



Governo do Estado de Roraima
"Amazônia: patrimônio dos brasileiros"

Decisão nº 0042/2019

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Decisão N.º 042/2019**

PROCESSO Nº: 018667/2017

AI Nº: 018667/2017

AUTUADO: AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES

CGF: 24.023109-3

ENDEREÇO: Rua Parque Industrial, 2701, Distrito Industrial Gov. Aquilino Mota Duarte, Boa Vista/RR, CEP: 69.315-218.

FISCAL AUTUANTE: Léa Cristina Linhares Vasconcelos.

EMENTA: ICMS – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – RECEBIMENTO DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS POR NF-E INIDÔNEA – MERCADORIA ENTREGUE A DESTINATÁRIO DIVERSO DO CONSTANTE NO DOCUMENTO FISCAL E NATUREZA DA OPERAÇÃO INCOMPATÍVEL A OCORRIDA DE FATO – CARACTERIZADA COMO TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE MATRIZ E FILIAL LOCALIZADAS EM ESTADOS DIFERENTES - INCIDÊNCIA DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – SÚMULA 166 STJ NÃO VINCULANTE - IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA – AÇÃO FISCAL DECLARADA NULA – AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

RELATÓRIO

Refere-se a lançamento oficial sobre a exigência no importe de **R\$ 638.635,37 (seiscentos e trinta e oito mil, seiscentos e trinta e cinco reais)**, a multa, cobrados por meio do **Auto de Infração N.º 018667/2017, lavrado em 30/11/2017 às 11h:26min:10seg**, contra o sujeito passivo em epígrafe, em virtude do recebimento de mercadorias isentas ou não tributada por NF-es inidôneas.

Foram indicados como dispositivos infringidos os artigos 110, inciso IX e XII, combinado com artigo 147 do RICMS/RR, aprovado pelo Decreto N.º 4.335-E/2001. A penalidade aplicada foi a determinada pelo artigo 69, inciso III, alínea “a” da Lei N.º 059/93, com redação dada pela Lei N.º 244/99, multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor das operações ou prestações respectivas.

Anexos aos autos, documentos relativos à comprovação da infração tais como: Termo Início de Fiscalização (fl.07), Quadro Demonstrativo de Cálculo e de Atualização Monetária de Valores a Recolher (fl. 09), Consulta Nota Fiscal eletrônica – NF-e – Emissão de Terceiros (fl. 010), Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 012-014), Ordem de Serviço nº 001277/2016 (fl.16), Solicitação de prorrogação de O.S. 1277/2016 (fl. 017), Relatório da O.S. nº 1277/2016 (fls. 018-019), Intimação Boa Vista Energia S.A. com documentos anexos

SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA – SEFAZ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
Av. Nossa Senhora da Consolata, 472 | Centro.
Boa Vista | Roraima | Brasil | CEP 69301-011 | (95) 2121- 7654
www.sefaz.rr.gov.br



(fl. 021-055), Resposta a Intimação - Boa Vista Energia (fl. 057 - 58), Intimação AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA. (fls. 60-104); Pedido de prorrogação de prazo para apresentação de documentos (fls. 106 e 107), resposta AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES Ltda. e anexos recebido em 06/09/2016 (fls. 109-260), Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 261).

Inconformado com a exigência fiscal, o autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 266-493) alegando em síntese:

- Os bens constantes do Auto de Infração foram enviados à Boa Vista Energia S. A. para o cumprimento de contrato complexo, na qual previa a locação de geradores para o fornecimento de energia elétrica pela contratante (Boa Vista Energia S.A);
- O presente Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade, por não trazer qualquer elemento de prova material, baseando-se apenas na informação equivocadamente prestada pela empresa Boa Vista Energia S.A.;
- Os bens saíram de outras filiais da impugnante com destino à Boa Vista Energia S.A., devidamente comprovados por notas fiscais de emissão de mercadorias, e retornaram à base da impugnante, comprovado através de notas fiscais de devolução de mercadorias emitidas por Boa Vista Energia S.A., o que contradiz a informação prestada por esta, de que jamais recebeu, adquiriu ou esteve em posse de tais bens;
- Não deve subsistir a multa constituída pela autuação em questão, pois as notas fiscais emitidas pela impugnante não são inidôneas, pois não possuem destinação diversa do local coreto de entrega.

Do pedido:

- a) Seja acatada a preliminar aduzida para o fim de declarar a nulidade da autuação, diante da ausência de elementos de prova materiais para dar subsistência ao Auto de Infração, sendo que fundou apenas em meras informações prestadas pela concessionária Boa Vista Energia S.A., sem base documental;
- b) Caso não seja entendido pela nulidade, requer seja julgado totalmente improcedente a presente autuação, com o consequente cancelamento da multa por ela constituída, em razão de sua insubsistência, consoante restou demonstrado as razões acima expostas e documentos juntados.

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO



Conforme relatório acima, a acusação oficial é recebimento de mercadorias acobertadas por notas fiscais eletrônicas inidôneas devido ao fato do destinatário ser diverso do documento fiscal e a natureza da operação ser incompatível com os fatos, sendo as mercadorias isentas ou não tributadas, com base nos artigos 110, inciso IX e XII, combinado com os artigos 147, 186-A e 186-I, conforme texto legal transcrito a seguir:

Art. 110. São obrigações dos contribuintes:

I - (...)

IX – entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente, o documento fiscal correspondente à operação ou prestação realizada;

(...)

XII – cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação.

(...)

Art. 147. Considerar-se-á inidôneo o documento que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia ou que for comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação ou, ainda, quando:

I-(...)

III – contenha declarações inexatas ou que não guardem compatibilidade com a operação ou prestação efetivamente realizada;

(...)

Art. 186-A. A Nota Fiscal Eletrônica - NF-e poderá ser utilizada em substituição a Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, pelos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI ou Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

§ 1º Considera-se NF-e o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e por autorização de uso pela SEFAZ, antes da ocorrência do fato gerador.

[...]

Art. 186-I. Fica instituído o Documento Auxiliar da NF-e - **DANFE**, conforme leiaute estabelecido em Ato COTEPE, para uso no trânsito das mercadorias ou para facilitar a consulta da NF-e, prevista no art. 186-O.

A apuração da irregularidade foi constatada em cumprimento à Ordem de Serviço n.º 001832/2017 (fl. 545), que determinava efetuar roteiro de fiscalização, relativo às NF-e do período de 01/01/2013 a 07/06/2016, pertencentes aos remetentes da empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES CNPJ: 02.838.886/0006-68, 02.838.886/0001-53 E 02.838.886/0005-87, tendo como destinatária a empresa BOA VISTA ENERGIA S.A., CGF: 24.007.022-3, CNPJ: 02.341.470/0001-44. Na ação fiscal foram realizados os seguintes procedimentos e levantamentos, conforme Termo de Encerramento de Fiscalização O.S. nº 1832/2017 (fls. 012-014):

- Foi identificado que a situação de diversos bens imobilizados encaminhados no período de 2013 e 2014 para a empresa Boa Vista Energia S.A., sendo que o destinatário afirma não ter recebido e não ter a posse dos referidos bens. Informa ainda que de fato, foram recebidos pela filial da AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, CGF: 24.023109-3, CNPJ:



02.283.886/0015-19, situada na Rua Parque Industrial, nº 2701 – Distrito Industrial, Gov. Aqui. Mota, Boa Vista/RR;

