



DECISÃO Nº: 267/2014
PROTOCOLO Nº: 298561/2013-6
PAT Nº: 2050/2013 - 1ª URT
AUTUADA: Mills Estruturas e Serviços de Engenharia S.A.
FIC: 20.284.345-9
ENDEREÇO: Rodovia BR 101, S/N Km 8, Lado 2 (Oeste) – Parque Industrial – Emaús – Parnamirim/RN, CEP: 59.149-090.

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. Arguição de nulidade por parte da atuada de que o autuante não procedeu com a devida capitulação da infração, bem como, não apresentou devidamente os cálculos em que se constituiu o lançamento de ofício – Inocorrência, vez que mesmo sendo inexistente ou equivocada a capitulação, a atuada tem obrigação de defender-se dos fatos e não de seu enquadramento legal, conforme inteligência do art. 20, § 4º do RPAT. Assim como, os cálculos constantes no auto de infração e em seus anexos, atendem plenamente aos requisitos estatuidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, bem como, se encontra em consonância com as normas do art. 44, do RPAT. Arguição de nulidade material acatada em parte, em face da comprovação nos autos de concessão de medida liminar impeditiva, prolatada antes da lavratura do auto de infração. Contribuinte apresentou no prazo legal, sua peça impugnatória. Comprovação parcial. Demonstração ainda de que parte das notas fiscais eram relacionadas a devolução de bem locado. Inocorrência de fato gerador. Inexistência de circulação de mercadoria. Necessidade de anulação do auto de infração em relação as notas fiscais



oriundas dos bens do ativo imobilizado, bem como, das relativas a devolução de bens locados – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL. Remessa necessária.

1 - DO RELATÓRIO

1.1 - DA DENÚNCIA

Contra a atuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 2050/2013-1ª URT, onde se denuncia a falta de recolhimento do ICMS antecipado, sobre o fato gerador descrito no art. 945, inciso I, alínea “e” 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.

Em face da ocorrência acima descrita, à atuada foi imposta uma pena de multa no valor de R\$ 745.788,71 (setecentos e quarenta e cinco mil, setecentos e oitenta e oito reais e setenta e um centavos), acrescida da cobrança do imposto no montante de R\$ 745.788,71 (setecentos e quarenta e cinco mil, setecentos e oitenta e oito reais e setenta e um centavos), perfazendo um total de R\$ 1.491.577,42 (um milhão, quatrocentos e noventa e um mil, quinhentos e setenta e sete reais e quarenta e dois centavos).

1.2 - DA IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se à denúncia, a atuada veio aos autos, através da peça de impugnação de fls. 26/56, dentro do prazo regulamentar, rechaçar a denúncia contra ela imputada.

De início, suscitou preliminar de nulidade formal do auto de infração, por entender que os fatos geradores indicados no auto de infração como motivadores da cobrança do ICMS, não foram especificamente discriminados no aludido ato administrativo, o que resulta num verdadeiro cerceamento de defesa.



Ademais, acrescentou que o montante constante na autuação e sua respectiva base de cálculo também são desconhecidos, em face da inexistência de uma simples planilha.

Na sequência, argüiu a nulidade material da denúncia, asseverando que se encontra amparada pela medida liminar concedida nos autos do mandado de segurança de nº 2013.017574-7, a qual a resguarda de qualquer ato de cobrança tendente a exigir o ICMS sobre operações de transferência de ativo imobilizado.

Nesse contexto, salientou que o presente auto de infração refere-se, em sua maior parte, à cobrança de ICMS em operações de transferência de uma filial para outra de bens integrantes do ativo imobilizado, durante o período de maio a setembro de 2013. Outrossim, após transferidos de uma filial para outra, os bens são destinados à locação e não alienação, ou seja, continua integrando o ativo imobilizado da empresa.

Informou que a decisão do mandado de segurança supra aludida, foi proferida em 16.10.2013, e a lavratura do presente auto de infração se deu, tão somente, em 05.12.2013, ou seja, não poderia o fisco ter lavrado o presente auto de infração.

Continuou sua defesa, aduzindo a impossibilidade de incidência do ICMS sobre as transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, rechaçou o fato de que mesmo havendo a possibilidade de cobrança do imposto estadual nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme disposto no art. 1º, inciso VI, 2º, § 1º, inciso I, alínea "a", todos do RICMS e do art. 9º, inciso I, da Lei nº 6.968/96, tais institutos normativos conflitam com o teor do art. 155, inciso II, da Constituição Federal.

Em suma, buscou demonstrar a impugnante, a impossibilidade de existência de negócio consigo mesma, bem como, a circulação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Por conseguinte, trouxe aos autos, discussão acerca da impossibilidade de ser exigido o ICMS sobre o retorno de locação de bens móveis, por entender que os bens locados não configuram negócio mercantil, tendo em vista que



estes não integram o ativo imobilizado do estabelecimento locatário e nem são destinados ao seu consumo, ou seja, inexistente fato gerador, vez que, não ocorre a circulação de mercadoria, nem a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Por fim, afirmou que para ser possível a exigência do ICMS, seria indispensável que a fiscalização demonstrasse que a impugnante simulou a operação de locação e efetuou a venda do bem. Portanto, o presente auto de infração deve ser anulado, já que a operação praticada pela autora não se encontra sujeita à incidência do ICMS e, portanto, impossível a cobrança do imposto estadual e da respectiva multa de ofício em qualquer circunstância.

1.3 – DA CONTESTAÇÃO

No seu arazoado de fls. 224/228, disse o atuante que ao contrário do argumentado pela contribuinte no tocante a transferência de ativos de bens imobilizados, o art. 85, inciso II do RICMS, dispõe que a incidência de ICMS na transferência de ativo imobilizado, tem como fundamento, a exigência para atender a autonomia dos estabelecimentos comerciais, conforme estabelece a legislação tributária, bem como, para obedecer ao princípio da não cumulatividade, pois se não incidisse o ICMS na saída de mercadoria de um estabelecimento para outro, tal situação afrontaria o princípio da não cumulatividade, vez que o crédito relativo a operação anterior, não poderia ser repassado para o estabelecimento destinatário.

Na sequência, asseverou que nas fls. 14 a 17 dos autos, foram anexadas as planilhas referentes aos demonstrativos sintético e analítico e a forma de apuração das ocorrências, totalizando o montante devido.

Ao final, ressaltou que a defesa interposta pelo impugnante estaria destituída de qualquer fundamentação legal, motivo pelo qual, pleiteou pela manutenção do auto de infração.

2 – DOS ANTECEDENTES



Consta dos autos (fl. 24), 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 – DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Antes da análise do mérito, necessário se faz o preliminar exame da arguição de nulidade suscitada pela impugnante, assim como a verificação de que foram observados os princípios que regem o processo administrativo tributário, especialmente o da ampla defesa e o do contraditório.

De início, percebe-se que o processo encontra-se em consonância com os princípios constitucionais, notadamente, os da ampla defesa e do contraditório, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, razão pela qual, com relação a tais princípios, não se verifica qualquer mácula capaz de contaminar a denúncia posta nos autos.

Na sequência, embora o contribuinte, em sua peça de impugnação, tenha afirmado que o Fisco estadual não observou o disposto no art. 20, inciso III, do RPAT, verifica-se situação diversa, tanto que a defesa foi tempestiva e devidamente oferecida.

De plano, e sem maiores delongas, deixo para analisar a presente preliminar, quando da apreciação do mérito, pois a matéria nela discutida se confunde com a debatida naquele, vez que o cerne da contenda resume-se ao fato do contribuinte ter adquirido mercadoria sem o devido recolhimento antecipado do tributo, e a



nulidade suscitada trata da suposta ausência de capitulação da infração cometida, bem como, da falta de cálculos demonstrando o total do débito, situações que serão verificadas quando da análise das provas contidas nos autos, em sede de mérito.

5 – 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, alínea “e” do RICMS.

A empresa autuada, insurgiu-se contra a denúncia, afirmando que as operações por ela realizadas, não estariam sujeitas à incidência de imposto, vez que o fato gerador do tributo, se dá na saída da mercadoria de estabelecimento de contribuinte e na entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, o que não ocorreu, pois as mercadorias em discussão, parte dela constitui o ativo da empresa, e a outra é objeto de devolução de produto locado.

Primeiramente, no tocante a alegação da autuada de ausência de clareza e exatidão na descrição das infrações denunciadas, tem-se que o auto de infração reportou-se a pendências existentes no extrato fiscal da empresa autuada, 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 referida capitulação, a autuada tem obrigação de defender-se dos fatos e não de seu enquadramento legal, conforme estampado no art. 20, § 4º do RPAT.

Nesse ponto, 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. Inclusive, é equivocada a alegação de que foi omitida a alínea do inciso I, do artigo 945, quando elaborou-se o enquadramento da denúncia, pois conforme consta da primeira página do auto de infração, assim está grafado: “...Artigo 945, I, e.”. Portanto, constata-se perfeitamente, que se trata do artigo quatrocentos e noventa e cinco, inciso primeiro e alínea “e” do RICMS.



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

Na sequência, se verifica que nas fls. 14 a 17 dos autos, foram anexadas às planilhas referentes aos demonstrativos sintético e analítico e a forma de apuração das ocorrências, totalizando o montante devido, o que rechaça a afirmação de que o montante constante na autuação e sua respectiva base de cálculo seriam desconhecidos, em face da inexistência de uma simples planilha.

Por conseguinte, necessário se faz proceder a um cotejo das notas fiscais constantes nos autos, com escopo de aferir quais delas seriam referentes ao ativo imobilizado da empresa, quais seriam oriundas de retorno de locação e quais seriam objeto de circulação de mercadoria com incidência de imposto.

