



DECISÃO Nº: 55/2014
PROTOCOLO Nº: 260350/2013-3
PAT N.º: 1689/2013 - 6ª URT
AUTUADA: Sonangol Starfish Oil & Gas S.A.
FIC: 20.214.371-6
ENDEREÇO: Rua Mestre Antônio do Rosário, 701 – Alameda dos Cajueiros – Mossoró – RN.

EMENTA – ICMS – Falta de recolhimento do ICMS antecipado, sobre o fato gerador descrito no art. 945, inciso I, do RICMS. Processo atendeu aos pressupostos legais. Alegação de que inexistente a transferência de titularidade quanto à propriedade dos bens, ocorrendo tão somente a mera circulação física de mercadorias entre empresas do mesmo titular. Para afastar a circulação tributada de mercadorias, o art. 29, XII e XIII do RICMS, prevê que os produtos devam retornar ao estabelecimento de origem no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Inocorrência de confisco tributário, quando se verifica que multa cobrada nos autos guarda perfeito liame com a conduta da autuada e a lei – **PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL – Remessa necessária.**

1 - DO RELATÓRIO

1.1 - DA DENÚNCIA

Contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 1689/2013-6ª URT, onde se denuncia a falta de recolhimento do ICMS antecipado, sobre o fato gerador descrito no art. 945, inciso I, do RICMS.



Assim, deu-se por infringido o art. 150, III, combinado com os arts. 130-A, 131 e 945, I, todos do Regulamento supracitado.

Como penalidade, foi proposta a constante do art. 340, I, "c", combinado com o art. 133, do já referido diploma regulamentar.

1.2 - DA IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, a autuada veio aos autos, através da peça de impugnação de fls. 34/62, dentro do prazo regulamentar, rechaçar as denúncias contra ela imputadas.

De início, aduziu que as operações objeto da autuação não estariam sujeitas a incidência de tributo, vez que, incoorreu a transferência da titularidade das mercadorias, ou seja, houve tão somente, a mera circulação física de produtos e equipamentos entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

Nesse diapasão, entendendo que as operações se deram *interna corporis*, ressaltou a necessidade de afastamento do conceito de mercantilização, não havendo segundo a autuada, portanto, o que se falar em lucro e transferência de titularidade, pois, a operação que originou o ingresso para o ativo imobilizado já teria ocorrido em outra oportunidade, ou seja, quando o estabelecimento matriz adquiriu originariamente o bem, em benefício da sociedade empresarial.

Acrescentou que a situação acima esposada, diferencia-se daquela que resulta de mera circulação de mercadoria entre estabelecimentos de uma única sociedade empresarial, como *in casu*.

Com escopo de fomentar seus argumentos, citou a Súmula nº 166, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que possui o seguinte teor: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*"

Assim, insistiu no fundamento de que a operação em vergasta, trata de movimentação física e não jurídica, já que não se pode falar em aquisição de patrimônio de uma pessoa por ela mesma, situação esta, que afasta a possibilidade de



aplicação da exação constante no art. 82 e seguintes do RICMS, bem como, do fundamento inserido no art. 945, inciso I, do RICMS.

Por conseguinte, aduziu a inexistência de relação jurídica capaz de introduzir legitimidade ao lançamento proposto.

Para isso, informou que inobstante as imputações feitas com base nas operações retratadas nos documentos relacionados ao extrato fiscal, anexado à fl. 13 dos autos, tais operações, sequer, produzem ou reproduzem aspectos jurídicos de relevância para determinação da ocorrência do fato gerador do ICMS, quando em face da fundamentação proposta pela fiscalização (art. 945, inciso I, do RICMS).

Na sequência, asseverou que para o regular exercício de suas atividades, realizou a contratação de serviços externos, os quais, se revestem de contratações cíveis, e revelam tão somente um complemento das atividades exercidas pela empresa autuada.

Exemplo disso, são os documentos (DANFES) 0084 e 0094, ambos emitidos pela empresa TETRA TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA., os quais retratam a remessa de equipamentos próprios da emissora e que se destinam a realização de determinada atividade da mesma, assim como, o DANFE nº 829 de emissão da empresa GIMARHOH DO BRASIL LTDA.

Resaltou que segundo os primeiros documentos, as operações se revelam como de remessa de bens para uso próprio. De outro pòrtico, quanto ao DANFE nº 829, a indicação do CFOP 6.554 mostra-se correta e adequadamente posta, destarte, embora trate-se de operações interestaduais, tal impropriedade não se mostra suficiente a constituir fato jurídico que valide a aplicação do teor do art. 945, inciso I, do RICMS, como instrumento de exação tributária.

Ademais, as operações retratadas nos DANFES nº 2605, emitido pela VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA e nº 3341, cuja emissão coube a BAKER HUGHES DO BRASIL LTDA., restaram devolvidas e, portanto, não se mostram possíveis de exação fiscal como proposto.

Com relação a fundamentação do autuante, no tocante a necessidade de recolhimento do ICMS atecipado, com fulcro no art. 945, inciso I, do RICMS, a



impugnante rechaçou o fato de que o denunciante não informou com clareza a alínea na qual se fundamenta a autuação, com o fim de individualizar a conduta.

Nessa linha de raciocínio, ventilou a hipótese de nulidade processual, com fundamento no art. 20, inciso III, do RPAT, por entender que a insuficiência da determinação do real fato gerador, bem como o erro na fundamentação, importa em dúbio entendimento com relação a circunstância material do lançamento.

Como consequência de tudo que foi acima esposado, buscou ainda, afastar a possibilidade de aplicação da multa, por entender que não se pode aplicar penalização sobre um ato totalmente legítimo e previsto pelo regulamento do ICMS.

Por fim, ressaltou o caráter confiscatório da multa, por esta superar, em muito, os valores exigidos a título de ICMS. E ainda, pediu pela improcedência do auto de infração.

1.3 - DA CONTESTAÇÃO

No seu arrazoado de fls. 69/76, disse o autuante, que embora o contribuinte alegue ser indevida a cobrança do ICMS antecipado sobre as operações indicadas nos DANFES n°s 002 e 191 da fl. 13, por entender que os referidos documentos tratam-se de operações de remessa de produtos entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, ou seja, inexistente a transferência de titularidade quanto à propriedade dos bens, ocorrendo tão somente a mera circulação física de mercadorias, tal assertiva não merece prosperar, tendo em vista que as operações descritas nos DANFES acima mencionados, estão sujeitas à suspensão de ICMS, pois o art. 29, XII e XIII do RICMS, prevê que os produtos devam retornar ao estabelecimento de origem no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

Ocorre que, ao verificar a data de saída dos DANFES, observou o autuante que o contribuinte não procedeu com o retorno das mercadorias descritas dentro do prazo legal. Salientou ainda que, a comprovação do retorno das mercadorias



e operações de remessa é condição imprescindível para caracterizar a mera circulação de bens alegada pelo contribuinte.

À fomentar o acima aduzido, registrou que em 17.04.2012 e 24.05.2012, a atuada entrou com pedidos de correção do TADF referente ao DANFE nº 2 (processos nºs 10466452/2012 e 1083078/2012), conforme documentos em anexo, destarte, tais solicitações foram indeferidas pela autoridade fiscal competente, tendo em vista que a recorrente não comprovou o retorno dos produtos ao estabelecimento remetente.

Julgou importante mencionar que a justificativa para os dois processos de correção supra aludidos foram diversas, o que configurou para o fisco, uma tentativa do contribuinte de confundir e eximir-se da obrigação tributária.

Portanto, a não observância do disposto no art. 29, XII, XIII, combinado com o § 1º inciso II, do mesmo artigo, implica na incidência do ICMS antecipado a título de diferencial de alíquota previsto no art. 945, I, i, combinado com o art. 82 do RICMS.

No tocante a alegação da atuada de que seria indevido o ICMS antecipado em relação aos DANFES nºs 0084 e 0094, por entender tratar-se de remessa de mercadorias de terceiros para a empresa atuada, cujo objeto seria a contratação de prestação de serviços de terceiros, tais operações configuram hipótese de suspensão de ICMS previsto no Art. 29, XII do RICMS, outrossim, em tais casos, o regulamento do ICMS no seu art. 29, XII e XIII exija a comprovação de retorno das mercadorias dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Afirmou que tal comprovação não foi apresentada pelo contribuinte, bem como, não consta nos registros desta secretaria.

Informou ainda, que o contribuinte entrou com outro pedido de correção de TADF referente aos DANFES nºs 0084 e 0094 (processos nºs 1046606/2012 e 1083077/2012), sendo este indeferido pela autoridade fiscal, sob o fundamento de ausência de comprovação de retorno das mercadorias ao estabelecimento do remetente, bem como, que a atuada novamente fez uso de



justificativas diversas e não apresentou os documentos exigidos pela autoridade fazendária.

Com relação ao DANFE nº 829, após uma análise mais detalhada, o atuante disse ter entendido por comprovado o retorno das mercadorias através do DANFE nº 136 de emissão da empresa atuada, cuja data de emissão foi no dia 27.04.2012.

Prossegue afirmando, que embora a empresa atuada conteste também os valores relativos ao ICMS antecipado dos DANFES nºs 2605 e 3341, sob o fundamento de que tais operações seriam decorrentes de devoluções anteriores, ao verificar o código CFOP das mencionadas notas, foi constatado que se referem a operações de venda de mercadorias (CFOP nº 6.101 e 6.112), portanto, é claramente devido o ICMS antecipado, a título de diferencial de alíquota previsto no art. 945, inciso I, i, do RICMS, combinado com o art. 82 do RICMS.

Quanto a alegação da atuada de ausência de clareza e exatidão na descrição das infrações cometidas, disse que o auto de infração reportou-se a pendências existentes no extrato fiscal da atuada, salientando ainda que, o contribuinte encontrava-se em débito de ICMS antecipado desde há muito tempo, bastando para isso uma mera análise da data de vencimento de seus débitos, como por exemplo, os DANFES de nºs 3341 e 2605, com vencimento em 28.03.2011 e 03.08.2012. Outrossim, ao contrário do afirmado pela atuada, o auto de infração é claro e preciso na caracterização da infração.

Assim, afirma categoricamente que a mera leitura dos artigos citados na denúncia, já se faz suficiente para que alguém possa entender que se trata de exação com absoluta pertinência, haja vista que, a partir das pendências do contribuinte elencadas em seu extrato fiscal, cobra-se no auto o ICMS devido aos cofres públicos, acrescido de multa, em razão da infração tributária cometida, qual seja, deixar de pagar o ICMS no momento adequado.

Adiante, quanto a afirmação de que inexistente motivo para se cobrar a multa constante do auto de infração, observou que tal argumento não merece o menor amparo, vez que constatado fato de que existem vários débitos fiscais em atraso.



Diz ainda que, embora a empresa autuada tenha buscado o reconhecimento do caráter confiscatório da multa aplicada, não cabe ao plano administrativo a eventual declaração de ilegalidade, mas sim, ao Poder Judiciário, através de ação própria.

Por fim, ao reconhecer que a *quantum* relativo ao DANFE nº 829 foi cobrado de forma indevida, modificou os valores de cobrança, passando a ser R\$ 132.609,13 (cento e trinta e dois mil, seiscentos e nove reais e treze centavos), referentes ao ICMS e R\$ 132.609,13 (cento e trinta e dois mil, seiscentos e nove reais e treze centavos), relativos à multa, o que perfaz o montante de R\$ 265.218,26 (duzentos e sessenta e cinco mil, duzentos e dezoito reais e vinte e seis centavos).

2 – DOS ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 135), que a autuada não é reincidente na prática dos ilícitos fiscais denunciados.

É o que se cumpre relatar.

3 – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Verificando-se que o processo atende aos princípios regentes da matéria, especialmente aos da ampla defesa e do contraditório, estando, inclusive, os autos devidamente instruídos, pois a inicial e demais documentos que a integram propiciam ao contribuinte o direito à ampla defesa, passo a conhecer da impugnação, nos termos do art. 110 do RPAT, e determinar o prosseguimento da ação.

4 – DO MÉRITO

Trata a presente ação, de denúncia por falta de recolhimento do ICMS antecipado, sobre o fato gerador descrito no art. 945, inciso I, do RICMS.



A empresa autuada, insurgiu-se contra a denúncia, asseverando que as operações por ela realizadas, não estariam sujeitas à incidência de imposto, face a ausência de transferência de titularidade, por se tratar de mera circulação física de mercadorias entre estabelecimentos de sua propriedade.

Ocorre que, as operações descritas nos nos DANFES n°s 002 e 191 da fl. 13, estão sujeitas à suspensão de ICMS, pois o art. 29, XII e XIII do RICMS, prevê que os produtos devam retornar ao estabelecimento de origem no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

Destarte, ao compulsar a documentação anexada aos autos, observa-se que o contribuinte não procedeu com o retorno das mercadorias descritas dentro do prazo legal, outrossim, a comprovação do retorno destas, é condição imprescindível para caracterizar a mera circulação de mercadorias, conforme alegado pelo contribuinte.

Saliente-se que em 17.04.2012 e 24.05.2012, a autuada entrou com pedidos de correção do TADF referente ao DANFE n° 2 (processos n°s 10466452/2012 e 1083078/2012), sendo tais solicitações foram indeferidas pela autoridade fiscal competente, tendo em vista que a recorrente não comprovou o retorno dos produtos ao estabelecimento remetente.

Ademais, a alegação do contribuinte de que seria indevido o ICMS antecipado em relação aos DANFES n°s 0084 e 0094, por entender tratar-se de remessa de mercadorias de terceiros para a empresa autuada, cujo objeto seria a contratação de prestação de serviços de terceiros, tais operações configuram hipótese de suspensão de ICMS previsto no Art. 29, XII do RICMS, embora em tais casos, o regulamento do ICMS no seu art. 29, XII e XIII exija a comprovação de retorno das mercadorias dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, o que não ocorreu no caso em análise.

