



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 312/2012

AUTO DE INFRAÇÃO: 1513163000043-1

RECORRENTE: STN – SISTEMA DE TRANSMISSÃO NORDESTE S/A

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATOR: RAIMUNDO NETO DE CARVALHO

Sessão realizada em 06 de agosto de 2013

ACÓRDÃO Nº 123/2013

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ENTRADAS DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DE FEDERAÇÃO. AQUISIÇÃO PARA O ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO.

I. Recurso voluntário conhecido e não provido no sentido de confirmar a decisão recorrida para considerar o auto de infração procedente.

II. Decisão por unanimidade.

RELATÓRIO

I- DO RELATO PROCESSUAL:

01 – Diz o autuante que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido, correspondente à aplicação de percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo utilizada pelo fornecedor, em operação interestadual de aquisição de mercadorias para o ativo consumo do estabelecimento. Esse fato ficou constatado por meio da análise de documentos e registros em livros fiscais cujo demonstrativo e documentação correspondente seguem anexos;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



02 – A exação se encontra fundada nos seguintes dispositivos legais: art. 1º, § 1º, inciso IX; 2º, inciso XIII; 23, § 2º e 24, inciso XII, da Lei nº 4.257/89, todos com redação do art. 1º da Lei nº 4.892/96, combinados com os artigos 108, inciso II, alínea “a” e 1.588, § 4º, inciso XXII, do Decreto nº 13.500, de 23 de dezembro de 2008;

03 – A penalidade pecuniária reporta-se ao art. 78, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 4.257/89, com redação do art. 1º da Lei nº 4.892/96;

04 – Importa a exigência fiscal em R\$ 15.205,50 (quinze mil duzentos e cinco reais e cinquenta centavos), a título de ICMS pelo valor nominal de 2010, sujeito aos acréscimos legais.

II – DA IMPUGNAÇÃO:

05 – Contém a peça impugnatória, em síntese, as seguintes alegações:

QUANTO À QUESTÃO PRELIMINAR.

05.1 – O auto de infração é nulo de pleno direito, tendo em vista a impossibilidade de aferição como certeza de que se trata o auto de infração, pois está cheio de imprecisões e dubiedades a respeito da infração cometida;

05.2 – Não há como se ter certeza sobre a capitulação legal aplicada, repetindo, a autuante, artigos diversas vezes, além do que redigiu o texto com imprecisões e ambiguidades;

05.3 – Há vício formal, razão por que requer a nulidade do presente auto de infração.

QUANTO AO MÉRITO.

05.4 – No caso das notas fiscais de números 90, 100, 109, 112, 111, 110, 108, 107, 106, 105, 104, 103, 102 e 101, não há que se falar na incidência do imposto, uma vez que as transferências efetuadas não se enquadram no fato gerador do ICMS;

05.5 – De acordo com o art. 155 da CF, o contribuinte atribui aos Estados e ao DF a competência para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, sendo imprescindível que estejam presentes todos estes requisitos;

05.6 – As notas anteriormente citadas referem-se a transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da impugnante situados em diferentes unidades da federação – Ceará e Piauí – o que seria bastante para desconsiderar a incidência do ICMS, uma vez que as transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não se configuram como operações mercantis;

05.7 – As operações são logísticas com a finalidade estratégica, no caso, situar-se entre as linhas de transmissão que lhe foram concedidas;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



- 05.8 – Não há como conceber que a mera circulação física de uma mercadoria seja suficiente para caracterizar o fato gerador do imposto;
- 05.9 – Não há transmissão de domínio, titularidade, mas apenas da posse direta dos bens, mera circulação física de bens;
- 05.10 – Nem o fato de ter escriturado erroneamente, colocando outro número de CFOP, ensejaria a cobrança do diferencial;
- 05.11 – Especificamente quanto à NF nº 3875, da empresa EFACEC ENERGY LTDA, não gera direito à Fazenda estadual de exigir o diferencial de alíquota, pois os bens ali inseridos são da própria são da própria empresa que emitiu a nota, foram utilizados para a prestação de serviço de engenharia com posterior retorno ao seu imobilizado, razão pela qual não há incidência do imposto;
- 05.12 – O próprio art. 5º da Lei nº 4.257/89 trata da não incidência do imposto relativamente às mercadorias que se destinem à prestação de serviço pelo próprio autor da saída;
- 05.13 – O CFOP da operação – 6.554 – remessa de bens do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento, é esclarecedor da operação, no caso, remessa do Estado de Pernambuco para o Estado do Piauí de bens do ativo fixo – máquinas e equipamentos – da empresa prestadora de serviços, com posterior retorno ao seu ativo;
- 05.14 – As notas fiscais que serviram de base para a autuação não dão ensejo à cobrança do ICMS;
- 05.15 – A nota fiscal nº 26.129 também não pode embasar a cobrança do imposto, pois se refere à remessa, em garantia – CFOP 6.949, de óleo Siemens, para o estabelecimento de Piri-piri;
- 05.16 – No dia 20/10/10, a empresa Siemens enviou o mesmo óleo constante da nota nº 26.129 acobertado pela nº 24.839, mas quando do recebimento de tal mercadoria, constatou que não estava em condições de uso, e, por isso, enviou de volta à Siemens, sendo que essa remessa foi acobertada pela nota fiscal de saída nº 0099;
- 05.17 – Quanto à NF nº 8583, não é defensável a posição adotada pela fiscalização de exigir da impugnante o diferencial de alíquota de mercadorias que foram adquiridas numa relação de consumo, mas que nada tem a ver com o objeto social da empresa;
- 05.18 – A aquisição de material de escritório, por meio da NF nº 8583, nada tem a ver com suas operações habituais, neste caso, descaracterizada a condição de contribuinte;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



III – DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:

06 – Compendo a Decisão de nº 082/2012, manifestou-se a autoridade julgadora de primeira instância pela integral procedência do auto de infração, tomando como esteio os seguintes fundamentos:

06.1 – Reclama a atuada a nulidade do auto de infração, por vício formal, argumentando que a descrição fática contém imprecisões e expressa ambiguidade de sentido, bem como a capitulação legal insere artigos repetidamente;

06.2 – Concernente à possibilidade de declaração de nulidade de auto de infração, está demarcada pela Lei nº 3.216/73, que normatiza o processo administrativo neste Estado, elencando as hipóteses de nulidade dos atos:

“Art. 107 – São nulos:

I – os atos e termos lavrados por servidor incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente, ou com preterição do direito de defesa.”

06.3 – Pelos termos da defesa infere-se que o contribuinte assimilou perfeitamente a ideia central do auto de infração, ou seja, cobrança da diferença de alíquota relativamente às notas fiscais de entradas, que dizem respeito à ‘Remessa de bem do ativo imobilizado’ – CFOP 6554 – ou a entradas para uso ou consumo, conforme os anexos de fl. 4/20. A ausência dos termos ‘fixo ou para uso ou’ que completaria o sentido da expressão “...de aquisição de mercadorias para o ativo fixo ou para uso ou consumo do estabelecimento” não impede a compreensão da descrição fática. A ausência de fundamentação legal caracterizaria vício formal, mas sua repetição, não. Enfim, não se reconhece a ambiguidade arguida, nem o cerceamento de defesa;

06.4 – Verifica-se, ainda, que todos os pressupostos do art. 83 da referida lei estão presentes no ato administrativo em comento, bem como os requisitos exigidos pelo art. 237 do Dec. nº 1.697/73. Logo, não deve ser acolhida a pretensão de nulidade formulada pela impugnante;

06.5 – O processo em análise resulta de verificação de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual relativamente às notas fiscais de entradas, com esteio no Relatório SITRAN, anexadas nas fls. 4/20, conforme demonstrativo analítico do crédito tributário anexado na fl. 03;



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



06.6 – Em análise às notas fiscais acostadas pelo autuante verifica-se que dizem respeito a produtos destinados a uso ou consumo (fl. 5 e 7) ou ao ativo fixo (fl. 4; 6 e 8/20). No entanto, os documentos fiscais que acobertam as aquisições dos referidos produtos não foram registrados pela empresa, bem como não foram informados por meio das DIEF(s) dos meses de fevereiro, março, julho, outubro e novembro, todos de 2010, conforme evidenciam os documentos de fl. 4/20;

06.7 – Em sua defesa a impugnante assevera que, em relação às notas fiscais que originaram o crédito tributário, não há que se falar na incidência do imposto, pois as transferências efetuadas não se enquadram no fato gerador do ICMS;

06.8 – Consoante o artigo 1º, § 1º, IX da Lei nº 4.257/89, há incidência do imposto quando da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra Unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo permanente;

06.9 – Embora alegue a atuada que não ocorre o fato gerador por ser uma transação entre estabelecimentos da mesma empresa, apenas situados em estados diferentes, tal argumento não deve prevalecer, pois vai de encontro à disposição de lei deste estado, que contempla a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

06.10 – Enfatiza a impugnante que, especificamente quanto à NF nº 3875 emitida pela empresa EFACEC ENERGY LTDA, não gera direito à Fazenda estadual de exigir o diferencial de alíquota, pois os bens ali inseridos são da própria empresa que emitiu a nota e foram utilizados para a prestação de serviço de engenharia com posterior retorno ao seu imobilizado, razão pela qual não há incidência do imposto;

06.11 – No que diz respeito à natureza da operação da NF nº 3875, trata-se de Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do Estado – CFOP 6.554. As informações adicionais da nota informam ‘Suspensão do ICMS’. Contudo, não foi anexado qualquer documento fiscal comprovando o retorno da máquina ao estabelecimento de origem, o que presume a permanência do bem até a presente data na empresa fiscalizada. Além do que, tal hipótese não se insere dentre aquelas que se dão com suspensão do imposto, como: mercadorias remetidas à exposição ou feira, ou para conserto ou manutenção. Portanto, não prospera o argumento aduzido;

06.12 – Quando à nota fiscal nº 26.129, alega o contribuinte que não pode embasar a cobrança do imposto, pois se refere à remessa em garantia – CFOP 6.949, de óleo Siemens, para o



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



estabelecimento de Piri-piri. Ao se referir ao termo 'remessa em garantia', imagina-se que a autuada quis dizer que se tratava de remessa em substituição à anterior, imprestável. É de se supor não ter havido desembolso por parte do contribuinte, no entanto, havido nova remessa, contudo, tributável, sim. Vale informar, ainda, que as notas de nº 24.839 e 0099 foram apenas citadas, mas não anexadas;

06.13 – Em sua defesa a defendente invoca o artigo 5º da Lei nº 4.257/89, no intuito de justificar a não incidência do ICMS nas operações objeto do auto de infração. Contudo, o artigo em referência diz respeito àquelas prestações de serviços inseridas no âmbito do ISS;

06.14 – Convém enfatizar que todas as operações atinentes ao levantamento são marginais, visto que se trata de operações sem os respectivos registros no Livro Registro de Entradas, por meio da DIEF;

06.15 – A lei assegura a ocorrência do fato gerador com esteio no inciso XV do art. 2º da Lei nº 4.257/89, sendo incontestes a entrada dos bens para ativo fixo ou para uso ou consumo;

06.16 – Enfim, há que se reconhecer a pertinência do lançamento, pois a autuada adquiriu bens para o ativo permanente ou para uso ou consumo, mas não efetuou o registro dessas aquisições, deixando conseqüentemente de recolher o imposto relativo à diferença de alíquota, conforme exige a legislação, configurando-se, portanto, o descumprimento de obrigação principal.

IV – DO RECURSO VOLUNTÁRIO:

07 – No enfrentamento à decisão de Primeira Instância, o contribuinte formulou recurso voluntário cuja síntese vai transcrita na sequência:

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

07.1 – Padece o presente auto de infração de nulidade, tendo em vista a impossibilidade de aferição, com certeza, de que se trata o auto de infração;

07.2 – O Auto de infração guerreado não se encontra em conformidade com o art. 1.571 do Decreto 13.500, de 23 de dezembro de 2008. Isso porque o auto de infração encontra-se cheio de imprecisões e dubiedades a respeito da infração cometida. Não há como se ter certeza sobre a capitulação legal aplicada;

07.3 – Contém o auto de infração duplicidade de artigos e descrição do fato infracional de forma ambígua.

NO MÉRITO



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



07.4 – Apenas reprise das questões de fato e de direito que compuseram a peça de impugnação desprovida pela autoridade julgadora de primeira instância.

V – DA PROCURADORIA TRIBUTÁRIA:

08 – Opina a Procuradoria Tributária, no Parecer de nº 99/2013, pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário nº 312/2012, para manter a decisão recorrida nº 082/2012, que julgou procedente o auto de infração nº 1513163000043-1;

VOTO DO RELATOR

09 – Pesa sobre o contribuinte a acusação de ter recebido mercadorias de outras Unidades da Federação sem que tenha efetuado o registro das entradas em livros próprios, omitindo-se também quanto ao recolhimento do imposto correspondente;

10 – A defesa foi exercida com profundidade e com riqueza de detalhes, fato que afasta, definitivamente, a procedência da preliminar de nulidade, ante a ausência de cerceamento do direito de defesa;

11 – Conforme relata o julgador monocrático, o auditor autuante se limitou a aplicar a legislação tributária do Piauí, de forma que, não tendo havido desvio procedimental, o contribuinte enfrenta a própria lei, em tese;

12 – Em se tratando de matéria de direito, provavelmente relacionada com um possível caso de inconstitucionalidade da norma estadual, ressepte-se este Contencioso Administrativo de competência funcional para solução do impasse;

13 – Considerando suficientemente claras e consistentes as razões apresentadas pelo julgador monocrático para declarar a procedência do auto de infração em comento, VOTO PELA RATIFICAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, negando provimento ao Recurso Voluntário nº 312/2012, mantendo irretocável a decisão recorrida de nº 082/2012, relativamente ao auto de infração de nº 1513163000043-1, por ser esta a melhor interpretação do contexto processual examinado.

14 – Por fim, declaro definitiva a decisão desta Câmara nos termos do art. 56 do Regulamento deste Conselho de Contribuintes, aprovado pelo Decreto nº 2.745-A, de 17/10/1977.



SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA RECURSAL



DECISÃO

15 - A Primeira Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes, em sessão realizada no dia 06 de agosto de 2013, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento no sentido de confirmar a decisão recorrida de Primeira Instância para considerar o auto de infração procedente. Participaram do julgamento os Conselheiros Raimundo Neto de Carvalho, Savina Amália Marinho Magalhães, representantes do Fisco, Carlos Augusto de Assunção Rodrigues, Olívio Joaquim Fonseca Filho, representantes dos contribuintes, e Celso Barros Coelho Neto, representante da Procuradoria Tributária.

16 - Sala das Sessões do Conselho de Contribuintes do Estado, em Teresina, 06 de agosto de 2013.

Raimundo Neto de Carvalho-Presidente-Relator

Savina Amália Marinho Magalhães-Conselheira

Carlos Augusto de Assunção Rodrigues- Conselheiro

Olívio Joaquim Fonseca Filho - Conselheiro

Celso Barros Coelho Neto – Procurador do Estado