



DECISÃO Nº: 69/2011
PROTOCOLO Nº: 87182/2011-6
PAT N.º: 73/2011-1ª URT
AUTUADA: DNV VIDROS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 20.038.782-0
ENDEREÇO: Av. Industrial João Franciso da Mota, 3805, Quintas Natal-RN

EMENTA – ICMS – Falta de recolhimento do imposto nas saídas de mercadorias sujeitas a tributação de ICMS, as quais o contribuinte julgava serem tributadas pelo ISS. Denúncia oferecida à míngua de elementos probantes capazes de ensejar a convicção de que o ilícito tributário tenha efetivamente ocorrido. Nulidade que se impõe – inteligência do inciso III do artigo 20 do RPAT. Conhecimento e Acolhimento da Impugnação **AÇÃO FISCAL NULA. POSSIBILIDADE DE DESONERAÇÃO – REMESSA OFICIAL QUE SE INTERPÕE.**

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 107/2011 – 1ª URT, onde se denuncia falta de recolhimento de ICMS nas prestações de serviço que no entender da autuada, eram da competência tributária do município.


Desta forma, deu-se por infringido o art. 150, inciso III e XIX c/c art. 105, art. 130-A, art. 578 e art. 609, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade[§] foi proposta a constante do art. 340, inciso I, alínea “c” do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo o autor do feito, é a multa no valor de R\$ 120.112,75 (cento e vinte mil cento e doze reais e setenta e cinco centavos), mais o ICMS devido, de mesmo valor, perfazendo o montante de R\$ 240.225,50 (duzentos e quarenta mil duzentos e vinte e cinco reais e cinquenta centavos).

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada, bem como algumas notas fiscais de prestação de serviço de instalação, sem o destaque do ICMS e sim do ISS.

2. IMPUGNAÇÃO


Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



Insurgindo-se contra a denúncia, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 77 a 85:

- que a empresa atua em três atividades: venda de mercadorias, prestação de serviço com venda de mercadorias e prestação de serviço;
- que as vendas de mercadorias são sujeitas ao recolhimento de ICMS, ao passo que os serviços prestados geram o recolhimento de ISS;
- que nas operações em que há as duas atividades: venda e prestação de serviço, apesar de constar numa mesma nota fiscal, há o recolhimento separado de cada imposto;
- que o fisco estadual cometeu equívoco na autuação, determinando que todas as atividades da empresa passassem a ser tributáveis pelo ICMS;
- que algumas notas fiscais objeto de autuação são exclusivamente referente à prestação de serviços, sendo portanto, sujeitas ao ISS;
- que outras notas fiscais analisadas pelo autuante são referente à operações mistas (vendas e prestação de serviços);
- invoca o Princípio da Vedação do Confisco e o Princípio da Capacidade Contributiva, questionando a aplicação de multa de 100%;
- a autuada não é reincidente na prática do ilícito apontado.

Diante do exposto, requer a anulação/desconstituição do Auto de Infração, e que se realize diligência para constatar que algumas das notas fiscais são referentes à prestação de serviços.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da autuada, o ilustre autor, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 158 a 165, alegou que:

- a autuada declarou, durante a fiscalização, que fornecia as mercadorias por ela instaladas, e entendia que apenas devia o recolhimento de ISS;
- a atividade fim da empresa é a venda de produtos, e que secundariamente se compromete a instalar os produtos;
- a autuada não comprovou por meio de contratos de empreitada, ou qualquer outro meio, que comprovasse a execução dos serviços alegados;
- para se enquadrar no item 7.06 da LC nº 116/2003, deveria apenas prestar o serviço, usando o material do cliente;



- o fornecimento de mercadoria com prestação de serviço não compreendido na competência tributária dos municípios é sujeita ao recolhimento de ICMS, de acordo com art. 1º, inciso IV do RICMS;
- a multa não se configura como confiscatória, tendo em vista que tem amparo no Regulamento do ICMS, e deve ter caráter punitivo.

Por fim, em razão da autuada não ter apresentado provas com o condão de elidir a infração que lhe foi imputada, conclui pela manutenção integral do auto de infração.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 75) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que de mais importante há a relatar.

