

A. I. Nº - 207093.0015/15-2
AUTUADO - MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.
AUTUANTE - JUVENCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-04/16

EMENTA: ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, MATERIAIS DE USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO. Revisão do lançamento operada por ocasião da informação fiscal confirmam parcialmente as razões de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/07/2015, exige ICMS no valor de R\$136.510,26, acrescido da multa de 60%, com a seguinte imputação: *“Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil. Cobrança das diferenças de ICMS apurado com alíquota de 3%, mediante normatização do termo de acordo, assinado entre a empresa e a Secretaria da Fazenda”*

O autuado, por advogado legalmente constituído (fls. 35/43), impugna o lançamento fiscal, trazendo aos autos os seguintes argumentos com a juntada de provas do que alega.

. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS CANCELADAS - diz que aquelas de nºs 2275, 2274 e 1105, indicando suas chaves de acesso, foram canceladas conforme documentos apensados aos autos e obtidos junto ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

. RETORNO DE MERCADORIAS - NF-es nºs 289325, 8272, 10535, 141350 e 141352, diz não ter aceitado as mercadorias, havendo os seus retornos. Apresenta:

1. declarações dos seus emitente (primeira: Soprano Eletrometalúrgica e Hidráulica; segunda: Mérito Comércio de Equipamentos; terceira: Cerâmica São José) confirmando a sua não aceitação das mercadorias.
2. NF-es de entrada, emitidas por cada um dos fornecedores, de nºs 302639, 8494, 10535, 141602 e 141603, onde, em campo próprio (Informações Complementares) existe a menção da devolução das mercadorias com a indicação dos números daquelas originárias.
3. NF-es nºs 1178, 1179 e 1185 (com as respectivas chaves de acesso) - diz que elas foram emitidas com natureza de operação “remessa para entrega futura” e se relacionam ao DANFE nº 1002. Entende não haver imposto a ser exigido.
4. NF-es nº 1300, 1307 e 1310 (com respectivas chave de acesso) - são notas fiscais de simples remessas e se relaciona aos DANFEs nºs 1274, 1262 (das duas últimas). Não há imposto a ser exigido.
5. NF-es nºs 45020 e 859 - diz não haver imposto a ser exigido.

Após tais colocações, passa a discorrer sobre a *“impossibilidade de exigência de Poder de Polícia por parte do Impugnante”*

Observa, para as ocorrências que mencionou, as falhas existentes foram de terceiros e não da empresa. Porém, e mesmo assim, foi ele quem foi penalizado.

Na situação, passa a discordar da situação posta. Diz ser fato que *“cada vez mais, se exigem do contribuinte atividades fiscalizatórias, como se fosse dotado de poder de polícia. Todavia, não se pode perder o aludido referencial normativo, que define o poder de polícia como algo inerente à Administração Pública”*, não se podendo, assim, *“obrigar o contribuinte a agir, em relação aos seus pares, como se fosse um agente possuidor de poder de polícia, pois não é. Em verdade, caso um contribuinte force o outro a fazer algo sem que disponha de prerrogativa legal para fazê-lo, se caracterizará um ilícito, qual seja, o constrangimento ilegal, previsto no Código Penal”*.

E dentro desta lógica de argumentação, diz ser ela o entendimento do STJ, citando o AgRg no AREsp 260.278/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014, proferido na sistemática dos recursos repetitivos, onde este Tribunal Superior definiu que o contribuinte de boa-fé não pode ser apenado, *“porquanto o contribuinte, obviamente, não dispõe de mecanismos para conhecer e determinar toda a realidade daqueles com quem realiza negócios. A rigor, quem possui esse ferramental é o fisco e a função de aferição lhe é inerente”*.

Conclui sua argumentação dizendo não ter poder de polícia, não podendo o fisco exigir nada além do que já foi efetuado e, *“por isso, a imputação de falta de recolhimento não se coaduna com a realidade dos fatos, permissa venia”*.

Requer a improcedência da autuação.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 105/106), aduzindo:

1. Excluiu do levantamento fiscal as NF-es nº 2275, 2274 e 1105 pelo fato de terem sido canceladas, conforme documentos de fls. 64/77.
2. Também foram excluídas aquelas de nºs 28935, 10535, 141350 e 141352 por terem sido comprovadas as devoluções das referidas mercadorias, conforme documentos de fls. 78/81 e 84/91.
3. Não excluiu a NF-e nº 8772 (fls. 82/83), pois ela não consta do levantamento fiscal.
4. Excluiu as NF-es nº 1178, 1179 e 1185 já que se referiram a faturamento para entrega futura (fls. 92/94).
5. Não excluiu as NF-es de nºs 1300, 1307 e 1310 por se tratarem da efetiva saída/entrega das mercadorias anteriormente faturadas (fls. 96 a 100). Além da tributação da operação, as NF-es nº 1274 (fls 97) e 1262 (fls. 99) comprovam o Simples Faturamento, sem destaque do ICMS.
6. Não acatou o argumento de defesa quanto à NF-e nº 45020, vez que a operação se tratou de mercadoria enviada a título de bonificação, regularmente tributada na unidade federada de origem.

Após tais colocações, apresentou novo demonstrativo de débito (fl. 106).

Requeru a procedência parcial da autuação.

Intimado para tomar conhecimento da informação prestada pelo fiscal autuante (fls. 125/126) a empresa manifesta-se (fls. 128/129).

Discorda do fiscal autuante quanto a não consideração da NF-e nº “8772, fls. 82/83”, já que a indicada na sua impugnação foi aquela de nº 8272, inclusive compondo a autuação fiscal. A de nº 8782, provavelmente, não foi encontrada.

Em assim sendo, apresenta os seus argumentos iniciais do retorno das mercadorias.

Por fim, reitera o argumentado nos demais pontos de sua impugnação que não foram acolhidos.

Requer, novamente, a improcedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, ressalto que quanto à insurgência do impugnante a respeito da produção de provas que os contribuintes devem realizar junto ao fisco, é discussão que extrapola os limites do presente processo administrativo fiscal já que a sua competência, órgão que integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, limita-se, em síntese, a julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária, obedecendo, por óbvio, aos devidos princípios constitucionais que norteiam o direito do País.

Assim, atos da fiscalização que o sujeito passivo entende extrapolar os limites legais e que não influenciam na decisão do lançamento realizado, e em lide, não possuem motivação para serem, neste momento, discutidos.

Em assim sendo, adentro a matéria posta.

A infração imputada ao sujeito passivo é que ele deixou, como adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil.

O autuado não abre lide quanto à natureza legal da infração. Porém apresenta matéria fática, que diz capaz de desconstituir o presente lançamento fiscal.

NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS CANCELADAS - diz que aquelas de nºs 2275, 2274 e 1105, foram canceladas, conforme documentos que apensou aos autos.

O autuante, após análise da documentação apresentada, constatou razão assistir a empresa, as excluindo da autuação.

RETORNO DE MERCADORIAS - NF-es nºs 289325, 8272, 10535, 141350 e 141352, diz não ter recebido as mercadorias, havendo os seus retornos, apresentando, igualmente, documentação.

O autuante concorda com a empresa, excluindo do demonstrativo de débito apresentado, as NF-es de nº 289325, 10535, 141350 e 141352 pelo fato de ter sido comprovada a devolução das referidas mercadorias (documentos de fls. 78/81 e 84/91).

Entretanto, diz não ter excluído a NF-e nº 8772 (fls. 82/83), pois ela não consta do levantamento fiscal, fato este contestado pela empresa, pois a sua defesa se referiu a NF-e nº 8272 e não à NF-e nº 8782. Afirma, ainda, de que a NF-e nº 8272 fez parte do levantamento fiscal.

Inicialmente, ressalto que de fato o autuante cometeu um equívoco ao indicar a NF-e de nº 8772 e não de nº 8272. Porém tal erro de digitação é bastante visível, pois ele indica a página do PAF onde existe a cópia do documento fiscal, ou seja, fl. 82. Lá a que consta é a de nº 8272.

Superada tal questão, passo a análise da documentação trazida pela empresa em relação à NF-e nº 8272.

À fl. 82, trouxe ele a cópia da NF-e nº 8272, emitida pela empresa Biofibra Indústria e Comércio Ltda em 10/12/2013, com chave de acesso nº 3513 1201 5828 9200 0149 5500 1000 0082 7210 0005 0039, pela aquisição de “tanque de lodo, mod 5.000” com valor total de R\$7.422,02.

À fl. 83, uma declaração da empresa Mérida Comércio de Equipamentos Ltda. acusando de que as mercadorias vendidas através da NF-e nº 8272 de 23/12/2013 foram devolvidas e que emitiu a NF-e de entrada nº 8494.

A fl. 84, trouxe, o impugnante, cópia da NF-e de entrada nº 8494. Emitida em 15/01/2014 para dar entrada no seu estabelecimento das mercadorias devolvidas, referente a NF-e nº 8272, da aquisição de um “gerador diesel Toyota 25KVA Trif 220-380v”, com valor total de R\$28.000,00.

Ou seja, embora com os mesmos números, são documentos fiscais distintos, emitidos por empresas diversas, com mercadorias e preços também diversos.

Porém como afirmou o impugnante de que a NF-e nº 8272 constou do levantamento fiscal, busquei no mês de dezembro de 2013 se ela assim se encontrava.

De fato lá consta a NF-e nº 8272 com chave de acesso nº 3513 1201 5828 9200 0149 5500 1000 0082 7210 0005 0039 a mesma apresentada pelo impugnante e gerada pela aquisição de um gerador diesel Toyota 25KVA Trif 220-380v”, no valor total de R\$28.000,00 (CD- fl. 29).

Assim, embora a NF-e nº 8272, trazida pelo impugnante aos autos não comprove o que alega, o próprio levantamento fiscal lhe dar lastro. Portanto, comprovado o retorno da mercadoria, esta NF-e deve ser excluída da autuação do mês de dezembro de 2013 com imposto de R\$840,00 (fl. 117).

ENTREGA FUTURA - diz que as NF-es nºs 1178, 1179 e 1185 foram emitidas com natureza de “remessa para entrega futura” e se relacionam ao DANFE nº 1002. Neste contexto, não há ICMS a ser exigido. O autuante acata a razão de defesa ao argumento de que tais documentos fiscais “se referirem a faturamento para entrega futura”.

Os artigos 377 e 338, do RICMS/12 dispõem:

Art. 337. Nas vendas para entrega futura poderá ser emitida nota fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87).

Art. 338. Na saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

I - como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na nota fiscal relativa ao faturamento, sendo que a base de cálculo será a prevista na legislação para este tipo de operação;

II - o destaque do ICMS, quando devido;

III - como natureza da operação, a expressão “Remessa - entrega futura”;

IV - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal relativa ao simples faturamento.

Analisando a operação realizada, consta que houve o faturamento antecipado das mercadorias através da NF-e nº 1002, no valor de R\$227.000,00, conforme dispõe o art. 337, do RICMS/12, ou seja, sem destaque do ICMS (fl. 95).

As mercadorias assim faturadas foram remetidas ao autuado através das NF-es nºs 1178, 1179 e 1185 (fls. 92/94), estando destacado nelas o ICMS e indicado, nas Informações Complementares, que se referiam às mercadorias da NF-e nº 1002. Em assim sendo, não são elas de simples faturamento e sim, operações da efetiva saída/entrega da mercadoria e nos documentos fiscais restou destacado o ICMS devido (tributação da operação), como dispõe o art. 338, do RICMS/12. Portanto os documentos fiscais não devem ser excluídos da autuação do mês de agosto de 2013.

SIMPLES REMESSAS - NF-e nº 1300, 1307 e 1310 são simples remessas e se relaciona aos DANFEs nºs 1274, 1262 (das duas últimas). Não há imposto a ser exigido.

O autuante não as excluiu do levantamento fiscal por se tratarem da efetiva saída/entrega das mercadorias anteriormente faturadas (fls. 96 a 100). Além da tributação das operações, as NF-es nº 1274 (fls 97) e 1262 (fls. 99) comprovam o Simples Faturamento, sem destaque do ICMS.

Conforme já exposto em relação às NF-es nº 1178, 1179 e 1185, e corretamente exposto pelo fiscal autuante, estes documentos fiscais devem permanecer no levantamento da auditoria realizada.

BRINDE - NF-es nºs 45020 e 859 - diz a empresa não existir imposto a ser exigido, situação que discorda o autuante.

Observe, por inicial, de que a NF-e nº 859 não faz parte do levantamento fiscal, após análise do levantamento constante do CD (fl.29), restando a de nº 45020, referente a agosto de 2013.

Neste caso, somente posso alinhar-me às considerações feitas pelo fiscal autuante, já que tributada normalmente e com base nas disposições do art. 388, do RICMS/12.

Diante de tudo ora exposto, com base no Demonstrativo de Débito apresentado pelo fiscal autuante á fl. 106 e feitas as modificações ora apresentadas, quais sejam:

1. O ICMS relativo ao mês de agosto de 2013 deve ser aquele originalmente exigido, ou seja, de R\$9.459,22.
2. O imposto relativo ao mês de dezembro de 2013 passa de R\$32.491,00 para R\$31.651,00 (R\$32.491,00 - R\$840,00),

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação no valor de R\$63.874,81, como a seguir indicado e com base naquele elaborado pelo fiscal quando de sua informação.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

MÊS	ICMS	MULTA (%)
out/12	7.472,05	60
jan/13	7.574,16	60
jun/13	3.670,97	60
ago/13	9.459,22	60
dez/13	31.651,00	60
mai/14	530,51	60
jul/14	3.516,90	60
TOTAL	63.874,81	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0015/15-2**, lavrado contra **MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.874,81**, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA