

**PROCESSO** - A. I. N° 206855.0008/05-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - GDK S.A  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAS ATACADO  
**INTERNET** - 14/07/2009

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0195-12/09

**EMENTA:** ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. Representação proposta de acordo com o art. 119, § 1º c/c §2º, do art. 136, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarado improcedente o lançamento de ofício tendo em vista que as mercadorias não se destinavam à comercialização, motivo pelo qual é inaplicável a antecipação parcial do ICMS. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, através do procurador assistente José Augusto Martins Junior, representa a este Conselho de Fazenda para que seja declarada a Improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

A autuação imputa ao sujeito passivo a acusação de que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, no exercício de 2004.

Inconformado, o autuado apresentou sua irresignação, alegando não ser contribuinte do ICMS no presente caso, vez que as mercadorias arroladas no lançamento se vincularam, integralmente, à execução de serviços de empreitada contratados pela Petrobrás, não sendo objeto de futura comercialização, não se aplicando, portanto, a antecipação parcial.

Em sua representação, argumenta o ilustre procurador que no caso vertente estamos diante de uma virtual hipótese de contribuinte que realiza operações mistas, ou seja, operações de compra de mercadorias acopladas a uma posterior prestação de serviços, no caso concreto, uma suposta atividade de empreitada. Em casos assim, diz o procurador, é preciso firmar qual a atividade preponderante, de forma a caracterizar o contribuinte do ISSQN (empreitada) ou do ICMS; nesse diapasão trafegou o opinativo da DITRI, manifestando-se ao final, que os materiais fornecidos pela GDK são destinados à execução de contrato firmado com a PETROBRAS e não se submeteriam ao regime de antecipação parcial, por não serem objeto de comercialização.

Prosseguindo, destaca a PGE/PROFIS em seu Parecer:

1. verifica-se, à saciedade, que os documentos acostados às fls. 111/216, especificamente as planilhas de preço do contrato, emitidas pela PETROBRAS, desnudam a efetiva circulação dos bens adquiridos pelo autuado, em razão de sua imanente atuação como prestadora de serviços de empreitada;
2. outrossim, a vinculação das mercadorias descritas no lançamento e as mercadorias objeto do contrato de empreitada, coaduna-se perfeitamente com o objeto social da empresa;
3. o simples fato da aposição no contrato social de delimitado objeto social não tem o condão de transformar toda e qualquer atividade do autuado como prestação de serviços com entrega de mercadorias; contudo, resta clara a natureza mista das atividades do autuado, devidamente sedimentada pelos boletins de medição emitidos pela PETROBRAS;

4. configura-se absolutamente improcedente a imputação descrita no lançamento; contudo, se não bastasse as evidências acima descritas, encontra-se desvelado nos autos inequívoco vício procedural que contamina totalmente o lançamento, uma vez que não existia, na época da autuação, efetiva condição de procedibilidade para o ato de lançamento, tendo em vista que o sujeito passivo da relação obrigacional se encontrava sob efeito de consulta tributária, manejada antes da lavratura do auto, impossibilitando o fisco de constituir crédito tributário por intermédio de lançamento de ofício, ainda mais quando a orientação se traduz em posicionamento favorável ao conselente; a Decisão definitiva da Administração à consulta fiscal produz efeito preclusivo ou irretratabilidade para o Fisco-Administração;

## VOTO

Vê-se nesse processo um flagrante erro procedural, já que o Auto de Infração foi lavrado após uma consulta favorável ao contribuinte.

Como a análise do mérito favorece ao contribuinte, concordo com a PGE/PROFIS que restou comprovado que as mercadorias não estavam sujeitas ao regime do ICMS, por não serem objeto de comercialização, não se aplicando, portanto, a antecipação parcial, pelo que é improcedente a autuação.

O CONSEF já se pronunciou algumas vezes em situação semelhante, inclusive em autuação contra a própria empresa, conforme a Decisão JJF nº 0088-04/06.

Em face do exposto, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS para determinar o cancelamento do Auto de Infração, por ser IMPROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2009.

TOLSTOI SERARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS