DECISÃO nº.: 301/**2013 – COJUP**

PAT nº.: 960/2013 – 1ª URT (protocolo nº. 229433/2013-6)

AUTUADA: **SBF COMERCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA.**

ENDEREÇO: Av. Bernardo Vieira 3775 EUC225 P2MIDWAY MALL - TIROL Natal - RN

AUTUANTE: EDWARD SINEDINO DE OLIVEIA

DENÚNCIA: 1 – A empresa deixou de escriturar em Livro Próprio, dentro dos prazos regulamentares, especificamente em relação às notas fiscais de entrada destinadas à revenda de mercadorias, sujeita à tributação normal, no período de 01.01.2008 a 31.12.2009.

EMENTA – ICMS – Falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadoria em livro próprio.
Garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa — Nulidade não configurada – Ausência de escrituração que se equipara à saída de mercadoria – Inteligência do Art. 9º. Parágrafo 5º inciso I da Lei Estadual 6968/96 – Confisco na aplicação do penalidade não configurado.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 960/2013 1ª. URT, lavrado em 03 de setembro de 2013, depreende-se que a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denuncia fiscal de **Falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadoria tributadas, no período de 01.01.2008 a 31.12.2009**, onde foi dado como

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

infringido o disposto no Art. 150 inciso XIII, c/c Art. 609, Art. 623-B e Art. 623-C, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97;

Para esta ocorrência foi proposta pelo fisco a pena de multa prevista pela alínea "f", inciso III, Art.340.

Ao total, está sendo exigido da autuada R$ 73.034,23 (setenta e três mil, trinta e quatro reais e vinte e três centavos) de imposto e R$ 87.482,00 (oitenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e dois reais) a título de multa.

O contribuinte deu a sua ciência na peça vestibular em data de 04 de setembro de 2013, recebendo a sua via de direito.

Temos apensos aos autos Ordem de Serviço (fls. 03), Termo de Inicio de Fiscalização (fls. 04), Termo de Intimação fiscal (fls. 05), Informação fiscal \(fls. 06), Termo de Intimação fiscal (fls. 07), Termo de Recebimento Parcial de Documentos (fls. 08), Termo de Recebimento Parcial de documentos (fls. 10), Notificação para recolhimento espontâneo de imposto (fls. 14), Demonstrativos da autuação (fls. 15/23), Termo de Devolução de documentos (fls. 24), Relatório circunstanciado de fiscalização (fls. 25/26), Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 27/28), Instrumento Procuratório (fls. 29), dentre outros.

Informações de fls. 32 de emissão da repartição preparadora, dão conta da condição de não reincidente da autuada no cometimento da infração denunciada.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada protocola peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 34/47), onde em síntese vem alegando.

1. Que os Artigos 623-B e 623-C não existem na legislação que fundamenta a exação fiscal;

2. Que o ato vinculado do fiscal, possui vício inafastável de formalidade, posto que não permite ao contribuinte a perfeita compreensão sobre o fato e esta fundamentado em dispositivo que inexiste na legislação, onde segundo alega, configura nulidade processual;

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

3. Que se há simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo dono não resta caracterizada a hipótese de incidência do ICMS, em face de não ocorrida a transferência de propriedade;

4. Que basta verificar nas entradas e saídas do período que a maior parte das notas fiscais se referem a CFOP's de transferência entre estabelecimento da mesma empresa;

5. Que é confiscatória a proposta de penalidade posta nos autos.

6. Que deve se declarada a improcedência da autuação.

Juntamente com a peça de defesa, temos acostados dos autos, uma pela de substabelecimento de procuração do Dr. Marcos Domingos Neto para a Dra. Isabelle Porto de Souza (doc. De fls. 48).

As. fls. 49 temos outro instrumento procuratório de substabelecimento de poderes do Dr. Emílio Janner Romualdo para cinco advogados, dentre eles o Dr. Marcos Domingos Neto.

Às fls. 50/51 temos uma procuração pública da autuada para diversos advogados, dentre eles o Dr. Emilio Janner Romualdo.

O mesmo instrumento procuratório de fls. 48, aparece às fls. 100, desta feita com reconhecimento público de assinatura.

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronunciam em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 81/91), argumentando em síntese:

1. Que as normas regulamentares disciplinadas nos artigos 623-B e 623-C, os quais transcreve em sua contestação, existem desde 2008, desmentindo a alegação de defesa;

2. Que igualmente transcreve o Art. 155 do Constituição Federal, os artigos 1º e 2º da Lei Complementar 87/96 e os artigos 1º inciso I e Art. 2º inciso I, alínea "a", para sustentar que existe incidência d ICMS nas operações de circulação de merc adorias entre os mesmos estabelecimentos.;

3. Que todas as normas, decisões e súmulas citadas não fazem qualquer referência ou se enquadram nas cobranças feitas no auto de infração;

4. A despeito da alegação de confisco na penalidade feito pela defendente, destaca que todos os percentuais, metodologia, e seus cálculos estão claramente determinados em legislação;

5. Que nos termos do Art. 85 do RPPAT, não se instaurou o litígio, à medida que a empresa nomeou como bastante procurador o Sr. Emílio Janner Romualdo, fls. 50 e 51, cópia autenticada; às fls 49, o Sr. Emílio Janner substabelece para outros advogados, entre eles o Sr. Marcos Domingos Neto, original com firma reconhecida, às fls. 48, cópia simples, o Sr. Marcos Domingos Neto substabelece, com reservas, para a Sra. Isabele Porto de Souza. Às fls. 47, última página da brilhante Impugnação Administrativa, é uma cópia, não autenticada, e assinada (em cópia) pelo Sr. Marcos Domingos, e por fim às fls. 34, primeira página da impugnação, está assinado, em cópia, pelo Sr. Marcos Domingos Neto, e, em assinatura original, pela Sra. Isabelle Porto de Souza;

6. Que mantem o auto de infração em todos os seus termos.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 32, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado, de acordo com informações prestadas pela repartição preparadora.

3 – O MÉRITO

Versa o presente processo, sobre uma denuncia fiscal de falta de escrituração em livro próprio, de notas fiscais de aquisição de mercadoria para revenda.

Debrucemo-nos inicialmente sobre a alegação de parte do agente fazendário, de ilegitimidade de subscrição de pessoa que assinou a peça de defesa.

Transcrevamos o trecho da peça de contestação do agente fazendário (fls. 1080 onde é infocada a questão":

> **A empresa nomeou como bastante procurador o Sr. Emílio Janner Romualdo, fls. 50 e 51, cópia autenticada; às fls 49, o Sr. Emílio Janner substabelece para outros advogados, entre eles o Sr. Marcos Domingos Neto, original com firma reconhecida, às fls. 48, cópia simples,**

> **o Sr. Marcos Domingos Neto substabelece, com reservas, para a Sra. Isabele Porto de Souza. Às fls. 47, última página da brilhante Impugnação Administrativa, é uma cópia, não autenticada, e assinada (em cópia) pelo Sr. Marcos Domingos, e por fim às fls. 34, primeira página da impugnação, está assinado, em cópia, pelo Sr. Marcos Domingos Neto, e, em assinatura original, pela Sra. Isabelle Porto de Souza**; (GRIFOS NOSSOS)

O raciocínio desenvolvido pelo agente fazendário na peça acima, quer demonstrar que a peça de defesa consta a assinatura do Sr. Marcos Domingos Neto em uma cópia, e a mesma peça teve assinatura original da advogada Isabelle Porto de Souza, o que no entender deste julgador, à luz da existência do Instrumento procuratório de fls. 100, leva por terra a ideia de considerar ilegítima a assinatura subscritora da defesa.

Antes da análise do mérito propriamente dito, faz-se necessário o preliminar exame da arguição de nulidade do auto de infração suscitada pelo impugnante, sob a justificativa de nulidade processual, em razão de cerceamento de defesa, pela colocação no campo de infringência a combinação do Art. 150 inciso XIII do RICMS, com os Art. 609, 623-B e 623-C, onde segundo alega esses dois últimos seriam de desconhecimento da legislação estadual citada.

Transcrevamos estão os Artigos 609, 623 B e 623 C:

> **Art. 609. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária.**
> **§ 1º** Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.
> *§ 1° revogado pelo Decreto 21.527 de 04/02/2010.*
> **§ 1º (REVOGADO).**
> **§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.**
> **§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no último dia de cada mês, quando não houver outro prazo expressamente previsto.**
> **§ 4º Será permitida a escrituração por processamento eletrônico de dados ou por processo mecanizado, mediante prévia autorização do fisco estadual.**
> *§ 4° alterado pelo Decreto 21.527 de 04/02/2010, com a seguinte redação:*
> **§ 4º Será permitida a escrituração de forma manual, mediante prévia autorização do fisco estadual.**
>
> **§ 5º Observar-se-á o disposto nos arts. 599 a 603. , no tocante à guarda e conservação dos livros fiscais, à sua exibição ao fisco e às**

providências a serem adotadas em caso de sinistro, furto, roubo, extravio e outras ocorrências desse gênero.

§ 6º No tocante à reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, observar-se-á o seguinte:

I- a escrita fiscal somente será reconstituída quando, evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanéá-la por meio de lançamentos corretivos, for:

a) autorizada pela repartição fiscal a que estiver vinculado, a requerimento do contribuinte;

b) determinada pelo fisco;

II- em qualquer caso, a reconstituição, que se fará em prazo fixado pela repartição fiscal, não eximirá o contribuinte do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estiver sendo efetuada;

III- o débito apurado em decorrência da reconstituição ficará sujeito à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

Art. 623-B. Fica instituída a Escrituração Fiscal Digital - EFD, para todos os contribuintes do ICMS, nos termos estabelecidos nesta Seção (Ajuste SINIEF 02/09).

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital – EFD, que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse da Secretaria de Estado da Tributação, compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração do ICMS, referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

§ 2º Para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica da EFD, as informações a que se refere o § 1º serão prestadas em arquivo digital, com assinatura digital do contribuinte, seu representante legal ou procurador, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

§ 3º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do IPI;

V - Registro de Apuração do ICMS (Ajuste SINIEF 02/09).

§3º alterado pelo Dec. 21.644 de 29/04/2010, com a seguinte redação:

§ 3º O contribuinte deverá utilizar a EFD para efetuar a escrituração do (Ajustes SINIEF 02/09 e 02/10):

I – livro Registro de Entradas;

II – livro Registro de Saídas;

III – livro Registro de Inventário;

IV – livro Registro de Apuração do IPI;

V – livro Registro de Apuração do ICMS;

VI – documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP – modelos "C" ou "D" (Ajustes SINIEF 02/09 e 02/10).

Inciso VI alterado pelo Decreto 21.820, de 02/08/2010, com a redação seguinte:

VI – documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP (Aj. SINIEF 02/09 e 05/10).

§ 4° (REVOGADO).

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

§ 5° (REVOGADO).
§ 6° (REVOGADO).
§ 7° (REVOGADO).

Art. 623-C. É facultado aos demais contribuintes estabelecidos neste Estado optar pela EFD, em caráter irretratável, mediante requerimento dirigido à Secretaria de Estado da Tributação com vistas ao seu credenciamento.
Parágrafo único. Para utilização da EFD, o contribuinte deverá solicitar, previamente, seu credenciamento à Secretaria de Estado da Tributação na forma do art. 623-D.

Art. 623-C alterado pelo Decreto 21.126, de 29/04/2009, com a seguinte redação:

Art. 623-C. Fica vedada ao contribuinte obrigado à EFD a escrituração dos livros mencionados no § 3° do art. 623-B em discordância com o disposto nesta Seção (Ajuste SINIEF 02/09).
Parágrafo único. A ocorrência da hipótese vedada no caput equiparar-se-á à falta de escrituração dos livros fiscais relacionados no § 3° do art. 623-B, assim como dos documentos fiscais que lhes deram origem, sujeitando o contribuinte infrator à sanção tipificada na alínea "f", do inciso III, do art. 340 deste Regulamento (Ajuste SINIEF 02/09).

Art. 623-C alterado pelo Decreto 21.820, de 02/08/2010, com a redação seguinte:

Art. 623-C. Fica vedada ao contribuinte obrigado à EFD a escrituração dos livros e do documento mencionados no § 3° do art. 623-B deste Regulamento, em discordância com o disposto nesta Seção (Aj. SINIEF 02/09 e 05/10).
Parágrafo único. A ocorrência da hipótese vedada no caput deste artigo equiparar-se-á à falta de escrituração dos livros e do documento relacionados no § 3° do art. 623-B deste Regulamento, assim como dos documentos fiscais que lhes deram origem, sujeitando o contribuinte infrator à sanção tipificada na alínea "f", do inciso III, do art. 340 deste Regulamento (Aj. SINIEF 02/09 e 05/10).

Importa destacar que a alegação de que os Artigos 623-B e 623-C inexistem é descabida, eis que como descrito acima, tais dispositivos decorrem de convênio nacional e nasceram com o nascimento da nota fiscal eletrônica, acarretando por consequência, a aparição do EFD(Escrituração Fiscal Digital).

De certo modo esqueceu o agente fazendário de fazer constar na autuação o período em que a escrituração deveria ter sido feito na maneira tradicional e o período em que esta foi substituída pela EFD, como mostra o § 3º que ora repetimos:

§ 3º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:
I - Registro de Entradas;

Contudo não pode-se deixar de constatar que o agente fazendário fez citação à agressão aos artigos relacionados às duas situações, ou seja, parte do período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Donde se conclui nos de depreende do parágrafo 3º do Art. 623-B acima transcrito, que a EFD veio substituir a escrituração convencional, ou seja, os meses denunciados

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

deveriam ter sua escrituração ou pelo Art. 609 e nos casos de Nota Fiscal eletrônicos pelos artigos relativos ao EFD.

Não há o que se falar por conseguinte, em nulidade processual por cerceamento de defesa.

Passemos a seguir a discorremos sobre a questão de mérito, onde está sendo exigido imposto e multa pela não escrituração dos documentos fiscais elencados.

A defesa centra sua argumentação em cima de uma tese de não incidência do ICMS nas operações entre estabelecimento da mesma empresa, onde procura transparecer que a grande maioria das notas fiscais listadas, referem-se às duas transferências interestaduais recebidas.

Transcrevamos alguns dados de seu Relatório **"CONSULTA AO MOVIMENTO ECONÔMICO TRIBUTÁRIO"** (doc. De fls.**110/113**) dos exercícios de 2008 e 2009.

Nestes relatórios temos em 2008 R$ 12.527.671,05 de entradas interestaduais com utilização de ICMS da ordem de R$ 1.501.351,63 e 2009 R$ 17.698.108,07 com crédito de ICMS da ordem de R$ 3.008.678,88.

Ora, como pode o contribuinte vir questionar a tributação sobre transferência, quando os números acima, que em sua maioria referem-se à transferência, foram por ele utilizados como crédito fiscal.

Seguramente se essa tese do contribuinte fosse passível de acolhimento, todo esse imposto deveria se devolvido aos cofres do Estado do Rio Grande do Norte, o que certamente não concordaria o contribuinte.

Num outro prisma, necessário se faz destacar, **que a presente denúncia está exigindo imposto de uma situação de equiparação legal à uma saída de mercadoria, pelo não registro da nota fiscal de aquisição.**

Em não havendo registro da entrada, desaparece a certeza de que o contribuinte procederá a respectiva saída.

A intensão do legislador nas normas que tratam destas hipóteses, foi para garantir a tributação sobre essas mercadorias, quando criou na Lei Estadual 6968/97 a figura da equiparação legal, pelo Art. 9º, parágrafo 5º, inciso I, também contemplada pelo RICMS vigente no Art, 2º , § 1º, inciso V, alínea "a" , "**in verbis**":

> **Lei 6968/96**
> **Art. 9º** Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
> **I** - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
> **§5º** Para efeito deste artigo, equipara-se à saída:
> **I** - a situação da mercadoria cuja entrada não esteja escriturada em livro próprio;
> **(alterado pela Lei 9.005, de 02 de outubro de 2007):**

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

> **Dec. 13.640/97**
> **Art. 2º** Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
> **I-** da saída de mercadoria:
> (...)
> **§ 1º** Equiparam-se à saída:
> (...)
>
> **V - a situação da mercadoria:**
> **a) cuja entrada não esteja escriturada em livro próprio;**

Repito, o foco da apreciação não é propriamente a tributação sobre as transferências, mas sim a saída da mercadoria pela ficção legal da equiparação legal, onde cabe destacar **que a não aceitação da incidência de imposto nas transferências, ocasionaria por conseguinte a não concessão de gozo de crédito fiscal de ICMS constante na coluna 10 dos demonstrativos de autuação de fls. 16/23,** ali posto sobre o rótulo ou rubrica de **Crédito/Deduções,** o que seguraria oneraria sobremaneira o contribuinte.

No tocante a alegação constante da defesa, de confisco na penalidade aplicada, resta-nos destacar que a mesma foi emanada do poder legislativo, na concepção da Lei 6968/97, e no presente caso remeteu à alínea "f" do inciso III do Art. 64:

> **Art. 64.** Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:
> **(...)**
> **III -** relativamente à documentação fiscal e à escrituração:
> **(...)**
> **f)** deixar de escriturar no livro fiscal próprio, documentos fiscais, dentro dos prazos regulamentares: quinze por cento do valor comercial da mercadoria;

A tipicidade está consonante com essa norma punitiva, já que estamos diante de um caso de **"falta de escrituração de notas fiscais de aquisição de mercadoria, em livro próprio"** , respaldando a multa proposta nos autos que faz referência à alínea "f" do inciso III do Art. 340 do RICMS, que veio regulamentar esse dispositivo de lei citado.

Feitas essas considerações, podemos concluir que as razões da defendente se revelaram ineficazes para elidir as acusações do fisco do Estado do Rio Grande do Norte no presente processo.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta , ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa SBF COMERCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA., para impor a autuada a penalidade de R$ 87.482,00 (Oitenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e dois reais), prevista na alinea "f", do inciso III do Art. 340 do RICMS, sem prejuízo da cobrança do imposto da ordem de R$ 73.034,23 (Setenta e três mil, trinta e quatro reais e vinte e três centavos), com os devidos acréscimos legais.

Remeto os autos à repartição preparadora, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 18 de novembro de 2013.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal – mat. 62.957-0