



**DECISÃO Nº:** 261/2011  
**PROTOCOLO Nº:** 125696/2011-6  
**PAT N.º:** 96/2011-1ª URT  
**AUTUADA:** ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA  
**FIC/CPF/CNPJ:** 20.203.069-  
**ENDEREÇO:** Rua Amaro Barreto, 1327, Alecrim Natal-RN

**EMENTA – ICMS – Saída de Mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, apurada através de levantamento das leituras da memória fiscal e da memória da fita detalhe.** Defesa não contesta a existência dos valores encontrados pelo agente do fisco. Não prospera a alegação de que eventuais diferenças em determinado estabelecimento poderia ser compensada com outras de estabelecimento diverso e com efeito tributário oposto, eis que em todas as filiais ocorreu o mesmo fenômeno. Desnecessidade de produção da prova pericial. Técnica de fiscalização apropriada para a espécie. Alíquota aplicada além de ser a prevista para a hipótese, guarda similitude com o índice de debitamento da autuada, revelado pelo seu movimento econômico tributário. Processo que atende aos pressupostos regentes da espécie. Nulidade não configurada. Conhecimento e inacolhimento da Impugnação – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.

## DO RELATÓRIO

### 1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 6770/1ª URT, onde se denuncia saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal competente, apurada através de levantamento das leituras da memória fiscal e da memória da fita detalhe que revelaram a existência de valores recebidos à míngua de documentos fiscais válidos que lhe dessem suporte.

Assim, deu-se por infringido o art. 150, inciso XIII e IV c/c art. 416, inciso I, e art. 418, inciso I, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Ludenilson Araújo Lopes  
Julgador Fiscal



Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso III, alínea “d”, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é de multa no valor de R\$ 2.754.669,43 (dois milhões setecentos e cinquenta e quatro mil seiscentos e sessenta e nove reais e quarenta e três centavos), mais o ICMS no valor de R\$ 1.560.979,34 (um milhão quinhentos e sessenta mil setecentos e setenta e nove reais e trinta e quatro centavos), perfazendo o montante de R\$ 4.315.648,77 (quatro milhões trezentos e quinze mil seiscentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos).

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada, entre eles, Termo de Leitura de Memória Fiscal e LMF (fl. 10), Recebimentos Constantes na LMF sem comprovação de emissão de cupom fiscal, (fl. 9), Relatório Circunstanciado (fl. 16), notificação para que o contribuinte realizasse a situação sem o gravame da penalidade punitiva, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31 de março de 2008 (fl. 12), e demonstrativo do crédito tributário (fl. 14).

Consta, ainda, fls. 17 a 19, despacho e parte de serviço, dando conta do *modus operandi* da autuada, flagrada pela fiscalização de trânsito, que consistia na seguinte prática: vendia-se os produtos aos consumidores potiguares através das lojas aqui sediadas, porém, faturava-se diretamente do depósito situado em território Paraibano.

## 2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 28 a 48:

- Vício formal do auto de infração, pois o autuante informou apenas os dispositivos regulamentares do Decreto 13.640/97, sendo que a matéria é reservada a previsão em Lei;
- O autuante não apresentou qualquer prova da existência dos supostos fatos ocorridos, restringindo-se a apresentar planilhas de lançamento de forma unilateral;



- Necessidade de contagem do estoque final para apurar saída de mercadoria desacompanhada de nota fiscal;
- As operações não são de venda sem nota fiscal, e sim de transferência de mercadorias entre filiais, ou de filial diversa da que efetuou a venda, diretamente ao consumidor;
- Não há no regulamento a obrigação acessória solicitada pelo agente fiscal, sendo então essa obrigação ilegal;
- A autuada não teve acesso às informações utilizadas pelo fisco para embasar a denúncia, o afetando seu direito de defesa;
- O autuante se utilizou da presunção na fiscalização, procedimento não autorizado pela legislação do Estado;
- O autuante se utilizou da alíquota de 17%, quando na verdade deveria utilizar a média das alíquotas interestaduais;
- O autuante desconsiderou as receitas da autuada referentes a vendas de apólices de seguro e as compras financiadas;
- Assume a possibilidade de erros, se comprometendo a pagar o ICMS eventualmente recolhido a menor em decorrência desses erros, mas que não correspondem aos valores perseguidos pelo autuante;
- Requer perícia contábil para esclarecer a verdade material dos aspectos tributários que envolveram as operações por ela praticada.

Diante do exposto, requer a improcedência do Auto de Infração.

### 3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da autuada, o ilustre autor, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 53 a 61, alegou que:



- Conforme art.416 do RICMS, o contribuinte tem obrigação de emitir documento fiscal para acobertar as operações de vendas realizadas;
- Restou confessada a prática pela qual o contribuinte foi autuado, diante de sua alegação de que cometeu equívocos, na sua impugnação;
- A remessa feita pelo terceiro que não o vendedor da mercadoria trata-se unicamente de uma simples remessa por conta e ordem de venda feita (operação triangular);
- Nessa referida operação, há a obrigatoriedade de emissão de três documentos fiscais: o possuidor físico da mercadoria emite a nota fiscal de venda para o comerciante que lhe comprou a mercadoria, ao tempo que remete DIRETAMENTE por conta e ordem da venda ao CONSUMIDOR, realizada pela empresa que lhe comprou a mercadoria;
- Dessas três operações, são tributadas a compra da mercadoria pelo revendedor e a venda ao consumidor final;
- Independente da operação ser tributada ou não, todas as circulações de mercadorias devem ser acobertadas por documento fiscal que a identifique;
- Quanto à preliminar de nulidade, informa que o decreto está amparado pela Lei 6.869/96;
- A autuada foi devidamente intimada da presente ação fiscal, lhe sendo assegurado o direito de acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos;
- A autuação se deu no estrito cumprimento do dever legal;
- Discorda da realização de perícia contábil, considerando seu pedido meramente procrastinatório;
- O método de ARBITRAMENTO utilizado por estar a autuada em situação comprovada de sonegação de ICMS, visto que foi flagrado descarregando mercadoria em local diverso do destino;



- Após a leitura da fita detalhe, foi constatado recebimento de mercadoria por parte de consumidores, sem a emissão de cupom fiscal correspondente;
- A empresa deixou de apresentar os documentos fiscais que acobertassem a receita de R\$ 9.182.231,42.

Por fim, pugna pela manutenção do Auto de Infração.

#### 4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 26) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

#### **DO JUÍZO 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.

#### **DO MÉRITO**

Nos termos do relatório acima, versa o presente processo sobre a saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal competente, apurada através de levantamento das leituras da memória fiscal e da memória da fita detalhe que revelaram a existência de valores recebidos à míngua de documentos fiscais válidos que lhe dessem suporte.

Antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da matéria, especialmente, 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, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a peça vestibular; a descrição da denúncia reflete com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e as circunstâncias em que transcorreram; o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada e, finalmente, a penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei e se revela como específica para a hipótese que se apresenta.

Demais disso, embora o autor do feito tenha se referido a dispositivos regulamentares, tal regulamento, como não poderia ser diferente, apenas consolidou e explicou o conteúdo da Lei 6968/96, sem dela se desbordar.

De mais a mais, o presente lançamento ocorreu dentro do lustro decadencial, eis que se trata de fatos geradores remanescentes de abril de 2008, portanto, teria o Estado bastante tempo para perfectibilizar o presente lançamento, sem ser atormentado com o perecimento de direito de lançar, vale dizer, decadência.

Inconformada com a infração a ela imputada, a atuada apresentou peça impugnatória, invocando, preliminarmente, nulidade do auto de infração por falta de embasamento legal para a autuação.

Sobre tal alegação, muito claramente informa o atuante que o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 13.640/97 se ampara na Lei Ordinária 6.968/96, tendo apenas o escopo de reproduzir tal lei, adotando todos os procedimentos nela previstos, como já acima dito.

Ademais, como se observa pela impugnação da atuada, seu direito de defesa de forma alguma restou prejudicado, não havendo portanto motivos pra seu insurgimento a respeito do Auto de Infração.

Quanto a alegação de que não houve apresentação de provas da infração, observo que o atuante se utilizou de informações fornecidas pela própria atuada, qual seja,



a leitura da memória fiscal e da fita detalhe extraídas do equipamento de emissor de cupom fiscal de sua propriedade e posse.

De sorte, que não vislumbro como acolher as preliminares suscitadas pela defesa, motivo pelo qual as rejeito.

Ainda, sem adentrar no mérito, passo à análise do pedido de perícia formulado pela defesa o qual, desde já afastado, por não vislumbrar a mínima necessidade.

A propósito, os quesitos propostos pela defesa são de todos dispensáveis para a resolução da presente querela. Primeiro, porquanto, não tratar o presente feito de movimentação de outras filiais, pouco importando suas mutações. O que se apura através da presente ação fiscal é a inconsistência dos valores apresentados pelo equipamento emissor de cupom fiscal inerente ao estabelecimento identificado na inicial. Vale dizer, não foi comprovado pelo autuado, através de documentação válida, a origem das receitas reveladas pelas leituras emitidas por seu próprio equipamento, leituras estas que foram acompanhadas por representante legal, conforme documento de fl. 11 do p.p.

As transações de transferências entre os estabelecimentos são regidos por legislação própria, que estabelece todo o ritual a ser seguido, de modo que em sendo procedido de forma legal, nenhuma interferência há que se configurar nos resultados apresentados pelo agente do fisco, como bem apontou o ilustre autor do feito, em sede de contestação.

Acresça-se, por oportuno, que a tese da defesa ao suscitar a necessidade da produção de prova pericial, esvai-se quando todas as filiais apresentaram inconsistência, ou seja, ingressos de origem não comprovada. Ora, se fosse verdadeira a tese da defesa, tais saldos se compensariam. Vale dizer, numa filial sobrava receita, em outra sobrava faturamento e assim por diante. Nada disso ocorreu. Todas apresentaram insuficiência de faturamento e excesso de receita, o que nos termos da Lei, afigura-se a hipótese de saída de mercadorias sem a competente documentação fiscal. Logicamente, cabendo ao contribuinte o ônus de provar o contrário, fato que efetivamente não se verifica nos autos.



Com esses apontamentos afastou o pedido de perícia propugnado em sede de impugnação, por reputá-lo como absolutamente desnecessário ao deslinde da questão.

No mérito, alega a autuada que não houve a venda da mercadoria sem emissão de nota fiscal, e sim a transferência destas entre filiais, e que não há previsão legal da obrigação de emitir documentos nesses casos.

Ledo engano, novamente equivocou-se a autuada. A obrigação de emissão de documentos fiscais abrange todas as saídas, ou seja, a saídas a qualquer título, inclusive de transferência, conforme art. 614 do RICMS:

**Art. 614.** *O livro Registro de Saídas, modelos 2 e 2-A, Anexos - 41 e 42, destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70 e Conv. SINIEF 6/89):*

*I- das saídas de mercadorias, a qualquer título, do estabelecimento.*

Além disso, o argumento da autuada de que, em alguns casos, houve venda de mercadoria por uma filial, mas que na verdade a mercadoria se encontrava em outro estabelecimento, vai de encontro com a previsão legal, reproduzido Regulamento já referido, de que a nota fiscal deve ser emitida pelo estabelecimento que de fato efetuar a operação, vale dizer, de forma alguma a mercadoria poderia sair de qualquer filial sem que fosse acompanhada de documento fiscal competente.

**Art. 634.** *Os documentos fiscais deverão ser emitidos no estabelecimento que efetuar a operação ou prestação.*

**Parágrafo Único.** *Mediante regime especial, poderá ser autorizada a emissão de documentos fiscais fora do estabelecimento.*

Nesse contexto, os argumentos de defesa, além de não afastar a acusação a ela imposta, ainda reforça a tese de que realmente a conduta infratora se materializou, ou seja, houve a saída de mercadorias sem a competente documentação fiscal.

Com efeito, o fato denunciado, qual seja, saída de mercadoria sem documentos fiscais, restou incontroverso, conforme revelam os documentos carreados aos autos pelo autor do feito e admitido, por mais de uma vez, pelo próprio autuado, além do que deste fato não se defendeu, propriamente dito, a acusada.



Entretanto, em sua defesa, alega, sem contudo provar, supostos fatos novos, no sentido de que a insuficiência de faturamento para fazer face às receitas de uma estabelecimento poderia ser compensada pela situação inversa de outro (hipótese já rejeitada), neste caso o ônus probante recai sobre o atuado, conforme dicção do inciso II do art. 333 do CPC, abaixo reproduzido, ônus do qual não se desincumbiu.

*Art. 333 - O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Com efeito, ao se privilegiar interpretação oposta, seria o mesmo que se louvar a torpeza, o que é totalmente inconcebível.

Quanto a alegação de que a atuada não teve acesso às informações utilizadas pelo fisco, o que prejudicou seu direito de defesa, entendo-a como totalmente descabida, tendo em vista que a atuação se embasou na leitura da memória fiscal e da fita detalhe, informações tais prestadas pela própria atuada através da leitura das informações constantes de seu próprio equipamento, o que derruba também o argumento da atuada de que a atuação se embasou em meras suposições, mesmo porque o documento de fl. Revela que as leituras ocorreram sob o olhar do representante legal da atuada.

No que tange à irrisignação quanto à alíquota utilizada pelo atuante, não há possibilidade de acolher a pretensão da atuada de se utilizar a média das alíquotas interestaduais, pelo simples fato de que não se tratam de operações interestaduais, e sim internas. Neste caso, como as alíquotas internas são 17 e 25%, a média seria de 21%, superior em quatro pontos percentuais em relação a alíquota utilizada pelo fisco que foi de 17%, conforme revelam os demonstrativos do crédito tributário.

Destarte, as alegações da defesa tornaram-se, de todas, insubsistentes para desconstituir o direito do Estado de recuperar o crédito tributário pretendido através da



presente ação do fisco, já que, nem de longe, prova o adimplemento fiscal de todas as operações de que cuida a inicial.

Finalmente, fundamentado nas normas regulamentares, na prova, na legislação pertinente a lide, e, tendo em vista a incapacidade da autuada em ilidir a denúncia, posiciono-me pela procedência do Auto de Infração em comento.

### **DA DECISÃO**

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e contestação, ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA, para impor a autuada a penalidade de multa no valor de R\$ 2.754.669,43 (dois milhões setecentos e cinquenta e quatro mil seiscentos e sessenta e nove reais e quarenta e três centavos), mais o ICMS no valor de R\$ 1.560.979,34 (um milhão quinhentos e sessenta mil setecentos e setenta e nove reais e trinta e quatro centavos), perfazendo o montante de R\$ 4.315.648,77 (quatro milhões trezentos e quinze mil seiscentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos), em valores históricos, sujeitando-se por tanto aos acréscimos moratórios previstos na legislação.

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

COJUP, Natal, 26 de Outubro de 2011.

**Ludenilson Araújo Lopes**

Julgador Fiscal