



PAT Nº : 8942014 - 7 CRT, Protocolo 132465.2014-8 - SET
AUTO DE INFRAÇÃO Nº : 008942014-7 CRT, de 04/06/2014
AUTUADA : BRASVENTOS MASSARA 3 GERADORA DE
ENERGIA S.A.
ENDEREÇO : Faz. Camo das Umburanas, s/n, RN 221, Km 10, Zona
Rural - Macau/RN
AUTUANTE : FRANCISCO ELIAS DO ROSÁRIO FILHO, mat. 201.192-1
DENÚNCIA : Deixar de recolher, na forma e no prazo regulamentares,
o imposto anteriormente lançado, decorrente do fato
gerador previsto no art. 2º, combinado com o art. 945,
inciso I, do RICMS/RN (base de cálculo prevista no art.
82 do citado Regulamento).

DECISÃO Nº 350/2014 – COJUP

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO, NA FORMA E NO PRAZO REGULAMENTARES, DO IMPOSTO ANTECIPADO. 1. A maioria das alegações da Impugnação não foi suficiente para elidir a infração que lhe foi imputada. 2. O autuante admitiu somente um dos argumentos da defesa; reconhecendo, no caso, a necessidade de ajustar o lançamento do crédito tributário (imposto e multa). 3. **Ação fiscal procedente em parte.**

DO RELATÓRIO

DA DENÚNCIA

Infere-se do Auto de Infração em epígrafe que a Pessoa Jurídica, já qualificada nos Autos, infringiu o disposto no art. 150, inciso III, combinado com os arts. 130-A, 131, e 945, inciso I, por deixar de recolher, na forma e no prazo regulamentares, o ICMS antecipado anteriormente lançado, decorrente da ocorrência do fato gerador previsto no art. 2º, combinado com o art. 945, inciso I, com base de cálculo



estabelecida no art. 32, todos os dispositivos do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997.

Para tal infração foi proposta penalidade prevista no art. 340, incisos I, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, todos do Regulamento supracitado; resultando numa multa no valor de R\$ 1.176.445,25 (hum milhão, cento e setenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), além da exigência do pagamento do imposto no valor de R\$ 1.176.445,25 (hum milhão, cento e setenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 2.352.890,50 (dois milhões, trezentos e cinquenta e dois mil, oitocentos e noventa reais e cinquenta centavos).

DA IMPUGNAÇÃO

Interpondo impugnação contra a denúncia oferecida pelo Fisco, a autuada apresenta, tempestivamente, sua defesa centralizada nos seguintes pontos:

— O ICMS não é devido no caso de 94 notas fiscais, referentes às operações interestaduais de aquisição de máquinas e equipamentos utilizados exclusivamente em seu processo produtivo (Doc. 05, fls 149 a 246), uma vez que estão contemplados pelo benefício do diferenciamiento do imposto, na forma do art. 61 do Decreto nº 13.640/1997 (RICMS/RN).

— Não há incidência do ICMS antecipado em 31 notas fiscais, relativas à entrada de mercadoria através de operação de Remessa para Empréstimo (listadas às fls. 104 a 106 e anexadas às fls. 247 a 278 – Doc. 06).

— A cobrança do ICMS antecipado sobre as 27 notas fiscais que acobertam operação de simples Remessa por Conta e Ordem de Terceiros, cujo CFOP é de nº 6923 (listadas às fls. 110 a 112 e anexadas às fls. 279 a 308 – Doc. 07), é indevida.

— Não há o que se falar em incidência do ICMS antecipado sobre as Notas Fiscais nºs 48, 49, 5109 e 5118 (listadas às fls. 113 e anexadas às fls. 309 a 312 – Doc. 08), em razão de terem sido canceladas (fato gerador do mencionado imposto – a circulação de mercadorias – não ocorreu no caso concreto).

— As Notas Fiscais nºs 5389, 46891, 5255, 5256, 5266 e 5206 (listadas às fls. 115 e anexadas às fls. 313 a 318 – Doc. 09) são apenas notas fiscais complementares, vinculadas às Notas Fiscais de venda nºs 353, 223 e 41906, cujo imposto já foi recolhido, motivo pelo qual não incide mais o imposto que vem sendo exigido no presente Auto de Infração.

— Resta evidente a impossibilidade de inclusão dos valores de bonificação em mercadorias na base de cálculo do ICMS antecipado sobre a Nota Fiscal nº 23673 (anexada às fls. 319 – Doc. 10)

— Houve equívoco na cobrança do ICMS antecipado sobre as Notas Fiscais nºs 5782 e 5858 (anexadas às fls. 320 e 321 – Doc. 11), pois serviram tão somente para acobertar uma operação de remessa à impugnante de mercadorias novas que haviam sido danificadas e foram substituídas após conserto. As mercadorias denominadas de “terminal de compressão” e “cordão óptico” estão vinculadas à nota original nº 4477 de 01/02/2013, ocasião em que o ICMS foi destacado e devidamente recolhido.

— Vale destacar, por último, que houve erro na imputação da penalidade aplicável ao caso concreto. Isto porque a penalidade aplicável à Impugnante foi a prevista no art. 133 cumulada com o art. 340, inciso I, alínea “c”, do RICMS/RN, os quais prevêem a multa de 100% do valor do imposto. O correto



seria a multa prevista no inciso "d" do art. 340 do RICMS RN, que prevê a aplicação de 50% do valor do imposto, considerando que todas as 165 notas fiscais apontadas no levantamento fiscal estão devidamente escrituradas e a GIM foi entregue dentro dos prazos legais.

— Ressaltando, ainda, a aplicação de multa mais benéfica, conforme determina o art. 112 do CTN.

— Por fim, requer que o Auto de Infração ora impugnado seja julgado totalmente improcedente.

DA CONTESTAÇÃO

Contrapondo-se à impugnação aduzida aos Autos, o autor do procedimento fiscal, em síntese, assim se pronuncia:

"DO DIFERIMENTO PREVISTO NO ART. 61 DO RICMS/RN:

Em que pese a alegação da Impugnante que não foi observado o direito consubstanciado no art. 61 do RICMS/RN, que concede o diferimento do pagamento do ICMS, cabe-nos esclarecer que o art. 63 do mesmo dispositivo legal, impõe o preenchimento de algumas condições para se aproveitar de referido benefício, (...)

Inicialmente o inciso I do art. 63 estabelece que o contribuinte esteja em dia com suas obrigações tributárias principal e acessórias para gozar do benefício. Ocorre que o Impugnante encontrava-se com advertência de obrigações acessórias desde março de 2012 referente à divergência EFD e NF-e de saída, também apresentava pendência de obrigação principal desde junho de 2012. Portanto, nessas condições, em hipótese alguma poderia o Impugnante se beneficiar do diferimento.

Quanto as 94 notas que a Impugnante afirma fazerem jus ao benefício do diferimento, apenas 28 são realmente máquinas e equipamentos, mas em razão da Impugnante não preencher os requisitos do art. 63 não foi diferido o pagamento do ICMS. Fato este já explicado no relatório circunstanciado de fl 39 a 81.

(...)

DA REMESSA PARA EMPRÉSTIMO:

Obviamente a operação de empréstimo não é tributada, conforme já foi informado no relatório circunstanciado fl 39 a 81, ocorre que o Impugnante não apresentou o contrato de comodato, nem tampouco apresentou a nota fiscal que acobertou o retorno do bem emprestado, assim, não há comprovação que a operação foi, de fato, remessa para empréstimo ou uma simulação canhestra para fugir ao pagamento do imposto.

(...)

DA REMESSA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO:

A venda à ordem também denominada operação triangular, é a expressão dada à venda cuja mercadoria está na posse do vendedor e será entregue, por conta e ordem do adquirente, a outro estabelecimento de terceiros.

Em regra, a operação triangular completa-se com a emissão de três notas, sendo duas de venda e uma de remessa. Ao fisco potiguar interessa a nota de venda e nota de remessa destinadas ao contribuinte potiguar.

Quanto à tributação, apenas a operação de venda está sujeita a incidência do ICMS, sendo a operação de remessa não tributada.

Ocorre que a Impugnante, mesmo intimada, não apresentou em momento algum as notas de venda que fecham as operações triangulares conforme minuciosamente explicado no relatório circunstanciado de fl 39 a 81.

(...)



DA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NAS OPERAÇÕES CANCELADAS:

No que concerne as notas fiscais nº 48, 49, 5109 e 5118, após consulta ao site www.nfe.fazenda.gov.br constatamos que as mesmas foram canceladas em tempo hábil, portanto, devem ser excluídas do auto de infração.

DAS NOTAS FISCAIS COMPLEMENTARES:

A Impugnante afirma que as notas fiscais nº 5389, 5366, 5255 e 5206 são notas fiscais complementares à nota fiscal nº 353, já a NF-e 5256 é complementar a NF-e 223, sendo a NF-e 46891 complementar a NF-e e 41906.

Ocorre que o CNPJ 05.356.949/0008-19, corresponde ao do emitente das notas fiscais nº 5389, 5366, 5255 e 5206, é DIFERENTE do CNPJ da emitente da NF-e 353.

(...)

Da mesma forma, o CNPJ 05.356.949/0008-19, corresponde ao do emitente da nota fiscal nº 5256, é DIFERENTE do CNPJ da emitente da NF-e 223.

(...)

Quanto à NF-e 41906, com emitente CNPJ 05.356.949/0002-23 e destinatário CNPJ 11.839.616/0002-58, não foi localizada no sistema de informática da Secretaria de Estado de Tributação do Rio Grande do Norte.

(...)

DA REMESSA EM BONIFICAÇÃO:

Em que se pese o farto arcabouço jurisdicional acostado pela Impugnante tentando demonstrar a não inclusão das remessas em bonificação na base de cálculo do ICMS, observamos, entretanto, que a própria jurisprudência acostada somente reforça o fato da incidência do ICMS sobre a NF-e 23.673, pois apenas quando não há repercussão financeira, ou seja, a mercadoria é entregue sem o respectivo pagamento é que não se inclui a bonificação na base de cálculo do ICMS. Ora, destaque do valor total diferente de zero demonstra claramente que houve repercussão financeira pelo pagamento. Ademais, o Decreto Nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, que é o Regulamento do ICMS/RN, no qual o auditor fiscal deve apoiar seus procedimentos, assim dispõe:

*Art. 70. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, **integram a base de cálculo do imposto**, inclusive na hipótese do inciso IX do art. 2º:*

I- O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II- o valor correspondente:

*a) nas operações e prestações internas e interestaduais, a todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o **valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação**;*

Desta forma, consideramos que a nota em tela acobertou uma remessa em bonificação com uma repercussão financeira de R\$ 900,00 sobre esta repercussão incidiu o ICMS. Reafirmamos, então, a incidência do ICMS sobre a circulação da mercadoria disposta na NF-e 23.673.

DA REMESSA PARA CONSERVO:

A NF-e 5782 e a NF-e 5788 possuem descrição da natureza da operação como remessa para substituição sem retorno, já o Impugnante afirma tratar-se de remessa para conserto.



Qualquer que seja a verdadeira operação, foi solicitada a nota fiscal de envio ou retorno da peça defeituosa, ocorre que a Impugnante quer por desídia quer por má-fé, não apresentou as notas fiscais solicitadas. Assim, só resta concluir que houve uma operação de remessa ficta para fugir ao pagamento do imposto.

DA IMPUTAÇÃO DE PENALIDADE:

A penalidade prevista no Art. 340, I, "c" é aquela perfeitamente adequada ao caso "in concreto", visto que a penalidade estabelecida na alínea "d" é para o imposto regularmente escriturado e declarado na GIM, porém não recolhido, já o previsto na alínea "e" é aquela aplicável ao contribuinte substituto que deixou de recolher o imposto retido.

(...)

Assim sendo, não há que se falar em conflito de normas e, conseqüentemente, em interpretação mais favorável e aplicação de penalidade mais benéfica.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS:

(...)

Diante de tais considerações, **RATIFICAMOS** todos os termos e atos praticados, **exceto no que diz respeito as notas fiscais nº 48, 49, 5109 e 5118, que foram canceladas em tempo hábil**, ficando ao dispor de quaisquer esclarecimentos e diligências que porventura sejam necessárias, submetendo o presente processo ao Órgão Julgador de 1ª instância na expectativa da decisão pela procedência do AUTO DE INFRAÇÃO."

DOS ANTECEDENTES

Consta dos Autos, conforme Termo de Antecedentes Fiscais, às fls. 339, que a autuada "não é **reincidente** na infração cometida e lançada pelo Auto de Infração nº 839/2014 que deu origem ao PAT nº 839/2014 – 4ª URT".

Este o relatório.

Passando a fundamentar e decidir.

DO MÉRITO

Nestes Autos, a Empresa é denunciada por deixar de recolher, na forma e no prazo regulamentares, o ICMS antecipado lançado (fato gerador e base de cálculo com previsão no art. 2º c/c o art. 945, inciso I, e art. 82, do RICMS/RN, respectivamente). Tudo conforme Demonstrativo da Ocorrência, Relatório Circunstanciado de Fiscalização e Termo de Ocorrência em anexo.

De início, examinando-se a peça básica bem como aquelas que lhe dão suporte, observa-se que houve apropriada demonstração e justificativa do método de trabalho realizado pelo agente fiscal; tendo, ao seu final, aplicado a multa cabível à infração cometida.



Em leitura aos dispositivos do RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640/1997, que dizem respeito às "Operações com Máquinas e Equipamentos Destinados ao Ativo Fixo de Estabelecimento Industrial ou Agropecuário", depreende-se que para fazer jus ao benefício previsto no art. 61 – diferimento do pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquota – é necessário que o contribuinte "esteja em dia com suas obrigações tributárias principal e acessórias" (art. 63); o que não é o caso, tendo em vista as pendências apontadas no Extrato Fiscal do Contribuinte de fls. 31 a 36. Ademais, nem todas as notas fiscais, mencionadas pela impugnante, são relacionadas à operação com máquina e equipamento.

Já em relação à remessa para empréstimo, apesar de não tipificar operação mercantil, nota-se que não foram apresentados o correspondente Contrato a título de Comodato nem as notas fiscais do posterior retorno do bem emprestado. E em relação à remessa por conta e ordem de terceiros, também não houve apresentação das correspondentes notas fiscais de venda que fecham o ciclo da dita operação. Não havendo, conseqüentemente, sua comprovação.

Da análise das notas fiscais complementares, indicadas pela Empresa autuada, verifica-se que há divergência de informações entre elas e as de origem. E das notas fiscais, apontadas como de remessa para conserto pela impugnante, observa-se a descrição de tipos diferentes da "Natureza Operação" (Remessa para Substituição sem Retorno e Remessa para Substituição com Retorno). Dificultando a evidência das referidas operações.

Quanto à remessa em bonificação com repercussão financeira, é claro o RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640/1997, quando em seu art. 70, inciso II, alínea "a", dispõe que *integram a base de cálculo do imposto o valor correspondente, nas operações e prestações internas e interestaduais, a todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidas ou debitadas pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação.*

Por outro lado, resta comprovado o cancelamento das notas fiscais citadas pelo contribuinte; não incidindo, neste caso, o ICMS lançado no Auto de Infração em questão.

Desse modo, fica mantida parcialmente a ocorrência; excluindo-se os valores de R\$ 26.955,73 (ICMS) e de R\$ 26.955,73 (Multa).



DA DECISÃO

Fundamentada, então, no exposto e **considerando tudo mais** que dos Autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração de fls. 02; impondo a autuada a pena de multa no valor de R\$ 1.149.489,52 (hum milhão, cento e quarenta e nove mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), sem prejuízo do recolhimento do imposto devido no valor de R\$ 1.149.489,52 (hum milhão, cento e quarenta e nove mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 2.298.979,04 (dois milhões, duzentos e noventa e oito mil, novecentos e setenta e nove reais e quatro centavos), sujeito aos acréscimos monetários legais vigentes.

Recorro de ofício, desta Decisão, ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, em cumprimento ao disposto no art. 114, do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.796, de 16 de fevereiro de 1998.

COJUP, em Natal/RN, 28 de novembro de 2014.



Neyze Medeiros Santos

Julgadora Fiscal – Mat. 90.859-2