DECISÃO nº.: 91/2013 – COJUP
PAT : 062/2013- 5ª. URT (Protocolo 36338/2013-3)
AUTUADA: **3A CONSTRUÇÕES LTDA - EPP.**
ENDEREÇO: Rua Francisco David Medeiros - 539

Caicó - RN

AUTUANTEs: Deodoro dos Santos
Jacinta Felix dos Santos

DENÚNCIAS: 1 – O contribuinte emitiu as notas fiscais mod. 01, nº 034, 039 e 040, de forma irregular para Simular Vendas, tendo logo depois cancelado as mesmas, sem obedecer as Normas Regulamentares, o que causou a inidoneidade conforme preceitua o Art. 415, incisos V e VI do RICMS/RN.

EMENTA – ICMS – Simulação de cancelamento de notas fiscais para fugir ao pagamento do imposto.

Garantia do exercício do Principio constitucional do contraditório e ampla defesa – Informações Processuais que desfiguram o cancelamento das notas fiscais em questão – Falta de registro das notas fiscais em livro próprio – Obediência aos valores das operações constantes das notas fiscais.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Auto de Infração nº. 62/2013 - 5ª URT, lavrado em 19 de fevereiro de 2013, depreende-se que a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denuncia de **Emissão de notas fiscais inidôneas para simular vendas e depois cancelar as mesmas**, com indicação de infração ao Art. 150 inciso XIII combinado com Art. 150 XIX, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97.

Ao total está sendo exigido da autuada, R$ 25.097,44 (vinte e cinco mil, noventa e sete reais e quarenta e quatro centavos) de imposto, com R$ 44.289,59 (quarenta e quatro mil, duzentos e oitenta e nove reais e cinquenta e nove centavos) a título de multa.

A pena de multa acima foi proposta com base na alínea "c" do inciso III do Art. 340 do citado regulamento.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

A autuada após sua ciência na peça vestibular em 21.02.2013, recebendo a sua via de direito.

Às fls. 04 temos o Termo de Intimação Fiscal datado de 17.01.2013, com ciência do contribuinte em data de 23.01.2013 via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE).

As fls. 05 acha-se o Termo de Recebimento de documentos, ficando os demonstrativos da autuação às fls. 08/09.

Cópias das notas fiscais Mod. 01 de nºs 0033, 034,039 e 040 e pauta fiscal constam das fls. 10/14, enquanto que o Termo de Devolução de documentos acha-se às fls. 15.

O Relatório Circunstanciado da operação e o termo de Ocorrência estão posicionados às fls. 16/18.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada protocola em 22.03.2013 peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 20/28), alegando em síntese:

1. Que as notas fiscais ora questionadas foram canceladas porque não foi concluída a negociação comercial junto ao destinatário;
2. Que não há nos autos prova do recebimento da areia, identificação e a assinatura do recebedor nos rodapés das notas fiscais constantes às fls. 11/13, tornando-as ineficazes como prova do fato gerador;
3. Que mesmo que a transação comercial fosse confirmada, as ditas notas fiscais seriam passíveis de cancelamento, visto que, apresentam erros na data de emissão em relação ao ano, e ao invés de escrever 2011, foi inscrito 2010 em todas as notas fiscais em referência, fato este comprovado através do sequencial dos dias e dos meses constante nos referidos documentos fiscais em relação aos emitidos anteriormente;

4. Que a partir de 08.04.2011, a impugnante esta obrigada a emissão de nota fiscais eletrônica;
5. Que equivocamente foi posto nas notas o CFOP **5101 – Venda de produção do estabelecimento,** ao invés de **5.102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros,** eis que sua atividade principal é o Comércio Varejista de ferragens e ferramentas;
6. Que a nota fiscal 033 foi emitida com o CFOP 5102 (fls. 10), com data de 31 de março de 2011.;
7. Que a falta de destaque do ICMS está de acordo com a legislação do Simples Nacional;
8. Que as notas fiscais em questão não foram nem destacadas no talão, muito menos escrituradas no livro de registro de saídas, não havendo transito de mercadorias, confirmando a não realização das operações;

Ao final pugna a peça de defesa pela nulidade e improcedência do auto de infração.

Para consubstanciar suas alegações a defendente junta aos autos declaração da empresa destinatária das notas fiscais 0034, 0039 e 0040, dando conta da não materialização das operações.(doc de fls. 32), juntamente com cópias dos Acórdãos 051//2012, 243/2012, 255/2012 (todos do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte), e cópias das vias das notas fiscais acima citadas.

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronuncia em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 52/55), argumentando em síntese:

1. Que a autuada não consegue se desvencilhar da acusação de cancelamento indevido das notas fiscais, em razão de não obedecer aos ditames dos artigos 402 e 403 do RICMS vigente.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

2. Que nesta análise merece muito atenção, onde o contribuinte confirma inadvertidamente às fl. 23 e § 1°, que teria cometido lapso no preenchimento das notas , uma vez que não havia **"areia"** em seus estoques;
3. Que as citadas notas aparecem estranhamente com datas de emissão anteriores à nota fiscal 0033 que data de 31 de março de 2011, com simulação de uma venda numa época que estava obrigado ao uso do NFe a partir de abril de 2011;
4. Que mantem o auto de infração em todos os seus termos.

3 – **O MÉRITO**

Depreende-se dos autos que a empresa teve contra si lavrada uma denuncia fiscal de falta de cancelamento irregular de notas fiscais para fugir ao pagamento do imposto.

Destaque-se **"ab initio"** que ao contribuinte foram garantidas todas as possibilidades de exercício do contraditório e da ampla defesa, à medida que este deu ciência na peça vestibular, recebeu a via competente dos autos, via esta que continha inclusive cópia das três notas fiscais que foram objeto da autuação.

Toda a discursão em tela repousa sobre a falta de registro em livro Registro de Saídas das notas fiscais 0034, 0039 e 0040 por ela emitidas (doc. De fls. **11/13).**

A tese da defesa em síntese repousa na alegação de não se completaram as operações, onde procura descaracterizar a realização das operações, alegando que as referidas notas com todas as suas vias, afixadas no talonário.

Para elucidação da questão de cancelamento das notas fiscais, fazemos juntada nesta oportunidade às fls. 57 de **email** remetido à Coordenadoria de Fiscalização da Secretaria de Tributação/RN, pelos gestores do **3° Batalhão de Engenharia de Construção, setor SALC** (Seção de Aquisições, Licitações e Contratos, em Picos no Estado de Piauí, na pessoa do Sargento Nogueira, onde consta:

"Segue em anexo notas fiscais da empresa 3ª Construções Ltda, para verificação de veracidade e validade. Essa empresa está participando de uma licitação – Pregão eletrônico 19/2012 com a finalidade de adquirir AREIA para as obras do 3º BEC"

Indmissível entendo ser, aceitarmos a idéia de que estas notas não foram utilizadas, quando sobre o seu conteúdo foram pedidas informações pelo Ministério do Exército.

Estamos diante de três notas com expressão de data de emissão de 23.04.2010, 14.06.2010 e 28.06.2010 envolvendo milhares de metros cúbicos de **AREIA.**

Destaque-se que as notas fiscais 0005 de 09.04.2010, 0000029 de 30.12.2010, 000030 de 17.01.2011 (fls. 44/46) revelam que a emitente **3ª Construções Ltda-ME,** já era uma fornecedora contumaz da destinatária, e mais, seus quadros societários como destacam os autuantes, são compostos de pessoas de mesmo sobrenome, o que numa população de uma cidade do interior devam ser parentes próximos, o que vem reforçar a argumentação do fisco que não houve o cancelamento das notas fiscais.

Mas o fato mais marcante está relacionado com as datas apostas nas notas fiscais objeto de autuação.

A nota fiscal 00034 (fls. 11) expressa uma data de emissão 23.04.2010, a nota 39 (fls. 12) expressa 14.06.2010, enquanto que a nota 00040 revela uma aposição de 27 de junho de 2010 como data de emissão, o que vem revelar uma grande contradição temporal, à medida que as notas de numerações antecedentes como a 00029 e 00030(fls. 37/38) foram emitidas em dezembro de 2010 e janeiro de 2011.

