



DECISÃO n.º: 254/2014 – COJUP
PAT n.º: 611/2014 – 7ª. URT (protocolo n.º. 113443/2014-1)
AUTUADA: V V C DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
ENDEREÇO: RUA VÉRCIO TORQUATO S/N, PRINCESINHA DO OESTE, PAU DOS FERROS – RN CEP: 59900-000
AUTUANTE: Francisco Edson de Medeiros Silva – Mat. 201.189-1
DENÚNCIAS: 1 – O atuado deixou de recolher ICMS antecipado lançado em extrato fiscal.
2 – O atuado deixou de apresentar livro fiscal obrigatório solicitado por intimação fiscal.

EMENTA: ICMS – Ausência de recolhimento do IMPOSTO antecipado e falta de apresentação de livro fiscal obrigatório.

Garantia do contraditório e da ampla defesa – Os princípios da busca e verdade material dos fatos e o da oportunidade ao recurso impulsionam, na seara administrativa, a análise dos autos – Contribuinte alega que parte da primeira ocorrência refere-se a operações canceladas e parte a operações de simples remessa, em que não há incidência do imposto. NFs confirmam alegações. Silêncio quanto à segunda equivale a confissão tácita, não instaurando litígio.– Denúncia que se confirma em parte.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

- O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário n.º. 00611/2014 – 7ª URT, lavrado em 12 de maio de 2014, a empresa acima qualificada teve contra si lavradas duas denúncias fiscais, quais sejam: 1. O atuado deixou de recolher ICMS antecipado lançado em extrato fiscal, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 inciso III, c/c Art. 130-A, Art. 131 e Art. 945, I, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97; e 2. O atuado deixou de apresentar livro fiscal obrigatório solicitado por intimação fiscal, conforme demonstrativo em anexo, com indicação de infração ao Art. 150, VIII, c/c Art. 150, XIX, todos do RICMS vigente;

Silvio Amorim de Barros
Julgador Fiscal *SB*



Ao total, está sendo exigido da atuada R\$ 102.132,87 (cento e dois mil, cento e trinta e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, e mais R\$ 102.232,87 (cento e dois mil, duzentos e trinta e dois reais e oitenta e sete centavos), a título de multa, totalizando o montante de R\$ 204.365,74 (duzentos e quatro mil, trezentos e sessenta e cinco reais e setenta e quatro centavos).

Apensos aos autos, dentre outros documentos temos: Cópia da Ordem de Serviço, Termo de Intimação Fiscal, Extrato Fiscal do Contribuinte, Consulta a Cadastro, Resumo das Ocorrências Fiscais, Demonstrativos das Ocorrências, Relatório Circunstanciado de Fiscalização, Termo de Ocorrência, Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais.

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

O atuado apresenta, em data de 17 de junho de 2014, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. de fls. 21 a 83), onde em síntese vem alegando:

1. Que os lançamentos de ICMS nas seis operações cujas notas fiscais são citadas na planilha 001 (fl. 22), teriam sido feitos com margem de valor agregado (MVA) de 30%, quando, conforme tabela de antecipação tributária, deveria ter sido utilizado MVA de 10%;
2. Que em relação às operações na planilha 002 (fl. 29), em um total de vinte e duas, os respectivos pedidos teriam sido cancelados por falta do produto, tendo sido emitidas notas fiscais de retorno;
3. Que as três operações relacionadas na planilha 003 (fl. 74), teriam a natureza de “remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiros”, cujas mercadorias teriam sido cedidas pela empresa Norsa Refrigerantes LTDA à atuada, em regime de comodato, caracterizando uma operação triangular;
4. Diante do exposto, solicita a alteração dos lançamentos referentes às operações relacionadas na planilha 001, utilizando MVA de 10% e, exclusão dos lançamentos referentes às operações relacionadas nas planilhas 002 e 003.



3. DA CONTESTAÇÃO

A autoridade fiscal responsável pela autuação se pronuncia em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. de fls. 86 a 90), argumentando em síntese:

1. Que não houve impugnação quanto à ocorrência nº 2 do Auto, referente à falta de apresentação de livro solicitado por intimação e quanto ao lançamento referente à operação de nota fiscal nº 147175;

2. Que pode-se verificar no Histórico da Situação Fiscal do Contribuinte, anexo a esta contestação, que o contribuinte, nas datas das operações e dos lançamentos, encontrava-se em situação fiscal de inadimplência com obrigações principais e/ou acessórias;

3. Que verificando as cópias das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte (fls. 23 a 28), nota-se a existência de mercadorias sujeitas a MVA diferentes; o MVA de 10%, alegado pelo contribuinte, seria aplicado apenas a parte das mercadorias constantes nas operações (sucos e achocolatados), conforme previsto no art. 946-B, I, "i", e vale apenas para quando o contribuinte estiver adimplente com suas obrigações fiscais principais e acessórias. No caso de refrigerantes e energéticos, por exemplo, o Art. 924, do RICMS/RN, prevê um MVA de 140%;

4. Não procede então o pedido em relação a esse pedido de alteração dos lançamentos referentes às operações contidas na planilha 001;

5. Que em relação à planilha 002, verifica-se a regularidade e a conformidade dos documentos apresentados, constatando-se não ser devido ICMS nessas operações, por tratar-se de operações de retorno;

6. Que em relação a planilha 003, as operações tiveram, efetivamente, natureza de "remessa por conta e ordem de terceiros" de bens cedidos em regime de comodato, logo, de acordo com Art. 3º, XIII, do RICMS/RN, não incide ICMS sobre essas operações;

7. Diante do exposto, requer a manutenção parcial das ocorrências constantes do auto de infração 611/2014, devendo ser mantida, em sua integralidade, a ocorrência nº 02 e alterando-se a ocorrência nº 01, que deverá ficar no valor nominal total de R\$ 27.702,38 (vinte e sete mil, setecentos e dois reais e trinta e oito centavos), sendo R\$



13.851,19 (treze mil, oitocentos e cinquenta e um reais e dezenove centavos) de ICMS e o mesmo valor de multa, acrescido da multa de R\$ 100,00 da segunda ocorrência.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 84, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo conhecimento da defesa carreada aos autos eis que atende aos requisitos mínimos de admissibilidade. Ademais, impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, e em prestígio ao direito de recurso, dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial com a consequente prolação da decisão de mérito.

DO EXAME PRELIMINAR

Em sede preambular, antecedendo-se ao mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais afetos ao tema.

Com base no **Art. 84 do PAT**, “não se instaura o litígio em relação à matéria que não tenha sido expressamente impugnada ou não questionada na impugnação”.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição das denúncias refletem com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, sendo a específica para as hipóteses que se apresentam.

Demais disso, o presente lançamento se aperfeiçoou dentro do lustro decadencial, conforme se depreende dos próprios autos.

3 – O MÉRITO

Foi o contribuinte atuado por duas ocorrências, falta de recolhimento do ICMS antecipado, e falta de apresentação de livro fiscal obrigatório, no caso o Livro de



Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência. Sobre essa segunda ocorrência, houve o silêncio por parte do contribuinte, constando dos autos, à fl. 04, o regular Termo de Intimação Fiscal.

Pelo que, então inicialmente entende-se pela manutenção dessa ocorrência, pelo fato de a ausência de impugnação ser equivalente a uma confissão tácita, nos termos do artigo 84 do Decreto 13.796/98:

ART. 84. NÃO SE INSTAURA O LITÍGIO EM RELAÇÃO À MATÉRIA QUE NÃO TENHA SIDO EXPRESSAMENTE IMPUGNADA OU NÃO QUESTIONADA NA IMPUGNAÇÃO

Com relação a parte da primeira ocorrência, alega o contribuinte inicialmente que na planilha denominada 01, rol elencado à fl. 22, em que constam seis notas fiscais, números 392368, 440346, 451860, 451861, 457461 e 457989, anexadas às fls. 23 a 28, teria sido aplicada alíquota de ICMS com MVA (percentual de agregação) de 30% (trinta por cento), quando o correto seria 10% (dez por cento).

Ocorre que o Extrato Fiscal do Contribuinte, documento de fl. 06, informa que havia, no período em questão, diversas pendências, relativas a obrigações principais e/ou acessórias, o que faz com que a situação do autuado, relativamente às operações, o inclua no percentual de agregação estipulado no artigo 947 do RICMS/RN, a saber:

Art. 947. Para efeito do cálculo do ICMS antecipado nas operações internas ou interestaduais destinadas a contribuintes nas condições a seguir enumeradas, toma-se como referência o valor da operação, acrescido da despesa de frete, quaisquer outros impostos, taxas, contribuições ou despesas acessórias, se for o caso, e do percentual de 30% (trinta por cento). (NR dada pelo Decreto 21.554, de 02/03/2010)

...
II- que estejam inadimplentes com suas obrigações principais ou acessórias;

Além do que, como ressalva ainda o autuante em sua contestação à impugnação, à fl. 89, quanto às nota fiscais constantes da referida planilha, estas acobertam operações sujeitas a percentuais de agregação diversos, sendo os 10% (dez por cento) apenas para sucos e achocolatados, segundo art. 946, I, "i", do RICMS/RN, enquanto para refrigerantes e energéticos (como por exemplo os produtos Powered ou Burn), há um percentual de agregação de 140% (cento e quarenta por cento), conforme previsão do art. 924 do mesmo RICMS/RN mencionado, a saber:



Art. 924. *No caso de não haver preço máximo de venda a varejo, fixado nos termos do artigo anterior, o imposto retido pelo contribuinte substituto é calculado da seguinte maneira:*

I- *ao valor total da Nota Fiscal é adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais:*

...

b) *refrigerante, 140%(cento e quarenta por cento);*

...

e) *bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas), 140% (cento e quarenta por cento); (AC pelo Dec. 17.375, de 02/03/2004, com efeitos a partir de 01/04/2004)*

f) *bebidas energéticas, 140% (cento e quarenta por cento); (AC pelo Dec. 17.375, de 02/03/2004, com efeitos a partir de 01/04/2004)*

A seguir, afirma o defendente, que as operações constantes de um levantamento denominado por ele "Planilha 002", juntado à fl. 29, com diversas operações realizadas entre 23/05/2013 e 05/02/2014, referem-se a "pedidos que foram cancelados por falta de produtos e emitidas notas fiscais de retorno", sendo canceladas as operações.

A legislação relativa a notas fiscais eletrônicas prevê que pode ser feito o cancelamento da própria nota fiscal, quando a operação não se realizar, estipulando para tanto o prazo máximo de 24 (vinte quatro horas). Assim, se as operações não se realizaram por cancelamento devido à falta do produto, como alegado, entende-se que deveriam ter ocorrido o cancelamento das próprias notas fiscais, caminho que seria o natural, em caso de evento que leve à não ocorrência das operações.

A emissão de notas fiscais de retorno, para cancelamento das operações, conforme arguido pelo defendente, entende-se, deveria ser feita pelo destinatário, já que tratam-se, como o próprio nome "retorno" evoca, em caso, por exemplo, de que as mercadorias fornecidas estivessem em desacordo com os pedidos. No presente caso, se os pedidos foram cancelados antes de qualquer saída, não se deveria falar em retorno, já que não teriam ocorrido as saídas.

Mesmo assim, e embora os "retornos", constantes das notas fiscais emitidas como "Retorno de Mercadorias não entregues", à exceção da NFe 272.235, de fl. 30, emitida em 23/05/2013, cujo "retorno" ocorreu apenas dia 03/06/2013, estivessem dentro do prazo regulamentar para o simples cancelamento das notas fiscais originais das operações cujas saídas não se verificaram, e que nos parece seria o caminho mais natural para a solução do caso, acata-se, em nome do princípio que sujeita à interpretação mais benigna ao contribuinte, em caso de dúvida, as notas fiscais de entrada, emitidas, supõem-se, para regularização do estoque da empresa, quanto às saídas que não teriam se realizado.



Pelo que, devem ser excluídas da primeira ocorrência essas 22 operações, constantes da planilha 002, documento de fl. 29, conforme notas fiscais juntadas às fls. 30 a 73 dos autos.

Há ainda, por parte do defendente, uma última ressalva quanto ao lançamento dessa primeira ocorrência, evocada pelo defendente, com relação a três operações, notas fiscais números 51110, 51598 e 51864, respectivamente emitidas nos dias 04, 11 e 17, todas de junho de 2013, em relação denominada Planilha 003, juntada à fl. 74, que seriam meras operações de remessa de mercadorias, por conta e ordem de terceiros, sobre as quais não deve haver incidência de imposto.

Às fls. 75 a 83, foram juntadas as notas fiscais originais das operações, as originais, de “venda prod. Estab. Entr. Dest. Conta e ordem adquirente”, evidenciando tratar-se de venda para entrega futura, e as correspondentes operações de “remessa”, como a NF-e número 51110, constante no demonstrativo da ocorrência, à fl. 11, e que gerou ainda operação de “comodato”, NF-e 50942, a remessa da NF-e 51598, também constante do demonstrativo de fl. 11, geradora ainda da operação de comodato da NFe 69551, e a remessa da NFe 51864, também incluída na ocorrência, e geradora da NF de comodato número 69886.

Pelo que, considera-se que a cobrança do imposto relativamente a essas operações não deveria ter sido lançado, tendo sido feita por engano, face à não incidência estipulada pelo RICMS/RN:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

...

XIII- saída ou fornecimento de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (empréstimo), locação ou arrendamento mercantil ("leasing"), bem como o respectivo retorno;

De tal modo que, mantendo-se válido o demonstrativo original da segunda ocorrência, documento de fl. 14, reputa-se como válido também o novo demonstrativo da primeira ocorrência, juntado à fl. 96, elaborado após a correção de ofício, com a eliminação dos “retornos” das operações não realizadas e a das que computam não incidência do tributo, conforme acima mencionado.

A DECISÃO



Pelo acima exposto e por mais que do processo consta, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração lavrado contra V V C DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA, para impor a autuada a pena de multa de R\$ 13.951,19 (treze mil, novecentos e cinquenta e um reais e dezenove centavos), além do ICMS devido, de R\$ 13.851,19 (treze mil, oitocentos e cinquenta e um reais e dezenove centavos), totalizando o montante de R\$ 27.802,38 (vinte e sete mil, oitocentos e dois reais e trinta e oito centavos), além dos devidos acréscimos legais.

REMETO os autos à 7ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis, e **RECORRO** desta decisão ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais, por força do artigo 114 do Decreto 13.796/98.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 08 de setembro de 2014.

Sílvio Amorim de Barros

Julgador Fiscal, AFTE-5, Mat.151.238-2