DECISÃO nº.: **224/2013 – COJUP**

PAT nº.: 2008/2013 – 6ª URT (protocolo nº. 137304/2013-4)

AUTUADA: ESTEVAZ REPRESENTAÇÃO COMERCIAL EIRELI

ENDEREÇO: Rua Raimundo Nonato Chaves, 62 Sala B - Aeroporto
Mossoró - RN

AUTUANTE: Hermano Augusto Aleixo de Lucena

DENÚNCIA: 1 – Utilizar nota fiscal irregular. A Nota danfe nº 3242 estava com destino a cidade de Mossoró e a mercadoria foi descarregada na Av. Cândido Dantas de Araújo, 570, Currais Novos, endereço este de responsabilidade da IE 20.268.183-1 localizada na cidade de Mossoró e que não possuía IE no endereço de Curais Novos. Segundo o transportador, Sr. Aldeci Vicente Menezes, a mercadoria foi entregue na cidade de Currais Novos, no endereço citado acima, a pedido do Sr. Aranildo, proprietário da Estevaz Representação (Empresa autuada, IE 20.068.183-1)

EMENTA: ICMS – Recebimento de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal hábil.

Garantia do contraditório e da ampla defesa – Presença nos autos do respectivo Termo de Apreensão de mercadorias - Confissão pela autuada do descarrego da mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal – Irregularidade de documento fiscal devidamente comprovada.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário nº. 002008/2013 – 3ª. URT, lavrado em 11 de junho de 2013, que teve origem no Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 29963 (doc. De fls. 03), a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denuncia de fiscal de **Decarrego de Mercadoria em lugar diverso do indicado no documento fiscal**, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 incisos XIII, combinado com os Arts. 415, 413, Art. 370, III e Art. 150 XIX, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97, com proposta de aplicação de penalidade prevista na alínea "c" do inciso III do Art. 340 do citado regulamento.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

Ao total, está sendo exigido da autuada R$ 21.712,53 (vinte e um mil, setecentos e doze reais e cinquenta e três centavos) de ICMS e R$ 38.316,23 (trinta e oito mil, trezentos e dezesseis reais e vinte e três centavos) a título de multa.

Não consta na inicial a ciência da autuada, existindo o termo de ressalva, de que não fora colhida aquela ciência em razão do contribuinte pertence a outra URT.

O citado Termo de Apreensão de mercadorias se faz acompanhar do Termo de Responsabilidade e Depósito de mercadorias.

O demonstrativo da ocorrência está posicionado às fls. 06, ficando o Relatório Circunstanciado de Ocorrência às fls. 07/08.

A Nota Fiscal eletrônica de nº 3242, objeto da autuação, está encravado nos autos às fls. 17.

A autuada tomou ciência dos autos em data de 26 de junho de 2013, recebendo a sua competente via (doc. De fls. 25).

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresenta em data de 26 de julho de 2013, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 26/34), onde em síntese vem alegando:

1. Que a operação de comodato está no campo da não incidência do ICMS;
2. Que a multa aplica revela-se confiscatória, agredindo o disposto no inciso IV do Art. 150 do CTN;
3. Que deve ser declarada a improcedência da autuação;

A defesa é subscrita pela Sra. Liana Carlos Lacerda Góis, com poderes dados pela procuração de fls 35.

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronunciam em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 70/76), argumentando em síntese:

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

1. Que apesar do art. 3° do RICMS, incluir em seu rol de não incidência do ICMS a operação de comodato, o mesmo dispositivo legal em seu § 10 diz que a não incidência não desobriga o contribuinte do cumprimento das obrigações acessórias, conforme pode visto do § 10, inciso XIII do citado art. 3°;
2. Que da leitura dos artigos 150 inciso XIII, 416 inciso I, Art. 418 inciso I e Art. 634, temos a obrigatoriedade dos documentos fiscais de quem efetuar operações mercantis, antes de iniciada a saída da mercadoria;
3. Que deve ser mantido o auto de infração em todo o seu teor..

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 77, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 – O MÉRITO

Estamos diante de uma denuncia do fisco do estado do Rio Grande do Norte, que versa sobre descarrego de mercadoria em lugar diverso do constante na nota fiscal.