DO MÉRITO

Como visto, a denúncia de que cuida a inicial versa sobre a suposta falta de recolhimento do imposto em decorrência da submissão errônea de operações de prestação de serviço de instalação pela autuada à tributação municipal, quando no entender do ilustre autor do feito, tais prestações estão sujeitas ao gravame do ICMS, de competência Estadual.

Do passeio pelos autos, observa-se às fls. 06 e 07 que em atendimento ao ofício 004/2010 – SIEFI, o fisco municipal planilhou os valores informados pela autuada como sendo relativos à prestações de serviços realizados, sujeitos ao tributo municipal.

O fisco estadual, por seu turno, entendeu que as prestações que resultaram naqueles valores são submetidas ao tributo Estadual; tendo, por conseguinte, ofertado a denúncia que ora se analisa.

Além da planilha acima referida, o ilustre autor do feito carrou aos autos notas fiscais de serviços de instalação de fls. 16 a 68, cujos valores individuais, em sua grande maioria, não ultrapassam os R\$ 100,00 (cem reais), muitos não chegam a duas dezenas de reais.



Pois bem, indubitavelmente, a impugnante exerce atividade mista se considerarmos a competência tributária dos entes federados, como bem posto pela defesa.

De fato, a atividade predominante da coletada é sujeita ao tributo Estadual, vale dizer, ICMS. Os relatórios emitidos pelo sistema de controle da SET que ora se anexa, apontam para valores contábeis anuais superiores aos R\$ 10.000.000,00, sendo que os valores oferecidos à tributação municipal (planilha de fls. 6 e 70), em média, não ultrapassariam 5% desse montante; o que, por si só, não merece nenhuma censura.

Não obstante, os fatos acima postos, o ilustre autor do feito, desconsiderou as operações oferecidas à tributação municipal, migrando-as de ofício para a seara Estadual, vale dizer, do ICMS.

Ocorre que, o fez sem a competente e necessária motivação inerente a qualquer ato administrativo. A mera justificativa que a atividade da empresa é predominantemente sujeita à tributação Estadual, não é suficiente para os fins almejados, mesmo porque pelos números apresentados nos relatórios em anexo, as operações sujeitas ao ICMS são infinitamente superiores àquelas oferecidas à tributação municipal.

Com efeito, não restou comprovado nos autos qualquer mácula aos documentos (notas fiscais de serviço), encartados no caderno processual.

Os valores constantes das referidas notas não são, de todos, incompatíveis com a prestação de serviço de instalação por elas reveladas.

Igualmente, o digno autor do feito não revelou nos autos qualquer indício de fraude, simulação de operações ou qualquer outro vício que culminasse com a imprestabilidade das referidas notas fiscais de serviço ou que as conduzissem à inidoneidade. Não se tem notícia nos autos de qualquer diligência junto a alguns tomadores do serviços no sentido de se averiguar se as prestações descritas nos documentos fiscais foram as efetivamente tomadas ou contratadas.

Portanto, reputo como insuficientes os elementos carreados aos autos para a formação da necessária convicção de que a infração denunciada efetivamente ocorreu, mesmo porque, como dito acima, não é nenhuma novidade que a atuada apresente-se com algum faturamento decorrente de prestação de serviços de competência municipal. Tal circunstância não se revela suficiente para a manutenção da denúncia contida na exordial.

De sorte, que a teor do inciso III do artigo 20 do Regulamento de Processos Administrativo Tributário do Estado do Rio Grande do Norte, entendo que o lançamento de que cuida a inicial se reveste de máculas de nulidade, por absoluta falta de prova do alegado.



Art. 20. São nulos:

.....
III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;(g.n)

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO NULO**, o Auto de Infração de que cuida a inicial, lavrado contra a empresa DVN VIDROS INDÚSTRIA E COMÉRCIO, por entender presente a hipótese de que cuida o inciso III do artigo 20 do RPAT, acima reproduzido.

Por dever de ofício e por vislumbrar possível desoneração no feito, recorro da presente decisão ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais e remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 28 de julho de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal