



**DECISÃO Nº:** 317/2014

**PROTOCOLO Nº:** 206680/2013-4

**PAT N.º:** 1079/2013 – 1ª URT

**AUTUADA:** ETE Construções e Montagens Elétricas Ltda.

**FIC:** 20.266.981-5

**ENDEREÇO:** Rua México, nº 41, sala 1402, centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20031-144.

**EMENTA – ICMS –** Falta de recolhimento do ICMS lançado conforme determina o artigo 945 do RICMS.

I – Preliminar de Nulidade: Alegação de Cerceamento de Defesa e Capitulação indevida – Inocorrência – Mesmo sendo inexistente ou equivocada a capitulação, a atuada tem obrigação de defender-se dos fatos e não de seu enquadramento legal – Inteligência do art. 20, § 4º do RPAT – Rejeição.

II – Mérito: O procedimento fiscal não se fez suficiente à evidenciar que a atuada infringiu a legislação tributária indicada nos autos – Acusação elidida, em face da demonstração de não se constituir a impugnante em contribuinte do imposto, sendo defeso, no caso em análise, a imposição de obrigações principais e acessórias – Processo regularmente instruído – preenchidos todos os requisitos necessários – Inocorrência de confisco tributário, quando se verifica que a multa cobrada nos autos guarda perfeito liame com a conduta da atuada e a lei.

**IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL –** Remessa necessária.

## 1 - DO RELATÓRIO

### 1.1 - DA DENÚNCIA

Contra a atuada acima qualificada, foi lavrado o auto de infração nº 1079/2013-1ª URT, onde se denuncia a falta de recolhimento do ICMS lançado conforme determina o artigo 945 do RICMS.

Assim, deu-se por infringido: o art. 150, III, combinado com os artigos 130-A, 131 e 945, I, “e”, todos do Regulamento supracitado.



Como penalidades, foram propostas as constantes do art. 340, I, "c", e, art. 133, todos do já referido diploma regulamentar.

Em face da ocorrência acima descrita, à autuada foi imposta uma pena de multa no valor de R\$ 158.530,69 (cento e cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta reais e sessenta e nove centavos), acrescida da cobrança do imposto no montante de R\$ 158.530,69 (cento e cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta reais e sessenta e nove centavos), perfazendo um total de R\$ 317.061,38 (trezentos e dezessete mil, sessenta e um reais e trinta e oito centavos).

## 1.2 - DA IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se à denúncia, a autuada vem aos autos através da peça de impugnação de fls. 43/71, dentro do prazo regulamentar, trazendo, em resumo, as seguintes alegações:

Preliminarmente, que não há o que se falar em incidência de ICMS nas aquisições interestaduais feitas por não contribuintes deste imposto. Nesse diapasão, ressaltou ser uma empresa prestadora de serviços relativos à engenharia, na área construção de estações e redes de distribuição de energia, e assim, o fornecimento de material já se encontra implícito na prestação contratada.

Alegou ainda, que o seu endereço se manteve sempre atualizado perante a Secretaria de Tributação, tanto prova que o Termo de Ciência, Intimação e Recebimento da 2ª via foi subscrito pela própria impugnante.

Por conseguinte, com fulcro no princípio do não confisco tributário, buscou ver afastada a multa aplicada.

Ademais, aduziu a ilegalidade da autuação, tendo em vista a ausência de citação do dispositivo legal infringido, o que resulta em cerceamento de defesa.

No mérito, informou a inexistência de operações interestaduais, onde se exija o recolhimento do ICMS antecipado, nos moldes do art. 945, inciso I, "e", do RICMS, ou seja, inexistente hipótese legal que sujeite a impugnante à cobrança do ICMS antecipado.



Adiante, asseverou que o próprio contrato de prestação de serviços, constante dos autos, não prevê venda alguma de material, muito pelo contrário, esclarece que estes deverão ser utilizados na execução do serviço contratado.

Na sequência, informou que: *“As notas fiscais em anexadas, demonstram com clareza cristalina que a Impugnante primeiramente não é contribuinte do ICMS, e de forma sequencial que as empresas contratantes efetuaram o recolhimento do referido imposto na qualidade de contribuintes de fato e de direito do ICMS.”* (fl. 64).

Por conseguinte, objetivando demonstrar que os valores cobrados nos autos são incabíveis e infundados, requereu a realização de uma perícia.

Ainda em sede de impugnação, amparou-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para rechaçar a presente autuação, por entender que esta é infundada, desarrazoada e inaceitável, pois a empresa sempre norteou seus atos dentro dos parâmetros da lisura e boa-fé, almejando o pleno cumprimento dos contratos de forma justa e efetiva.

Ao final, pediu pela improcedência total do auto de infração em análise.

### 1.3 – DA CONTESTAÇÃO

No seu arrazoado de fls. 373 a 378, disse o autuante, inicialmente, que em relação a alegação de ausência de tipificação legal específica, o contribuinte buscou com isso, subterfúgios para exonerar-se da obrigação de pagar seus impostos, vez que: *“A descrição da infração deve conter somente os elementos necessários e imprescindíveis para que todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica saibam exatamente os fatos que levaram à autuação, evitando ser prolixo.”* (fl. 376).

Ou seja, frisou que a descrição da infração deveria conter, apenas, os elementos necessários e imprescindíveis para que todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica, saibam exatamente os fatos que levaram à autuação, como *in casu*.

No tocante a afirmação de que o montante de ICMS antecipado e lançado a título de diferencial de alíquota não teria sido tipificado no auto de infração, defendeu que em relação a tal infringência, foi citado o art. 945, inciso I, do RICMS,



que estabelece de forma genérica a obrigatoriedade do recolhimento antecipado do tributo em discussão, nas operações internas ou interestaduais.

Quanto à suposta ilegalidade da autuação, afirmou que no tocante ao cumprimento do estabelecido na Ordem de Serviço, não cabe ao atuante a discricionariedade de lançar ou não lançar. Outrossim, acaso haja alguma incorreção no valor do crédito tributário, o contribuinte pode buscar sua correção através da impugnação ao lançamento.

Por fim, salientou que os procedimentos realizados na confecção do auto de infração, encontram respaldo legal na legislação tributária do Rio Grande do Norte, bem como, pugnou pela manutenção do auto de infração.

## **2 – DOS ANTECEDENTES**

Consta dos autos (fl. 36) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

## **3 – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Verificando-se que o processo atende aos princípios regentes da matéria, especialmente aos da ampla defesa e do contraditório, estando, inclusive, os autos devidamente instruídos, pois a inicial e demais documentos que a integram propiciam ao contribuinte o direito à ampla defesa, passo a conhecer da impugnação, os termos do art. 110 do RPAF, e determinar o prosseguimento da ação.

## **4 – DA PRELIMINAR**

Antes da análise do mérito, mister se faz o preliminar exame da arguição de nulidade suscitada pela impugnante.

Conforme reclama o contribuinte, o atuante não teria procedido com a devida tipificação da infração, de forma a prejudicar o entendimento da denúncia e, conseqüentemente, implicando no cerceamento da defesa.

Porém, analisando-se o processo, verifica-se que razão assiste ao autor quando argumenta que a descrição da infração por ele efetuada, contempla



perfeitamente todos os elementos necessários e imprescindíveis ao entendimento dos fatos que levaram à autuação.

Assim, conclui-se que o auto de infração em tela, incluindo-se os seus anexos, trás a clara descrição da omissão que se pretende denunciar, contendo o enquadramento da legislação infringida, a quantificação do tributo exigido e o valor da multa sugerida. De forma que, qualquer que seja o sujeito envolvido na relação jurídica, possa saber, precisamente, quais os fatos que motivaram a autuação.

Ademais, sabe-se que mesmo inexistindo ou que se equivocada fosse a capitulação, ainda assim a atuada teria a obrigação de defender-se dos fatos e não do seu enquadramento legal, conforme dispõe o artigo 20, §4º, do RPAT.

A maior prova da eficácia da peça vestibular quanto a tipificação dos fatos denunciados, é a constatação de que a atuada apresentou impugnação, enfrentando-a em todos os seus aspectos e demonstrando perfeito entendimento quanto ao sentido e o alcance de todo o seu teor.

Tecidas essas considerações, concluo pelo entendimento de que não merece acolhimento a preliminar suscitada pela atuada.

## 5 – DO MÉRITO

A questão discutida nos autos do processo gravita em função da análise de um único fato, cujo esclarecimento deslindará plenamente a pendência.

O que se pretende saber *ab initio*, é se a empresa atuada se constituiu, ou não, em prestadora de serviço de engenharia. Em caso positivo, e considerando-se que a mesma adquiriu as mercadorias constantes dos TADFs que deram origem a denúncia na qualidade de consumidora final, utilizando-as em obras a ela contratadas, restará plenamente elidida a denúncia, e devidamente afastadas as exigências tributárias de que versam a presente ação.

Examinando-se a documentação juntada à fl. 116, constata-se que se trata de empresa cadastrada como atuante no ramo da construção de estações e redes de distribuição de energia, e devidamente registrada no CNAE sob o nº 42.21-9/02 – ou seja, trata-se de empresa seguramente exploradora do ramo de construção.



Mais adiante, observa-se o contrato firmado entre a impugnante e a Chesf, onde claramente se verifica que: *“Os fornecimentos e serviços serão executados de acordo com a documentação técnica elaborada pela CONTRATANTE e pela CONTRATADA, seguindo as normas de qualidade aplicadas ao setor e no cumprimento do edital da ANEEL nº 006/2010..”* (fl. 117). Ou seja, não se vislumbra a venda de qualquer produto, o que corrobora com a tese de que os bens adquiridos serão empregados na prestação do serviço.

Por conseguinte, a exegese restritiva e excludora adotada pelo autuante fere frontalmente as normas de interpretação estatuídas no Código Tributário Nacional, e espelhadas na legislação que regula o imposto no âmbito deste Estado.

Assim, concluímos que a atuada é inscrita no cadastro deste Estado na qualidade de atuante no ramo da construção de estações e redes de distribuição de energia, devendo, portanto, receber o tratamento tributário dispensado à sua espécie.

Em decorrência, compreende-se que as operações de circulação de mercadorias de que trata a presente ação, não se constituem em fatos geradores do ICMS, e sim de meras aquisições promovidas por não contribuinte do imposto, que serão utilizadas em prestação de serviço.

Finalmente, com relação ao valor da multa imputada à atuada, em face da conduta descrita como dar saída em mercadoria desacompanhada de nota fiscal, vislumbra-se que o percentual de 100% (cem por cento) encontra-se estampado no texto do art. 340, inciso I, alínea “c”, do RICMS:

“Art. 340. São punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:

(...)

I- com relação ao recolhimento do imposto:

(...)

c) deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, nos casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e”, deste inciso: cem por cento do valor do imposto”.



Observa-se dos autos que a afirmação de confisco tributário também não merece amparo, pois a multa cobrada nos autos guarda perfeito liame com a conduta da autuada e a lei. Não sendo, portanto, arbitrária a sua cobrança, razão pela qual não há o que falar em multa com caráter de confisco.

Nesse raciocínio, convém lembrar dos ensinamentos do insigne professor Hugo de Brito Machado, que na sua obra, Curso de Direito Tributário, assim leciona:

*“A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele.” (Editora Malheiros, 25ª Edição, págs. 58/59).*

Na mesma linha, Estevão Horvath, com bastante propriedade ensina:

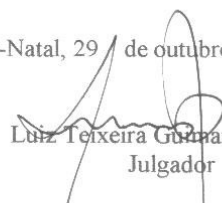
*“...a multa busca punir o contribuinte faltoso com suas obrigações (como busca reprimir, punindo, qualquer comportamento contrário à ordem jurídica). Destarte, os princípios que regem as infrações são distintos daqueles que informam a tributação. Há diferença ontológica, o que não permite a comparação de uma situação com a outra.” (O princípio do não-confisco no Direito Tributário, Editora Dialética, São Paulo, 2002, pág. 114).*

## 6 – DA DECISÃO

Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, especialmente o teor da impugnação e da contestação, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, **JULGO IMPROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa na inicial qualificada.

Recorro desta decisão ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, ao tempo em que remeto os autos à Primeira URT, para ciência das partes e adoção das demais medidas cabíveis.

COJUP-Natal, 29 de outubro de 2014.

  
Luiz Teixeira Guimarães Júnior  
Julgador

Luiz Teixeira Guimarães Júnior  
Julgador