E mais especificamente a nota fiscal 33 (doc. De fls. 10) também destinada a Construtora de Obras Progresso Ltda., tem data de emissão em **31.03.2011,** e como num passe de mágica a nota fiscal seguinte, a de número 34 teria sido emitida em 23.04.2010.

Observe-se noutro plano, que estas notas indicam que teriam sido emitidas em dias diferentes, e não refere-se a um produto banal como pão, banana ou rapadura, refere-se a saída de metros cúbicos de areia.

Ora, por todas estas circunstâncias acima descritas, seria uma grande demonstração de insanidade, aceitar-se que essas operações não ocorreram, sobretudo pela

tentativa clara de ludibriar o fisco no retrocesso da sequência da numeração das notas fiscais.

Feitas estas considerações, onde o raciocínio está passando pela realidade das notas fiscais e pelo pedido de análise do Ministério do Exercícios sobre as mesmas feito ao fisco do Rio Grande do Norte, entendo ser o valor ali descrito o valor das operações de vendas da autuada para a empresa Construtora de Obras Progresso Ltda.

Houve emissão da notas fiscais de venda de mercadorias e não foram feitos os devidos registro no Livro de Saída e por via de consequência deixou de ser recolhido o imposto.

Transcrevamos a seguir o que dispõe o RICMS sobre a matéria:

> **Art. 2º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:**
> **I- da saída de mercadoria:**
> **a) a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;**
>
> **Art. 150. São obrigações do contribuinte:**
> **(...)**
> **III- pagar o imposto devido na forma e prazo previstos na legislação;**
> **(...)**
> **XIII- escriturar os livros e emitir documentos fiscais, observadas as disposições constantes neste Regulamento;**
> **Art. 614. O livro Registro de Saídas, modelos 2 e 2-A, Anexos - 41 e 42, destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70 e Conv. SINIEF 6/89):**
> **I-das saídas de mercadorias, a qualquer título, do estabelecimento;**

Constatado o cometimento da infração, passamos a ter o seguinte quadro resumo tributário:

Nota fiscal nº	Valor N fiscal	I C M S	M U L T A	T O T A L
00034	13.183,99	2.241,27	3.955,19	6.196,46
00039	25.351,85	5.309,75	7.605,44	11.915,19
00040	19.462,85	3.308,68	5.838,85	9.147,53
T O T A L	57.859,71	9.859,71	17.399,49	27.250,20

A propósito, referida prática constitui, segundo a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, crimes contra ordem tributária, observemos:

> ***Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; ... V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.***

Por seu turno, o inciso I do artigo 2° da mesma Lei, assevera, com tinta grossa, que: ***Art. 2°Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;***

Como visto, dúvida não há de que a conduta reiterada da coletada constitui-se crime contra a ordem tributária, incurso nos dispositivos acima reproduzidos, pois fraudou/simulou perante o fisco uma movimentação de vendas de veículos travestida de um suposto remanejamento de frota de veículos do seu ativo imobilizado, sem ao menos comprovar qualquer receita de prestação de serviços.

É imperioso portanto, que após transitado e julgado os autos na esfera administrativa, que sejam extraída cópia dos autos para ser remetidos ao Ministério Público para análise e possíveis providências a respeito da matéria ora discutida.

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta , ***JULGO PROCEDENTE EM PARTE*** o presente Auto de Infração lavrado contra a empresa 3ª CONSTRUÇÕES LTDA-EPP, para impor à autuada a penalidade de R$ 17.399,49 (Dezessete mil, trezentos e noventa e nove reais e quarenta e nove centavos), conforme alínea "c" do inciso III do art. 340 do RICMS vigente, que deverá sofrer os reflexos dos §§ 5° e 6° do art. 340 acima descritos para o caso de confirmação de reincidência, juntamente com a exigência do ICMS da ordem de R$ 9.859,71 (nove mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e setenta e um centavos), sujeitos ainda aos demais acréscimos legais vigentes.

Em razão do disposto no Art. 114 do RPPAT, recorro da presente decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte – CRF, devendo os autos serem remetidos à repartição preparação para ciência das partes e demais providências complementares cabíveis, disciplinadas pelo RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.

Natal (RN), 25 de abril de 2013.

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