Registre-se que o contribuinte entrou com outro pedido de correção de TADF, agora referente aos DANFES n°s 0084 e 0094 (processos n°s 1046606/2012 e 1083077/2012), sendo mais uma vez indeferido pela autoridade fiscal, sob o fundamento de ausência de comprovação de retorno das mercadorias ao



estabelecimento do remetente, bem como, que a atuada novamente fez uso de justificativas diversas e não apresentou os documentos exigidos pela legislação que regula a matéria.

Nesse diapasão, ao contrário do aduzido pelo contribuinte, a não observância do disposto no art. 29, XII, XIII, combinado com o § 1º inciso II, do mesmo artigo, implica na incidência do ICMS antecipado a título de diferencial de alíquota previsto no art. 945, I, i, combinado com o art. 82 do RICMS.

Por sua vez, quanto ao DANFE nº 829, após uma análise mais detalhada, vislumbra-se que o próprio atuante entendeu comprovado o retorno das mercadorias através do DANFE nº 136 de emissão da empresa atuada, cuja data de emissão se deu no dia 27.04.2012.

Sobre a atitude da empresa atuada, em contestar também os valores relativos ao ICMS antecipado dos DANFES nºs 2605 e 3341, sob o fundamento de que tais operações seriam decorrentes de devoluções anteriores, registre-se que ao verificar o código CFOP das mencionadas notas, constata-se que estes se referem a operações de venda de mercadorias, ou seja, patente a incidência do ICMS.

Por conseguinte, no tocante a alegação da atuada de ausência de clareza e exatidão na descrição das infrações por ela cometidas, tem-se que o auto de infração reportou-se a pendências existentes no extrato fiscal da empresa atuada, não havendo, portanto, motivo para se alegar qualquer desconhecimento em relação a capitulação da infração tributária. Outrossim, sabe-se que mesmo sendo inexistente ou equivocada a capitulação, a atuada tem obrigação de defender-se dos fatos e não de seu enquadramento legal, conforme estampado no art. 20, § 4º do RPAT.

A mera leitura dos artigos citados na denúncia, já se faz suficiente para que alguém possa entender que se trata de exação com absoluta pertinência, pois a partir das pendências do contribuinte, elencadas em seu extrato fiscal, cobra-se no auto o ICMS devido aos cofres públicos, acrescido de multa, em razão da infração tributária cometida, qual seja, deixar de pagar o ICMS no momento adequado. Assim, não há o que se falar em fundamentação inapropriada.



Conforme o acima exposto, conclui-se pelo afastamento da afirmação da autuada de que inexistente motivo para se cobrar o imposto e a multa constantes do auto de infração, vez que sobejamente comprovada a omissão do recolhimento e o cometimento de infração fiscal.

Com relação ao valor da multa imputada ao contribuinte, descrita como, ter deixado de recolher o ICMS antecipado, vislumbra-se que o percentual de 100% (cem por cento), encontra-se estampado no texto do art. 340, inciso I, alínea "c", I, do RICMS:

Art. 340. São punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

I- com relação ao recolhimento do imposto:

(...)

c) deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e", deste inciso: cem por cento do valor do imposto;

Portanto, observa-se que a afirmação de confisco tributário não merece amparo, pois a multa cobrada nos autos guarda perfeito liame com a conduta da autuada e a lei. Não sendo, portanto, arbitrária a sua cobrança, razão pela qual não há que falar em multa com caráter de confisco.

Neste raciocínio, convém lembrar dos ensinamentos do insigne professor Hugo de Brito Machado, que na sua obra, Curso de Direito Tributário, assim leciona:

"A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele." (Editora Malheiros, 25ª Edição, págs. 58/59).

Na mesma linha, Estevão Horvath, com bastante propriedade ensina:



“...a multa busca punir o contribuinte faltoso com suas obrigações (como busca reprimir, punindo, qualquer comportamento contrário à ordem jurídica). Destarte, os princípios que regem as infrações são distintos daqueles que informam a tributação. Há diferença ontológica, o que não permite a comparação de uma situação com a outra.” (O princípio do não-confisco no Direito Tributário, Editora Dialética, São Paulo, 2002, pág. 114).

Nesse contexto, sem maiores delongas, deve-se acolher parcialmente o auto de infração, afatando-se, tão somente, a cobrança relativa ao DANFE nº 829, a qual foi feita de forma indevida.

5 – DA DECISÃO

Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, especialmente o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa na inicial qualificada, para condená-la ao pagamento de R\$ 132.609,13 (cento e trinta e dois mil, seiscentos e nove reais e treze centavos), referentes ao ICMS e R\$ 132.609,13 (cento e trinta e dois mil, seiscentos e nove reais e treze centavos), relativos à multa, o que perfaz o montante de R\$ 265.218,26 (duzentos e sessenta e cinco mil, duzentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), sujeitos aos acréscimos legais.

Recorro da presente decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, ao tempo em que remeto os autos à 1ª URT para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP-Natal, 24 de fevereiro de 2014.

Luiz Teixeira Guimarães Júnior

Julgador