



DECISÃO n.º.: 202/2014 – COJUP
PAT n.º.: 656/2014 – SUMATI - 1ª. URT (protocolo SET n.º 114046/2014-6)
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: Manoel Sabino Filho, mat. 153.075-5, José Nilvan Almeida de
Araújo, mat. 163062-8, e Welson Pinheiro Rocha, mat. 203924-9

DENÚNCIA:

I – O atuado deu entrada de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato gerador caracterizado no artigo 2º, Inciso XVI, atribuindo-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. Falta de apresentação de notas fiscais de entrada para acobertar mercadorias estocadas para venda. Contribuinte não tem entrada alguma registrada para justificar mercadoria apreendida, não havendo sequer prova da regularidade da empresa, posto de combustíveis, junto à Agência Nacional de Petróleo. 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. 00656/2014 – SUMATI - 1ª URT, lavrado em 15 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 gerador caracterizado no artigo 2º, Inciso XVI, atribuindo-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 Termo de Apreensão de Mercadorias, anexado na fl. 03, originou o presente processo.

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\$ 40.389,80 (quarenta mil, trezentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) de ICMS, e a título de multa o valor de R\$ 50.182,14 (cinquenta mil, cento e oitenta e dois reais e quatorze centavos), além do FECOP, cobrado no valor de R\$ 2.464,55 (dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 93.036,49 (noventa e três mil e trinta e seis reais e quarenta e nove centavos).

Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: Termo de Apreensão de Mercadorias, 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., e 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. 65 a 81), onde em síntese vem alegando:

1. Da nulidade do presente Auto de Infração pela ilegitimidade passiva "ad causam" da impugnante;
2. Que as operações estavam acompanhadas de documentos fiscais;



3. Que a cobrança do imposto pago antecipadamente sobre as operações com combustíveis é ilegal;

4. Que a cobrança do FECOP aplicada em questão é ilegal;

5. Que houve aplicação de multa confiscatória quando lavrado o Auto de Infração;

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 RPPAT. 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 pronunciaram em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. de fls. 84 a 86), argumentando em síntese:

1. Que no processo não existem documentos fiscais juntados pela fiscalização, conforme alegado pela defesa, pois trata-se de uma situação fática encontrada pela fiscalização externa;

2. Que não possui uma única nota fiscal de combustível registrada na inscrição estadual para aquele endereço, sendo constatado, inclusive com o fornecimento dos formulários, que encontram-se anexos ao processo, pelo posto de combustíveis de um equipamento bastante utilizado no segmento chamado "telemed", que fornece a medição dos tanques naquele atual momento em que foi efetuado o procedimento fiscal;

3. Que o referido conceito dado pelo contribuinte, que alegou ser nulo o auto, tendo em vista que os produtos são sujeitos a substituição tributária, não faculta ao contribuinte adquirir mercadoria para revenda sem documentação fiscal;



4. 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;

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

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

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 11, 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 exercitar 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.

Demais disso, o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial, conforme se depreende dos próprios autos.



3 – O MÉRITO

Em regular fiscalização no estabelecimento da autuada, situado à Av. Dr. João Medeiros Filho, 2005, bairro Potengi, em Natal-RN, foi feita a medição dos estoques de combustíveis existentes na empresa. Como resultado, foi apurada a existência de 11.775 (onze mil, setecentos e setenta e cinco) litros de gasolina (comum e aditivada), 10.777 (dez mil, setecentos e setenta e sete) litros de etanol e 7.567 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete) litros de óleo diesel.

O resultado é proveniente de medição ofertada pelo próprio contribuinte, através de equipamento próprio para essa aferição. Solicitada a documentação fiscal correspondente à entrada desses combustíveis, não teve o contribuinte condições de fazê-lo, o que levou à lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias (TAM) nº 93.541, documento de folha 03 dos autos. Foi anexado pelos autuantes, junto ao TAM, o documento de medição que levou à aferição da quantidade das mercadorias e dos estoques existentes, conforme atesta o funcionário da empresa que assina o documento da apreensão (TAM), e que permitiu à autuada ficar como fiel depositário da mercadoria apreendida, pela impossibilidade ou impraticabilidade, pelo Estado, de sua contenção ou remanejamento para outro local.

Curiosamente, em sua peça defensiva, os defendentes da empresa alegam que o auto de infração seria improcedente, sob afirmação de que se trataria de operações “realizadas por terceiros”, e que estariam sim “acompanhadas por documentos fiscais juntados pelo próprio fiscal autuante aos autos”.

Ora, na realidade, não há nos autos documento fiscal algum, como se os defendentes estivessem a tratar de outros autos; o que há, isso sim, fato que causa ainda mais espécie, é um documento de aferição do estoque, já acima mencionado, e anexo ao TAM, registrado em nome de outra empresa, Posto de Combustíveis Natal Zona Norte, conforme prova documento de fl. 03, anexo. Foi feita uma fotocópia do referido documento, que a esta decisão se anexa, pelo risco de que se apaguem os dados ou diminua a visibilidade do documento original, extraído em papel semelhante ao de extratos bancários que se apagam com o tempo.

A título de ilustração, junta-se também a esta decisão os Informativos Fiscais da autuada dos exercícios de 2012 e 2013, em que não há o registro de um único litro de combustível no posto autuado, apesar de a Consulta ao Cadastro da empresa,



documento de fls. 04 a 06, revelar como código de atividade (CNAE) o “Comércio varejista de combustíveis para veículos”. Curiosamente, porque embora a consulta cadastral revele (fl. 04) como “início da atividade” a data de 07/11/2008, ou seja, há quase seis anos, a consulta feita em 18/07/2014 junto ao *site* da Agência Nacional de Petróleo (ANP), órgão que regula o setor, informa que **“o Posto informado não consta em nossos registros”**, ou seja, na prática, o que se depreende é que estaria a autuada a agir na clandestinidade, contra a ordem legal vigente.

Curiosamente, também, o instrumento que aferiu a medição dos estoques, já mencionado, e anexo ao TAM de fl. 03 aponta o nome de outra empresa, Posto de Combustíveis Natal Zona Norte, situada em outro endereço, que não o local da apreensão, no caso a Av. Floriano Martins s/n, esq. c/ Av. NS, Bairro Potengi, em Natal-RN, e registrada com outra inscrição estadual, nº 20.031.477-7, e CNPJ 24.202.566/0001-64.

Evidentemente que não pode uma empresa adquirir e estocar mercadorias valendo-se de documentação fiscal referente a outra empresa, cadastrada sob outros números de registro e em outro endereço, ainda que seja pertencente a um mesmo grupo comercial.

De tal modo que, na prática, foi apurado o estoque de mercadoria sem a correspondente documentação fiscal, 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, sendo transação de terceiros, ou desconhecer completamente as empresas envolvidas nas operações cujas notas fiscais alega terem sido apresentadas, pois a Consulta ao Cadastro da



empresa constante no relatório do estoque, e 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, esta localizada em endereço diverso de onde as mercadorias foram apreendidas.

Outra alegação feita pelos defendentes é de que o imposto já teria sido pago por substituição tributária, mas tal argumentação 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:*

1 - 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, embora em tese o comércio de combustíveis esteja sujeito ao mecanismo do pagamento de impostos por substituição tributária, esta regra é válida para as transações idôneas, desde que acobertadas com a devida documentação fiscal, com a comprovação do regular pagamento ou recolhimento dos impostos, seja pelo adquirente ou, no caso alegado, pelo fornecedor ou distribuidor do produto, o que não é possível aferir no presente caso.

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.

Embora nada tenha sido questionado pelos defendentes, esclarece-se que constam nos autos os elementos que poderiam ter sido pormenorizadamente incluídos no demonstrativo da ocorrência, referente aos produtos, quantidades e preços unitários que



levaram à base de cálculo adotada. Assim, verifica-se, por exemplo, relativamente ao produto etanol, que foram apreendidos, conforme o TAM de fl. 03, 10.777 (dez mil, setecentos e setenta e sete) litros do produto. É o primeiro item do demonstrativo de fl. 07, cujo valor da operação foi identificado como R\$ 26.188,11 (vinte e seis mil, cento e oitenta e oito reais e onze centavos). Dividindo-se o valor dos produtos (R\$ 26.188,11) pela quantidade encontrada (10.177 litros), chega-se ao valor unitário adotado, de R\$ 2,43 (dois reais e quarente e três centavos), praticado pela empresa.

O segundo item do demonstrativo é o óleo diesel, cuja base de cálculo, de R\$ 17.858,12 (dezessete mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e doze centavos), dividida pela quantidade apurada, segundo TAM, de 7.567 (sete mil, quinhentos e sessenta e sete) litros, faz chegar ao preço unitário de R\$ 2,36 (dois reais e trinta e seis centavos), adotado pelo contribuinte na bomba, e também abaixo do valor de mercado.

Idem com relação ao terceiro item, gasolina, também identificado por ser o único a ter a cobrança do FECOP, cuja base de cálculo, de R\$ 123.227,55 (cento e vinte e três mil, duzentos e vinte e sete reais e cinquenta e cinco centavos), dividida pela quantidade apreendida, de 41.775 (quarenta e um mil, setecentos e setenta e cinco) litros, leva ao preço unitário de R\$ 2,949 (dois reais e novecentos e quarenta e nove milésimos de reais), adotado na bomba pelo contribuinte, e também abaixo do valor de mercado e da pauta fiscal sugerida pelo órgão fazendário para apuração do imposto, não cabendo assim reclamação nesse aspecto. Anexa-se ainda a esta decisão um Cupom Fiscal de gasolina fornecido pela autuada no local da apreensão, Av. Dr. João Medeiros Filho, 2005, identificado como Posto Carrefour, às 16h05 do dia 19/07/2014, em que se verifica a reincidência e se comprovam todos os elementos e irregularidades acima mencionados, como o fornecimento de documento fiscal de outra empresa, por exemplo evidenciando que o contribuinte continua a delinquir na prática irregular verificada, já que a fornecedora é de empresa situada em outro endereço.

Com relação à multa aplicada, outro elemento contra o qual insurgem-se os defendentes, considerando-se o fato de não haver documentação fiscal para acobertar a mercadoria apreendida, sendo na prática o bem apreendido considerado com mercadoria sem nota fiscal, também é cabível, além da cobrança do imposto, 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 fim, 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 aparência 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.

Sílvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal

SAB



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 AUTUADA A PENALIDADE DE R\$ 40.389,80 (quarenta mil, trezentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) de ICMS e a título de multa no valor de R\$ 50.182,14 (cinquenta mil, cento e oitenta e dois reais e quatorze centavos), além do FECOP cobrado no valor de R\$ 2.464,55 (dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), totalizando o montante de R\$ 93.036,49 (noventa e três mil, trinta e seis reais e quarenta e nove 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, 21 de julho de 2014.

Sílvia Amorim de Barros

AFTE-5-JULGADOR FISCAL, MAT.151.238-2