

A. I. N° - 278937.0001/09-2
AUTUADO - JOTAMAR COMÉRCIO DE PEÇAS E TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.
AUTUANTE - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET 16.12.2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0358-05/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Fato não impugnado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não contestadas. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO. Constatado que a empresa desenvolve atividade mista e presta serviços de transporte intramunicipal, não cabe a exigência fiscal. Infração descaracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/03/2009, exige ICMS, no valor de R\$ 67.826,60, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Registro da Apuração de ICMS. ICMS no valor de R\$68,00 e multa de 60%.
2. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa no valor de R\$ 100,00.
3. Falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 10.458,60 e multa de 70%.
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$57.200,00 multa no valor de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 847 a 849, com base nos seguintes argumentos:

Afirma que recolheu a menor o ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS, inclusive já recolheu o valor de R\$ 68,00.

Assume que houve omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, pagando o valor de R\$ 100,00.

Também reconhece que não efetuou o pagamento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, recolhendo o valor de R\$ 10.458,60 através de parcelamento.

Discorda da autuação no que diz respeito à alegação de que a empresa autuada deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Afirma que tal alegação não serve como fundamento para o auto de infração ora impugnado, pois o fato gerador do imposto existiu com a saída da mercadoria do estado de origem, conforme dispõe o art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 406/68.

Alega que o Auto de Infração é nulo neste particular, fato que demonstra a insubsistência da infração ora impugnada. Transcreve jurisprudências a esse respeito.

Ressalta que ocorreu o fato gerador do ICMS na emissão do pedido onde foi efetivamente faturado, ou seja, onde ocorreu a saída da mercadoria destinada ao consumidor ora notificado, não importando se a mercadoria ingressou em estado diferente da origem.

Requer a improcedência do Auto de Infração, e ainda que não haja condenação ao pagamento de R\$57.200,00, pois recolheu o ICMS no ato da saída da mercadoria junto ao fornecedor, devendo o auto de infração ser cancelado.

O autuante presta informação fiscal, à fls. 869 e 870, afirmando que a defesa apresentada é totalmente insubstancial por vários motivos:

Que a tributação normal do ICMS ocorre parte no estado de origem e parte no estado de destino, sendo responsáveis pelo seu pagamento, na medida de suas responsabilidades tanto o remetente quanto o destinatário.

Que a mercadoria adquirida pelo autuado, ônibus rodoviário, não é objeto de convênio, não devendo a empresa remetente proceder à substituição do ICMS referente à transação.

Afirma que o autuado é contribuinte do ICMS, pois procede à comercialização de peças automotivas, estando correto o destaque do ICMS de 7% quando da saída de mercadoria da região sul para o nordeste. Caso fosse exclusivamente prestador de serviço deveria ter informado à empresa remetente, para que a mesma tributasse integralmente, com carga tributária de 12%.

Esclarece que o autuado não comercializa ônibus, apenas incorpora-os ao seu ativo para a prestação de serviço de transporte de passageiros de forma continuada, como é prova cópias do contrato da Jotamar com a INB - Industrias Nucleares Brasil, pg. 871 a 895 e do livro de Entrada, p. 896 a 898, no qual o mesmo registra as entradas com CFOP 2551 – compra de bem para o ativo imobilizado.

Aduz que a mercadoria foi registrada como destinada ao seu ativo imobilizado e a empresa não recolheu o ICMS referente a diferença de alíquota, pretendendo, com isto, escapar de qualquer forma da tributação.

Dessa forma, solicita o julgamento da procedência total da autuação.

VOTO

No mérito, o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 1, 2 e 3, ficando mantidas.

Impugna a infração 4, sob o argumento de que não teria imposto a pagar haja vista que ocorreu o fato gerador do ICMS na emissão do pedido, onde foi efetivamente faturado, ou seja, onde ocorreu a saída da mercadoria destinada ao consumidor ora notificado, não importando se a

mercadoria ingressou em estado diferente da origem. Assim, teria recolhido o ICMS no ato da saída da mercadoria junto ao fornecedor, devendo o auto de infração ser cancelado.

Verifico que consta no corpo do Auto de Infração que “*Foi identificado ainda que a empresa possui atividade mista, comercializando peças automotivas e prestando serviços de reparos e transporte intermunicipal, motivo, pelo qual, por se tratar de hipótese de vedação do crédito fiscal, prevista no art. 97, I, “a”, a empresa corretamente não se creditou do ICMS de 7%, destacado nas notas fiscais de aquisição e que deram origem à autuação sobre a diferença de alíquota não recolhida*”.

Constatando desse modo, que a empresa desenvolve a atividade mista de transporte intramunicipal e de comercialização de peças automotivas, e neste caso, as prestações de serviço de transporte que executa não estão sujeitas à incidência do ICMS, que tem como fato gerador a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via ou meio, inclusive gasoduto, oleoduto e aqueduto, de pessoas, bens, mercadorias ou valores.

Outrossim não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas, consoante art. 7º, I, do RICMS/97.

Também não incide o ICMS na ocorrência de transporte, nas demais situações em que a execução do transporte não configure o fato gerador do imposto.

Trata-se das aquisições de caminhões, cujas notas fiscais estão discriminadas no demonstrativo de fl. 09, provenientes dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, que apesar de ter destaque de alíquota de 7%, deveria ter vindo com a alíquota cheia no Estado de origem.

Diante do exposto, voto pela improcedência da infração nº 4.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278937.0001/09-2, lavrado contra **JOTAMAR COMÉRCIO DE PEÇAS E TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.526,60**, acrescido das multas de 60% no valor de R\$68,00 e 70% no valor de R\$10.458,60, previstas no art. 42, incisos II, “b”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa, por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no inciso, XXII, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR