



DECISÃO Nº: 25/2014
PROTOCOLO Nº: 275652/2013-8
PAT N.º: 1880/2013 – SUMATI - 1ª URT
AUTUADA: MARIA ADRIANA DE SOUZA.
FIC/CPF/CNPJ: 007.786.574-00 (CPF)
ENDEREÇO: Rua Frei Serafim Catânea, 612, São Sebastião, Nova Cruz-RN,
CEP 59215-000
AUTUANTES José Eugênio Barbalho, mat. 201.180-6, José Paulo Ferreira, mat.
158.615-7, e Paulo Marcelo Santa Cruz Pordeus, mat. 158.631-9

EMENTA – ICMS – Entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal;

1- Fiscalização apurou mercadorias à venda sem documentação fiscal de entrada;

2- Defendente alega que foram apresentadas notas fiscais e que imposto havia sido recolhido, mas não há comprovação nos autos;

3- Autuada e representante legal promoveram alteração cadastral para mudança de endereço do local da apreensão após lavratura do auto de infração;

4- AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

DO RELATÓRIO

I. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 0001880/2013, 1ª URT, onde se denuncia a entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato gerador caracterizado no artigo 2º, inciso XVI, atribuindo-se ao sujeito passivo a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre a mercadoria, nos termos do artigo 136, inciso I, alínea “b”, combinado com artigo 147, inciso XV e art. 69, inciso XXVI, todos do Regulamento do ICMS, Decreto 13.640/97.

Tal fato levou à lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias (TAM) nº 91883, documento de fl. 04, que encontra previsão legal no art. 370, inciso II, do citado Regulamento. Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, III, “d”, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

Silvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal *ASD*



A composição do crédito tributário resultou, segundo os autores do feito, em uma multa no valor de R\$ 4.977,30 (quatro mil, novecentos e setenta e sete reais e trinta centavos), além do ICMS devido, no valor de R\$ 2.820,47 (dois mil, oitocentos e vinte reais e quarenta e sete centavos), perfazendo o montante de R\$ 7.797,77 (sete mil, setecentos e noventa e sete reais e setenta e sete centavos), em valores históricos.

Foram anexados o TAM, Levantamento do Estoque Físico, Extrato Fiscal e Consulta a Cadastro do Contribuinte, e Relatório Circunstanciado da Fiscalização.

2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, alegou a atuada, através de sua impugnação, às fls. 15 e seguintes, sucintamente o que se segue:

- que houve “erro gravíssimo” na autuação, pois que no TAM consta um fato gerador e uma penalidade e no Auto de Infração outros, totalmente diversos, perguntando como poderiam ter os autuantes afirmado que a atuada infringiu o artigo 408 do RICMS, quando em verdade a atuada apresentou todos os documentos (nota fiscais) exigidos.

- que não havia Ordem de Serviço que atribuísse aos auditores competência para adentrar o estabelecimento da atuada, que se encontrava fechado, e contabilizar mercadorias que estavam todas acompanhadas de documento fiscal, caracterizando abuso de autoridade;

- Isto posto, requer a nulidade do auto de infração, pelos motivos expostos, e caso não seja reformado o Auto de Infração, que seja adequado ao valor real, ou seja, apenas a aplicação de multa sobre base de cálculo real, visto que o ICMS de tal mercadoria já fora recolhido, deduzida pela própria declaração da autoridade fiscal, quando assevera que à atuada aplica-se a penalidade prevista no artigo 340, XI, “m”, além da suspensão do crédito tributário;

3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestar a impugnação da atuada, os ilustres autores, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 32 e seguintes, alegaram, sucintamente, que:

Silvio Amorim de Barros *AB*
Julgador Fiscal



- em regular trabalho volante, em fiscalização de rotina, apuraram, em horário comercial, que a contribuinte Maria Adriana de Souza, CPF 007.786.574-00, detinha em seu estabelecimento, localizado na rua Frei Serafim Catânea, 612, São Sebastião, Nova Cruz, RN, diversas mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encontrando-se, naquele momento, em plena atividade comercial.

- Que a sra. Adriana confirmou ser proprietária das mercadorias, constatando-se ainda que o estabelecimento não possuía inscrição estadual, sendo efetuado o levantamento do estoque físico das mercadorias, com o de acordo no documento, em formulário próprio, da responsável;

- que a discrepância entre o TAM e o AI de fato se verificou, tendo um equívoco no TAM, depois corrigido no auto de infração, mas a proprietária tomou conhecimento da retificação ao assinar, em 19/11/2013, o AI nº 1880/2013 e o TAM eletrônico (fl. 03), que já trazia em seu contexto a retificação;

- que o Decreto 13.796/98, ao tratar dos vícios e nulidades, prevê a possibilidade de correção, e os casos em que há nulidade, não sendo o presente caso, em que houve todo o acesso ao contraditório e direito de defesa, sendo os mesmos a descrição dos fatos e demais elementos da autuação;

- por fim, questionam como poderiam ter tido acesso ao estabelecimento da contribuinte, se este estivesse fechado, conforme alardeado na defesa?, pugnando pela total procedência do auto de infração.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 12) que a atuada **não é reincidente** na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal *DAB*



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.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Inicialmente, postula o defendente a nulidade do processo, por ter sido aplicada ao TAM lavrado uma base legal diferente da constante no Auto de Infração. É justo postular que deveria, desde a lavratura do auto de infração, ter sido aplicado o correto enquadramento legal, já que previsto na legislação do ICMS. Mas entende-se que um erro formal, neste caso, relativamente à penalidade aplicável, não seria suficiente para macular todo o processo, levando à sua nulidade, desde que mantidas as mesmas condições e a materialidade. Os casos de nulidade são expressos no Decreto 13.796/98, que regulamenta os processos e procedimentos administrativo tributários, no seu artigo:

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 conseqüência.*

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

§ 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.*

Isto posto, verifica-se que o equívoco cometido, não deve levar à nulidade, desde que sanável, e desde que tenha havido a manutenção de todos os elementos que permearam a autuação, e que permitam o acesso ao contraditório e o pleno exercício de defesa, não se encaixando, o pleito, nas hipóteses fáticas de nulidade. O próprio RPPAT citado, prevê a possibilidade de correção, no seu artigo 21, o que o fez da seguinte forma:

Silvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal 



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.*

Desse modo, entende-se que não houve prejuízo à defesa, fato reforçado pelo legislador em outro momento do mesmo diploma legal, no artigo 39, da seguinte forma:

Art. 39. *O processo administrativo tributário tem como peças básicas o Auto de Infração e a Notificação de Lançamento.*

§ 4º *As incorreções ou omissões do auto não acarretam a sua nulidade quando dele constarem elementos suficientes para determinar a natureza da infração e a pessoa do infrator e não resultar prejuízo à defesa.*

De tal sorte que a alteração, ou eventual correção de penalidade aplicável, por parte dos autuantes, não é motivo de nulidade, considerando que todos os demais elementos, a descrição da ocorrência, a pessoa da infratora, a mercadoria apreendida, cálculos e valores, etc., pertinentes à autuação continuarem os mesmos, permitindo o acesso ao contraditório e o amplo direito de defesa.

DO MÉRITO

Ultrapassada a questão preliminar, adentra-se o mérito, que deve ser analisado em complemento ao argumento utilizado para a não concessão da nulidade pretendida. Inicialmente, tomando-se por base o histórico do evento que levou à autuação, alegam os autuantes terem flagrado mercadorias à venda, sem notas fiscais de entrada que acobertassem as mercadorias expostas.

Em arguição feita pelo defendente, é cobrada a ausência de Ordem de Serviço que permitiria aos autuantes terem fiscalizado o contribuinte, e apreendido as mercadorias, alegando-se ainda que não haveria competência dos auditores para adentrar estabelecimento “que se encontrava fechado”, e lá “contabilizar as mercadorias que estavam sendo guardadas.

Sílvio Amorim de Barros 
Julgador Fiscal



A lógica caminha ao lado dos autuantes em seus argumentos, pois se o estabelecimento estivesse realmente “fechado”, então eles não teriam tido acesso ao seu interior, nem constatado que lá encontravam-se mercadorias, levando à descoberta de que estas não estavam acobertadas por notas fiscais válidas.

Sobre a validade de documentos fiscais que teriam sido apresentados, conforme alega o defendente, verifica-se que não há cópias anexadas aos autos, logo, não se é possível saber do que o defendente está falando, pois “o que não está nos autos não existe para o mundo”, como ensinavam os romanos.

Quanto a outra alegação do defendente, de que os autuantes não teriam competência para promover a autuação, ou a atividade fiscalizadora, como realizada, há, entende-se, outro equívoco por parte do defendente. Pelo que se depreende do mesmo RPPAT/RN, Decreto 13.796/98, acima mencionado, em seus artigos:

Art. 32. *A competência dos auditores fiscais não é determinada pela jurisdição territorial do órgão em que estiverem lotados, sendo válidos os atos formalizados por auditor de jurisdição diversa da do domicílio do sujeito passivo.*

Art. 33. *A entrada dos Auditores Fiscais do Tesouro Estadual nos estabelecimentos, bem como o acesso as suas dependências internas não estarão sujeitos a formalidades diversas de sua identificação, pela apresentação da identidade funcional.*

Art. 34. *Sujeitam-se à fiscalização todas as pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou de direito privado, contribuintes ou não, que tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua fato gerador da obrigação tributária, inclusive as que gozem de imunidade, isenção ou qualquer outro benefício fiscal.*

A alegação do defendente de que o estabelecimento estava “fechado” não é verossímil, tomando-se por base o documento de fl. 07. Se a empresa estivesse fechada, por quê a autuada iria abri-la aos fiscais, e ainda acompanhar a contagem física do estoque, conforme documento do Levantamento, chamado “Levantamento do Estoque Físico”, acima mencionado? E como e onde é que teriam os auditores obtido as quantidades e o preço das mercadorias, senão junto à proprietária?

Alega o defendente que foram apresentadas notas fiscais das mercadorias aos fiscais, mas além de não haver prova nos autos, há outro problema. Pelas alegações, faz supor o defendente que as mercadorias teriam sido transferidas de outro estabelecimento, estando lá apenas “estocadas”, em uma espécie de “depósito fechado”. Mas

Silvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal *SAB*



como poderiam então ter sido emitidas notas fiscais para acobertar a “transferência”, se o TAM que originou o flagrante da infração, documento de fl. 04, foi lavrado em 07/11/2013, enquanto a empresa que seria a proprietária das mercadorias, supondo-se que haja as notas fiscais mencionadas, Comercial de Alimentos Potiguar Ltda., de inscrição estadual 20.088.085-0, que tem entre os representantes legais ou proprietária a autuada, sra. Maria Adriana de Souza, só se mudou legalmente para aquele local em 06 de dezembro de 2013, após a lavratura do auto de infração, segundo documentos de fls. 39, 40 e 41? Como bem notaram os autuantes, a própria outorgante da procuração ao autor da peça defensiva, documento de fl. 21, é a Comercial de Alimentos Potiguar Ltda, de mesma inscrição já mencionada, representada pela autuada, sra. Maria Adriana de Souza, CPF 007.786.574-00.

Ficam assim, diante dos documentos carreados aos autos, prejudicadas todas as alegações evocadas pela defesa. Apenas um último argumento ainda merece consideração. Apela o defendente, em caso de não acatamento de nenhuma das alegações anteriores, que não haja cobrança do imposto, que já teria sido pago, permanecendo apenas a aplicação da multa de 30% “sobre base de cálculo real, visto que o ICMS de tal mercadoria já fora recolhido”, informação que seria segundo ele “deduzida pela própria declaração da autoridade fiscal, quando assevera que à autuada aplica-se a penalidade prevista no artigo 340 XI, 'm', do RICMS”.

Tal pleito esbarra em várias premissas falsas. Inicialmente, que a penalidade aplicada foi corrigida no auto de infração de fl. 02, e já anteriormente desde a versão eletrônica do TAM, documento de fl. 03, não implicando tal correção em nenhuma irregularidade ou motivo de nulidade, como se observou.

E se assim não tivesse sido, caberia a este julgador, dentro de sua competência, embora se compraza pela possibilidade de injustiça de uma cobrança de imposto em duplicidade relativa à mesma mercadoria, promover a correção de ofício, com base nos seguintes elementos: além da ausência de qualquer nota fiscal aos autos, fato já mencionado, mesmo que houvesse, também não poderia servir de parâmetro para dispensa de cobrança de tributos, não só por não ter validade, face aos motivos já mencionados, como mudança ulterior de endereço da empresa que seria a real proprietária das mercadorias, mas também porque não haveria como comprovar, face à natureza dos bens, como sacos de feijão, de arroz, de farelo de milho e outros, que estes corresponderiam às mesmas cujo imposto já teria sido

Silvio Amorim de Barros 
Julgador Fiscal



recolhido, além, claro, do fato de não haver nos autos comprovação de recolhimento de imposto algum. Quanto ao último pleito do contribuinte, de suspensão do crédito tributário, este já é um direito, face à prerrogativa inerente ao processo administrativo tributário, enquanto não houver o fim do trânsito em julgado.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE**, e o Auto de Infração lavrado contra Maria Adriana de Souza, acima qualificada, para impor à autuada a aplicação da penalidade de multa de que cuida a inicial, no valor de R\$ 4.977,30 (quatro mil, novecentos e setenta e sete reais e trinta centavos), além do ICMS devido, no valor de R\$ 2.820,47 (dois mil, oitocentos e vinte reais e quarenta e sete centavos), perfazendo o montante de R\$ 7.797,77 (sete mil, setecentos e noventa e sete reais e setenta e sete 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.

COJUP, Natal, 03 de fevereiro de 2014.

Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal *SAB*