



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**

**CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE**

18 / 03 / 2016

PROTOCOLO Nº 18341/2014-1
Nº DE ORDEM: 009/2015-CRF
PAT Nº 092/2014-1ª URT
RECURSO DE OFÍCIO
RECORRENTE SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RECORRIDA LAFARGE BRASIL S.A.
RELATOR CONS. NATANAEL CÂNDIDO FILHO

ACÓRDÃO Nº 0047/2016-CRF

Ementa. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS ANTECIPADO. CIMENTO. MERCADORIA ENQUADRADA NA SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OBEDIÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DO ART. 861 E 890 DO RICMS.

1. O recolhimento do imposto relativo a cimento, que é mercadoria enquadrada na sistemática da substituição tributária, sujeita-se às disposições dos arts. 861 e 890 do RICMS. O imposto devido por substituição tributária incidente nas operações de saída foi apurado e recolhido. A simples disposição contida no art. 945, inciso I, alínea "a", do RICMS não tem o condão de alterar o Protocolo ICMS 11/85 ao qual este Estado aderiu e implementou em seu próprio Regulamento do ICMS.
2. Recurso de Ofício conhecido e não provido. Decisão singular confirmada. Auto de Infração improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos, em consonância com o parecer oral da ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao recurso de ofício, para manter a decisão singular, que julgou o auto de infração improcedente.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 15 de março de 2016.

Lucimar Bezerra Dubeux Dantas
Presidente

Natanael Cândido Filho
Relator

Vaneska Caldas Galvão
Procuradora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso *ex officio* interposto pelo julgador de primeiro grau, recorrendo de sua decisão de nº 304/2014-COJUP, por julgar o auto de infração Improcedente, conforme ocorrência assim descrita: Deixar de recolher na forma e prazos regulamentares, o ICMS anteriormente lançado.

Infringência: art. 150, III c/c art. 130-A, arts. 131 e 945, I, todos do RICMS/RN. Penalidade: art. 340, I, "c" c/c art. 133 do diploma legal retrocitado.

Tal fato resultou na exigência no montante de R\$ 213.684,68 de ICMS, sem prejuízo da cobrança da multa de igual valor, resultando num crédito tributário total de R\$ 427.369,36.

Irresignada com a lavratura do auto de infração, a atuada apresenta a impugnação, tecendo as seguintes considerações:

Ao iniciar a sua impugnação a atuada informa que é atacadista de cimento o transfere de sua fábrica, estabelecida no Estado da Paraíba, para seu centro de distribuição neste Estado.

Alega que a operação de transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não sofre incidência do ICMS, vez que não ocorre o fato gerador, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF e Supremo Tribunal de Justiça – STJ, sendo que a tributação ocorre por ocasião das vendas efetuadas pela filial estabelecida neste Estado.

Informa que em 15 de julho de 2013 esta Secretaria cominou uma penalidade de R\$ 220,00 pela falta de entrega de “documentação fiscal requerida pela autoridade fazendária no prazo regulamentar nos termos do art. 340, IV, “b”, e XI, “b” do RICMS, e em razão desse débito sua situação fiscal foi considerada “CRITICADA” e, por conseguinte, foi exigido o ICMS antecipado sobre todas as suas entradas de cimento tomando-se como base de cálculo o valor da mercadoria acrescido do percentual de agregação de 30%.

Esclarece que pagou a multa pelo descumprimento da obrigação acessória porém o fisco exigiu o recolhimento do imposto antecipado relativo as operações ocorridas no intervalo de tempo entre os dias 15/07/2013 a 12/11/2013, “o que a mantém sujeita a esse absurdo regime especial de cobrança”.

Afirma que “não vem recolhendo esse indevido ICMS antecipado”, vez que o faz quando da venda interna e se o fizesse incorreria em bis in idem. Enumera uma série de razões contra a antecipação do recolhimento do imposto, tais como: o imposto é recolhido quando da saída interna do cimento, a cobrança do imposto de forma antecipada “viola os princípios da livre concorrência e da liberdade de trabalho e comércio”, violação da isonomia tributária, afronta ao princípio da capacidade contributiva, etc.

Informa que recolhe o imposto relativo as vendas do cimento de forma integral e que não faz sentido o recolhimento do ICMS antecipado e que “a jurisprudência

do STF a muito já condena o uso de sanções políticas como meio coercitivo para o pagamento de débito fiscal”.

Assevera que a margem de agregação de 30% é desproporcional, desarrazoada e que o art. 891 do RICMS prevê um percentual de agregação para o cimento de 20%.

Requer ainda perícia fiscal a fim de que seja esclarecido se as operações de venda de cimento pelo centro de distribuição do RN foram regularmente tributadas.

Encerra requerendo o cancelamento do feito, arquivando-se o processo administrativo.

Por sua vez, o Fisco em sua contestação, em síntese, alega:

Faz um breve relato do trabalho que culminou na lavratura do Auto de Infração em razão do contribuinte não ter apresentado o comprovante de recolhimento do débito existente no extrato fiscal.

Traz aos autos a citação dos arts. 945, I, alínea “f”, art. 947, II, §§2º, 3º e 4º, todos do RICMS e concluiu “não considerarmos as justificativas do contribuinte como prova de não cobrança do ICMS anteriormente lançado.”

Encerra requerendo a manutenção do feito.

Nos autos consta Termo de Informação sobre antecedentes fiscais dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 57).

O ilustre julgador singular, julgou o auto de infração Improcedente, conforme decisão nº 304/2014-COJUP, ementada nos seguintes termos:

ICMS – Obrigação principal – Falta de recolhimento de ICMS antecipado – Evidente conflito de normas regulamentares – O recolhimento do imposto relativo a cimento, que é mercadoria enquadrada na sistemática da substituição tributária, sujeita-se as disposições dos arts. 861 e 890 do RICMS – O imposto devido por substituição tributária incidente nas operações de saída foi apurado e recolhido – a simples disposição contida no art. 945, inciso I, alínea “a”, do RICMS não tem o condão de alterar disposições emanadas do Protocolo 11/85 ao qual este Estado aderiu e as inseriu em seu próprio Regulamento do ICMS – Auto de Infração improcedente.

Não houve apresentação de recurso voluntário.

Consta Termo de Perempção à fl. 233.

A Douta Procuradoria Geral do Estado, em despacho (fl.236), informa que exercerá prerrogativa do art. 3º Lei Estadual nº 4.136/72, qual seja, oferecimento de parecer oral quando da sessão de julgamento perante o Egrégio Conselho de Recursos Fiscais.

É o que importa relatar.

VOTO

O recurso *Ex Officio* apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previsto no RPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, assim dele tomo conhecimento.

Trata-se de recurso *Ex Officio* interposto pelo julgador de primeiro grau, recorrendo de sua decisão de nº 304/2014-COJUP, por julgar o auto de infração improcedente, conforme ocorrência assim descrita:

Deixar de recolher , na forma e prazos regulamentares, o ICMS anteriormente lançado.

De antemão, não vislumbro qualquer nulidade nos autos do processo, afastando desde já, qualquer mácula de nulidade.

Em relação ao pedido de perícia suscitado pela empresa, acompanho o entendimento do ilustre julgador singular para rejeitá-lo, uma vez que por ocasião do exame do mérito restará demonstrado que não se torna relevante para o deslinde da questão.

Observando os autos, faz-se necessário analisar a legislação tributária aplicável à espécie, que devem ser analisadas com cautela, ao evidenciar que uma delas, a do art. 945, inciso I, alínea “a” do RICMS, ao ser aplicada anula as disposições do regulamentares decorrentes do protocolo ICMS 11/85, insertas nos arts. 861 e 890 do RICMS, relativa a mercadoria enquadrada na sistemática da substituição tributária: cimento.

Compulsando as notas fiscais constantes do demonstrativo fiscal de fls. 40 a 51, o imposto lançado no Auto de Infração decorre das entradas de cimento ocorridas em operação de transferência de estabelecimento industrial pertencente a autuada.

O recolhimento do imposto relativo a cimento, que é mercadoria enquadrada na sistemática da substituição tributária, sujeita-se as disposições dos arts. 861 e 890 do RICMS, verbis:

“Art. 861.

A substituição tributária, salvo disposição em contrário, não se aplica:

(...)

IV - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. (AC pelo Decreto 21.527, de 04/02/2010)

Parágrafo único. Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria (Conv. ICMS 81/93). (AC pelo Decreto 21.527, de 04/02/2010)" (sem grifo no original)

*"Art. 890. Nas operações internas, interestaduais e de importação, com **cimento** de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM-SH), entre contribuintes do ICMS situados nas unidades federadas signatárias do Protocolo ICM 11/85, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador na qualidade de sujeito passivo por substituição a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário. (NR dada pelo Decreto 24.254, de 02/04/2014, (Prot. ICM 11/85).*

§ 1º O regime de que trata esta Seção não se aplica:

(...)

II- às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

(...)" (sem grifo no original)

Acertadamente, decidiu o ilustre julgador singular que nas operações descritas no demonstrativo fiscal o recolhimento do imposto devido por substituição tributária somente será recolhido quando da respectiva saída promovida pela autuada e além do mais nos documentos anexados pela autuada o imposto devido por substituição tributária incidente nas operações de saída está sendo corretamente apurado e recolhido.

Neste contexto, as disposições regulamentares insertas no RICMS decorrem do Protocolo ICMS 11/85, ao qual o Estado do Rio Grande do Norte aderiu em 1º de novembro de 1997 através da celebração do Protocolo ICMS 37/97.

Neste desiderato, analisando as normas regulamentares da legislação aplicável a espécie e considerando que o contribuinte recolheu o imposto corretamente conforme documentos anexados, corroboro com o entendimento do ilustre julgador singular, para julgar improcedente a denúncia ora examinada nos autos.

E bem ressaltado pelo ilustre julgador singular que não é preciso maiores esforços para se concluir que mantendo a exigência o Estado incorrerá na figura do bis in idem. Não há sentido em exigir do contribuinte o pagamento do imposto que já foi comprovadamente recolhido.

Bem evidenciado pelo ilustre julgador singular após a comprovação de que o contribuinte apura e recolhe o imposto incidente sobre as saídas internas na forma prevista na legislação, a simples disposição contida no art. 945, inciso I, alínea "a", do RICMS não tem o condão de alterar disposições emanadas de Protocolo ao qual este Estado aderiu e as inseriu em seu próprio Regulamento do ICMS.

O art. 945, I, "a" do RICMS , para sua aplicabilidade , depende dentre outro fatores, do tipo de mercadoria adquirida por contribuinte enquadrado na condição de crítica fiscal não estar sujeita a forma específica de tributação, como no presente caso, bem lembrado pelo julgador singular.

Ante ao exposto, pela legislação tributária aplicável à espécie, bem como pelos documentos que atestam o recolhimento do imposto, filio-me ao entendimento do ilustre julgador singular, e VOTO, em consonância com o parecer oral da ilustre representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao recurso de ofício, para manter a decisão singular que julgou o auto de infração Improcedente.

Sala do Cons. Danilo G. dos Santos, Natal RN, 15 de março de 2016.


Natanael Cândido Filho
Relator