



DECISÃO n.º.: 200/2014 – COJUP
PAT n.º.: 792/2014 – SUMATI - 1ª. URT (protocolo SET n.º 114551/2014-1)
AUTUADA: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
ENDEREÇO: AV. DR. JOÃO MEDEIROS FILHO, 2005, PARTE ESQ C/R ILHÉUS-
ESQ R SENHOR BONFIM, POTENGI, NATAL/RN – CEP: 59108-200

AUTUANTES: Robério Marques Barreto – Mat. 201.359-2
Aloísio Alves Lopes – Mat. 201.334-7

DENÚNCIA:

1 – O autuado deu entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato gerador caracterizado no artigo 2º, Inciso XVI, atribuiu-se ao sujeito passivo a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre a mercadoria nos termos do art. 136, Inciso I, alínea “b”, c/c Art. 147, Inciso XV e Art. 69, Inciso XXVI, todos do RICMS, Dec. 13.640/1997. Ressalta-se que a apreensão dessa mercadoria encontra previsão legal no Art. 370, Inciso II, do mais uma vez citado RICMS.

EMENTA: ICMS – Entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal – Ausência de comprovação do pagamento do imposto decorrente do fato gerador. Contribuinte apresentou notas fiscais de entrada das mercadorias de outro estabelecimento, em outro local, inidôneas para acobertar produtos encontrados para comercialização. Legislação prevê cobrança do FECOP para gasolina. Multa aplicada deriva de expressa disposição legal. Denúncia que se confirma.

– AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE..

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário n.º. 00792/2014 – SUMATI - 1ª URT, lavrado em 28 de maio de 2014, a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada a denúncia fiscal: 1. O autuado deu entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato

Silvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal

SAD



gerador caracterizado no artigo 2º, Inciso XVI, atribuiu-se ao sujeito passivo a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente sobre a mercadoria nos termos do art. 136, Inciso I, alínea “b”, c/c Art. 147, Inciso XV e Art. 69, Inciso XXVI, todos do RICMS, Dec. 13.640/1997. Ressalta-se que a apreensão dessa mercadoria encontra previsão legal no Art. 370, Inciso II, do mais uma vez citado RICMS, com indicação de infração ao Art. 150, XIX, c/c Art. 408, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97. O processo teve origem no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 93384, lavrado em 16/08/2014, documento de fl. 04.

Ainda em concordância com a denúncia oferecida, a falta detectada ensejou a punibilidade prevista no artigo 340, inciso III, alínea “d”, do decreto vigente, sendo exigido da autuada R\$ 29.962,50 (vinte e nove mil, novecentos e sessenta e dois reais e cinquenta centavos) de ICMS, e a título de multa o valor de R\$ 35.955,00 (trinta e cinco mil, novecentos e cinquenta e cinco reais), além do FECOP, cobrado no valor de R\$ 2.132,20 (dois mil, cento e trinta e dois reais e vinte centavos), totalizando o montante de R\$ 68.049,70 (sessenta e oito mil e quarenta e nove reais e setenta centavos).

Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: Informação do não acolhimento da assinatura da autuada, Termo de Apreensão de Mercadorias, DANFES, Consulta a Cadastro, Demonstrativo da Ocorrência, Relatório Circunstanciado de Fiscalização, Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais, Carta de Intimação, Termo de juntada de A.R., Substabelecimento.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

O autuado apresentou em data de 03 de julho de 2014, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 64 a 80), onde em síntese vem alegando:

1. Pugnando pela tempestividade, alega, inicialmente, que não tem qualquer relação, ainda que indireta, com as operações, e que estas foram realizadas por terceiros, e que por tratarem-se de operações com combustíveis, o ICMS é recolhido antecipadamente em toda a cadeia pelo industrial ou pelo distribuidor, sendo ilegal a cobrança do ICMS;



2. Que as operações estavam acompanhadas de documentos fiscais;
3. Que o FECOP – Fundo de Combate à Pobreza- só é exigido sobre produtos supérfluos, sendo a cobrança aplicada em questão ilegal;
4. Que houve aplicação de multa confiscatória, quando lavrado o Auto de Infração;
5. Que em todos os documentos fiscais juntados é possível ver que o remetente é a empresa Raizen Combustíveis S/A, de inscrição estadual no RN nº 20.050.934-9, o adquirente a empresa Posto Comb Natal Z Norte Ltda., EPP, IE no RN 2003114777, e o transportador a empresa Lima Transportes Ltda., CNPJ 06.890.941/0001-24, inscrição estadual no Ceará nº 060809-400, não cabendo responsabilidade à autuada.
6. Diante do exposto, requer que seja decretada a total nulidade/insubsistência do auto de infração. Não entendendo assim o ilustre julgador, requer a redução da multa aplicada para patamares percentuais que atem aos caros princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, requer por todos os meios de provas permitidos em direito, nos termos do Art. 77 do RPAT. Requer ainda, que todas as publicações, intimações e demais notificações de estilo sejam realizadas, exclusivamente e independentemente de outro causídico ter realizado algum ato processual nestes autos, em nome dos advogados Urbano Vitalino de Melo Neto (OAB/PE 17700) e Alexandre Gois de Victor (OAB/PE 16379).

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronunciam em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. de fls. 82 a 85), argumentando em síntese:

1. Que em regular operação de fiscalização de mercadorias em trânsito, foi constatado o recebimento de combustível, no dia 16/05/2014, às 10h46, no endereço situado à Av. João Medeiros Filho, 2005, em Natal-RN, totalizando 15.000 litros de gasolina Shell Power, 25.000 litros de gasolina tipo C, e 5.000 litros de Etanol.
2. Ao ser solicitada a documentação, foi apresentada a documentação fiscal constantes das NF-e de nºs 22619, 22620, 22621 e 22622, todas emitidas pela empresa RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A., com destino à empresa POSTO DE COMBUSTÍVEIS NATAL ZONA NORTE LTDA, constante no cadastro e nas NF-e citadas;



3. Que não havia e não foi mencionado na impugnação nenhum documento fiscal de venda de mercadoria entre as empresas POSTO DE COMBUSTÍVEIS NATAL ZONA NORTE LTDA e a empresa CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA que pudesse dar regularidade à operação em questão;

4. Que as NF-e apresentadas e anexadas ao Termo de Apreensão de Mercadorias, visam fazer prova a favor do fisco, de vez que não eram destinadas ao contribuinte em questão, mas a terceiro, não acobertando as NF-e a operação, conforme prescrito no RICMS/RN;

5. Que em relação ao questionamento sobre a cobrança do FECOP, foi cumprido estritamente o RICMS/RN em seu Art. 104-A, que atende aos dispositivos das LC 261/03 e LC 450/10, RN;

6. Que não cabe no procedimento fiscalizatório juízo de valor, relativamente à multa cabível, mas novamente cabendo a aplicação dos dispositivos do RICMS/RN, conforme devidamente citado no TAM e no Auto de Infração em questão;

7. Diante do exposto, requerem a procedência do Auto de Infração.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 17, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo conhecimento da defesa carreada aos autos eis que atende aos requisitos mínimos de admissibilidade. Ademais, impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, e em prestígio ao direito de recurso, 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 com a consequente prolação da decisão de mérito.

DO EXAME PRELIMINAR

Em sede preambular, antecedendo-se ao mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, 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 exercer o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição das denúncias refletem com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, sendo a específica para as hipóteses que se apresentam. Ademais, o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial, conforme se depreende dos próprios autos.

3 – O MÉRITO

Teve início o presente processo com o Termo de Apreensão de Mercadorias (TAM) nº 93384, no caso, combustíveis, lavrado em 16/05/2014, às 10h46, mercadorias encontradas na Avenida João Medeiros Filho, 2005, no bairro Potengi, em Natal-RN, conforme documento de fl. 04 dos autos.

Ao ser solicitada a documentação referente às mercadorias, foram apresentadas, conforme documentos de fls. 05 a 08, as notas fiscais eletrônicas números 22619, 22620, 22621 e 22622. Ocorre que, conforme estas notas fiscais apresentadas indicam, as mercadorias nelas constantes eram destinadas a outra empresa, denominada Posto Comb. Natal Z. Norte Ltda. EPP, localizada em outro endereço, que não o local da apreensão, no caso à Av. Floriano Martins, sn, esq. c av. NS., bairro Potengi, em Natal-RN.

Em sua defesa, os representantes legais da empresa requerem a nulidade do presente auto de infração, que seria improcedente, por ser a atuada parte completamente alheia à discussão, pois a atuada não é remetente, que é a empresa RAIZEN COMBUSTÍVEIS S/A, de CNPJ/MF 33.453.598/0082-99, e Inscrição Estadual do RN nº 20.050.934-9, nem adquirente, que é a empresa POSTO COMB NATAL Z NORTE LTDA. EPP, de CNPJ/MF 24.202.566/0001-64 e Inscrição Estadual do RN nº 200314777, e o transportador a empresa LIMA TRANSPORTES LTDA, de CNPJ/MF nº 06.890.941/0001-24, e inscrição estadual no Ceará nº 060809-400.

No entanto, o documento Consulta a Cadastro da atuada, documento anexo a esta decisão, revela que a atuada, CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., é detentora, entre outras, da empresa de inscrição nº 20.216.701-1, cujo Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE 4731800) indica ser a empresa do ramo do comércio varejista de combustíveis para veículos, sendo o endereço justamente o mesmo



da mercadoria apreendida, Av. Dr. João Medeiros Filho, 2005, Potengi, em Natal-RN, CEP 59108-20.

Curiosamente, consultando-se o CNPJ da autuada, de número 45.543.915/0443-91, no endereço eletrônico da Agência Nacional de Petróleo (ANP), a consulta, inexplicavelmente, revela que "o Posto informado não consta em nossos registros", conforme documento anexo a esta decisão. Tal falta de autorização da ANP seria onexo que explicaria porque então a empresa estava adquirindo combustível com empresa de outra inscrição.

Isso porque as notas fiscais apresentadas são inidôneas para acobertar as mercadorias apreendidas. O que gera inclusive a inflexão de que também as saídas não poderiam então estar acobertadas por documento fiscal idôneo, já que não havia a correspondente entrada dos referidos bens.

De tal modo que, na prática, estaria havendo o descarrego de mercadoria em local diverso do indicado na nota fiscal, sendo a documentação apresentada inidônea para os fins a que se pretendia, inequivocamente, cabendo à autuada a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido e a correspondente multa pela mercadoria encontrada em seu poder, sem a devida documentação fiscal, nos termos, entre outros, da Lei 6968/96.

Art. 19. *Fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo sujeito passivo, pelos atos e omissões que praticarem e que concorrerem para o não cumprimento da obrigação tributária:*

...
VII - *qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhada da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

Ademais, analisando-se os autos, vê-se que os defendentes ou equivocam-se totalmente, o que também seria de se admirar em um escritório de advocacia de tal porte, a julgar pela quantidade de advogados contratados, ou deliberadamente faltam à verdade, quando dizem não ter qualquer relação com o evento em comento, ou desconhecer completamente as empresas envolvidas nas operações cujas notas fiscais foram apresentadas, pois a Consulta ao Cadastro da suposta destinatária original, posto de Combustíveis Natal Zona Norte Ltda. EPP, documento de fls. 09 e 10, revela que o principal representante desta é a empresa CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA



LTDA, de CNPJ 45.543.915/0001-81, qualificada como sócio da tal destinatária, localizada em endereço diverso de onde as mercadorias foram apreendidas.

A alegação de que o imposto já teria sido pago por substituição tributária também fica prejudicada pela ausência de nota fiscal apropriada para acobertar a mercadoria apreendida, assim definido na própria legislação do ICMS/RN:

Art. 25. *O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontrem, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) onde se encontrem, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

Ou seja, não há como saber ou comprovar se a mercadoria apreendida seria a mesma das referidas notas fiscais apresentadas, por destinarem-se a outra empresa, em outro local.

