



DECISÃO nº.: 304/2014 - COJUP
PAT nº.: 92/2014 – 1ª URT (protocolo nº. 18.341/2014-1)
AUTUADA: **LAFARGE BRASIL S A**
ENDEREÇO: Rod. BR 101, s/n, Nossa Senhora da Apresentação – Natal/RN
AUTUANTE: José Virgílio da Silva, mat. 1.564-4.
DENÚNCIA: *Deixar de recolher, na forma e no prazo regulamentares, o ICMS antecipado anteriormente lançado.*

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.

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 92/2014 – 1ª URT, lavrado em 27/01/2014, a empresa, devidamente qualificada na inicial, foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS antecipado, conforme extrato fiscal anexo.

A autuação se deu em razão da suposta infringência ao art. 150, inciso III, c/c art. 130-A, 131, 945, I, do Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado do Rio Grande do Norte – RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, tendo como consequência a lavratura do Auto de Infração, supramencionado, com a proposta de aplicação da penalidade prevista no art. 340, inciso I, alínea "c", c/c art. 133 do mesmo diploma legal, resultando numa pena de multa no valor de R\$ 213.684,68 (duzentos e treze mil, seiscentos e oitenta e quatro reais, sessenta e oito centavos), e na exigência do ICMS no valor de R\$ 213.684,68 (duzentos e treze mil,



seiscentos e oitenta e quatro reais, sessenta e oito centavos), perfazendo um crédito tributário no valor total de R\$ 427.369,36 (quatrocentos e vinte e sete mil, trezentos e sessenta e nove reais, trinta e seis centavos).

1.2 - A Impugnação

A atuada iniciou sua impugnação informando que é atacadista de cimento o transfere de sua fábrica, estabelecida no Estado da Paraíba, para seu centro de distribuição neste Estado.

Afirma 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.

Esclarece 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%.

Informa 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”*.

Alega 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.

Afirma que recebe 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 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.

1.3 - A Contestação

O autuante fez um breve relato do trabalho executado e informou que lavrou o Auto de Infração em razão do contribuinte não ter apresentado o comprovante de recolhimento do débito existente no extrato fiscal.

Transcreveu a redação dos arts. 945, inciso I, alínea "f", 947, inciso II, §§2º, 3º e 4º, todos do RICMS e concluiu "*não consideramos as justificativas do contribuinte como prova de não cobrança do ICMS antecipado anteriormente lançado*".

Encerra requerendo a manutenção do feito.

2 - OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 57, que a defendente não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 – O MÉRITO

Pela análise dos elementos constantes no processo, constata-se que a empresa foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS antecipado das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais descritas no demonstrativo fiscal de fls. 40 a 51.

A autuada foi devidamente cientificada e impugnou o feito no prazo legal e apresentou argumentos precisos, lógicos e adequados de forma a defender-se da ocorrência descrita no Auto de Infração, demonstrando perfeito entendimento de todo o processo e da infração descrita nos autos, razão pela qual considero atendido o disposto no art. 110 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, aprovado pelo Decreto nº. 13.796, de 16 de fevereiro de 1998.

Antes de adentrarmos no mérito necessário se faz informar que rejeito o pedido de perícia formulado pela autuada em sua peça de defesa, vez que, por ocasião do exame do mérito restará demonstrado que ela não é relevante para o deslinde da questão.

No presente caso há evidente conflito de normas regulamentares que devem ser analisadas e interpretadas com a necessária cautela, vez que uma delas, aquela contida no 945, inciso I, alínea "a", do RICMS, ao ser aplicada anula as disposições regulamentares decorrentes do Protocolo ICMS 11/85, insertas nos arts. 861 e 890 do RICMS.

Conforme se observa nas notas fiscais constantes do demonstrativo fiscal 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. (NRdada 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)

De acordo com os dispositivos acima transcritos evidencia-se que nas operações descritas no demonstrativo fiscal o recolhimento do imposto devido por substituição tributária somente será recolhido quando da respectiva saída promovida pela atuada.

Conforme se observa nos documentos anexados pela atuada o imposto devido por substituição tributária incidente nas operações de saída está sendo corretamente apurado e recolhido.



As disposições regulamentares inseridas 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.

Assim, face a definição regulamentar sobre a forma e momento em que ICMS incidente sobre as operações realizadas na venda com a mercadoria cimento é devido, e considerando que o contribuinte recolheu o imposto corretamente conforme documentos anexados, resta improcedente a exigência realizada de outra forma, que pese o disposto no art. 945, inciso I, alínea "a", do RICMS.

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.

Entendo que, 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.

A eficácia da norma contida no art. 945, inciso I, alínea "a", do RICMS não é absoluta, depende dentre outros 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.

Dessa forma, por todo o exposto e fundamentado nas disposições regulamentares citadas, posicione-me pela improcedência do Auto de Infração em comento.

4 – A DECISÃO

Diante dos argumentos, acima esposados, **JULGO IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de fl. 01.

Recorro ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais na forma preconizada pelo art. 114 do Regulamento de Procedimentos e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, aprovado pelo Decreto nº. 13.796, de 16 de fevereiro de 1998.

Remeta-se o p.p. à 1ª URT, para que seja dada ciência à autuada e ao autuante.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 28 de outubro de 2014.

Isnard Dubeux Dantas
Julgador Fiscal – mat. 8637-1