



PAT Nº : 1133/2013 – 5ª URT, Protocolo 212529/2013-1 – SET
AUTO DE INFRAÇÃO Nº : 01133/5ª URT, de 17/09/2013
AUTUADA : TONIOLO BUSNELLO S/A TÚNEIS TERRAPLANA-
GENS E PAVIMENTAÇÕES
ENDEREÇO : Sítio do Bonito, S/N, Lagoa Seca – Jucurutu/RN
AUTUANTE : MARCOS ANTÔNIO DA COSTA, mat. 75.400-5
DENÚNCIA : Deixar de recolher o ICMS antecipado, referente às Notas
Fiscais nºs 47, 173, 174, 425, 1166, 1194, 15955, 278,
15949, 123, 13216, 13375, 13219, 13218, 13214, 13212,
2565, 12734, 13209 e 351.

DECISÃO Nº 21/2014 – COJUP

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTECIPADO. 1. Lançamento nos termos do Decreto nº 17.104, de 29/09/2003 – Regime Simplificado da Construção Civil. 2. Defesa não prova o recolhimento do imposto denunciado. 3. Entende-se, da análise de Lei, pela incidência do imposto na transferência de mercadorias do mesmo titular. 4. Multa aplicada prevista na própria Legislação Tributária Estadual. 5. **Ação fiscal procedente.**

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, do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, pela falta de recolhimento do imposto antecipado das Notas Fiscais nºs 47, 173, 174, 425, 1166, 1194, 15955, 278.



15949, 123, 13216, 13375, 13219, 13218, 13214, 13212, 2565, 12734, 13209 e 351.

Para tal infração foi proposta penalidade prevista no art. 340, inciso I, alínea "c", sem prejuízo dos acréscimos monetários dispostos no art. 133, todos do Regulamento supracitado; resultando numa multa no valor de R\$ 55.026,02 (cinquenta e cinco mil, vinte e seis reais e dois centavos), além da exigência do pagamento do imposto no valor de R\$ 55.026,02 (cinquenta e cinco mil, vinte e seis reais e dois centavos), perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 110.052,04 (cento e dez mil, cinquenta e dois reais e quatro centavos).

DA IMPUGNAÇÃO

Insurgindo-se contra as denúncias oferecidas pelo Fisco, a atuada centraliza sua defesa nos seguintes pontos:

“ – OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS A INCIDÊNCIA FORMULADA NO LANÇAMENTO – AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE – MERA CIRCULAÇÃO FÍSICA DOS PRODUTOS E EQUIPAMENTOS:

De início Ilmo. Sr. Julgador, calha destacar que a fiscalização considerou operações de circulação física dos produtos e bens, realizadas entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ou seja, entre operações interna corporis, o que implica em dizer o afastamento do conceito mercantilista, ou melhor, da realização de lucro e transferência de titularidade sobre os mencionados bens.

Destarte, ao compulsar os documentos informados pelo Fisco, é crível que tratam-se de operações de remessas de produtos e/ou bens (equipamentos) entre suas filiais estabelecidas em outras Unidades da Federação.

(...)

Com efeito Ilustre Julgador, a abordagem proferida pela fiscalização, deve, de pronto, restar afastada, uma vez que inexistente fato gerador do ICMS nas operações de deslocamento de produtos e/ou equipamentos entre os estabelecimentos de uma mesma empresa.

(...)

Sendo certo que para a ocorrência desse tributo é imprescindível que ocorra a circulação jurídica da mercadoria, o que juridicamente implica em dizer da alteração do status da propriedade sobre os mencionados bens, ou seja, a transferência de sua propriedade de uma para outro titular, por meio de operação mercantil.

(...)

Portanto, não há se quer em falar acerca de possível ilicitude das operações, uma vez que inexistem quaisquer óbices a possibilidade e legalidade das operações de remessas e transferências entre os mencionados estabelecimentos.

Portanto, o simples fato de circulação de mercadorias entre os estabelecimentos, sem que haja alteração na titularidade, implica em dizer da invalidade da valoração determinada pela fiscalização, uma vez que inexistente alteração da titularidade e, sendo assim, não representa operações marcadas pelo critério negocial e mercantil.



- FUNDAMENTO INAPROPRIADO - EXIGÊNCIA POSTA NO EXTRATO FISCAL A TÍTULO DE DIFAL - FUNDAMENTO EXIGÊNCIA ACERCA DE ANTECIPAÇÃO DO ICMS.

(...)

Conforme o fundamento utilizado, o ICMS passou a ser devido com fundamento nos artigos 945 e por consequência de sua aplicação ao art. 946, ambos do REGULAMENTO DO ICMS.

Todavia Ilustre Julgador, o caso, quando muito, haveria de ser exigido com fundamento no art. 82, do RICMS/RN, operando-se aqui fato típico de nulidade processual consubstanciado no **art. 20, III, do RPAT/RN** (dec. 13.796/98), que assim determina:

(...)

A insuficiência da determinação do real fato gerador, bem como o erro de fundamentação, **importa em dúbio entendimento quanto as circunstância material do lançamento**, o que invariavelmente afeta a exegese do fato gerador buscado pelo Fisco.

(...)

Tudo isso caro Julgador é revelado quando do momento da verificação do tipo de contribuinte, uma vez que o mesmo exerce atividades sujeitas apenas ao ISS – Imposto sobre Serviços, não configurando, portanto, o casos de incidência previsto no art. 945 e 946 do RICMS.

Há de se perceber do cadastro de contribuintes que se trata de empresa voltada ao ramo da construção civil e afins, não ensejando, mais uma vez, aplicação de artigos que versam sobre antecipação tributária.

- INADEQUAÇÃO DA MULTA PROPOSTA – CONFIGURAÇÃO DA VEDAÇÃO DO CONFISCO.

(...)

Diante de tudo o que até aqui foi exposto, há de se reconhecer que a multa regulamentar que foi proposta nos autos não pode prosperar.

O resultado proposto na atuação é o de verificar que o contribuinte deixou de registrar documentos que representam possíveis operações por ele realizadas.

Neste prisma, a multa que se propôs como vetor inibitório de possíveis atos ilícitos não se amolda a verdade material residente, não no fólio processual, sobretudo, como atos do próprio contribuinte.

Portanto, diante dos reais fatos fica evidente que a multa proposta pela atuação deve ser desconsiderada pelo Julgador, tendo em vista não ser esta a real situação do processo, quíça, situação efetivamente comprovada pela alegação inicial.

Outrossim, não se pode aplicar penalização sobre um ato totalmente legítimo e previsto pelo regulamento do ICMS, ou seja, não há possibilidade de imputar penalização sobre o direito de o contribuinte usar de seu direito de regularização espontânea.

Daí, ser verdade que a multa proposta não mostra simetria com os fatos reais do processo e, portanto, merece ser retirada dos autos.

Noutra vertente, a multa proposta flagra-se desconexa com os rigores e propósitos constitucionais no que tange aos vetores de atuação da Administração.

(...)

Dessa feita, imperioso reconhecer que a aplicação da multa nos moldes apresentados nos autos, a ofensa aos princípios do não-confisco, proporcionalidade e razoabilidade, são evidentemente comprovados, pois, as multas aplicadas superam em muito os valores exigidos a título de ICMS.”



Finaliza, requerendo que o Auto de Infração seja declarado improcedente e que, não sendo acolhida a sua improcedência, a multa seja redimensionada em atendimento aos comandos constitucionais e tributários deferidos ao contribuinte.

DA CONTESTAÇÃO

O autor do procedimento fiscal assim se pronuncia a respeito da impugnação apresentada:

“01 - Em relação a alegação de que o mesmo só exerce atividade sujeita a ISS, constatamos que, conforme Extrato Fiscal do Contribuinte fl. (08), o mesmo é detentor de Regime Simplificado das Construções Civis datado de 21/06/2005, em conformidade com Decreto de nº 17.104 de 29/09/2003, e todos os débitos foram gerados conforme o citado decreto.

Em relação aos débitos de ICMS referente aos produtos constantes nas Notas Fiscais conforme fls. (41 a 59) do p.p, destinados, ao uso e consumo da empresa e ao seu ativo imobilizado foram efetuados em conformidade com o RICMS/RN.

De acordo com o RICMS/RN, aprovado pelo Decreto 13.640/97, temos:

Art. 82. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, nas operações destinadas ao ativo permanente, uso ou consumo, é o valor da operação ou prestação na Unidade Federada de origem, constante no documento fiscal. (NR dada pelo Decreto 21.584, de 23/03/2010)

Art. 945. Além de outros casos previstos na legislação, o ICMS é recolhido antecipadamente, na rede bancária conveniada: (NR dada pelo Decreto 21.934, de 07/10/2010)

f- por ocasião da passagem pelo primeiro posto ou repartição fiscal deste Estado, em operações internas ou interestaduais: (caput do inciso alterado pelo Dec. 14.796/00, de 28/02/00)

l) nas entradas de bens ou serviços destinados a uso, consumo ou ativo fixo, na forma prevista no art. 82, deste Regulamento; (NR dada pelo Decreto 21.934, de 07/10/2010)

O mesmo diploma legal, em seu Art. 29, inciso XII, diz que ficará suspenso o ICMS nas seguintes saídas interestaduais:

Art. 29. Fica suspensa a incidência do ICMS nas saídas:

XII- interestaduais, de bens integrados ao ativo imobilizado, bem como de moldes, matrizes, gabaritos, padrões, chapelonas, modelos e estampas para fornecimento de serviços fora do estabelecimento, ou com destino a outro estabelecimento inscrito como contribuinte, para serem utilizados na elaboração de produtos encomendados pelo remetente, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da saída efetiva (Convênio ICMS 19/91);



O § 1º deste mesmo artigo, em seu inciso II, diz que encerrado o prazo de suspensão o imposto deverá ser recolhido. Não havendo, neste dispositivo legal, previsão de prorrogação do prazo de retorno:

§ 1º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto de que trata o inciso XIII deste artigo, ocorrendo quaisquer das seguintes situações:

II- o não retorno da mercadoria no prazo estabelecido no inciso XII deste artigo, devendo o imposto ser recolhido, com atualização monetária e acréscimos monetários contados da saída originária.

03 - Com relação a multa, os débitos foram lançados em conformidade com os dispositivos a seguir do RICMS/RN:

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;

Por fim, entendemos que o contribuinte não apresentou provas suficientes e convincentes que levem à anulação do presente Auto de Infração, e nossa proposta de lançamento tributário está em consonância com o RICMS/RN aprovado pelo Dec. 13.640/97 de 13/11/1997, pelo que mantemos na íntegra, os valores a recolher de R\$ 55.026,02 (cinquenta e cinco mil, vinte e seis reais e dois centavos) de MULTA."

DOS ANTECEDENTES

Consta dos Autos, conforme "Termos de Juntada de Impugnação Tempestiva e de Contrarrazões" de fls. 60 e 65, que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

Este o relatório.

Passando a fundamentar e decidir.

DO MÉRITO

Nestes Autos, o contribuinte é denunciado pela falta de recolhimento do ICMS antecipado, referente às Notas Fiscais nºs 47, 173, 174, 425,



1166, 1194, 15955, 278, 15949, 123, 13216, 13375, 13219, 13218, 13214, 13212, 2565, 12734, 13209 e 351; pendências estas apresentadas no Extrato Fiscal do Contribuinte de fls. 08. Tudo conforme Demonstrativo da Ocorrência, Relatório Circunstanciado de Fiscalização e Termo de Ocorrência em anexo.

As Notas Fiscais listadas no Demonstrativo da autuação, não tiveram seu imposto antecipado recolhido ao Erário Estadual, nos termos do Regime Simplificado da Construção Civil – Decreto nº 17.104, de 29 de setembro de 2003, do qual a Empresa autuada é detentora desde 21/06/2005.

Entende a autuada que não é procedente a referida cobrança; anexando Decisões do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há incidência do ICMS no deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Pode o contribuinte arguir que não se enquadra no conceito de contribuinte por não se tratar de comercialização de mercadorias, mais a Lei nº 6.968, de 30 de dezembro de 1996, que instituiu o ICMS no Rio Grande do Norte, alcança a situação relativa à transferência de mercadoria (destinada ao consumo ou ativo permanente) para estabelecimento, localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular.

O art. 1º, §§ 1º, inciso IV, e 2º, inciso IV, o art. 9º, inciso XIII, e o art. 26, § 2º, da supracitada Lei, apontam na direção da incidência do tributo no caso em questão, senão sejam:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

§ 1º O imposto incide também sobre:

IV – a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado, destinados a consumo ou ativo permanente;

§ 2º É irrelevante, para a caracterização da incidência:

IV – o fato de a operação realizar-se entre estabelecimentos do mesmo titular.



Art. 9º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XIII - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo permanente;

Art. 26. Para os efeitos desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerça suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.

§ 2º É autônomo cada estabelecimento do mesmo titular.

Coube a regulamentação da Lei nº 6.968, de 30/12/1996 ao Decreto nº 13.640, de 13/11/1998 (RICMS/RN), que, de modo geral, repete os termos contidos na Lei citada.

Isto posto, aliado ao Princípio Constitucional que garante a autonomia dos Estados em matéria tributária (relativamente ao ICMS), entende-se que o caso apresentado não se enquadra na hipótese de não incidência do tributo.

Desse modo, constata-se que o enquadramento do caso específico – falta de recolhimento do imposto, está consoante com a norma punitiva; não havendo reparos a fazer. Bem como, não cabe, aqui, discussão prolongada sobre a “inadequação da multa proposta – configuração da vedação do confisco”, por ser esta determinada pela própria Legislação Tributária Estadual vigente; não tendo a parte funcional poder para apontar valores diferentes dos ali estabelecidos.

DA DECISÃO

Fundamentada, então, no exposto e considerando tudo mais que dos Autos consta, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fls. 02; impondo à autuada a pena de multa no valor de R\$ 55.026,02 (cinquenta e cinco mil, vinte e seis reais e dois centavos), sem prejuízo do pagamento do imposto no valor de R\$



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
COORDENADORIA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PAT nº : 1133/2013 - 5ª URT
Fls. : 73

55.026.02 (cinquenta e cinco mil, vinte e seis reais e dois centavos), totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 110.052,04 (cento e dez mil, cinquenta e dois reais e quatro centavos), sujeito aos acréscimos monetários legais vigentes.

Remeta-se o presente Processo à 5ª Unidade Regional de Tributação – 5ª URT, para ciência das partes e demais providências cabíveis.

COJUP, em Natal/RN, 31 de janeiro de 2014.


Neyze Medeiros Santos

Julgadora Fiscal – Mat. 90.859-2