



DECISÃO Nº: 361/2011
PROTOCOLO Nº: 258748/2009-5
PAT N.º: 043/2009-7ª URT
AUTUADA: RIO GRANDE SUPERMERCADO LTDA.
FIC/CPF/CNPJ: 20.210.226-2
ENDEREÇO: Rua: Pedro Velho, 977 Centro Pau dos Ferros-RN
DENÚNCIA(S):
1. Estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física do estoque.
2. Estocar mercadoria acobertada com nota fiscal inidônea.

EMENTA -- ICMS -- Estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física do estoque. Estocar mercadoria acobertada com nota fiscal inidônea. 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. Constatado erro no cálculo do ICMS referente à ocorrência 01, autuantes procederam à alteração **AÇÃO FISCAL PROCEDENTE EM PARTE.**

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Entende-se do Auto de Infração nº 573/7ª 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 os Arts. 408 e 415, Incisos III e IV, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em virtude de estocagem de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, conforme contagem física, e de mercadoria acobertada com nota fiscal inidônea.

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\$ 32.955,88 (Trinta e dois mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), sem prejuízo do pagamento do ICMS, no valor de R\$ 34.318,91 (Trinta e quatro mil, trezentos e dezoito reais e noventa e um centavos), totalizando o montante de R\$ 67.274,79 (Sessenta e sete mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e nove centavos), com os acréscimos monetários previstos no Art. 133 do mesmo regulamento.



2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, através de seu advogado (fls. 70), alega, a autuada, conforme impugnação às fls. 33 a 41:

- que a fiscalização contou o estoque das mercadorias existentes no estabelecimento;
- 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 laque 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 a interpretação da legislação tributária é reconhecida e aplicada nos tribunais pela sua literalidade e não pela particularidade dos seus usuários, não podendo o Auditor aplica-la ao seu bel prazer;
- que o Art. 408 do RICMS objetiva a, apenas, a exigência do destinatário, quanto à emissão da nota fiscal pelo remetente, ao acobertamento no trânsito das mercadorias até seu estabelecimento, o que foi feito dentro da norma regulamentar;
- 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 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 ordem de serviço é específica para contagem de estoque na empresa, não tendo sido feito nenhum levantamento de estoque e de todas as mercadorias constantes em estoque foram entregues todas as notas fiscais, conforme relação recebida e



assinada pelos auditores, que não deduziram seus quantitativos, pois nem demonstrativo fizeram, nem anexaram as 868 notas fiscais recebidas aos autos;

- que os auditores passaram mais de dois anos fiscalizando a empresa e lavraram termos de início e encerramento de fiscalização; e,

- diante do exposto requer que a fiscalização anexe as 868 notas fiscais que lhes foram entregues, conforme recibos ora apresentados pela defesa, 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 atuada, os atuantes alegam, conforme fls. 78 a 95:

- 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. 03 é, exatamente, a diferença entre o total de mercadorias existente no estoque em 11/09/2009, deduzido das quantidades constantes nas notas fiscais apresentadas pela atuada, exceto as de nºs 2441, 151, 160 e 165, consideradas inidôneas, tendo sido apresentadas na tentativa de lesar o resultado do levantamento feito;

- que as 868 notas fiscais não foram entregues em sua totalidade aos auditores responsáveis pelo recebimento das mesmas, vez que deram o recebido na listagem sem efetuar a conferência dos quantitativos recebidos, numa prova de boa fé, pelo que demonstram que foram efetivamente recebidas por eles apenas 478 notas fiscais, que ora anexam aos autos;

- 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 levantaram o estoque existente em 11/09/2009 e solicitaram as notas fiscais que acobertassem as entradas das mercadorias, abatendo do montante levantado, constatando que parte do estoque estava desacoberto por nota fiscal e outra acoberto por nota fiscal inidônea;

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

- que, em relação à acusação de que houve lacração/ameaça de representação criminal/solicitação de auxílio policial, a atuada deve provar, vez que usa o artifício "copiar/colar", de idêntica defesa da empresa Atacadista Rio Grande, onde houve o procedimento de lacração;



- que as notas fiscais de fls. 08 a 11 serviram como prova ao auto por notória tentativa de lesar a auditoria, pelo que passa a discorrer e demonstrar como se deu cada constatação;

- que em relação aos valores das mercadorias objeto do demonstrativo de fls. 03 foi tomado como base o preço de mercado sem mais nenhuma agregação como alega maldosamente a autuada às fls. 37, e para a base de cálculo da multa deduziu-se 30%, ficando compatível ao preço atacado;

- que, mesmo não sendo objeto de alegação da defesa, detectaram um erro no cálculo do ICMS, planilha às fls. 03, referente às mercadorias sem nota fiscal. em consequência do que, pelo fato de buscarem sempre a verdade material, alteraram o valor de ICMS para a ocorrência 01, visto que no momento de aplicar a alíquota de 25% não retirou da fórmula da base de cálculo os produtos tributados à alíquota de 17%, passando o novo valor do auto para R\$ 24.319,31, o ICMS, e R\$ 32.566,89, a multa, totalizando R\$ 56.886,20;

- 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 é notório o desrespeito da autuada ao ordenamento jurídico quando declara, através do item 8 das fls. 34, que o Inciso VI do Art. 415 do RICMS é vergonhoso, mentiroso e infame, bem como em outros pontos usa termos desleigantes e até grosseiros;

- 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 a intimação devidamente assinada por um dos representantes para acompanhar a contagem de estoque, juntada como fls. 05, por si só substituiria o termo de início de fiscalização;

- que o princípio da verdade material foi norteador da lavratura do auto de infração, tendo, os auditores, se resguardado de todo cuidado antes da constituição do crédito em lide, e que a listagem de mercadorias restantes, após o confronto com as notas apresentadas serviu de comprovação para constatação da estocagem de mercadoria sem documentação fiscal e com nota fiscal inidônea;

- que, quanto à alegação de não devolução das notas fiscais, foi-lhes indicado um endereço diverso do constante do cadastro da empresa, não tendo conseguido



devolver, pelo que ficaram com a documentação em guarda até o comparecimento do interessado no setor para receber, o que aconteceu duas semanas depois, tendo as funcionárias da empresa se recusado a receber, alegando que só receberiam as 868 notas fiscais entregues; e,

- face ao exposto, requer a manutenção do auto de infração, com a alteração do valor do ICMS da ocorrência 1, de R\$ 17.505,81 para R\$ 7.506,21.

É o que se cumpre relatar.

4. ANTECEDENTES

Constarei a ausência nos autos da Certidão de Antecedentes Fiscais, o que foi solicitado pela COJUP à 7ª URT, tendo sido atendido, conforme fls. 911 e 926, nos dando conta de 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, especificamente, 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 das denúncias de estocar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, decorrente de contagem física, e de estocagem de mercadoria acobertada com nota fiscal inidônea, 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. 03, 07 a 11 e 13 a 31).

Conforme fls. 04, a Ordem de Serviço nº 1894-7ª URT era para que os autuantes procedessem a contagem de estoque na empresa, o que foi atendido, de acordo com o relatado pelos autuantes na contestação (fls. 78 a 95) e com os documentos juntados por eles como fls. 07 a 11 e 13 a 31).

Como se encontra declarado nas fls. 83, item 3.3, os autuantes contaram o estoque existente no estabelecimento da empresa em 11/09/2009 e solicitaram à autuada a apresentação das notas fiscais de entradas que acobertassem tais mercadorias. Conforme fls. 81 a 83, foram apresentadas 478 (quatrocentos e setenta e oito) notas fiscais pela autuada



cujas quantidades de mercadorias foram deduzidas do referido estoque, com exceção das referentes às notas fiscais nºs 2441, 151, 160 e 165, juntadas como fls. 08 a 11, pelos motivos a seguir expostos, procedendo ao lançamento do crédito tributário em relação à mercadoria que se encontrava desacobertada de documentação fiscal.

As quatro notas fiscais citadas acima foram desconsideradas pelos autuantes dentre as 478 apresentadas pela atuada, pelos seguintes motivos, conforme fls. 84 e 85:

- Nota Fiscal nº 2441 (fls. 08): diante da cópia da via fixa do talão, colhida do remetente, podemos verificar que a data foi "caçada", sendo que na 1ª via retroagiu a 14/08/2009, enquanto que na via fixa do talão a data é 14/09/2009, data efetiva da emissão, indício claro de tentativa de ludibriar o fisco.

- Notas Fiscais nºs 151, 160 e 165 (fls. 09 a 11): foram emitidas pela mesma empresa, AP & D Distribuidora de Alimentos Ltda., e nelas foi observado que as grafias são idênticas a da nota fiscal nº 2441, como se fossem emitidas por "encomenda", tendo sido constatado no sistema da SET ausência de movimentação da empresa emitente no exercício de 2009, conforme fls. 74 e 75. Além do mais, conforme declaração dos autuantes na contestação (fls. 85), foi feita diligência pela SUMATI na referida empresa, através do que foi constatado que a mesma não existia, pelo que foi declarada "inapta".

A atuada apresentou impugnação como fls. 33 a 41, a 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.

Alega, também, a atuada, que após as investidas da fiscalização contra ela, indo desde o lacre das portas do estabelecimento, ameaça de representação criminal, solicitação de auxílio policial e até mesmo a contagem por espécie de todo o estoque por unidades, não tendo conseguido constatar nenhuma irregularidade, resolveu desclassificar notas fiscais, determinando sua inidoneidade.

No que tange a argumentação de supostas investidas da fiscalização, tal argumentação é completamente descabida, vez que não consta nos autos nada que faça referência a tal fato, o que, unido às expressões existentes na defesa, demonstra seu baixíssimo nível.

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 resaltei 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 a Fiscalização, o que nada provou. Os autos deixam claro essa tentativa, bem como explicitam, também, o zeloso e árduo trabalho dos colegas que procederam à ação fiscal.

O fato arguido pela atuada (fls. 37) de que foram entregues à fiscalização todas as notas fiscais, conforme relação devidamente recebida e assinada pelos auditores, não tendo estes deduzido seus quantitativos, nem anexado as fls. 82 e 83, foi devidamente contestado pelos autuantes (fls. 82 e 83), que informaram o seguinte:



- que as notas fiscais foram entregues em duas ocasiões, através de duas listas, que somam 846 documentos relacionados, sendo a primeira em 21/09/2009 (fls. 47 a 66) e a segunda em 10/11/2009 (fls. 43 a 46), não tendo sido feita conferência da quantidade de documentos, no recebimento;

- que constataram, após recebimento, a duplicidade de 80 notas fiscais, vez que constavam das duas listas, restando para análise 766, das quais 274 não foram entregues;

- que procederam a uma análise, por amostragem, dessas 274 notas fiscais relacionadas pela autuada e NÃO entregues à fiscalização, tendo constatado, através de informações do banco de dados da SET, como "Registro 50", "Consulta DANFES's" e fichas de "AIDF's", que as notas fiscais, ora NÃO se destinam à autuada, ora NÃO correspondem ao período fiscalizado, e ora possuem datas de emissão anteriores a 10/09/2009 ou posterior a 10/09/2009; e,

- que, portanto, não dizem respeito à ação fiscal, sendo desnecessário seu recebimento pelo fisco.

No tocante ao levantamento que a autuada 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 certas variáveis da contabilidade fiscal da empresa, o que, provavelmente, tornaria a atuação 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 a uma 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 III, 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 de **estocar mercadoria acobertada por documentação fiscal**.

A autuada 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, não é prevista no RICMS, através do Art. 340, III, b, que prevê que é punida com multa de cinco por cento do valor comercial da mercadoria a infração de receber, estocar ou depositar mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ou com documentação fiscal incorreta, nos termos do regulamento.

Em relação à alegação da autuada 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 isso não foi observado, visto que os autuantes lavraram o auto de infração em relação a, 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 autuada foram devidamente contestadas pelos autuantes, não deixando qualquer dúvida sobre a procedência da ação fiscal.

Os autuantes, no costumeiro uso de sua boa fé, constatou em fls. 87, verificaram que cometeram um lapso por ocasião da aplicação da alíquota de 25% para efeito do cálculo do valor do ICMS referente à ocorrência 1, vez que não consideraram os produtos sujeitos à alíquota de 17%, pelo que retificaram, passando o mesmo de R\$ 17.505,81 (Dezessete mil, quinhentos e cinco reais e oitenta e um centavos) para R\$ 7.506,21 (Sete mil, quinhentos e seis reais e vinte e um centavos).

Verifiquei que os autuantes procederam a uma pequena alteração, também, no valor da multa referente à ocorrência 01, passando essa de R\$ 10.236,06 (Dez mil, cento e trinta e dois reais e sessenta e dois centavos), fls. 03, para R\$ 9.245,08 (Nove mil, setecentos e quarenta e três reais e sessenta e oito centavos), fls. 88.

DA DECISÃO

Isto posto, por todos os elementos constantes do Auto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração de fls. 01 e 02, lavrado contra a empresa RIO GRANDE SUPERMERCADO LTDA., para impor à autuada a aplicação da penalidade de que cuida o Auto de Infração, peça vestibular do presente processo, no valor de R\$ 32.566,89 (Trinta e dois mil, quinhentos e sessenta e seis reais e oitenta e nove centavos), sem prejuízo da exigência do imposto, no valor de R\$ 24.319,31 (Vinte e quatro mil, trezentos e dezenove reais e trinta e um centavos), totalizando R\$ 56.886,20 (Cinquenta e seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e vinte centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Recorro desta decisão ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais, conforme disposto pelo Art. 114 do RPPAT, aprovado pelo Decreto 13.795/98, em virtude da exoneração do pagamento de penalidade superior a R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos Reais).

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

COJUP, Natal, 07 de dezembro de 2011.


AGMARY FERREIRA DE MACEDO
Julgadora Fiscal