



DECISÃO n.º: 175/2014 – COJUP  
PAT n.º: 276/2014 – 6.º URT (protocolo n.º. 52289/2014-1)  
AUTUADA: EMPERCOM EMPRESA DE MONTAGEM E SERVIÇOS  
GERAIS LTDA.  
ENDEREÇO: AV. INDUSTRIAL DEHUEI. VIEIRA DINIZ, 2886, ABOLIÇÃO –  
MOSSORÓ/RN – CEP: 59613-690  
AUTUANTES: Fábio Cavalcante Rocha – Mat. 158.621-1  
Francisco Ermano Lima Barbosa – Mat. 153.713-0

DENÚNCIAS:

I – A atuada deixou de recolher, na forma e prazo regulamentares, o ICMS antecipado lançado segundo estabelece o artigo 945, inciso I, alíneas “a”, “c” e “i” do RICMS, conforme demonstrativo em anexo.

**EMENTA: ICMS – Falta de recolhimento do diferencial de alíquota de imposto sobre aquisições interestaduais.**

Garantia do contraditório e da ampla defesa - Comprovação da condição de contribuinte nos autos, lastreada dentre outros elementos, pelos dados cadastrais e por amostragem de venda de mercadorias a terceiros – Utilização pelo contribuinte da condição de contribuinte do imposto, no momento das aquisições interestaduais - Ausência de provas do recolhimento do imposto denunciado.

**AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE**

**1 - O RELATÓRIO**

1.1 - A Denúncia

1. De acordo com o Processo Administrativo Tributário n.º. 00276/2014 – 6.º URT, lavrado em 07 de março de 2014, a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denúncia fiscal de **Falta de recolhimento, na forma e prazo regulamentares, do ICMS antecipado lançado segundo estabelece o artigo 945, inciso I, alíneas “a”, “c” e “i” do RICMS**, conforme demonstrativo em anexo, infringindo o disposto no Art. 150, III c/c Art. 130-A, Art. 131 e Art. 945, I, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 13.640/97.

A **ocorrência** teve a proposição de penalidade com base no Art. 340, Inciso I, alínea “c”, c/c Art. 133, todos do RICMS.

Ao total, está sendo exigido da atuada R\$ 548.752,67 (quinhentos e quarenta e oito mil setecentos e cinquenta e dois reais e sessenta e sete centavos) de ICMS

Pedro de Medeiros Dantas Júnior  
Julgador Fiscal



e multa de mesmo valor, totalizando R\$ 1.097.505,34 (Um milhão noventa e sete mil quinhentos e cinco reais e trinta e quatro centavos).

1. Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: **Cópia da Ordem de Serviço** 20893 de 04 de dezembro de 2013 (fl. 03), **Termo de Intimação Fiscal** com ciência do contribuinte via DTE(Domicílio Tributário Eletrônico) em 20.12.2013 (fl. 04), **Extrato Fiscal do contribuinte** (fls. 06 a 35), **Consulta a cadastro** (fl. 36), **Demonstrativo das Ocorrências** (fls. 38 a 59), **Relatório Circunstanciado de Fiscalização** (fls. 60 e 61), **Termo de Ocorrência** (fl. 62), **Informação sobre Anexo em Mídia (CD)** (fl. 63), **CD contendo arquivos de Notas Fiscais Eletrônicas (XML)** (fl. 64), **Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais** (fl. 67).

## 1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A atuada apresenta em data de 09 de abril de 2014, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 87/94), onde em síntese vem alegando:

1. Que não estando os serviços prestados pela requerente sujeitos ao ICMS, mas ao ISSQN, as mercadorias por ela adquiridas para insumo, em outras Unidades da Federação, estão sujeitas à alíquota interna de tal Estado, não havendo que se falar em pagamento de diferencial de alíquotas;
2. Leva à impugnação, fundamentos jurídicos no artigo 155, II, § 2º, VII, “a” e “b”, VIII, demonstradas em anexo nas fls. 89 e 90;
3. Que não há controvérsia, na espécie, sobre o fato de que a requerente utilizou as mercadorias na execução dos serviços contratados com a Estatal Petrolífera no Estado do Rio Grande do Norte, tratando-se de aquisição de insumo;
4. Que o Estado de destino não tem direito ao recolhimento de qualquer quantia a título de ICMS, ainda que, na saída do bem do Estado de origem, o contribuinte tenha sido beneficiado por alíquota reduzida;
5. Que o tema recebe tratamento uniforme no Superior Tribunal de Justiça, a partir dos Embargos de Divergência 149946/MS, julgados pela 1ª Seção em



e multa de mesmo valor, totalizando R\$ 1.097.505,34 (Um milhão noventa e sete mil quinhentos e cinco reais e trinta e quatro centavos).

1. Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: **Cópia da Ordem de Serviço** 20893 de 04 de dezembro de 2013 (fl. 03), **Termo de Intimação Fiscal** com ciência do contribuinte via DTE(Domicílio Tributário Eletrônico) em 20.12.2013 (fl. 04), **Extrato Fiscal do contribuinte** (fls. 06 a 35), **Consulta a cadastro** (fl. 36), **Demonstrativo das Ocorrências** (fls. 38 a 59), **Relatório Circunstanciado de Fiscalização** (fls. 60 e 61), **Termo de Ocorrência** (fl. 62), **Informação sobre Anexo em Mídia (CD)** (fl. 63), **CD contendo arquivos de Notas Fiscais Eletrônicas (XML)** (fl. 64), **Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais** (fl. 67).

## 1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresenta em data de 09 de abril de 2014, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 87/94), onde em síntese vem alegando:

1. Que não estando os serviços prestados pela requerente sujeitos ao ICMS, mas ao ISSQN, as mercadorias por ela adquiridas para insumo, em outras Unidades da Federação, estão sujeitas à alíquota interna de tal Estado, não havendo que se falar em pagamento de diferencial de alíquotas;
2. Leva à impugnação, fundamentos jurídicos no artigo 155, II, § 2º, VII, “a” e “b”, VIII, demonstradas em anexo nas fls. 89 e 90;
3. Que não há controvérsia, na espécie, sobre o fato de que a requerente utilizou as mercadorias na execução dos serviços contratados com a Estatal Petrolífera no Estado do Rio Grande do Norte, tratando-se de aquisição de insumo;
4. Que o Estado de destino não tem direito ao recolhimento de qualquer quantia a título de ICMS, ainda que, na saída do bem do Estado de origem, o contribuinte tenha sido beneficiado por alíquota reduzida;
5. Que o tema recebe tratamento uniforme no Superior Tribunal de Justiça, a partir dos Embargos de Divergência 149946/MS, julgados pela 1ª Seção em



5. Que de acordo com as informações em seu cadastro de contribuinte, é fato que o servidor público tem sua atividade plenamente vinculada e no cargo de auditor fiscal, o autuante tem como referência normativa o disposto no RICMS/RN;

6. Que na alegação do contribuinte que "atua com exclusividade prestando serviços à Petrobras S.A., consistentes nas locações e operações de Sondas de Perfurações e Complementações Terrestres, utilizadas nas perfurações de poços profundos de petróleo, complementações de poços e outros serviços correlatos...", é de se alertar que seria de sua responsabilidade prestar esta informação em seu cadastro quanto à exclusão das atividades geradoras do imposto estadual;

7. Que já que em sua peça impugnatória afirmou que não exerce atividade sujeita ao ICMS, caberia à autuada solicitar quaisquer alterações cadastrais, inclusive, em sendo contribuinte do ISSQN, requerer seu pedido de baixa de sua inscrição estadual;

8. Que em sua peça, a recorrente anexou diversas notas fiscais sujeitas à tributação de ISSQN, e informa que diversos insumos foram adquiridos em outras unidades da federação, declarando de forma reiterada que tais mercadorias foram utilizadas em serviços prestados à Estatal Petrolífera no Estado do RN;