Quanto à cobrança de alíquota referente ao FECOP (Fundo Estadual de Combate à Pobreza), que os defendentes também consideram indevida, a legislação determina, no artigo 104-A do Regulamento do ICMS, Decreto 13.640/97, e conforme previsto no DECRETO Nº 22.134, de 29 de dezembro de 2010, em seu artigo 1º, o adicional de dois pontos percentuais à alíquota do ICMS sobre determinadas mercadorias, entre elas a gasolina, não atingindo o diesel, pela sua essencialidade, como pleiteado na defesa, e o álcool hidratado, certamente pelo incentivo à produção local.

Com relação à multa aplicada, considerando-se o fato de que a documentação apresentada é imprestável para acobertar a mercadoria adquirida, sendo considerada inidônea, assim como é cabível a cobrança do imposto, já que não há como saber se o combustível encontrado é o mesmo das notas fiscais apresentadas, pois que destinadas a outra empresa, em outro endereço, também é cabível a aplicação da penalidade de multa. A legislação prevê a aplicação de multa de 30% (trinta por cento) sobre o valor da mercadoria, não se podendo falar em multa confiscatória ou outro argumento nesse sentido.

Pelas seguintes razões: inicialmente por derivar a multa aplicada de expresso dispositivo legal; segundo por não se incluir na competência deste julgador singular a desconsideração de multa, nos termos do Decreto 13.796/98:



Art. 109. *Instaurado o contraditório, a competência para julgamento do processo administrativo tributário, em primeira instância, é do auditor fiscal, membro da Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, e da autoridade preparadora quando não configurado, por qualquer motivo, o contencioso.*

§ 1º. *Não se inclui na competência do julgador de primeira instância o exame da legalidade e da constitucionalidade de disposição de lei e de ato normativo infralegal, exceto em se tratando de matéria já reconhecida por decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça ou por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*

E por último, mas não menos importante, porque a penalidade deve ser proporcional à falta cometida. Nesse aspecto, o contribuinte deve dar-se por satisfeito se o processo não seguir para aprofundamento da ocorrência em outros fóruns, considerando a possibilidade da invasão da conduta perpetrada na seara penal, notadamente na Lei 8.137/90, que pune os crimes contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

E a determinação contida no Decreto 13.796/98, quanto a esse aspecto:

Art. 186. *As autoridades administrativas da Secretaria de Tributação que tiverem conhecimento de fatos suscetíveis de caracterizar crime contra a ordem tributária são obrigadas a representar sobre a ocorrência ao Ministério Público, com os elementos comprobatórios da infração, após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre exigência do crédito tributário correspondente.*



Isso pelo fato de que não teria como o contribuinte dar regular saída de mercadoria se não houve uma regular entrada das mercadorias no estabelecimento, cabendo à autoridade administrativa verificar o enquadramento no dispositivo legal acima citado, após o trâmite na esfera administrativa, considerando-se a hipótese do trâmite em segunda instância.

Feitas essas considerações, podemos concluir que as razões da defendente se revelaram ineficazes para elidir as acusações do fisco do Estado do Rio Grande do Norte no presente processo.

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, para impor a atuada a penalidade de R\$ 29.962,60 (vinte e nove mil, novecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos), de ICMS, mais o FECOP de R\$ 2.132,20 (dois mil, cento e trinta e dois reais e vinte centavos), além da multa cabível, de R\$ 35.955,00 (trinta e cinco mil, novecentos e cinquenta e cinco reais), prevista na alínea "d", do inciso III do Art. 340 do RICMS vigente, sem prejuízo dos devidos acréscimos legais, totalizando o montante de R\$ 68.049,70 (sessenta e oito mil e quarenta e nove reais e setenta centavos), a ser corrigido monetariamente.

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

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 17 de julho de 2014.

Sílvio Amorim de Barros

AFTE-5-Julgador Fiscal, mat.151.238-2