



DECISÃO n.º.: **321/2014 – COJUP**
PAT n.º.: 261/2014 – 4ª. URT (protocolo n.º. 71703/2014-3)
AUTUADA: HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A.
ENDEREÇO: R. HENRIQUE LAGE, 513, IMBURANAS – MACAU/RN
CEP: 59.500-000
AUTUANTE: Marconi Agostinho de Aguiar – Mat. 66.618-1
DENÚNCIA: 1 – O autuado deixou de recolher, na forma e prazo regulamentares, o ICMS antecipado anteriormente lançado, relativo ao período 25/04/2013 a 06/01/2014, com base de cálculo prevista no Art. 946-B, do RICMS.
2 – Deixar de recolher, na forma e prazos regulamentares, o ICMS substituto retido anteriormente referente ao ICMS sobre fretes no transporte de Sal Marinho, apurado em CTRC – Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – com vencimento em 15/05/2013.

EMENTA: ICMS – Ausência de recolhimento do IMPOSTO declarado e não recolhido, sobre entradas e saídas de mercadorias e do ICMS retido sobre frete/transporte de mercadorias.

Autuação teve por base notas fiscais emitidas pelo contribuinte ou a ele destinadas e Conhecimentos de Transporte Rodoviário de cargas também de lavra do autuado. Contribuinte não nega acusações, mas entende que documentos representam confissão de dívida, ensejando cobrança direta na Dívida Ativa, e sem penalidade de multa. Legislação exige formalização de auto de infração e de processo administrativo tributário, em caso de não recolhimento de tributo escriturado, mas não recolhido. Multa aplicada a maior, cabível apenas em caso de não haver escrituração das operações ou não entrega das GIMs, o que não é o caso, conforme interpretação estipulada pelo CTN. Mantida multa prevista na legislação pelo não recolhimento de imposto retido, tipificado como crime contra a ordem tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário n.º. 00261/2014 – 4ª URT, lavrado em 04 de junho de 2014, sendo a notificação de lançamento em 15 de agosto de 2014, a empresa acima qualificada teve contra si lavrada duas denúncias fiscais, quais sejam: 1. O autuado deixou de recolher, na forma e prazo regulamentares, o ICMS antecipado anteriormente lançado, relativo ao período de 25/04/2013 a 06/01/2014, com base de cálculo prevista no Art. 946-B, do RICMS, com indicação de infração ao Art. 150, III, c/c Art. 130-A, Art. 131 e Art. 945, I, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97; e 2. Deixar de recolher, na forma e prazos regulamentares, o ICMS substituto retido anteriormente referente ao ICMS sobre fretes no transporte de Sal Marinho, apurado em CTRC – Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – com vencimento em 15/05/2013, com indicação de infração ao Art. 150, III, c/c Art. 130-A, Art. 505 e Art. 850, VI, todos do RICMS vigente.





Ainda em concordância com as denúncias oferecidas, as faltas detectadas ensejaram as punibilidades previstas no artigo 340, inciso I, alínea "c", referente à primeira ocorrência, e alínea "e", referente à segunda ocorrência, do decreto vigente, sendo exigido da atuada R\$ 294.653,62 (Duzentos e noventa e quatro mil, seiscentos e cinquenta e três reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, e multa de R\$ 419.961,36 (Quatrocentos e dezenove mil, novecentos e sessenta e um reais e trinta e seis centavos), totalizando o montante de R\$ 714.614,98 (Setecentos e quatorze mil, seiscentos e quatorze reais e noventa e oito centavos).

Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: Consulta a Contribuinte, Cópia da Ordem de Serviço n° 23164, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Intimação Fiscal, Informação da não entrega dos documentos solicitados, Relatório Circunstanciado de Fiscalização, Extrato Fiscal do Contribuinte, Termo de Ocorrência, Termo de Prorrogação de Fiscalização, Demonstrativo das Ocorrências, DACTEs e DANFES em anexos, Termo de Antecedentes Fiscais.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

O atuado apresenta, em data de 02 de setembro de 2014, peça de impugnação às denúncias ofertadas pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 1202 a 1222), onde em síntese vem alegando:

1. Que o processo é de difícil solução, uma vez que a capitulação proposta na infração, bem como a multa aplicada, não se amoldam aos fatos demonstrados nos autos, uma vez que a fiscalização aponta na primeira ocorrência o não recolhimento do ICMS antecipado, com base de cálculo prevista no Art. 946-B, do RICMS;
2. Que a infração apontada se consome, na forma do lançamento, pelo que se prescreve o Art. 945, I, e pelo entendimento do Art. 946-B, já que na verdade, suas operações de vendas não se prestam para o propósito da incidência capitulada pela fiscalização, conforme se depreende da leitura das fls. n° 603/614, 640/648, 687/780, 807/830, 903/916, 925/945, e 964/983, do presente processo;
3. Que de forma que os fatos geradores são distintos daqueles dispostos nas capitulações exercidas no momento do lançamento tributário, torna-se impossível exercer o exercício do contraditório e da ampla defesa, de forma segura e objetiva;
4. Que nos autos há severo conflito fático, pois o lançamento exigido a título de ICMS antecipado se calça, na verdade, em sua grande parte em documentos que comprovam a realização das operações de vendas realizadas pela atuada;
5. Cita o Art. 44, do RPAT/RN, que prescreve os requisitos de validade do auto de infração, para afirmar que o mesmo fere tal dispositivo, pois o fundamento das infrações cometidas é aberta e indefinida;
6. Solicita a anulação do auto de infração, em relação à primeira ocorrência, vez que sua imposição encontra respaldo no art. 20, inciso II e §4° do RPAT/RN e Art. 58 do mesmo diploma legal;
7. Quanto ao mérito da ocorrência 02, que o lançamento não poderá ser tido como válido, por ser desnecessário, tendo em vista que o Supremo Tribunal de Justiça sumulou esta questão nos termos da Súmula n° 436 que diz: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco";



8. Que o setor salineiro possui um regime de pagamento diferenciado dos contribuintes que apuram o ICMS na forma formal, chamado de confissão direta do imposto apurado;

9. Cita o benefício fiscal constante no Art. 154-C do RICMS para reconhecer que o simples fato da emissão do CT-e, importa na declaração de constituição definitiva da obrigação de recolher, visto que o estado possui amplo controle sobre todas as prestações exercidas neste sentido;

10. Que esta modalidade de lançamento, denominada lançamento por homologação, está prevista no Art. 150, CTN, dispensando-se assim qualquer atividade do Fisco, no sentido de fazer novamente surgir um tributo já constituído mediante declaração do contribuinte;

11. Que a despeito da ausência de recolhimento, é ilegítimo autorizar ao fisco proceder a um novo lançamento sobre o mesmo período e mesmo lançamento, já confessado e constituído pelo contribuinte, o que torna inócuo tal procedimento;

12. Protesta pela inadequação da multa proposta, de 100% do valor recolhido, alegando que este percentual é desprovido de razoabilidade e proporcionalidade, garroteando o seu patrimônio e pondo risco a sua estabilidade. E que por força do não-confisco, no momento do julgamento, se superadas as teses de defesa, que o Ilmo. Senhor Julgador promova o realinhamento da multa proposta, trazendo o lançamento para os patamares plausíveis e admitidos, à luz da jurisprudência;

13. Diante do exposto, pleiteia a nulidade da primeira ocorrência e a improcedência do auto de infração.

3. DA CONTESTAÇÃO

A autoridade fiscal responsável pela autuação se pronuncia em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. de fls. 1225 a 1238), argumentando em síntese:

1. Que o fato do processo ser de difícil solução, segundo o autuado, não prejudica em nada a construção da ampla defesa e do contraditório, visto que tanto a ocorrência quanto as infringências estão bem explícitas no auto de infração;

2. Que houve um lapso da parte do autuante em citar o Art. 946-B do RICMS, mas que em nada isto prejudica a ampla defesa e acesso ao contraditório;

3. Que o Art. 154-D é bem claro neste sentido, quando dispõe sobre o beneficiário da sistemática disposta no art. 154-B, nas operações interestaduais com sal marinho produzido no Estado do Rio Grande do Norte;

4. Que a empresa tem que recolher antecipadamente o imposto relativo às operações de saídas de mercadorias relacionadas ao sal, justamente as que constam em aberto no extrato fiscal da empresa, e também o ICMS relativo aos fretes, e que foram objeto da lavratura do auto de infração, por falta de recolhimento;

5. Que o inconformismo com a multa aplicada não cabe a esta seara discutir;

6. Que a única forma de a Fazenda Estadual exigir o crédito tributário é através da notificação de lançamento, que só é possível após a lavratura do auto de infração competente, para se poder efetivar a ação fiscal nos termos da lei própria, o que foi feito através do auto de infração nº 261/2014;

7. O crédito tributário, para inscrição na dívida ativa, necessita estar devidamente apurado por procedimento administrativo denominado lançamento, citando, assim, o art. 49, § único, art. 50 e 51, todos do RPAT, além do art. 142 do CTN;



8. Que a simples entrega do CT-e (Conhecimento de Transporte Eletrônico) através da UVT, no sistema da SET, escriturado, apurado e entregue nos prazos regulamentares, não constitui o lançamento tributário e, portanto, não pode ser objeto de execução fiscal;

9. Que o contribuinte alega o setor salineiro possui regime de tributação diferenciado dos demais contribuintes que apuram o ICMS, mas o autuante afirma não encontrar esta nova modalidade no RICMS;

10. Que na alegação do contribuinte sobre seu benefício, em nada vai acrescentar com o que está sendo debatido, que é o ICMS sobre o frete, e não o imposto da mercadoria – Sal Marinho;

11. Diante do exposto, requer a procedência integral do Auto de Infração 260/2014.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 1242, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo conhecimento da defesa carreada aos autos eis que atende aos requisitos mínimos de admissibilidade. Ademais, impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, e em prestígio ao direito de recurso, 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 com a consequente prolação da decisão de mérito.

DO EXAME PRELIMINAR

Em sede preambular, antecedendo-se ao mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição das denúncias refletem com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, sendo a específica para as hipóteses que se apresentam.

Demais disso, o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial, conforme se depreende dos próprios autos.

3 – O MÉRITO



Foi o contribuinte autuado por duas ocorrências, relativas à eventual falta de recolhimento do ICMS. Na primeira, a acusação trata do ICMS antecipado anteriormente lançado, relativo ao período entre 25 de abril de 2013 e 06 de janeiro de 2014, enquanto a segunda versa sobre o imposto substituto retido nas operações de frete do transporte de sal marinho, apurada sobre Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCs) emitidos, com vencimento até 15 de maio de 2013.

Em sua defesa, o representante do contribuinte, preliminarmente, alega que o processo é de “difícil solução”, porque tanto a capitulação proposta na infração, bem como a sugestão de multa, a seu ver, não se amoldam aos fatos. Cita expressamente a acusação de infringência ao art. 946-B do Regulamento do ICMS/RN, aprovado pelo Decreto 13.640/97.

Ocorre que a acusação, na primeira ocorrência, em que é mencionado tal artigo, se refere à “falta de recolhimento do ICMS antecipado”. O Relatório Circunstanciado de Fiscalização especifica claramente não só esta, como a segunda ocorrência, no caso de falta de recolhimento do ICMS sobre o frete de mercadorias, isso no caso de entendimento de que a descrição das ocorrências no auto de infração seriam por demais sucintas.

Na realidade, a primeira ocorrência refere-se à falta de recolhimento de ICMS devido por operações de entradas e de saídas de mercadorias. Da segunda ocorrência se tratará a seguir. Tanto o contribuinte consegue entender e se defender que ele reclama que não foi feita a divisão, conforme a natureza das operações. Todas as operações que motivaram o lançamento derivam de documentos fiscais, na primeira ocorrência notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias emitidas pelo autuante ou a ele destinadas, e na segunda ocorrência, derivadas de conhecimentos de transporte também emitidos pelo contribuinte. Logo, por ser de pleno conhecimento e de posse do autuado, nem seria necessário, mas o autuante tomou o excesso de cuidado de juntar aos autos cópias de todas as notas e documentos fiscais citados no demonstrativo da ocorrência.

Assim, mesmo o autuante reconhecendo, em sua contestação à impugnação o lapso na citação do art. 946-B do RICMS-RN, quando a ocorrência refere-se ao imposto antecipado, previsto no artigo anterior, 945, do mesmo decreto, entende-se que além de a descrição da ocorrência permitir ampla defesa, não é o caso de nulidade do auto de infração, não se encaixando nas hipóteses assim previstas no Decreto 13.796/98:

Art. 20. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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;

IV - as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades.

§ 1º *A falta de intimação ou a intimação nula fica suprida pelo comparecimento do interessado, a partir do momento em que lhe sejam comunicados todos os elementos necessários à prática do ato.*

§ 2º *A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.*



§ 3º Ao declarar a nulidade a autoridade indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Ao contrário da nulidade pretendida, depreende-se que a descrição da ocorrência permite o amplo direito de defesa e acesso ao contraditório. Assim disciplinado no mesmo artigo:

§ 4º A ausência, insuficiência ou inexatidão dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridos pela descrição dos fatos quando esta possibilite o exercício da defesa pelo sujeito passivo.

E foi o que ocorreu. A prova maior de que houve o acesso ao contraditório e direito de defesa, e que a descrição dos fatos supre a lacuna mencionada, deriva do fato de que o defendente remete o julgador a “revolver os autos às fls. 603 a 614, 640/648, 687/780, bem como 807/830, fls. 903/916, 925/945 e 964/983”, entre outras, citando os documentos nelas contidos como prova da inexatidão da descrição da ocorrência.

Na realidade, o atuado queria referir-se, aparentemente, aos documentos contidos nas fls. 603 a 614, 638 a 646, 651 a 828, 890, 894 a 896, 906 a 929, 938 a 958, 977 a 996, e 1018 a 1037, o que a seu ver levaria a “severo conflito fático jurídico” que impediria “o direito de exercer sua ampla defesa e contraditório”, pois entende que o lançamento é exigido “a título de ICMS antecipado pelas compras”, quando na realidade essas operações são de vendas de mercadorias, ou seja, de saídas, e não de entradas.

Além de tal argumento comprovar o contrário do que afirma, ou seja, de permitir acesso ao contraditório e direito de defesa, o que aparentemente o defendente estaria a exigir seria uma separação do imposto devido conforme as operações, divididas entre as entradas e as saídas de mercadorias. Poderia o atuante ter feito a separação entre as notas fiscais de entrada e de saídas de mercadorias, mas não há a necessidade imperiosa dessa separação, e a junção dos documentos fiscais não invalida a autuação, conforme se verá a seguir.

Em outras palavras, tal separação teria muito pouco efeito prático, já que houve apenas o englobamento como operações relativas a um imposto “Antecipado por NF”, conforme aparece no Extrato Fiscal do Contribuinte, de fls. 12 e seguintes, entre as Pendências de Obrigações Principais.

Ou seja, embora pudesse ter sido feita a separação, por entradas ou saídas de mercadorias, não há que se falar em prejuízo algum à defesa, na junção em uma única ocorrência, sob a denominação de ICMS antecipado devido, sobretudo porque, tanto nas aquisições, quanto nas vendas, o imposto é devido e deve ser recolhido antecipadamente, conforme bem assevera o atuante, realçando que o RICMS/RN é “bem claro nesse sentido”, a saber:

Art. 154-D. O contribuinte beneficiário da sistemática disposta no art. 154-B, nas operações interestaduais, deverá: (AC pelo Dec. 21.892 de 22/09/2010)

I - emitir nota fiscal eletrônica identificando o código estabelecido na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM para os produtos;

II - realizar a confirmação de saída de NF-e, por meio eletrônico, disponibilizado na Unidade Virtual de Tributação, no site www.set.rn.gov.br



III - recolher antecipadamente o ICMS incidente sobre a operação com sal e o ICMS substituto incidente sobre o serviço de transporte de carga quando devido, observado o § 1º.

Ou seja, a própria legislação prevê o recolhimento antecipado do ICMS tanto nas operações com sal, como nas entradas, sendo que a única diferença é que sobre as aquisições é devido apenas, na maioria dos casos, o diferencial de alíquota, em caso de bens não destinados a revenda, e nas saídas é devido o ICMS normal, conforme cada operação, sendo, no fim o mesmo tributo e forma de recolhimento.

Consta no Extrato Fiscal do Contribuinte, documento de folhas 08 e seguintes, relação dos documentos fiscais discriminando, com datas e valores, as origens dos débitos, com valores também constantes nas GIMs colacionadas às folhas 13 e seguintes.

Em sua impugnação, de fls. 37 e seguintes, o contribuinte não nega as aquisições que geraram a presente cobrança do ICMS devido, mas no mérito, especialmente quanto à “ocorrência 2”, entende que a “Guia de Informações possui caráter de declaração e constituição, por auto lançamento, em relação aos valores declarados a título de ICMS”, sendo então na realidade uma declaração ou lançamento constituído pelo próprio contribuinte que se declara devedor de determinado valor.

Desse modo, a seu ver, conforme previsão do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN), teria ocorrido o lançamento “por homologação”, aquele que atribui ao “sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa”. Modalidade que dispensaria “qualquer atividade do Fisco no sentido de fazer novamente surgir tributo já constituído mediante declaração do contribuinte”.

O defendente cita jurisprudência nesse sentido, e apela à Súmula nº 436 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela qual a mera entrega de declaração pelo contribuinte “reconhecendo o débito fiscal constitui o crédito tributário”, o que em sua ótica tornaria dispensável “qualquer outra providência por parte do Fisco”.

De tal modo que entende que não seria o caso de haver a cobrança ou lavratura do auto de infração, e que a dívida poderia ser enviada e cobrada diretamente pelo setor da Dívida Ativa, sem necessidade do presente processo administrativo.

Nesse caso, valendo-se de um curioso raciocínio, o atuado apela ao artigo 133 do Regulamento do PAT/RN (Decreto 13.796/98), para defender o entendimento de que o fisco deveria promover desde logo a competente inscrição na Dívida Ativa do Estado, para inscrição e execução fiscal, mesmo que apresentada impugnação. E que não caberia então ao Fisco promover novo lançamento, com o único intuito de “fazer surgir o valor da penalidade acessória sobre valores já constituídos”.

O que se entende, em relação ao pensamento evocado, é que ele deriva de dois equívocos. Primeiramente, porque o simples fato de constar em declaração em GIMs os valores devidos, não autoriza a homologação do tributo. Tal instituto só poderia ser evocado caso tivesse havido o recolhimento, e não houvesse nenhum fato ou cobrança diferente pelo Fisco, que assim, com o silêncio homologaria o lançamento.

O segundo equívoco pode ser depreendido do próprio art. 133 do Dec. 13796/98 acima citado:

► **Caput do art. 133 alterado pelo Decreto nº 14.762, de 11/02/2000, com a seguinte redação:**



Art. 133. *A Guia Informativa Mensal do ICMS (GIM), devidamente entregue, com indicação de imposto a recolher, é instrumento representativo de autolançamento do crédito tributário e constitui, neste caso, confissão de dívida, sendo peça básica do processo administrativo respectivo, a ser formalizado pela autoridade processante competente, em caso de não recolhimento do tributo declarado.*

Ou seja, o dispositivo diz que a GIM devidamente entregue, com indicação do imposto a recolher, constitui uma confissão de dívida, e que constitui "**PEÇA BÁSICA** do Processo Administrativo respectivo, **A SER FORMALIZADO PELA AUTORIDADE PROCESSANTE COMPETENTE**", em caso de **NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO DECLARADO**".

Enfim, a leitura conjunta dos dois institutos evocados, a Súmula 436 do STJ e o art. 133 do Dec. 13.796/98, indica uma situação que não deixa margens a dúvidas, e totalmente diversa da hipótese que quer o contribuinte fazer crer, como se tivesse havido a declaração e o respectivo recolhimento do tributo, e o Fisco estivesse a promover nova cobrança ou um auto de infração apenas com o intuito de promover o lançamento da penalidade de multa.

Pelo que, entende-se, ao contrário, que se não houvesse a lavratura do presente auto de infração base do presente processo administrativo, não só não poderia o Fisco enviar à Dívida Ativa uma cobrança de multa pecuniária, penalidade instituída para o caso de não recolhimento, como o contribuinte, certamente, poderia alegar que lhe teria sido suprimido o direito de defesa, e acesso ao contraditório.

DAS MULTAS APLICADAS

Outra postulação do defendente refere-se às penalidades aplicadas, em seu entender inadequadas, por contrariar princípios de razoabilidade e proporcionalidade, além da agressão ao princípio do não-confisco. Não cabe a este julgador singular, com parâmetros de teor subjetivo, a desconsideração da multa aplicada com base nesses princípios, conforme previsão do artigo 89 do Decreto 13.796/98. Mesmo assim, é possível tecer-se alguma consideração a respeito da primeira ocorrência. A multa aplicada é igual à prevista na Lei 6968/96:

Art. 64. *Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:*

1 - com relação ao recolhimento do imposto:

c) *deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, no caso não compreendido na alínea "d" e "e", deste inciso: cem por cento do valor do imposto;*

Isto posto, torna-se, a nosso ver, necessário averiguar-se as hipóteses das alíneas "d" e "e" mencionadas, por exclusão, no próprio artigo utilizado como enquadramento legal para a punibilidade da falta detectada. Assim discriminados:

d) *deixar de recolher, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados, e o contribuinte tiver entregue, dentro dos prazos legais, a Guia de Informação e Apuração Mensal do ICMS (GIM): cinquenta por cento do imposto devido;*

e) *deixar de recolher, no todo ou em parte, o imposto de responsabilidade do contribuinte substituto que o houver retido: duzentos por cento do valor do imposto retido e não recolhido;*



No presente caso concreto, foi aplicada a penalidade expressamente prevista na legislação, no caso o artigo 340, I, "c", do Decreto 13.64/97, chamado Regulamento do ICMS neste Estado, mas na prática, entende-se que melhor se aplicaria ao caso concreto a hipótese discriminada na alínea "d" do inciso I do art. 340 do RICMS/RNN, ou mesma alínea e inciso do art. 64 da Lei 6968/96 acima mencionada.

Ou seja, como o contribuinte emitiu as notas fiscais regularmente, tem que pedir autorização para a emissão dos documentos fiscais (DANFE-Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), todos eletrônicos, conforme documentos de fls. 603 e seguintes, e a cobrança do imposto a elas relativa já aparecia no Extrato Fiscal do Contribuinte, conforme documento de fls. 12 e seguintes, não havendo provas de que as GIMs não foram regularmente entregues, a presunção é de que as notas fiscais estariam devidamente escrituradas, já que o autuado nada teria a ganhar, em caso de não escrituração, e também porque no Extrato Fiscal não consta eventual falta de entrega de GIMs e não há notícias de autuação pela eventual falta de escrituração. Logo, tal presunção de inocência, que lhe garante a interpretação mais benéfica na aplicação da penalidade, é aliás um imperativo do ordenamento jurídico tributário pátrio, segundo lei complementar que é um de seus pilares, o Código Tributário Nacional, a saber:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Já quanto à segunda ocorrência, entende-se pertinente o enquadramento aplicado, previsto na alínea "e" do inciso I do art. 340 do RICMS/RN, que repete o previsto no artigo 64 da Lei 6968/96, não só pela plena adequação do fato concreto ao tipo normativo, como pela natureza da ocorrência.

Melhor esclarecendo, o contribuinte, ao emitir Conhecimentos de Transporte, em que se destaca o imposto e não há o recolhimento, comete, da forma como feito, uma atitude verdadeira e duplamente criminosa, que merece o pleno repúdio e a mais plena aplicação da lei. Comete

Não só um crime contra a sociedade, pela sonegação, delito tipificado na Lei 8.137/09, que pune os crimes contra a ordem tributária, como na realidade pratica um ato propriamente vil, ao reter o imposto, que não lhe pertence, de um dos elos mais miseráveis da cadeia produtiva, o infeliz do caminhoneiro que, sacrificando o convívio com a família, submetem seus veículos à danosa carga representada pelo sal, um dos fretes de menor valor que se tem notícia, apenas para que os caminhões, que geralmente trazem cargas do industrializado sul e sudeste do país, não voltem com os veículos vazios, "batendo", como dizem, nas esburacadas estradas de nosso País, o que danificaria ainda mais os veículos.

Na prática, o fato de reter o imposto que não lhe pertence, e que fora recolhido pelo transportador, sendo ele responsável apenas pela retenção e repasse, representa, com tal atitude, o delito de apropriação indébita, tipificado no Código Penal (art. 168), sendo situação diferente de uma dificuldade que levasse a uma eventual falta de recolhimento do imposto de sua própria responsabilidade.



Em resumo, corrobora-se o auto de infração à sua totalidade, à exceção da penalidade aplicada na primeira ocorrência, que de 100% (cem por cento) do imposto devido passa a ser de 50% (cinquenta por cento) do imposto devido e não recolhido, pelas razões acima expostas, passando assim a ficar o demonstrativo das ocorrências:

OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA	TOTAL
OC. 01	169.345,88	84.672,94	254.018,82
OC. 02	125.307,74	250.615,48	375.923,22
TOTAL	294.653,62	335.288,42	629.942,04

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração lavrado contra HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A., para impor à atuada a penalidade de multa de R\$ 335.288,42 (trezentos e trinta e cinco mil, duzentos e oitenta e oito reais e quarenta e dois centavos)), prevista nas alíneas “d” e “e”, do inciso I do Art. 340 do RICMS vigente, sem prejuízo da cobrança do imposto devido, da ordem de R\$ 294.653,62 (duzentos e noventa e quatro mil, seiscentos e cinquenta e três reais e sessenta e dois centavos), totalizando o montante de R\$ 629.942,04 (seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e quarenta e dois reais e quatro centavos), com os devidos acréscimos legais.

Recorro desta decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, com base nos ditames do Art. 114 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, e REMETO os autos à 4ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 06 de novembro de 2014.

Sívio Amorim de Barros

JULGADOR FISCAL, AFTE-5, MAT.151.238-2