9. Que tais insumos estão devidamente descritos nas notas fiscais faturas em anexo e que por estarem ligados aos serviços prestados, não se submetem à cobrança do diferencial de alíquota;

10. Que o questionamento dar-se-á em virtude da autuada atestar que os produtos adquiridos em sua inscrição estadual de contribuinte de ICMS foram utilizados na prestação de serviços sujeitos ao imposto municipal;

11. Ocorre que nos documentos fiscais anexados pela autuada, onde estão descritos os serviços ora prestados, não encontraram alusão aos insumos adquiridos nas operações interestaduais, relacionados no DANFE(s) que originaram os débitos de ICMS antecipados;

12. Com isso, entendem que a autuação foi procedida dentro da mais absoluta legalidade, com base nas informações constantes no extrato fiscal do contribuinte (fls. 06 a 59), tendo em vista a seguinte pendência: falta de recolhimento do ICMS antecipado lançado, referente ao período de 01/01/2012 a 05/11/2013;



13. Que a atuada afirma também que as mercadorias por ela adquiridas nas operações interestaduais estão sujeitas à alíquota interna do Estado de origem;

14. Ocorre que da análise do DANFE(s) acostados, verificou-se que a recorrente se beneficia da condição de contribuinte do ICMS, com a inscrição de nº 20.139.219-4 para adquirir mercadorias com alíquota interestadual, no entanto, alega no presente litígio administrativo não ser contribuinte do imposto estadual para elidir a cobrança do diferencial de alíquota;

15. Que mesmo após a presente contestação e conforme consulta ao seu extrato fiscal atualizado, permanece a atuada adquirindo mercadorias advindas de outro Estado da Federação com alíquota interestadual, prevalecendo-se da informação existente no cadastro de contribuinte no Estado do RN, recaíndo assim, em contradição permanente quando se declara “exclusivamente” prestadora de serviços sujeita ao ISSQN, no entanto, mantém sua inscrição estadual para adquirir “insumos” com alíquota reduzida, violando o princípio constitucional da divisão do ICMS entre os entes federativos, conforme preceitua o art. 155 da CF/88, citado inclusive pela própria contribuinte;

16. Que na alegação da atuada do caráter confiscatório da multa de 100% do valor do imposto devido, conforme previsão expressa no Art. 340, I, “c” do RICMS, tal afirmativa não deve prosperar porquanto multa não é tributo, e com este não se confunde;

17. Que todas as decisões acostadas tratam da tributação relativa às empresas de construção civil, sendo decisões sem súmula vinculante e aplicáveis aos casos concretos, ou seja, apenas com efeitos *inter partes*;

18. O fato é que a atuada mantém em seu cadastro de contribuintes do RN, a atividade principal de “**Extração de petróleo e gás natural**”, cuja **atividade é geradora de ICMS**, o que impossibilita o seu enquadramento como empresa “exclusivamente” prestadora de serviços e, por conseguinte, contribuinte do ISSQN;

19. Que em consulta ao recolhimento da atuada através do sistema da extranet2, no período ora fiscalizado, qual seja de 01/2012 a 11/2013, constatamos diversos pagamentos de ICMS antecipado, totalizando R\$ 890.720,85 (oitocentos e noventa mil setecentos e vinte reais e oitenta e cinco centavos), referente, em sua maior parte, ao diferencial de alíquota nas aquisições de “insumos” em operações interestaduais;



20. Que tal fato anula a sua declaração de que “atua com exclusividade prestando serviços à Petrobras S.A.” e de que “é contribuinte do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN;

21. Diante do exposto, mantém a autuação nos termos e valores propostos, submetendo o presente processo ao órgão julgador de 1ª instância na expectativa pela procedência total do Auto de Infração.

## 2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 67, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

### **DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo conhecimento da defesa carreada aos autos eis que atende aos requisitos mínimos de admissibilidade. Ademais, impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, e em prestígio ao direito de recurso, dela conheço, especialmente por ser tempestiva.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial com a consequente prolação da decisão de mérito.

### **DO EXAME PRELIMINAR**

Em sede preambular, antecedendo-se ao mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte exercer o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição das denúncias refletem com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, sendo a específica para as hipóteses que se apresentam.

Demais disso, o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial, conforme se depreende dos próprios autos.

---

Pedro de Medeiros Dantas Júnior  
Julgador Fiscal



### 3 – O MÉRITO

Cuidam os presentes autos de auto de infração de uma denúncia fiscal de falta de recolhimento do Diferencial de Alíquota sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para uso ou consumo por estabelecimento de construção civil.

Destaque-se **“ab initio”** que o contribuinte tomou ciência da autuação, recebendo a segunda via dos autos, com todo o conjunto de demonstrativos da autuação o que propiciou condições para oferta de impugnação fiscal.

Toda a discursão da questão recai sobre um único e crucial quesito: “ A defendente é contribuinte ou não, deste diferencial de alíquota de ICMS?

A defesa concentrou grandes esforços em tentar provar que era um simples contribuinte do ISSQN, juntando grande quantidade de documentos relativos às suas relações comerciais com a estatal **PETROBRAS** ( Doc. De fls. 100 a 979) envolvendo contratos, autorizações e Notas Fiscais Eletrônicas de Serviços.

De outra face temos o fato da empresa ter Inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado do Rio Grande do Norte, mesmo insistindo em afirmar que não é contribuinte do ICMS, **paradoxalmente** no momento que vai as compras interestaduais de posse dessa inscrição, se coloca na posição de contribuinte para realizar suas operações com alíquota interestadual, agredindo ferrenhamente ao Princípio da Boa fé.

Na realidade o contribuinte tenta de todas as formas reduzir seus custos de aquisição, à medida **não adquire** tais produtos na condição de consumidor final com alíquota integral do imposto, e se nega a pagar a diferença do imposto ao estado do Rio Grande do Norte.

O próprio contribuinte mesmo hesitando em pagar o imposto ora discutido, o fez em diversas oportunidades como mostram os relatórios de fls. 994/997, reconhecendo sua condição de contribuinte d imposto.

Transcrevamos as informações cadastrais prestadas abaixo pelo contribuinte:

“(\*\* Gerador de ICMS\*\*) 0910-6/00 – Atividades de apoio a extração de petróleo e gás natural”, “(\*\* Gerador de ICMS \*\*) 2539-0/01 – SERVIÇOS DE USINAGEM, TORNEARIA E SOLDA”, “(\*\* Gerador de ICMS \*\*) 2851-8/00 – Fabricação de máquinas e equipamentos para a prospecção e extração de petróleo, peças e acessórios” e “(\*\* Gerador de ICMS \*\*) 3314-7/14 – Manutenção e Reparação de Máquinas e Equipamentos para a Prospecção e Extração de Petróleo”.



Como destacou o agente responsável pela autuação, “**querendo**” poderia o contribuinte ter mudado suas informações cadastrais perante o fisco do Rio Grande do Norte, como determina o inciso II do Art. 150 do RICMS, senão vejamos:

**Art. 150. São obrigações do contribuinte:**

- I- inscrever-se na repartição fiscal antes de iniciar suas atividades, na forma estabelecida neste Regulamento;
- II- comunicar à repartição fiscal quaisquer alterações contratuais e estatutárias, bem como as mudanças de domicílio fiscal, venda ou transferência de estabelecimento, encerramento ou paralisação temporária e reinício de atividades, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após a ocorrência do fato, observado o disposto neste Regulamento;
- III- pagar o imposto devido na forma e prazo previstos na legislação;

Não fez a devida correção em seus dados cadastrais, certamente para usufruir da condição de contribuinte e adquirir mercadorias com alíquota interestadual.

Não bastar-se essas informações cadastrais prestadas pelo próprio contribuinte, refletir uma realidade de “ **Gerador de ICMS** ”, juntamos também aos autos uma **amostragem** das notas fiscais eletrônicas ( NFe) emitidas pela autuada, mais especificamente as Notas Fiscais de nºs 03 e 012( fls. 1008 e 1009) , datadas de 10.08.2010 e 11.11.2010, destinadas à empresa **Petróleo Brasileiro S/A**, portadora do CNPJ 33.000.167/1049-00 e Ficha de Inscrição estadual 200671391, as quais revelam operações de **Venda de Mercadorias**.

Destaque-se que estamos de uma situação de emissão de documento de autoria do próprio contribuinte, que colocam por terra qualquer dúvida a respeito da condição de contribuinte da autuada.

Obviamente que feita essa constatação dessas operações de venda de mercadoria para a Petróleo Brasileiro S/A, **impossível seria descartar a ideia** de que o contribuinte não procedera outras operações de venda de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

A presença nos autos das notas fiscais 03 e 12 (fls. 1108 e 1009), vem de forma insofismável nos trazer mais uma confirmação da condição de contribuinte da autuada.



Destaque-se em reforço que as citadas notas fiscais foram informadas nas GIMS da defendente, com o respectivo débito do imposto pelas saídas.

Transcrevamos também a legislação em que lastreou-se a exigência fiscal, relativas à incidência, base de cálculo e obrigação de recolhimento, constantes do RICMS vigente:

**Art. 150. São obrigações do contribuinte:**

(...)

**III- pagar o imposto devido na forma e prazo previstos na legislação;**

**Art. 130-A.** O recolhimento do ICMS deverá ser realizado nos seguintes prazos: (AC pelo Decreto 21.934 de 07/10/2010)

(...)

**III -** até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nas seguintes operações ou prestações, salvo disposição específica em contrário:

(...)

**d)** diferença de alíquota das mercadorias destinadas ao ativo permanente, uso ou consumo, nas hipóteses que não houver antecipação tributária;

**Art. 945.** Além de outros casos previstos na legislação, o ICMS é recolhido antecipadamente, na rede bancária conveniada: (NR dada pelo Decreto 21.934, de 07/10/2010)

**I-** por ocasião da passagem pelo primeiro posto ou repartição fiscal deste Estado, em operações internas ou interestaduais: (caput do inciso alterado pelo Dec. 14.796/00, de 28/02/00)

(...)

**i)** nas entradas de bens ou serviços destinados a uso, consumo ou ativo fixo, na forma prevista no art. 82, deste Regulamento

**Da Base de Cálculo para fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas**

**Art. 82.** A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, nas operações destinadas ao ativo permanente, uso ou consumo, é o valor da operação ou prestação na Unidade Federada de origem, constante no documento fiscal. (NR dada pelo Decreto 21.584, de 23/03/2010)

**Parágrafo Único.** O imposto a recolher será o valor resultante da aplicação, sobre a referida base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas neste Estado e a alíquota interestadual prevista na legislação da Unidade da Federação de origem. (NR dada pelo Decreto 17.471 de 30/04/2004)



A legislação acima citada vem legitimar a exigência do fisco presente nos autos, onde foi utilizado **sobretudo** o fato de que a realidade fiscal da atuada, revela uma condição de contribuinte comprovada nos autos pelas operações de venda de mercadorias noticiadas pela **amostragem das notas fiscais** de nºs 03 e 12 (fls. 1108 e 1009) destinadas a Petrobras.

Feitas essas considerações, podemos concluir que as razões da defendente se revelaram ineficazes para elidir as acusações do fisco do Estado do Rio Grande do Norte no presente processo.

### DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa EMPERCOM EMPRESA DE MONTAGEM E SERVIÇOS GERAIS LTDA., para impor a atuada a penalidade de R\$ 548.752,67 (Quinhentos e quarenta e oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e sessenta e sete centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto da ordem de R\$ (Quinhentos e quarenta e oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e sessenta e sete centavos), com os devidos acréscimos legais.

REMETO os autos a repartição preparadora, para ciência das partes e adoção das demais medidas regulamentares cabíveis.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 05 de junho de 2014.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior  
Julgador Fiscal – mat. 62.957-0