DECISÃO nº.: **279 /2013 – COJUP**

PAT nº.: 581/2013 – 6ª URT (protocolo nº. 167060/2013-4)

AUTUADA: **LINO CONST. TERRAP. LOC E SERVIÇOS LTDA.**

ENDEREÇO: Av. Pte Dutra 3000, CX POSTAL 1008-ACF ALTO DE SÃO MANOEL

Mossoro – RN

AUTUANTES : ROBERTO RIVELINO LEITE DAMASCENO
RICARDO VALGNER CAVALCANTE

DENÚNCIA: 1 – O autuado deixou de recolher, na forma e prazo regulamentar, o ICMS antecipado lançado segundo estabelece o Decreto Nº 17.104, de 29 de setembro de 2003 – Regime Simplificado da Construção Civil, mais precisamente no Art. 2º, inciso I e II, combinado com o § 3º do Art. 945 do RICMS, conforme demonstrativo em anexo.

EMENTA: ICMS – Falta de recolhimento do imposto antecipado.
Cerceamento do direito de defesa não configurado - Demonstrativo de autuação que possibilita perfeito aceso às suas informações – Defesa que não prova o recolhimento do imposto denunciado – Multa emanada de Lei Estadual.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário nº. 00581/2013 – 6ª. URT, lavrado em 10 de julho de 2013, a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denuncia de fiscal de **Falta de recolhimento do ICMS antecipado** no período de 01.01.2011 a 20.05.2013, no montante de R$ 715.121,06 (setecentos e quinze mil, cento e vinte e um reais e seis centavos), conforme demonstrativo em anexo de fls. 48/72, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 incisos III, combinado com o Art. 130-A, Art. 131 e Art. 945, I, "e", todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97, com proposta de aplicação de penalidade de igual valor, prevista na alínea "c" do inciso I do Art. 340 do citado regulamento.

Às fls. 73 temos um Termo de Devolução de documentos, ficando o Relatório Circunstanciado e o Termo de Ocorrência posicionados às fls. 74/76.

Às fls. 77 temos acostado um CD com o rótulo de Arquivos de Notas Fiscais Eletrônicas(XML).

Às fls. 78 temos o Termo de Opção pela sistemática Simplificada de Tributação, estando o Atestado de condição de contribuinte do ICMS às fls. 80.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada através de seu bastante procurador, apresenta em data de 19 de agosto de 2013, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 84/101), onde em síntese vem alegando:

1. Que estaria havendo cerceamento de defesa com agressão ao § 3º do Art. 39 ao § 1º do Art. 44, ambos do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98, à medida em que a denuncia teria se baseado tão somente no estrato fiscal do contribuinte, com letras minúsculas, sem a presença das notas fiscais em questão;
2. Que não teria sido juntado demonstrativo da autuação, sendo incluídas inclusive notas de remessa e retorno de máquinas e equipamentos enviados para conserto;
3. Que o imposto não é divido, pois as mercadorias constantes do extrato fiscal em anexo, são referentes a aquisições de máquinas e equipamentos destinados ao ativo imobilizado da autuada, empresa de construção civil, a serem utilizadas em suas obras;
4. Que é completamente inaplicável a norma infraconstitucional editada pelo Dec; estadual 17.104/2003, por não respeitar o princípio da hierarquia das leis, o objeto consibstanciado na carta magna (art. 155 § 2º, inciso VII) e as várias decisões emanadas do STJ e STF sobre a matéria atacada, antes mesmo da edição do mencionado dec estadual;
5. Que na condição de indústria de construção civil, sua empresa faz jus ao benefício do diferimento do imposto nos termos do Art. 61 do RICMS;
6. Que a expressão de estabelecimento não ferrador do ICMS, consta do seu Extrato fiscal anexado, onde faz referência ao código 4120400;
7. Que o demonstrativo da autuação apresenta distorções de valores na importância denunciada;
8. Que estaria havendo confisco na aplicação da multa proposta;

9. Que deve ser declarada a improcedência da autuação e caso contrário seja reduzida a penalidade ao patamar de 20%.

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronunciam em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 109/118), solicitando a manutenção da autuação, destacando em síntese:

1. Que a autuação foi procedida dentro da legalidade, à luz do RICMS vigente e do Dec. 17.104/2003 que instituiu o Regime Simplificado da Construção Civil;
2. Que a alegação de que as notas fiscais não acompanham o autuo de infração não deve prosperar, já que o estrato fiscal mencionado contém a numeração e a chave das notas fiscais eletrônicas que serviram de base à autuação;
3. Que como disciplinado nos Art. 425-A e 425-D, a nota fiscal eletrônica possui existência apenas digital, sendo o arquivo XML sua expressão de validade jurídica;
4. Que a alegação de desconfiguração do CD apenso a denúncia não procede, e nem de longe geraria nulidade processual;
5. Que não procede também a alegação de falta de demonstrativo fiscal, eis que devidamente presentes estão às fls. 35/71 os demonstrativos das ocorrências, com toda a discriminação do crédito tributário exigido;
6. Que a defesa não prova a tributação de remessas e retorno de máquinas e equipamentos;
7. Que a tese central da defesa na questão propriamente de mérito, centra-se na alegação de não ser devedor do ICMS referente ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais , por julgar-se empresa de construção civil e consumidor final, não contribuintes do ICMS;
8. Que a defendente fez opção pela sistemática simplificada de tributação, específica pela empresa de construção civil disciplinada

pelo Dec. 17104/2003, que consiste na aplicação do percentual de 3% sobre as aquisições estaduais, para aquelas construtoras que se declararem contribuintes do imposto;

9. Que a opção da autuada por esta sistemática data de 01.12.2009 conforme documento de fls 78 (fl. 27 do Livro de Ocorrências);
10. Que intencionalmente a autuada não fala de sua opção pelo regime, mas efetivamente o fez, fez porque uma empresa de construção civil, contribuinte do ICMS passa a ser beneficiada por uma carga tributária efetiva total inferior às que não o fizeram;
11. Que numa outra situação como consumidores finais, as construtoras não optantes sujeitam-se à aplicação da alíquota interna do estado de origem dos produtos, situação mais onerosa que a tributação simplificada ora discutida, onde ocorre aplicação ca alíquota interestadual juntamente com a cobrança da diferença de alíquota de 3%:
12. Que a defendente usa a condição de contribuinte nas compras interestaduais e vem nos autos aludir que não é contribuinte do ICMS;
13. Que em relação ao seu CNAE, importa destacar que seu cadastros indicam suas atividades secundárias com CNAE's geradores de ICMS;
14. Quanto ao pleito da autuada pelo diferimento do imposto, não faz sentido, eis que o § 3º do Art. 61 do RICM é taxativo, e só alcança a classificação dos subgrupos 05 a 33 da tabela, ficando fora o grupo 41, o qual se refere única e exclusivamente à atividade de construção civil;
15. Que a penalidade aplicada não pode ser considerada confiscatória, uma vez que emana de Lei Ordinária Estadual, a qual está subordinada o exercício da administração tributária.
16. Que deve ser mantido o Auto de Infração em todo o seu teor;

4 –OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 119, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

5. DE DILIGENCIA

Este julgador em despacho de fls. 125, **em caráter de reforço ao exercício da ampla defesa,** fez remeter o processo em diligência, objetivando que fosse entregue ao contribuinte cópia do "CD" de fls. 77, desta feita com chave eletrônica de autenticidade, nos molde do aplicativo MD-5, com abertura de novo prazo de pronunciamento pelo contribuinte.

Em resposta à diligência solicitada, os autuantes tomaram tais providência conforme documentação de fls. 127/128.

6. DO NOVO PRONUNCIAMENTO DA AUTUADA

Em novo pronunciamento de fls. 129/132, o contribuinte vem basicamente repetindo as mesmas razões de defesa, mas atestando que recebera o citado "CD", mas insistindo na alegação de dificuldade de acessar as informações nele constantes.

7 – DO MÉRITO

Estamos diante de uma denuncia do fisco do estado do Rio Grande do Norte, que versa sobre falta de recolhimento do ICMS antecipado lançado, nos termos do Regime Simplificado da Construção Civil.

Comecemos por discorrer sobre as preliminares de nulidades invocadas pelo contribuinte por supostas agressões aos Art. 39 e 44 do RPPAT, aprovado pelo Dec. 13.796/98.

A alegação aduz que o auto apresenta obscuridades nos elementos denunciantes, mais especificamente fala da ausência do Termo de Ocorrência, do Relatório Circunstanciado da Fiscalização e ausência do Demonstrativo Quantitativo da autuação e as notas fiscais envolvidas na questão.

Não merece guarida a tese de nulidade suscitada pela defendente, uma vez que estão presente nos autos o Relatório Circunstanciado (fls. 74/75), o Termo de Ocorrência (fls. 76), o quadro resumo do crédito tributário (fls.) 72, e **mais especialmente,**

o demonstrativo listagem de todas as notas fiscais objeto da autuação, inclusive com chave magnética de acesso de todas elas nos bancos de dados da Nota Fiscal Eletrônica (fls.35 a 71).

Ressalte-se que em **"caráter de reforço"** este julgador fez com que chegar-se as mãos do contribuinte novo "CD" idêntico aquele constante às fls. 77 que fora entregue ao contribuinte no bojo da segunda via dos autos, outra cópia do citado "CD", desta feita com chave eletrônica de autenticidade nos moldes do Aplicativo MD-5, para que não persistisse qualquer dúvida sobre àquela cópia, fazendo indicação ainda de forma didática dos endereços eletrônicos de leitura dos documentos fiscais.

Após concedido novo prazo de pronunciamento ao contribuinte, este atesta que antes já recebera todas aquelas informações, porém vem alegando dificuldades em acessar as informações da notas fiscais ali listadas, tentando transferir para o fisco a obrigatoriedade de apresentar cópias das notas fiscais nos autos.

Silenciou o contribuinte portanto, no enfrentamento do conteúdo da denúncia que lista diversas notas fiscais que comportam Notas fiscais de aquisição de mercadorias para ativo ou consumo.

Não merece guarida a alegação da autuada de que não teve acesso às informações das notas fiscais elencadas na denúncia, a medida em que os agentes da administração tributária responsável pela autuação mostram em estilo bastante didático de como acessar todas as informações da nota fiscal eletrônica.

Nem de longe também merece acolhida a alegação da defesa, de que o auto de infração está desprovido de demonstrativo, eis que temos às fls. 35/71 um demonstrativo com indicação de número de nota fiscal, chave eletrônica, mês de referência, data de vencimento, e imposto e multa a recolher sobre cada uma das notas fiscais listadas.

Ao final desse bloco de páginas, mais especificamente às fls. 71 temos o total do imposto e multas constantes da peça vestibular.

Voltando a alegação de impossibilidade de acesso às notas fiscais, nada melhor que a teor de ilustração, transcrevermos na integra o despacho de fls. 127 de autoria dos autuantes:

127

PROCESSO: 167.060/2013 – 4 6ª URT
PAT Nº 581/2013
AUTUADA: LINO CONST. TERRAP. LOC. E SERVIÇOS LTDA
IE. 20.097.138-7 CNPJ 06.245.705/0001-55

Tendo em vista o despacho de fls. 125, colacionamos aos autos do presente processo dois CD's, uma cópia para compor o PAT em epígrafe e uma cópia para ser entregue à autuada, contendo as mesmas provas relacionadas em mídia CD, fls. 77, cujos arquivos agora estão criptografados com chave digital através do programa md5hasher.exe, contendo os arquivos magnéticos a seguir:

NOME DO ARQUIVO	NÚMERO DA CHAVE DIGITAL
ARQUIVOS XML 1ª PARTE.ZIP	1791CC625A772D90443183805F515C8A
ARQUIVOS XML 2ª PARTE.ZIP	215B519A86687DEAA3904D3753068F1A
ARQUIVOS XML 3ª PARTE.ZIP	E4021AB34BF8F59247B9173F6647C6F9
ARQUIVOS XML 4ª PARTE.ZIP	5847D92373CCF5FAB3337CF2CD9888C0
ARQUIVOS XML 5ª PARTE.ZIP	BF947700BAC2C47B9B8835C6043899E9
ARQUIVOS XML 6ª PARTE.ZIP	1CE190764FDF9756F5EED7D253996973
ARQUIVOS XML 7ª PARTE.ZIP	D1843DBDCE5D3A344565F6406DF124E7
ARQUIVOS XML 8ª PARTE.ZIP	B1D3DA201312B870BEEA3CFBE9CAB996
ARQUIVOS XML 9ª PARTE.ZIP	8C35B706F351BF9E1D9530CAEABD999F
md5hasher.exe	136BB00D50A8C2E687D68D718A06A862

Os referidos arquivos zipados (*.zip) contém as notas fiscais eletrônicas em arquivos do tipo "xml" (*.xml), e podem ser acessados através do programa visualizador da nota fiscal eletrônica disponível no portal da nota fiscal eletrônica no endereço eletrônico: http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/download.aspx?tipoConteudo=s/cYlu5s+Y4=

Os Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas – DANFE's das notas fiscais eletrônicas também poderão ser impressos em arquivos do tipo "Print Document File - PDF" através do sítio "WEBDANFE – O sítio das notas fiscais eletrônicas", na pesquisa "Arquivo XML da NFe", disponível no endereço eletrônico: http://www.webdanfe.com.br/danfe/index.html. Aludida pesquisa também pode ser efetuada utilizando-se a chave da NFe que contém 44 dígitos.

Mossoró, 03 de setembro de 2013.

ROBERTO RIVELINO LEITE DAMASCENO
Auditor Fiscal do Tesouro Estadual
Matrícula: 158.620-3

RICARDO WAGNER CAVALCANTI
Auditor Fiscal do Tesouro Estadual
Matrícula: 91.592-0

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal

Repita-se por oportuno que ao contribuinte foi concedido novo prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para pronunciamento em sede de defesa.

Percebe-se que através dos endereços eletrônicos relativo ao Portal da nota fiscal eletrônica e do WEBDANFE, tinha o contribuinte todas as condições para acessar as notas fiscais e inclusive **"querendo"** imprimi-las.

Sem maiores conhecimentos mais apurados de informática, imprimimos e juntamos aos autos (fls. 149/152) a título de exemplo, os extratos de escrituração de entrada ,duas notas fiscais constantes da denúncia, quais sejam: as notas fiscais 190310 e 190613 que constam do demonstrativo da autuação às fls. 48, e constam do Livro Registro de Entradas, encravado nos autos às fls. 138, atestando de forma insofismável que o contribuinte tinha sob sua guarda todos os elementos das notas fiscais denunciadas.

Toda a documentação acostada às fls. 135/152 representativa dos estratos de escrituração de documento fiscal e o próprio registro de entradas no **sistema de escrituração EFD,** atestam em seu rodapé que essa escrituração foi levada a efeito pela empresa na pessoa de seu responsável técnico devidamente habilitado junto à Secretaria de Estado de Tributação/RN na pessoa de Sr. **Ivanilson Bezerra da Costa, portado do CPF de nº 202479404-10.**

Se a empresa demonstra habilidade nessa escrituração digital, inconcebível seria aceitarmos a alegação de falta de conhecimentos técnicos para para acessar as informações do Portal da nota fiscal eletrônica e do WEDANFE, sem conta que tal alegação se reveste de ilegalidade.

Cite-se ainda além das duas notas fiscais acima citadas, mas um grupo de notas fiscais constante no demonstrativo de fls. 48, nºs 190613, 190311, 190309, 190488 e 190310, que estão coladinhas numa mesma sequência desta página do demonstrativo da autuação, e **igualmente** constam na mesma sequência coladinhas no livro registro de entradas de fls. 138, revelando uma verdadeira falta de interesse e zêlo para tentar produzir provas.

