

A. I. Nº - 148714.3005/16-9
AUTUADO - POSTES NORDESTE S.A.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - INFAZ/INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.07.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-04/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO FISCAL PRÓPRIO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM PERCENTUAL SUPERIOR AO CONSUMIDO NA INDUSTRIALIZAÇÃO. Infração não contestada. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INFERIOR À PREVISTA. O contribuinte provou serem algumas empresas inscritas como contribuintes do imposto, na condição de comércio atacadista. Exclusão das respectivas notas fiscais. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de dezembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$34.364,51, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.03.11**. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, no total de R\$1.276,58, ocorrência constatada nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2013, e janeiro a novembro de 2014.

Infração 02. **02.01.02**. Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, referente à não escrituração da nota fiscal de saída de mercadorias 4287, com imposto no valor de R\$87,04.

Infração 03. **03.02.02**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, e de acordo com informação da autuante, decorrente de vendas a construtoras no estado de Sergipe, as quais, apesar de inscritas no cadastro de contribuintes daquele estado, não são considerados contribuintes, sendo cobrada a diferença de alíquotas de 12% para 17%, no montante de R\$ 33.000,89, para fatos verificados nos meses de junho a dezembro de 2012, janeiro a maio, julho e novembro de 2013, e maio de 2014.

A empresa autuada, por sua procuradora, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 98 a 101, onde, em relação à infração 01, reconhece o equívoco havido, salientando que já procedeu ao pagamento do seu débito com os acréscimos moratórios e multa, conforme evidencia a anexa guia de pagamento (DAE 1700548551, valor total R\$1.887,23), de maneira que sendo procedente a autuação e já tendo sido cumprida a contento a obrigação, deve ser julgado prejudicado este item da autuação.

Quanto à infração 02, da mesma forma reconhece ser a autuação pertinente, informando já ter efetuado o pagamento do débito com os acréscimos moratórios de multa e juros, através do DAE 1700548579, no valor total R\$127,56, razão pela qual deve também ser julgado prejudicado este item da autuação.

Para a infração 03, reconhece o débito somente para os contribuintes e seus clientes CONENGE-SC CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA, CNPJ. 75.554.030/0001-49, este no valor principal de R\$964,50

referente a nota fiscal 3362 de 15/04/2013 e PADRÃO ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA., CNPJ 13.175.997/0001-62, com valor principal de R\$538,85 referente a nota fiscal 4664 de 21/05/2014, tendo, da mesma maneira, recolhido através do DAE 1700548658, no valor total R\$2.190,21, tais parcelas.

Em relação aos contribuintes e clientes CONSTRUTORA ELOS ENGENHARIA LTDA, CNPJ 00.207.218/0012-74, Inscrição Estadual 27.134.604-3 e PRODUMAN ENGENHARIA S/A, CNPJ 00.860.705/0004-21, Inscrição Estadual 27.133.109-7, contesta os valores apurados e que estão sendo cobrados no Auto de Infração acima referenciado, pelos motivos a seguir descritos:

Aduz que tais empresas estão cadastradas na Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe como contribuintes e compradores e revendedores de mercadorias, e não somente como construtoras, de forma que a alíquota que foi destacada na venda de produtos para ambas no Estado de Sergipe, realmente deveria ser a de 12% (doze por cento) na operação interestadual, e não de 17% (dezessete por cento), alíquota interna, como alegado no Auto de Infração. Com efeito, se as duas empresas citadas possuem inscrição de contribuinte e de empresas voltadas ao desenvolvimento de atividade de comercialização de produtos, a alíquota que entende correta a ser adotada é sim a de 12% (doze por cento) para venda.

Fala estar anexando cópia de consulta feita junto ao SINTEGRA, da ficha de cadastro na SEFAZ/SERGIPE, através do cadastro centralizado de contribuintes, onde constam os percentuais correspondentes à atividade desempenhada, comprovando-se ainda as inscrições de ambas como contribuintes e empresas atuantes no comércio de produtos.

Além disso, também informa estar anexando planilha (Demonstrativo das Vendas a Construtoras) do Auto de Infração com as respectivas notas fiscais, para a hipótese de, caso se ache necessário, solicitar a comprovação de tais documentos, junto à SEFAZ/SE, além de outros documentos como livro fiscal de registro de entrada e saída, guias de pagamento do ICMS normal ou antecipado e notas fiscais de venda de mercadorias e/ou equipamentos das Empresas/Contribuintes que não lhe puderam ser fornecidos.

Após transcrever o teor do artigo 15, inciso II, da Lei 7.014/96, bem como a legislação pertinente à matéria no estado de Sergipe, requer seja julgado prejudicado o Auto de Infração no que tange as duas primeiras infrações, que já tiveram imposto e encargos devidamente pagos, sendo certo ainda que, de relação à infração 03, das empresas CONSTRUTORA ELOS ENGENHARIA LTDA. e PRODUMAN ENGENHARIA S/A, os débitos relativos às mesmas não procedem e merecem o cancelamento, por ser medida de direito e justiça.

Informação fiscal constante às fls. 179 e 180 esclarece ter o sujeito passivo reconhecido e pago as infrações 01 e 02, ao passo que em relação à infração 03, indica que foram efetuadas vendas a empresas construtoras no Estado de Sergipe onde as mesmas apesar de inscritas no cadastro de empresas não são consideradas contribuintes. Portanto, a alíquota correta deveria ter sido 17% e não 12%, sendo cobrada a diferença de 5%.

Fala que de acordo com a legislação do Estado de Sergipe no seu artigo 139 conforme explicitado no Parecer SEFAZ/SE (fls. 87 e 88) “*as sociedades que exploram a atividade econômica de construção civil não são consideradas contribuinte do ICMS, bem como os produtos adquiridos por tais sociedades não são destinados à comercialização ou à industrialização. Posto isso, ressalta-se que a afirmação retro epigrafada é firmada com base nas disposições encartadas no art. 139 do RICMS/SE*”.

No mesmo Parecer respondendo à pergunta (fl. 88): Quanto à venda para Construtora no estado de Sergipe, qual a tributação? E a resposta é claríssima:

“*Resposta: Como dito acima, as sociedades que exploram a atividade econômica de construção civil não são consideradas contribuintes do ICMS, bem como os produtos adquiridos por tais sociedades não são destinados à comercialização ou à industrialização. Então por tais razões, o tratamento tributário aplicável às vendas que a Consulente promover para as construtoras será o mesmo que é aplicado aos demais consumidores finais não contribuinte do ICMS*”.

Observa que verificando a Nota Fiscal 3352, o contribuinte efetuou a complementação de alíquota de 5% através da Nota Fiscal 3395 (fls. 72 e 73), e a Nota Fiscal 3354 na qual, de igual forma, foi feita a complementação de alíquota de 5% através da Nota Fiscal 3396 (fls.74 e 75), sendo que tal fato não se coaduna com as alegações defensivas, motivo pelo qual reitera o teor da autuação.

Constam às fls. 183 a 187 extratos de pagamento das parcelas reconhecidas.

Na sessão de julgamento, compareceram o advogado e preposto da empresa, tendo o primeiro realizado sustentação oral na qual foram reiterados os termos defensivos já postos.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa parcial por parte da autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Passo, pois, à análise do mérito, observando, inicialmente que, diante do fato das infrações 01 e 02 terem sido reconhecidas pelo sujeito passivo, inclusive com pagamento das parcelas lançadas, estão fora da lide, e tidas como procedentes.

Remanesce apenas discussão relativa à infração 03, onde a acusação é de recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, oportunidade na qual o contribuinte acata parte da acusação, e, mais uma vez, demonstrando extrema lealdade processual, reconhece parte da acusação, fazendo, a exemplo das infrações anteriores, o recolhimento da parcela que não contesta, e se insurgindo contra apenas as operações realizadas com dois clientes: Produman Engenharia S. A., e Construtora Elos Engenharia Ltda.

Trata-se, pois, de matéria que depende apenas e tão somente da prova material de que tais empresas, efetivamente, comercializam com mercadorias. E para tal conclusão necessário se faz a averiguação da efetiva prática de operações comerciais de vendas de mercadorias pelos mesmos.

Consultando o site da Receita Federal, se percebe que a empresa Produman Engenharia S. A, cujo estabelecimento filial possui o CNPJ 00.860.705/0004-21, se encontra ali inscrito, tendo como atividade principal, a de código 42.92-8-02, qual seja a de Obras de Montagem Industrial, entretanto, possui como atividade secundária, Comércio Atacadista de Equipamentos para Uso Industrial; partes e peças, código 46.63-0-00.

Já a empresa Construtora Elos Engenharia Ltda., CNPJ 00.207.218/0012-74, se encontra inscrita tendo como atividade principal, o código 42.92-8-02, qual seja, de Obras de montagem industrial, e como atividades secundárias, as de códigos 42.92-8-01 (Montagem de estruturas metálicas), 42.23-5-00, que vem a ser Construção de redes de transportes por dutos, exceto para água e esgoto, 71.12-0-00, (Serviços de engenharia), 41.20-4-00, que se reporta à atividade de Construção de edifícios, e 78.20-5-00, que é a Locação de mão-de-obra temporária.

Tais informações estão reforçadas pelos documentos acostados pela defesa às fls. 110 a 114, 115 a 118. Em relação à Construtora Elos Engenharia Ltda, o documento extraído do SINTEGRA

acostado às fls. 111 e 112, o qual transcreve as informações relativas ao cadastro existente junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, com data de consulta em 17 de fevereiro de 2017, indica ter a mesma como atividade secundária, o “comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente”, razão, inclusive pela qual se encontra inscrito, com regime de apuração de imposto normal (fls. 109 e 113), observando, inclusive, que os mesmos extratos do SINTEGRA foram acostados aos fólios pela autuante, só que de maneira incompleta (fls. 90 e 91), aparecendo apenas as informações concernentes às atividades principais exercidas pelos estabelecimentos referidos.

Logo, diante de tais elementos de prova, entendo premente a necessidade de exclusão das notas fiscais destinadas às mesmas, dos demonstrativos de fls. 22 e 23, 58 e 59, e 83 resultando em débito remanescente apenas para o mês de abril de 2013 e maio de 2014, o valor de R\$1.503,35, na infração 03.

Quanto às Notas Fiscais 3352 e 3354, nas quais o contribuinte efetuou a complementação de alíquota de 5% através das Notas Fiscais 3395 (fls. 72 e 73), e 3396 (fls. 74 e 75), esclareço que as mesmas se reportam a emissão por parte da empresa Conenge SC Construções e Engenharia Ltda., em relação às quais a autuada não se insurge, não sendo objeto da presente discussão.

Por estes motivos, julgo o feito procedente em parte, no valor de R\$2.866,97, e de acordo com a tabela abaixo, devendo as parcelas já recolhidas serem devidamente homologados pelo órgão competente.

Infração 01 R\$ 1.276,58

Infração 02 R\$ 87,04

Infração 03 R\$ 1.503,35

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 **1487143005/16-9** lavrado contra **POSTES NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.866,97**, acrescido da multa de 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos II, alínea “a”, III e VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais, devendo os valores já recolhidos serem devidamente homologados pelo órgão competente.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2017

CARLOS FÁBIO BABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA