



DECISÃO Nº: 221/2011
PROTOCOLO Nº: 255134/2009-1
PAT N.º: 042/2009-7ª URT
AUTUADA: ATACADISTA RIO GRANDE LTDA.
FIC/CPF/CNPJ: 20.090.607-0
ENDEREÇO: Rua: Antonio Januário, 1718 São Benedito Pau dos Ferros-RN
DENÚNCIA(S): 1. Estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física do estoque.

EMENTA – ICMS – Estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física do estoque.
Defesa alega que as notas fiscais entregues dava cobertura ao estoque encontrado e que deveria ter sido efetuado levantamento com base no Art. 360 do RICMS. Autuantes alegam que parte das notas fiscais apresentadas não serviam para acobertar as mercadorias, visto terem sido usadas com intuito de ludibriar o fisco, contra o que a autuada nada provou. Em atendimento à ordem de serviço, os autuantes efetuaram apenas contagem do estoque, pelo que lavraram auto de infração pela parte que se encontrava sem documentação fiscal.
AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração nº 574/7ª URT, lavrado em 01 de dezembro de 2009, que a empresa acima identificada, bem qualificada nos autos, infringiu o disposto pelo Art. 150, Inciso XIX, combinado com o Art. 408, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, pela estocagem de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física do estoque.

Em concordância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, Inciso III, alínea “b”, também do RICMS, implicando em multa de R\$ 68.614,64 (Sessenta e oito mil, seiscentos e quatorze reais e sessenta e quatro centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS, no valor de R\$ 52.469,85 (Cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 121.084,49 (Cento e vinte e um mil, oitenta e quatro reais e quarenta e nove centavos), com os acréscimos monetários previstos no Art. 133 do mesmo regulamento.

2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, através de seu advogado (fls. 39), alega, a autuada, conforme impugnação às fls. 18 a 26:



- que a fiscalização contou o estoque das mercadorias existentes no estabelecimento único, interdependente e intercomunicável em todas as suas dependências;

- que exigiu e lhes foram apresentadas todas as notas fiscais referentes às mercadorias estocadas, conforme recibo, e nelas constavam quantidades superiores, dando cobertura ao estoque contado, considerando que a data de ingresso anterior até o dia da contagem parte já havia sido vendida;

- que o recolhimento de todos os impostos do estabelecimento se encontrava em dia, não tendo por que a fiscalização cobrar novamente;

- que a fiscalização não realizou levantamento físico de estoque (EI + C – S – EF) para determinar possível diferença em levantamento fiscal na forma preceituada do Art. 360 do RICMS;

- que a fiscalização não observou as substituições tributárias lançadas nos documentos fiscais pelos atacadistas e fabricantes remetentes vendedores, cobrando novamente imposto já pago anteriormente, por retenção e antecipação, caracterizando sem sombra de dúvidas o clássico “*bis in idem*”, acidente jurídico exponencialmente revestido de inconstitucionalidade e amplamente combatido nos tribunais;

- que após todas as investidas contra a autuada, indo desde o lacre das portas do estabelecimento, ameaça de representação criminal, solicitação de auxílio policial, até a contagem por espécie, e, não tendo conseguido constatar nenhuma irregularidade ou diferença de estoque, resolveram desclassificar as notas fiscais determinando sua inidoneidade, pelo que se presume na aplicação do Art. 408 e do Inciso VI do Art. 415 do RICMS;

- que parte das mercadorias constantes da relação apensa ao auto de infração se trata de mercadorias da cesta básica, de cálculo diferenciado em decorrência da redução de base de cálculo, o que não foi aplicado à autuação;

- que a multa aplicada possui caráter confiscatório;

- que a ocorrência descrita na autuação trata especificamente de outro ilícito fiscal diferente da apontada na capitulação tida como infracionada;

- que não foram lavrados termos de início e encerramento de fiscalização; e,

- diante do exposto requer que a fiscalização anexe as setenta e cinco notas fiscais que lhes foram entregues, conforme recibos, e que seja decretada a improcedência do feito e a sua nulidade.

3. CONTESTAÇÃO

Intimados a apresentar, dentro do prazo regulamentar, contestação à impugnação aduzida pela autuada, os autuantes alegam, conforme fls. 41 a 59:



- que a alegação de que todos os impostos do contribuinte se encontram em dia é inverídica, visto o resultado da ação apontar provas inequívocas da ação sonegatória por parte do atuado;

- que a relação das mercadorias desacobertas de documentação fiscal às fls. 01-A é, exatamente, a diferença entre o total de mercadorias existente no estoque em 22/09/2009, deduzido das quantidades constantes das setenta e cinco notas fiscais apresentadas pelo contribuinte;

- que as notas fiscais não foram entregues na repartição fiscal, mas apenas utilizadas pelo servidor para autenticar as cópias apresentadas e devolvidas à funcionária da atuada de nome Gerlania;

- que não foi realizado levantamento físico haja vista já disporem de elementos suficientes para lavratura do competente auto de infração, tendo em conta o fluxo normal de mercadorias de um comércio atacadista;

- que é descabido observar as substituições tributárias lançadas no documento fiscal vez que as mercadorias encontravam-se sem documentação fiscal;

- que a empresa não é estabelecida há mais de trinta anos, que não foi fiscalizada cinco vezes, mas, no período de 03/2006 a 08/2009, foram lavrados 21 termos de apreensão de mercadorias em seu nome, todos por transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal;

- que a foto 03 (fls. 48) trata de três depósitos clandestinos que só tiveram acesso após os trabalhos de lacração/vigilância/auxílio policial, fls. 33, tudo feito de acordo com a legislação;

- que, visando garantir a inviolabilidade dos depósitos, após lacrados, solicitou auxílio policial para efetuar vigilância até que fosse concedido mandado judicial para acesso ao prédio, medida que não se concretizou em virtude do contribuinte ter voltado atrás e permitido o acesso, após o que foi procedida a contagem do estoque lá existente;

- que o prédio lacrado é situado ao lado do estabelecimento do contribuinte;

- que as notas fiscais de fls. 11 e 14 serviram como prova para que fossem desclassificadas as notas 9621, 9648 e 12966, por notória tentativa de lesar a auditoria em curso;

- que em relação aos valores das mercadorias objeto do demonstrativo de fls. 01-A, foi tomado com base no preço de mercado sem amis nenhuma agregação e, no exemplo citado pela atuada, da nota fiscal 12966, o valor encontra-se bem abaixo do mercado, pois em qualquer supermercado o litro da referida bebida custa entre R\$ 6,00 e R\$ 7,00, muito além dos R\$ 2,63 disposto no referido documento;



- que a multa aplicada é a determinada no RICMS e por ser a atividade do autuante vinculada, não pode se furtar de aplicar o texto legal, sendo a alegação de confisco indevida, visto que vários doutrinadores entendem a pertinência de aplicação de multas pesadas por infrações e que tais penalidades visam corrigir atos delituosos;

- que o Inciso VI do Art. 415 do RICMS não faz parte da infringência elencada no auto de infração, pelo que reitera que a ocorrência é estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, sendo infringência ao Art. 150, XIX, c/c Art. 408 e penalidade prevista pelo Art. 340, III, b, todos do RICMS;

- que no processo há todos os elementos suficientes para defesa do acusado, jamais podendo cair por vício de nulidade;

- que a autuada reconhece tacitamente que todos os elementos juntados aos autos já eram mais do que suficientes para se defender, senão não teria produzido sua impugnação dentro do prazo legal, levando a crer que já lhe havia como conhecido todos os procedimentos adotados pelo fisco, não tendo demonstrado qual prejuízo que a falta de algum documento tenha causado;

- que os trabalhos foram dirigidos para a contagem de estoque, tendo sido impedidos de ter acesso a todas as dependências que abrangiam o estabelecimento, vez que o contribuinte afirmava não ter as chaves dos imóveis contíguos, pelo que decidiram lacrá-los;

- que no dia seguinte ao lacre o contribuinte confessou que utilizava os imóveis lacrados como depósito, pelo que permitiu que adentrassem àquelas dependências, em consequência do que constataram a presença da mercadoria constante do levantamento físico, devidamente assinado pelo diligenciado;

- que a intimação às fls. 04 por si só substituiria o termo de início de fiscalização; e,

- face ao exposto, requer a manutenção do auto de infração.