- A AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA afirma que o contrato firmado com a empresa Boa Vista Energia S.A., trata-se de locação dos bens objeto desta ação fiscal, portanto, não cometeu infração alguma a legislação tributária, ao destinar os bens para Boa Vista Energia S.A.;
- A empresa BOA VISTA ENERGIA S.A. foi intimada em 01/07/2016 (fl. 021), no sentido de esclarecer o recebimento de diversas mercadorias descritas nas NF-es (fls. 022-055), tendo a referida empresa como destinatária, remetidas por filiais da AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, no montante de R\$ 12.772.707,34 (doze milhões, setecentos e setenta e dois mil, setecentos e sete reais e trinta e quatro centavos), referente ao período 01/01/2013 a 07/06/2016, tratando-se bens do ativo imobilizado/uso/consumo, principalmente Grupos Geradores;
- Em resposta a intimação (fl. 067), a empresa Boa Vista Energia afirmou não ter recebido as mercadorias e que não adquiriu, não tem posse e nem há nenhum de seus funcionários manuseando os bens relacionados na intimação em epígrafe;
- A Boa Vista Energia afirma ainda, que as mercadorias constantes nas NF-es em epígrafe foram recebidas pela empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, CGF: 24.023109-3, CPNJ: 02.283.886/0015-59 (filial RR);
- Diante dos fatos, a empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, filial de Roraima, foi intimada pela fiscalização (fl. 060) em 27/07/2016, a apresentar o comprovante de pagamento de multa (5%), conforme art. 69, inciso III, alínea "a", combinado com o parágrafo 2º, inciso II da Lei 059/1993, no montante de R\$ 638.635,37, em virtude de ter recebido mercadorias com NF-es inidôneas no montante de R\$ 12.772.707,34, cujas NF-es estavam destinadas a empresa Boa Vista Energia S.A., no período de 2013 e 2014, com natureza da operação incompatível com os fatos. Com aplicação da Súmula 166 do STJ e de acordo com julgado do STF AG. REG. no Agravo de Instrumento 810.921, Rio de Janeiro, não foi cobrado o diferencial de alíquota;
- Em 06/09/2016, a empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, responde a intimação (fls. 109-116), após o pedido de prorrogação devidamente deferido, alegando que tem atividade no ramo de locação e manutenção de equipamentos e que adquiriu, através de incorporação, a Companhia Brasileira de Locação em 2013, assumindo todas



as obrigações e direitos, **inclusive o contrato de locação de energia**. Alega ainda a não incidência do ICMS sobre a operação.

- Sendo assim, tendo em vista a divergência entre o Fisco e o contribuinte AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA foi necessário a autuação.

Assim, como resultado da fiscalização, foi lavrado o Auto de Infração nº 018667/2017 (fl.03), sob a acusação de recebimento de mercadorias acobertadas por Notas Fiscais Eletrônicas Inidôneas, devido ao fato do destinatário ser diverso do documento fiscal e a natureza da operação ser incompatível com os fatos.

Cabendo, por conseguinte a aplicação da penalidade determinada pelo artigo 69, inciso III, alínea "a", combinado com o § 2º, Inciso II da Lei nº 059/93, multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor das operações ou prestações respectivas, conforme texto transcrito a seguir:

Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

(...)

III - infrações relativas à documentação fiscal:

a) entregar, transportar, receber, estocar, depositar ou promover a saída de mercadoria sem documento fiscal, ou com documento fiscal inidôneo; multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação, sem prejuízo da cobrança do imposto;

(...)

Pois bem, a Fiscalização deixou de cobrar o Diferencial de Alíquota baseado na Súmula nº 166 do STJ. Para melhor análise da matéria, abordaremos dispositivos legais que estabelecem normas sobre a matéria.

A obrigação de recolher o imposto devido a título de diferencial de alíquota decorre do disposto na Carta Magna, art.155, §2º, incisos VII e VIII, alíneas "a" e "b", cuja matéria está regulamentada pelo artigo 75, §1º, inciso I, do Decreto nº 4.335-E/2001 do Regulamento do ICMS no Estado de Roraima, conforme texto legal transcrito a seguir:

Constituição Federal:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - (...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;



VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) **ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (grifo meu)**
- b) **ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;"**

Regulamento do ICMS do Estado de Roraima:

"Art.75 Os contribuintes do ICMS, localizados neste Estado, que adquirirem mercadorias do imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, pelas operações que venham realizar no território deste Estado.

§1º A antecipação prevista no "caput" também se aplica:

I – às operações com bens para uso ou consumo do próprio estabelecimento ou para integração ao ativo imobilizado;"

No mesmo sentido está a segunda parte do inciso I, do art. 12, da Lei Kandir, ao informar que "*considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*".

No Estado de Roraima, a hipótese de incidência está disciplinada no inciso I do Art. 2º da Lei Estadual n.º 059/93, in verbis:

"Art. 2º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

A Súmula nº 166 do STJ tem como referência o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. No qual esse decreto afirma que, **quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado**, incide o fato gerador do ICMS, conforme artigo 1º, inciso I, §2º, Decreto nº 406/1968, in verbis:

"Art 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I - a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

(...)

§ 2º Quando a mercadoria fôr remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado a saída considera-se ocorrida no lugar do estabelecimento remetente: "

Cabe salientar que a referida Súmula é de natureza simples, não sendo vinculante, ou seja, não pode se sobrepor às Leis, assim como não pode constituir obrigatoriedade.



Pois bem, a operação em tela trata-se de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado entre matriz/filial e filiais para disponibilizar potência e geração de energia elétrica (conforme relatório fiscal) e não se enquadra em nenhuma hipótese de não incidência disposta no RICMS/RR, Decreto nº 4.335-E/2001. Nesse sentido, esta caracterizada a incidência do ICMS Diferencial de Alíquota, disposto no inciso I, § 1º do artigo 75 do ICMS.

Conforme o exposto, caracterizada a infração, mas cabe também a cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota.

Diante do exposto, não resta dúvida, que as Notas Fiscais em questão são inidôneas, devido ao fato do destinatário ser diverso do documento fiscal e a natureza da operação ser incompatível com os fatos. A operação em tela trata-se de transferência de bens do ativo imobilizado entre matriz e filial para disponibilizar potência e geração de energia elétrica, caracterizando a incidência do ICMS Diferencial de Alíquota, disposto no inciso I, § 1º do artigo 75 do RICMS, Decreto 4.335-E/2001. Na ação fiscal foi cobrada equivocadamente somente a multa isolada.

Assim, de acordo com o artigo 54 do Decreto nº 856/94, *in verbis*:

Art. 54 - São absolutamente nulos:

(...)

III- quaisquer atos quando praticados em desobediência a dispositivos expressos em lei”

Prejudicada a ação fiscal, pois não houve a cobrança do ICMS Diferencial de Alíquota, ou seja, não foi obedecido o dispositivo expresso em lei, padecendo de vícios que ensejam a nulidade do Auto de infração em epígrafe.

CONCLUSÃO

Portanto, pode-se afirmar que houve a constituição irregular do crédito tributário, devido erro na capitulação do dispositivo infringido e da penalidade.

Diante do exposto, recebo a impugnação e de acordo com inciso III do artigo 54 Decreto N.º 856/94, **ex officio, declaro a nulidade do Auto de Infração em tela por vício formal, sem julgamento do mérito.**

DECISÃO

Com base nas considerações expostas nas fundamentações de fato e de direito, **julgo NULO o Auto de Infração N.º 018667/2017**, por vício insanável pela capitulação equivocada da infração. Decidindo pela exclusão da cobrança lançada por meio do referido auto de



Governo do Estado de Roraima
"Amazônia: patrimônio dos brasileiros"

Decisão nº 0042/2019

infração. Fica ressalvado o direito do Fisco a uma nova ação fiscal, desde que elaborada sem os vícios de que padece a presente.

RECURSO DE OFÍCIO

Em atenção ao disposto nos artigos 54, § 1.º e 63 da Lei N.º 072 de 30 de Junho de 1994, e nos termos do artigo 89, inciso I e § 1.º, do § 6.º do artigo 87, ambos do Decreto N.º 856, de 10 de Novembro de 1994, interponho recurso de ofício ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais.

NOTIFICAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado nos termos do artigo 54, § 1º da Lei N.º 072, de 30 de Junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 3.º, e na forma do artigo 87, § 5.º ambos do Decreto N.º 856, de 10 de Novembro de 1994, entregando-lhes cópia da presente decisão para conhecimento.

Boa Vista (RR), 28 de junho de 2019.

Geize de Lima Diógenes
Julgador de Primeira Instância
Mat. 050001667