Não o fez, certamente porque não tinha razão a recorrente, e as notas fiscais constantes listadas no demonstrativo da autuação não tiveram seu imposto antecipado recolhidos ao erário estadual.

No tocante a tributação em si, como bem destacaram os autuantes, a alegação da possibilidade de diferimento do imposto, com previsão regulamentar do Art.

61 do RICMS, não procede, primeira porque somente seria aplicável para as aquisições de máquinas e equipamentos nos termo do § 3° deste artigo, senão vejamos:

> **Art. 61.** Nas entradas interestaduais de máquinas e equipamentos destinados ao ativo fixo de estabelecimento industrial, agropecuário, aquícola, de empresa jornalística, de televisão por assinatura, de radiodifusão, estabelecimento gráfico ou editorial, o pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquota fica diferido para o momento em que ocorrer quaisquer das hipóteses previstas no art. 60 deste Regulamento. **(NR dada pelo Decreto 20.797, de 18/11/2008)**
> **§ 1°** (REVOGADO). **(Parágrafo único Revogado pelo Decreto 22.108, de 22/12/2010 e transformado em § 1° pelo Dec. 22.161, de 17/02/2011)**
> **§ 2°** O disposto no **caput** deste artigo não se aplica às operações que envolvam máquinas e equipamentos utilizados na exploração ou produção de petróleo e gás natural ou seus derivados. **(AC pelo Decreto 22.161, de 17/02/2011)**
> **§ 3° O disposto no caput deste artigo só se aplica a máquinas e equipamentos a serem utilizados, exclusivamente, no processo produtivo do estabelecimento adquirente**. **(AC pelo Decreto 23.140, de 30/11/2012)**

Essa norma deve ser interpretada juntamente com o fato de ser a autuada uma empresa de caráter industrial de construção civil que não se coaduna com essa preceito, que faz associação pelo Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) e a atividade industrial a que se refere o Art. 61 citado, compreende a classificação dos subgrupos 05 a 33 da tabela específica, e não compreende o grupo 41, relacionado unicamente e exclusivamente à atividade de construção civil.

No tocante a alegação de confisco na penalidade aplicada, resta-nos destacar que a mesma foi emanada do poder legislativo, na concepção da Lei 6968/97, e no presente caso remeteu à alínea "c" do inciso III do Art. 64:

> **Art. 64.** Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:
> **I -** com relação ao recolhimento do imposto:
> **a)** fraudar livros ou documentos fiscais ou utilizar, de má fé, livros ou documentos fraudados, para iludir o fisco e fugir ao pagamento do imposto, ou, ainda, para propiciar a outros a fuga ao pagamento do imposto: duzentos por cento do valor do imposto;
> **b)** agir em conluio com pessoa física ou jurídica, tentando, de qualquer modo, impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador, pela autoridade fazendária, de modo a reduzir o imposto devido, evitar ou diferir o seu pagamento: duzentos por cento do valor do imposto;
> **c) deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, no caso não compreendido na**

alínea "d" e "e", deste inciso: cem por cento do valor do imposto;

A tipificidade está consonante com essa norma punitiva, já que estamos diante de um caso de **"falta de recolhimento de imposto"** , respaldando a multa proposta nos autos que faz referência à alínea "c" do inciso I do Art. 340 do RICMS, que veio regulamentar esse dispositivo de lei citado.

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 LINO CONST. TERRAPL. LOC. E SERVIÇOS LTDA., para impor a autuada a penalidade de R$ 715.121,06 (Setecentos e quinta mil, cento e vinte e um reais e seis centavos), prevista na alinea "c", do inciso III do Art. 340 do RICMS, sem prejuízo da cobrança do imposto de igual valor, com os devidos acréscimos legais.

Remeto os autos à 6ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 24 de outubro de 2013.

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