É o que se cumpre relatar.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fls. 143) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Em obediência ao Art. 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela ora autuada preenche aos requisitos 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.



DO MÉRITO

Trata o processo da denúncia de estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, decorrente de contagem física, pelo que foi aplicada a respectiva penalidade, prevista pelo Art. 340, III, "b", do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, além da exigência do ICMS devido, tudo conforme fls. 01.

Após análise dos autos do presente processo, principalmente os fatos expostos pela impugnação e contestação, concluí que a denúncia foi motivada pela constatação, por parte dos autuantes, de estoque de mercadorias depositado sem documentação fiscal (fls. 04 e 07 a 09).

Conforme fls. 03, a Ordem de Serviço nº 1901 era para que os autuantes procedessem a contagem de estoque na empresa, o que foi atendido, apesar das tentativas de embarço por parte da autuada, de acordo com o relatado pelos autuantes (fls. 48 e 49) e com os documentos juntados por eles como Termo de Lacre, fls. 05, e Solicitação de Auxílio de Fôrça Policial Militar, fls. 06.

Como se encontra declarado nas fls. 43, 44 e 46, os atuantes contaram o estoque existente no estabelecimento da empresa, bem como nos depósitos contíguos (fls. 50), em 22/09/2009, e solicitaram à autuada a apresentação das notas fiscais de entradas que acobertassem tais mercadorias. Conforme fls. 29 a 31 e 44, foram apresentadas setenta e cinco notas fiscais referentes ao período de 01 de junho a 22 de setembro de 2009, cujas quantidades de mercadorias foram deduzidas do referido estoque, com exceção das referentes às notas fiscais nºs 646966, 733191, 9621, 9648 e 12966, pelos motivos a seguir expostos, procedendo ao lançamento do crédito tributário em relação à mercadoria que desacobertada de documentação fiscal.

As cinco notas fiscais citadas acima foram desconsideradas pelos autuantes dentre as setenta e cinco apresentadas pela autuada, pelos seguintes motivos, conforme fls. 44, 49 e 50:

- Nota Fiscal nº 733191 (fls. 70): pertencente a outra empresa, não podendo acobertar mercadoria existente no estoque da autuada.

- Nota Fiscal nº 9648 (fls. 94): emitida pelo mesmo fornecedor das de nºs 9620 e 9621, também fora da ordem cronológica do talão, em 18/09/2009. No Sintegra do emitente consta a nota fiscal nº 9647, imediatamente anterior à 9648, com data de emissão de 25/09/2009, o que confirma a impossibilidade da de nº 9648 ter sido emitida em 18/09/2009.

- Nota Fiscal nº 9621 (fls. 95): emitida em 14/09/2009, anteriormente à de nº 9620 (fls. 11), do mesmo fornecedor/emitente, que se deu em 22/09/2009, portanto, fora da ordem cronológica do talão.

- Nota Fiscal nº 12966 (fls. 97): emitida pela Oi Distribuidora de Alimentos Ltda. ME, teve a data de saída dos produtos adulterada para 20/09/2009, conforme comparação entre as vias juntadas como fls. 14 e 15.

- Nota Fiscal nº 646966 (fls. 112): datada de 18/10/2008, fora, portanto do período razoável para ainda se encontrar no estoque.



A atuada apresentou impugnação como fls. 18 a 26, e, conforme relatado, questiona, principalmente, que as notas fiscais apresentadas davam cobertura às mercadorias constantes do estoque objeto da ação fiscal e que a fiscalização não realizou levantamento físico de estoque para determinar possível diferença, preceituada pelo Art. 360 do RICMS, além de alegar caráter confiscatório da multa.

Em relação às notas fiscais apresentadas pela atuada como passíveis de acobertar o estoque de mercadorias encontrado pelos autuantes nas dependências do estabelecimento, as mesmas foram consideradas pela fiscalização, com exceção das que foram utilizadas com intuito claro de ludibriar a fiscalização, conforme já descrito acima, chegando a defendente à atitude extrema de adulteração de data, fato que não se pode deixar de levar em consideração para crer na má fé do contribuinte para burlar o Fisco, contra o que a Atuada nada provou. Os autos deixam claro essa tentativa, bem como explicitam, também, o zeloso e árduo trabalho dos colegas que procederam à ação fiscal.

No tocante ao levantamento que a atuada alega que não foi efetuado na empresa, trata o Art. 360 do RICMS de apuração de movimento real das **saídas tributáveis** do contribuinte em determinado período, onde são levadas em consideração outras variáveis da contabilidade fiscal da empresa, o que, provavelmente, tornaria a situação da empresa ainda mais difícil.

Os autuantes, conforme Ordem de Serviço já citada, procederam à, apenas, contagem do estoque de mercadorias e verificação se o mesmo se encontrava acobertado por documentação fiscal, atividade mais simples e objetiva da fiscalização, não fosse as tentativas de dificultar os trabalhos, promovidas pelo contribuinte.

É indiscutível a previsão legal para exigência, pelo Fisco, de documentação fiscal para estocagem de mercadoria. Se a fiscalização, através de visita numa empresa, em obediência a uma ordem de serviço, constata mercadoria estocada sem documentação fiscal, obrigatoriamente, procede ao lançamento do crédito tributário, já que sua atividade é plenamente vinculada e o RICMS, através do Art. 150, Inciso XIX, dispõe que é obrigação do contribuinte cumprir todas as demais exigências previstas na legislação tributária, entre elas, principalmente, a disposta pela própria penalidade aplicada que é a de **estocar mercadoria acobertada por documentação fiscal**.

A atuada alega que a multa aplicada tem efeito confiscatório, o que não é verdade, visto que a caracterização do confisco está substancialmente relacionada ao patrimônio e/ou rendimentos do contribuinte. Além do mais, a multa aplicada está prevista no RICMS, através do Art. 340, III, b, que prevê que é punida com multa de trinta por cento do valor comercial da mercadoria a infração de receber, **estocar** ou depositar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, nos termos do regulamento.

Em relação à alegação da atuada de que a fiscalização não observou as substituições tributárias lançadas nos documentos fiscais e que todos os impostos incidentes sobre as operações já haviam sido recolhidos, temos a esclarecer que tudo isso foi observado, visto que os autuantes lavraram o auto de infração em relação à, apenas, as mercadorias que não foram acobertadas por documentação fiscal, ou seja, à diferença entre o estoque encontrado e a parte que possuía documentação fiscal.



No mais, todas as alegações da atuada foram devidamente contestadas pelos autuantes, não deixando qualquer dúvida sobre a procedência da ação fiscal.

DA DECISÃO

Isto posto, por todos os elementos constantes do feito, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração de fls. 01, lavrado contra a empresa ATACADISTA RIO GRANDE LTDA., para impor à atuada a aplicação da penalidade de que cuida o Auto de Infração peça vestibular do presente processo, no valor de R\$ 68.614,64 (Sessenta e oito mil, seiscentos e quatorze reais e sessenta e quatro centavos), sem prejuízo da exigência do imposto no valor de R\$ 52.469,85 (Cinquenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos), totalizando R\$ 121.084,49 (Cento e vinte e um mil, oitenta e quatro reais e quarenta e nove centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 7ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 04 de outubro de 2011.


AGMARY FERREIRA DE MACEDO
Julgadora Fiscal