Assim, separando os referidos documentos fiscais, e reagrupando-os conforme as operações de circulação por eles acobertadas obtém-se os seguintes resultados:

Ativo Imobilizado		Retorno de locação		Operações com incidência	
Nº da NF	R\$	Nº da NF	R\$	Nº da NF	R\$
560	34.786,94	05	34.510,70	3286	160,70
1698	21.611,72	06	1.047,80		
1701	68.513,88	07	45.347,22		
1699	46.050,16				
1702	25.251,16				
1764	68.513,88				



1769	46.347,60				
1770	34.882,56				
1771	1.118,00				
1785	85.001,70				
1786	85.211,98				
1790	10.397,02				
1791	11.739,98				
1796	8.569,48				
1801	8.047,44				
1700	68.513,88				
1802	7.138,90				
1803	7.138,90				
1804	8.031,52				
1805	806,00				
1806	23.248,68				
1807	8.880,56				
1808	7.552,20				
1814	85.001,70				
1863	12.074,30				



1864	12.074,30				
1883	45.907,63				
2328	48.848,12				
2329	11.372,66				
2330	11.372,66				
2331	11.372,66				
2332	11.372,66				
2333	12.434,58				
2392	49.043,20				
2427	29.723,28				
2428	29.723,28				
2439	34.261,12				
2440	34.261,12				
2446	34.261,12				
3249	52.527,80				
3316	34.697,16				
3317	1.612,00				
5951	19.933,40				
5952	9.966,70				



6038	19.933,40			
6039	19.933,40			
6040	9.966,70			
13132	3.490,50			
13137	400,00			
13596	224,28			
2504	77.416,60			
Total	1.410.511,10		80.905,62	160,70

Feito o cotejo das notas fiscais acima, e sabendo-se que a empresa autuada possui em seu favor uma liminar judicial concedida nos autos do mandado de segurança de nº 2013.017574-7, que a resguarda, no momento, de qualquer ato administrativo de cobrança, tendente a exigir o ICMS sobre operações de transferência de ativo imobilizado, deve-se excluir, conforme o quadro acima, o valor de R\$ 1.410.511,10 (um milhão, quatrocentos e dez mil, quinhentos e onze reais dez centavos), relativo as notas fiscais de bens adquiridos para o ativo imobilizado da empresa.

Assim, além de declarar nulo o auto de infração relativamente ao crédito supracitado, determino a remessa dos autos à Repartição Preparadora, para que dê regular procedimento, viabilizando a inscrição do crédito tributário relativo ao imposto cobrado no valor de R\$ 705.255,55 (setecentos e cinco mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos) na dívida ativa do Estado, observando que o mesmo será lançado com a ressalva de suspensão de sua exigibilidade, conforme determina o art. 151, inciso IV, do CTN, resguardando assim, a Fazenda Estadual, quanto à possibilidade de ocorrência do fenômeno da decadência tributária.

Outrossim, no tocante ao ICMS exigido sobre o retorno de locação de bens móveis, reconheço que os bens submetidos à locação, configuram operações de



circulação não alcançadas pela incidência do imposto, posto que não deixam de integrar o ativo imobilizado do estabelecimento locador, compreendendo as operações de remessa para locação, assim como, as de retorno ao estabelecimento locador, em meras operações de circulação física, não alcançadas pela incidência do tributo.

Nesse diapasão, merece ser afastado o valor de R\$ 80.905,62 (oitenta mil, novecentos e cinco reais e sessenta e dois centavos), pelo que, julgo improcedente a presente ação fiscal, relativamente ao lançamento tributário motivado pela operação acobertada pelas notas fiscais de números 05, 06 e 07.

Por fim, necessário se faz reconhecer a procedência da presente ação fiscal, relativamente a nota fiscal de número 3286, que se constitui em operação reconhecidamente tributada pelo contribuinte, e conforme suas alegações de defesa, tiveram o imposto incidente, devidamente recolhido, não pelo TADF, citado na peça inicial do processo, mas através de documentos de recolhimento mensal.

Ocorre que, inobstantemente aos argumentos da defesa acima relatados, nada foi juntado aos autos, que corroborasse com a afirmação do pagamento, permanecendo inatcada a denúncia relativamente às omissões de recolhimento dessas operações, estando devidamente correto o lançamento tributário no valor de R\$ 80,35 (oitenta reais e trinta e cinco centavos), nos termos do Artigo 340, inciso I, do vigente RICMS, a título de multa e a quantia de idêntico valor correspondente ao imposto lançado de ofício, em observância ao estatuído nos Artigos 150, inciso III, combinado com os Artigos 130-A, e 945, inciso I, alínea "e" do mesmo diploma jurídico.

6 – 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\$80,35 (oitenta reais e trinta e cinco centavos), a título de multa e R\$ 80,35 (oitenta reais e trinta e cinco centavos), relativos ao imposto, perfazendo um montante de R\$ 160,70 (cento e sessenta reais e setenta centavos), sujeitos aos acréscimos legais nos termos do artigo 133 do RICMS. Declarando ainda, a nulidade do lançamento de ofício, quanto aos valores de R\$



705.255,55 (setecentos e cinco mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), acrescidos de multa de igual valor, correspondentes ao imposto exigido em função de operações de transferência do ativo imobilizado, e que se encontram sob discussão no judiciário, amparadas por medida liminar, nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN, observando-se as determinações constantes no item V desta decisão.

Por dever de ofício, 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, 30 de maio de 2014.


Luiz Teixeira Guimarães Júnior
Julgador