Destaque-se "**AB INITIO**" que ao contribuinte foi garantido o contraditório e a ampla defesa, em especial a ciência pessoal com fornecimento de via dos autos para oferta de impugnação dentro do prazo regulamentar, sendo cumpridos os requisitos formais, com fundamento nos artigos 39 a 44 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, que norteiam os requisitos a serem observados pela constituição de auto de infração, verificou-se que a peça sob exame encontra-se regularmente constituída, podendo de modo claro identificar a natureza da infração vinculada e a pessoa do infrator, tudo em consonância com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Todo o cerne da questão repousa na analise das informações constantes do documento fiscal **DANFE de n° 3242 (doc. De fls. 17),** emitido por Master Imagem Comércio de Maq. e Equip. Eletrônicos, em data de 14 de abril de 2013.

A autuação lastreou-se no Termo de Apreensão de Mercadoria 029963(doc. De fls. 03), que por seu turno noticia o descarregamento irregular de

mercadorias em nome da autuada no endereço situado à Av. Cândido Dantas de Araújo, 570 na cidade de Currais Novos/RN, quando na realidade a referida nota, apontava como endereço de entrega, uma filial da autuada situada à rua Raimundo Nonato Chaves, nº 62, na cidade de Mossoró/RN.

Importa destacar que na visão do fisco a mercadoria estava sendo descarregado em um endereço diverso no documento fiscal, configurando a imprestabilidade do citado documento para acobertar aquele descarrego e sobressaindo-se o raciocínio de que as mercadorias destinadas a cidade de Mossoró, já deviam ter sido entregues, **inclusive pelo agravante da questão temporal, eis que a nota apresentada foi emitida em 13.04.2013 e a apreensão data de 15 de abril de 2013.**

A despeito das alegações de defesa, que o descarregamento decorria de rotinas de consecução do contrato de comodato envolvendo as empresa **EMBRATEL T TELECOMUNICAÇÕES LTDA, MARTER IMAGEM COMERCIO DE MÁQUINAS** , com envolvimento da autuada, cabe afirmar que tais relações não podem ser opostas à legislação tributaria, senão vejamos:

> Lei 6968/97
> **Art. 18.** São obrigações do contribuinte:
> (...)
> **§3º** As convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento do imposto, **não podem ser opostas à Fazenda Pública** para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.
>
> **CTN**
> **Art. 123 – Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.**

Transcrevamos agora comentário atinente à matéria constante do grande livro **"COMENTÁRIOS AO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL"**, 7ª. Edição-2008, da Editora Forense – Rio de Janeiro -, de uma equipe de renomados tributarista nacionais , sob a coordenação do eminente jurista Dr. Carlos Valder do Nascimento:

" Avelhantado ditado jurídico predica que as convenções particulares valem entre as partes, mão não revogam as leis do Estado. O direito tributário – não se pode negar –insere-se no direito público. Em que pese a defesa ferrenha por ele estampada das liberdades e dos direitos fundamentais dos contribuintes, o fato é que o Estado físico garante seus interesses com espeque na lei. O que prejudica este artigo – com dose adequada

de pragmatismo – senão o que se disse neste exato momento? Expressa ele a idéia de que os particulares podem pactuar o que quiserem, mas que jamais poderão elidir contratualmente o dever de pagar tributos na qualidade de sujeitos passivos diretos ou indiretos. De resto, não seria possível tratar doutro modo o tema in examin, **tendo em vista a grande plasticidade que oferecem as formas de direito privado. Com efeito, seria impensável, v.g., que o adquirente de um estabelecimento comercial,** ex contractu, **fixasse o seu o direito de não responder – enquanto sucessor – pelos débitos fiscais do estabelecimento adquirido. Ora essa responsabilidade por sucessão é definida por. O art. 123 diz que os particulares não poderão elidi-la mediante convenções particulares. O que ocorre comumente é ficar o responsável que paga dívida alheia com o direito de regresso, ou seja, com a titularidade jurídica de haver de volta do sucedido o valor que despendeu em prol deste.**

Após considerar imprestável a documentação apresentada no descarrego da mercadoria, o agente do estado pautou sua autuação sobre os Arts. 150 XIII, Art. 416 I, Art. 418 I, e Art. 634, "**in verbis**":

> **Art. 150.** São obrigações do contribuinte:
> (...)
> **XIII-** escriturar os livros e emitir documentos fiscais, observadas as disposições constantes neste Regulamento;
> **Art. 416.** Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários não inscritos no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE), emitem Nota Fiscal:
> **I-** sempre que promoverem a saída de mercadoria;
> **Art. 418.** A nota fiscal deve ser emitida:
> **I-** antes de iniciada a saída das mercadorias;
> **Art. 634.** Os documentos fiscais deverão ser emitidos no estabelecimento que efetuar a operação ou prestação.

Denota-se na história dos autos, que em não existindo nota fiscal regular para acobertar tais mercadorias, todos esses dispositivos legais acima foram atropelados.

A legislação acima descrita, vem confirmar a insustentabilidade da alegação descarrego regular de mercadorias apresentadas na defesa.

A despeito dessa irregularidade, o Art. 370 disciplina:

> **Art. 370.** Ficam sujeitos à apreensão, constituindo prova material de infração à legislação tributária, mediante lavratura de Termo de Apreensão, conforme disposto neste Regulamento:
> **(...)**
> **III- as mercadorias encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal;**

Constatada a situação irregular da mercadoria, em razão inexistência de nota fiscal regular, outra não poderia ser a atitude do agente fiscal, a não ser proceder a sua apreensão, senão vejamos:

RICMS

> **Art. 378.** Na apreensão de mercadorias em trânsito ou estocada em situação irregular deve ser lavrado "Termo de Apreensão de Mercadoria", Anexo - 57.
> **Art. 379.** A entrega das mercadorias ou bens apreendidos ao interessado será feita se o contribuinte ou o responsável efetuar o recolhimento do imposto, da multa e das demais despesas decorrentes da apreensão.
> **§ 1º** O valor da multa a que se refere o parágrafo anterior será reduzido em 60% (sessenta por cento), se a mesma for paga no momento da lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias.
> **§ 2º** Se no prazo de 05 (cinco) dias o contribuinte não providenciar o pagamento dos tributos devidos deve ser lavrado o Auto de Infração pelo auditor que procedeu a lavratura do Termo de Apreensão, salvo designação de seu chefe imediato de um outro auditor, seguindo o processo o seu curso normal.

Tendo decorrido o tempo regulamentar e não havendo quitação do Termo de Apreensão, o agente do fisco foi obrigado a lavrar o respectivo de infração, nos termos do Art. 381do RICMS, **"in verbis":**

> **Art. 381.** Auto de Infração decorrente da apreensão de mercadorias deve ser acompanhado da segunda via do Termo de Apreensão de Mercadorias e dos "Termos de Depósito", de "Responsabilidade" e de "Avaliação", quando houver.

No tocante a alegação de confisco na penalidade aplicada, resta-nos destacar que a mesma foi emanada do poder legislativo, na concepção da Lei 6968/97, e no presente caso remeteu à alínea "c" do inciso III do Art. 64:

> **Art. 64.** Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:
> (...)
> **III -** relativamente à documentação fiscal e à escrituração:
> (...)
> **c)** emitir, utilizar ou escriturar nota fiscal inidônea ou irregular, nos termos do Regulamento: trinta por cento do valor da mercadoria, consignada no documento fiscal inidôneo ou irregular;

A tipificidade esta consonante com essa norma, já que estamos diante de um sado de **"utilização"** irregular de documento fiscal.

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.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta , ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa ESTEVAZ REPRESENTAÇÃO COMERCIAL EIRELI, para impor a autuada a penalidade de R$ 38.316,23 (trinta e oito mil, trezentos e dezesseis reais e vinte e três centavos), prevista na alinea "c", do inciso III do Art. 340 do RICMS, sem prejuízo da cobrança do imposto da ordem de R$ 21.712,53(Vinte e um mil, setecentos e doze reais e cinquenta e três centavos), com os devidos acréscimos legais.

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, 27 de agosto de 2013.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal – mat. 62.957-0