demonstrativo de fl. 13, e na Relação de fls. 20 e 21. Nelas, também pode-se ver o número das notas fiscais, datas de emissão, CNPJ dos emitentes, Unidades de origem, CFOP, Valores das notas fiscais, ICMS e Chaves NFE, uma vez que tratam-se de Notas Fiscais Eletrônicas.

Também constam os valores dos tributos devidos, com base de cálculo de apuração e com os créditos concedidos a que o contribuinte faz jus. Apenas a título de ilustração anexa-se a esta decisão, retirada do CD-Rom anexo, de fl. 64, cópia de uma das notas fiscais constantes do demonstrativo, a de número 669.535, emitida em 29/07/2011, no valor de R$ 327,78 (trezentos e vinte e sete reais e setenta e oito centavos). Verifica-se que o cálculo do demonstrativo está correto, com o crédito devidamente apurado, de R$ 39,34 (trinta e nove reais e trinta e quatro centavos), correspondente ao imposto destacado na referida nota fiscal.

A cópia do livro Registro de Entradas, no caso documento de fl. 25, comprova que não houve a escrituração da nota fiscal da compra de mercadorias, no caso leite, manteiga e doce de leite, fornecidas pela empresa CBL Alimentos S/A, de Morada Nova, no Ceará, de CNPJ 10.438.444/0002-60. O mesmo ocorrendo com as demais notas fiscais, números 333985, de 04/08/2011, as números 479068 e 479068, de 05/08/2011, a 86671, de 09/08/2011, 196644, de 26/08/2011, 191056 e 413050, de 24/11/2011, e 50996, de 30/12/2011, que também não constam do livro Registro de Entradas, juntados às fls. 23 a 55 dos autos.

A terceira ocorrência versa sobre duas notas fiscais que, embora regularmente escrituradas, o foram com valores indevidos, apresentando divergências entre os valores dos impostos destacados nos documentos fiscais e o valor escriturado do ICMS no livro de Saídas, ocasionando assim a diminuição indevida do ICMS que teria que ser recolhido. Na nota fiscal nº 52, de 10/10/2011, conforme cópia juntada à fl. 58, o valor do ICMS lançado foi de R$ 1.959,11 (um mil, novecentos e cinquenta e nove reais e onze centavos), mas no Registro de Saídas de fl. 60 o valor do ICMS lançado foi de R$ 1.578,55 (um mil, quinhentos e setenta e oito reais e cinquenta e cinco centavos).

Já na NF nº 53, também de 10/10/2011, documento de fl. 59, o ICMS lançado foi de R$ 1.134,75 (um mil, cento e trinta e quatro reais e setenta e cinco centavos), que no Registro de Saídas de fl. 60 passou, inexplicavelmente, a ser de R$ 771,63 (setecentos e setenta e um reais e sessenta e três centavos). Tudo isso (tais "equívocos") ocasionando, assim, indevidamente, a redução do valor do imposto a pagar, conforme verifica-se pela sua Guia Informativa Mensal (GIM) do período (outubro de 2011), segundo documento de fls. 61 e 62 dos autos.

O contribuinte, em sua impugnação aos lançamentos, documento de fls. 69 e seguintes, não entrou propriamente no mérito, basicamente limitando-se a alegar o cerceamento de seu direito de defesa, pelos motivos já tratados acima. Já se arguiu também que não teria havido cerceamento algum de defesa, sobretudo pelo fornecimento dos arquivos em meio magnético, sendo a maioria das notas fiscais emitidas eletronicamente, e não fisicamente, da forma como antigamente eram confeccionados os talonários de notas fiscais, escrituradas a mão.

Já as notas fiscais 52 e 53, relativas à terceira ocorrência, foram emitidas pelo próprio contribuinte, sendo de seu pleno conhecimento, não cabendo falar-se em cerceamento à defesa, já que as cópias foram juntadas aos autos, o mesmo ocorrendo com o livro Registro de Saídas em que foram lançadas.

Desse modo, mesmo assim, em atenção ao mais amplo princípio de acesso ao contraditório e direito de defesa, foi oferecida nova oportunidade, com a reabertura do prazo para apresentação de defesa, não havendo, por parte do contribuinte, nem uma única linha de adendo à sua defesa original, nem a juntada de qualquer novo documento, fazendo pressupor que a defesa original ensejava contexto meramente protelatório.

Dessa forma, extremamente prejudicada ficou a defesa do contribuinte, nos termos da legislação processual vigente. O Decreto 13.796/98, que regulamenta os Processos e Procedimentos Administrativo Tributários, assim trata a questão:

> ***Art. 83***. *A impugnação da exigência instaura o litígio de natureza tributária, dando início ao processo administrativo, devendo ser apresentada, por escrito, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da intimação.*
>
> ***§ 1º*** *A impugnação tempestiva suspende a exigibilidade do crédito tributário, exceto quando decorrente de infração por falta de recolhimento, ressalvado no caso de comprovação de erro no valor lançado.*
>
> ...
>
> ***Art. 84***. *Não se instaura o litígio em relação à matéria que não tenha sido expressamente impugnada ou não questionada na impugnação.*
>
> ***Art. 85***. *Também não se instaura o litígio nem suspende a exigibilidade a impugnação:*
> ***I*** *- apresentada fora do prazo legal;*
> ***II*** *- apresentada em repartição diferente da indicada no ato da intimação;*
> ***III*** *- apresentada por parte ilegítima ou que não comprove a condição de representante legal do sujeito passivo;*
> ***IV*** *- com caráter meramente protelatório, assim considerada a que contiver:*
> ***a)*** *a contestação de valores ou informações anteriormente confessados ou declarados pelo sujeito passivo, não retificados no prazo previsto no art. 81, ressalvada a hipótese de erro devidamente comprovado;*
> ***b)*** *argüição tão-somente de ilegalidade ou inconstitucionalidade de disposição de lei;*
> ***c)*** *o pedido de dispensa, por eqüidade, de pagamento de crédito tributário;*

> ***d)*** *a discussão de matéria já submetida, pelo impugnante, à apreciação judicial ou a procedimento de consulta em andamento;*
> ***e)*** *a mera manifestação de inconformidade com a lei.*

Pelos termos dessa norma, sua impugnação, alegando somente o cerceamento de direito de defesa, não é suficiente para o efetivo combate da acusação que lhe é imposta. A prejudicialidade de sua defesa ainda ficou patente por mais dois motivos: inicialmente, pelo não acréscimo de qualquer argumento ou documento, quando lhe foi concedido novo prazo para o seu pleno exercício do direito de defesa, e também porque a matéria em discussão não envolve qualquer dificuldade de entendimento ou complexidade de questão tributária, constando as provas nos autos. O Código de Processo Civil disciplina a matéria da seguinte forma:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa C & L MERCADINHIO VAREJISTA LTDA. ME., acima qualificada, para impor à autuada a aplicação da penalidade de multa de que cuida a inicial, no valor de R$ R$ 2.519,57 (dois mil, quinhentos e dezenove reais e cinquenta e sete centavos), além do ICMS devido, no valor de R$ 1.323,56 (um mil, trezentos e vinte e três reais e cinquenta e seis centavos), perfazendo o montante de R$ 3.843,13 (três mil, oitocentos e quarenta e três erais e treze centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 33 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal

COJUP, Natal, 14 de outubro de 2013.

Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal