**DECISÃO Nº** 091/2013

**PROTOCOLO Nº:** 531915/2012-9

**PAT Nº:** 1001/2012

**AUTUADA:** J. G. S. de Melo

**FIC:** 20.262.685-7

**ENDEREÇO:** Rua Nossa Senhora de Nazaré, 1283 – Alecrim – Natal RN.

**EMENTA – ICMS – (1) Saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, apurada por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias tributadas, e (2) saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, também apurada por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias tributadas, com o ICMS recolhido por substituição tributária.** Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Impugnação devidamente oferecida. Regularidade do procedimento fiscalizatório, o qual utilizou-se da contagem física das mercadorias em estoque. Ato devidamente acompanhado por preposto da empresa, o qual, inclusive, deu ciente no Termo de Levantamento do Estoque Físico. Ausência de ilegalidade. Pedido de diligência. Desnecessidade. Ação fiscal devidamente instruída – **Auto de Infração julgado procedente.**

## I – DO RELATÓRIO:

### 1.1 – DA DENÚNCIA

Contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 1001/2012, onde se denuncia a saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, apurado por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias sujeitas à tributação, e por fim, a saída de mercadoria desacompanhada de

**DECISÃO Nº**

**PROTOCOLO Nº:** 531915/2012-9

**PAT Nº:** 1001/2012

**AUTUADA:** J. G. S. de Melo

**FIC:** 20.262.685-7

**ENDEREÇO:** Rua Nossa Senhora de Nazaré, 1283 – Alecrim – Natal RN.

**EMENTA – ICMS – (1) Saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, apurada por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias tributadas, e (2) saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, também apurada por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias tributadas, com o ICMS recolhido por substituição tributária.** Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Impugnação devidamente oferecida. Regularidade do procedimento fiscalizatório, o qual utilizou-se da contagem física das mercadorias em estoque. Ato devidamente acompanhado por preposto da empresa, o qual, inclusive, deu ciente no Termo de Levantamento do Estoque Físico. Ausência de ilegalidade. Pedido de diligência. Desnecessidade. Ação fiscal devidamente instruída – **Auto de Infração julgado procedente.**

## I – DO RELATÓRIO:

### 1.1 – DA DENÚNCIA

Contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 1001/2012, onde se denuncia a saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, apurado por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias sujeitas à tributação, e por fim, a saída de mercadoria desacompanhada de

documento fiscal, apurado por meio de levantamento específico quantitativo do estoque de mercadorias sujeitas à tributação, com o ICMS recolhido por substituição tributária.

Em face da autuação acima discriminada, foi imposto pagamento de R$ 98.120,25 (noventa e oito mil, cento e vinte reais e vinte e cinco centavos) relativos ao ICMS, bem como R$ 136.595,77 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e noventa e cinco reais e setenta e sete centavos) referentes à multa, totalizando um montante de R$ 234.716,02 (duzentos e trinta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais e dois centavos).

Foi sugerida a aplicação das penalidades constantes no art. 340, inciso III, alínea "d", do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97.

## 1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se ao lançamento de ofício, a autuada veio aos autos através da peça de impugnação de fls. 63/66, pleitear pela improcedência do auto de infração.

Inicialmente, afirmou a impossibilidade de se sonegar o imposto, visto que as notas fiscais de aquisição de produtos pelas empresas são enviadas para o Fisco *on line.*

Na sequência, aduziu que a fiscalização se deu a bel prazer dos autuantes, ou seja, sem a presença do proprietário do estabelecimento autuado, para que este acompanhasse e esclarecesse qualquer dúvida eventualmente surgida.

Requereu, outrossim, perícia na sua escrita contábil, com escopo de verificar a autenticidade de sua contabilidade e apurar a verdade material dos fatos. Para isso, invocou os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, com o fim de amparar tal pleito.

À vista do exposto, pleiteou pela improcedência do auto de infração.

## 1.3 – DA CONTESTAÇÃO

Em contestação, os autores argumentaram, em síntese, que o contribuinte embora tenha afirmado sobre a impossibilidade de se sonegar imposto, tem-se que nas operações onde ocorrem a antecipação do ICMS, quer na substituição tributária, quer na antecipação tributária, não pode eximir-se o contribuinte da obrigação de emitir documentos fiscais, sempre que promover a saída de mercadorias.

Prosseguiram alegando que o fato de existir a nota fiscal eletrônica, não extingue a possibilidade de ocorrer sonegação fiscal, pois conforme aconteceu *in casu,* mesmo existindo nota fiscal eletrônica, esta não impede que o contribuinte realize

operações de saída sem a documentação fiscal eletrônica devida, evitando com isso, o destaque, apuração e recolhimento de ICMS devido ao Estado do Rio Grande do Norte.

Ressaltaram que a falta de emissão do documento fiscal de saída foi detectada através do levantamento do estoque, bem como, do confronto realizado nas operações de entrada e saída de mercadorias da empresa.

Salientaram ademais, que todo trabalho de fiscalização não foi realizado ao bel prazer dos autuantes, conforme afirmado pelo contribuinte. Pelo contrário, todo o trabalho foi pautado na transparência e considerados os princípios formais do procedimento fiscal.

Nessa linha, após a expedição da ordem de serviço nº 7056, os autuantes diligenciaram até o estabelecimento comercial autuado, onde não localizaram o Sr. Johny Geovanine Santos de Melo, proprietário. Destarte, presente encontrava-se o Sr. Gudemberg Eduardo Costa da Silva, funcionário, o qual acompanhou a contagem física da mercadoria em estoque, que deu ciência ao Temo de Levantamento de Estoque Físico, na condição de preposto.

Acrescentaram, ainda, que em 21.06.2012 o contribuinte não possuía profissional habilitado responsável pela sua escrituração fiscal e contábil, registrado junto à Secretaria de Tributação, situação somente regularizada em 16.07.2012.

Ao argumentarem sobre a desnecessidade de diligência, os autuantes informaram que a sistemática de auditoria utilizada na presente ação fiscal é por demais simples, o que afasta a necessidade de eventual perícia. Registram também que em nenhum momento foi questionada a autenticidade da escrita fiscal da autuada.

No tocante à alegação de cerceamento de defesa, frisou o fato de que o momento para o contribuinte se manifestar, ser ouvido, apresentando os argumentos de fato e de direito que entenda estar a seu favor, é após a ciência do auto de infração, através da peça de impugnação, a qual foi devidamente ofertada.

Continuaram afirmando que a verdade material, ao contrário do aludido na impugnação, foi buscada através das constatações oriundas do estoque físico e do confronto com os documentos fiscais de entrada e saída dos respectivos produtos, o que torna sem sentido a alegação da impugnante.

Finalmente, pede a manutenção do auto de infração.

## 2 – DOS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 61), que a autuada não é reincidente na prática dos ilícitos fiscais denunciados.

É o que se cumpre relatar.

## 3 – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Vislumbro que a impugnação preenche os requisitos essenciais exigidos pela legislação regente, notadamente em razão desta ter sido apresentada de maneira tempestiva, razões pelas quais dela conheço.

Ultrapassada a fase anterior, passo a analisar e discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração.

## 4 – DO MÉRITO

De início, ao contrário do alegado pela impugnante, percebe-se que o processo encontra-se em consonância com os princípios constitucionais, notadamente os da ampla defesa e do contraditório, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, razão pela qual, com relação a tais princípios, não se verifica qualquer mácula capaz de contaminar a denúncia posta nos autos.

Na sequência, embora o contribuinte, em sua peça de impugnação, tenha afirmado que o Fisco estadual realizou o procedimento fiscalizatório ao seu bel prazer, verifica-se situação diversa nos autos, pois os autuantes, agindo com zelo e transparência, realizaram a contagem física da mercadoria em estoque, inclusive na presença do Sr. Gudemberg Eduardo Costa da Silva, funcionário da empresa, o qual acompanhou todo o procedimento, como também deu ciência ao Temo de Levantamento de Estoque Físico, conforme se verifica à fl. 51.

Quanto ao pedido de diligência, tem-se por desnecessário, pois a fiscalização foi feita de forma legal, devidamente acompanhada por um preposto da empresa, e após a lavratura do auto de infração, foi concedida oportunidade para manifestação da autuada.

Há que se considerar, também, que num levantamento físico de estoque a constatação é instantânea, sendo de imediato alterado o quadro, tendo em vista o fato da empresa não paralisar suas atividades. Não havendo, portanto, a hipótese de um novo levantamento físico para contraprova do anteriormente realizado.

O que se deve analisar são as circunstâncias e o revestimento de legalidade que se deu ao procedimento efetuado, que no caso em tela está perfeitamente

demonstrada a sua legitimidade e o atendimento aos princípios do direito processual tributário e da legislação reguladora da matéria.

Cabe ainda ressaltar que a opção pela prática do levantamento físico, técnica tão eficaz nos procedimentos de auditoria e que tem sido tão pouco utilizada ultimamente pela fiscalização, merece ser louvada, já que tal metodologia, embora bem mais trabalhosa, é verdade, revela-se ímpar na sua exatidão e transparência.

Sobre a possibilidade de notificação através de preposto, tem-se o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo:

> *"Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.* ***RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO PELOS CORREIOS. AVISO DE RECEBIMENTO ASSINADO POR PREPOSTO E POSTERIORMENTE ENTREGUE A REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. VALIDADE.***
> *1. Débitos de ICMS da recorrente referentes aos meses de janeiro a maio/1990. Fiscalização da Fazenda estadual em 20.12.1995. Notificação para pagamento emitida, via Correios, em 22.12.1995, alegando o embargante que só a teria recebido no fim de janeiro/1996, após o prazo decadencial. Sentença acatando a decadência alegada. Acórdão do TJMT dando provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial, considerando como data de ciência a constante do aviso de recebimento da correspondência. Recurso especial sustentando, em síntese, que o art. 173, parágrafo único, do CTN faz expressa menção à notificação do sujeito passivo quanto à constituição do crédito tributário, o que não teria ocorrido, uma vez que foi outra pessoa que recebeu a comunicação do débito, transmitindo o documento a quem de direito apenas após o prazo decadencial.*
> *2. O Tribunal, analisando os documentos trazidos ao processo, concluiu pela expedição e recebimento regular da notificação mencionada pelo art. 173, parágrafo único, do CTN antes do prazo decadencial.*
> *3.* ***Havendo recebimento da notificação emitida pela Fazenda Estadual pelo representante legal da empresa, afasta-se a impropriedade do receptor da correspondência****, sendo irrelevante o lapso temporal decorrido entre a assinatura do aviso de recebimento e a efetiva entrega da carta ao seu destinatário. Aplicação da teoria da aparência. Mora não atribuível ao ente público, não podendo prejudicá-lo.*
> *4. Recurso especial não provido."* (STJ – Processo: REsp 692427 / MT – RECURSO ESPECIAL – 2004/0137360-2 – Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO – Órgão Julgador – T1 - PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento: 17.02.2005 – Data da Publicação/Fonte, DJ 11.04.2005 p. 202).

Deve-se ressaltar a constatação de que a autuada em nenhum momento questionou os cálculos, as específicas quantificações levantadas, os valores de produtos estabelecidos, ou seja, abraçou apenas a tese sobre a irregularidade do procedimento adotado pelos autores, metodologia esta plenamente regular.

Portanto, devidamente demonstrado o respeito ao contraditório e a ampla defesa, e ainda, em face da fiscalização ter-se dado de acordo com os ditames legais, e por fim, em não havendo qualquer motivo para se determinar qualquer diligência, não se observa, *in casu,* razão para o não acolhimento total das denúncias postas no auto de infração.

## 5 – DA DECISÃO

Isto posto e considerando tudo mais que do processo consta, **julgo procedente** o auto de infração nº 1001/2012, para impor à autuada, devidamente qualificada na peça inicial, o pagamento de R$ 98.120,25 (noventa e oito mil, cento e vinte reais e vinte e cinco centavos) relativos ao ICMS, bem como R$ 136.595,77 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e noventa e cinco reais e setenta e sete centavos) referentes à multa, totalizando um montante de R$ 234.716,02 (duzentos e trinta e quatro mil, setecentos e dezesseis reais e dois centavos), sujeito aos acréscimos legais.

À repartição preparadora para dar cumprimento a esta decisão e adotar as demais providências regulamentares.

COJUP - Natal, 04 de fevereiro de 2013.

Luiz Teixeira Guimarães Junior
Julgador