

PROCESSO - A. I. Nº 278937.0001/09-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JOTAMAR COMÉRCIO DE PEÇAS E TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.
RECORRIDOS - JOTAMAR COMÉRCIO DE PEÇAS E TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0358-05/09
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-11/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DOCUMENTOS 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 reconhecidas e pagas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO. O autuado desenvolve atividade mista e presta serviços de transporte intramunicipal, não cabendo a exigência fiscal. Infração improcedente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0358-05/09 -, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos 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, conseqüentemente, 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. Deixar 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 e r

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 847/849), reconhecendo como procedentes as infrações identificadas como 1, 2 e 3 e contestando a infração 4, argumentando, basicamente, a insubsistência da imputação, visto que 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.

O autuante prestou as informações de praxe, às fls. 869/870, contestando a tese defensiva e solicitando o julgamento pela procedência total da autuação.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, observou que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 1, 2 e 3, ficando, portanto, mantidos os lançamentos a elas correlatos.

Em seguida, passou a analisar o mérito da infração 4, a qual cobra do contribuinte o recolhimento da diferença de alíquota interestadual, decorrente de aquisição de mercadoria destinada ao seu ativo fixo.

Assinalou a JJF tópico constante do Auto de Infração, segundo o qual: *“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”*.

Assim, restou positivado que a empresa desenvolve 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.

Ressaltou, ainda, não ser 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.

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

Nesse quadro factível, decidiu a JJF que, tratando-se de aquisições de caminhões, provenientes dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul (notas fiscais discriminadas no demonstrativo de fl. 09), apesar de constar o destaque da alíquota de 7%, deveria ter vindo com a alíquota cheia no Estado de origem, daí decidindo pela improcedência da infração nº 4.

Considerando a Procedência Parcial do Auto de Infração, em face da circunstância da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No ensejo da formalização do Recurso Voluntário (fls. 916 a 917), o sujeito passivo arguiu que, ao ingressar com a impugnação do Auto, admitiu a procedência das infrações elencadas nos itens 1, 2 e 3, tendo recolhido, de imediato, os valores pertinentes às infrações 1 e 2 e requerido o parcelamento daquela outro correlato à infração 3, já deferido e devidamente quitado, acarretando, portanto, a extinção do auto de infração em relação aos itens citados.

Ainda destacou que a autuada somente impugnou o auto de infração no que se refere ao item 4, tendo obtido êxito, tanto que acolhida a defesa pela autoridade fazendária.

Finalizou, postulando o provimento recursal, extinguindo o auto de infração, uma vez que foram cumpridas todas as obrigações principais e acessórias decorrentes legais.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 936 a 937), enfatizando a ausência dos requisitos inerentes a um recurso propriamente dito, porquanto o contribuinte não teve qualquer prejuízo com a decisão da 1ª Instância administrativa, e limitou-se a requerer a extinção do processo com base no pagamento das infrações 1, 2, e 3, por entender que o pagamento tem o condão de inviabilizar a interposição de recurso e de encerrar a lide administrativa.

Concludentemente, opinou pela extinção do crédito e do processo administrativo fiscal, em consonância com os termos do art. 122, I, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício, por ter a JJF exonerado, o sujeito passivo do débito em relação à infração 4, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, e Voluntário, este reportando-se às increpações de nºs 1, 2, 3 do Auto de Infração em comento, objetivando a sua extinção.

Analizando, em primeiro plano, o Recurso Voluntário, constato se encontrar ausente o requisito necessário para a interposição do recurso, visto que o contribuinte, antes mesmo de apresentar a peça defensiva da 1ª Instância, reconheceu e recolheu os valores relativos às imputações fiscais 1, 2 (em parcela única) e 3 (parceladamente), conforme certificam os documentos residentes nos autos.

O pagamento do débito, como cediço, é ato incompatível com o instituto do recurso, na medida em que este se traduz no inconformismo da imputação, enquanto a quitação na concordância, o que desautoriza se hostilizar a decisão administrativa, a qual, inclusive, ensejou a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Em tal circunstância, nada mais há para discutir nesta instância administrativa, devendo ser confirmado o crédito tributário e, posteriormente, declarada a extinção do processo administrativo fiscal, daí porque julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário formalizado.

Em seguida, examinando o Recurso de Ofício, que diz respeito à infração 4, onde se exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, imputação julgada improcedente pela JJF.

Do cuidadoso estudo da procedimentalidade, constato que, na realidade, a Decisão recorrida se apresenta incensurável, na medida em que, conforme minuciosamente descrito no Relatório, o sujeito passivo demonstrou exercer a atividade de prestação de serviço de transporte intramunicipal na qualidade de contratado pela INB - Indústrias Nucleares Brasil (fls. 871 a 895), portanto, como contribuinte apenas do ISSQN, não sendo, consequentemente, as mercadorias adquiridas destinadas à comercialização, mas para uso nas prestações de serviço.

Válida se apresenta a rememoração da legislação estadual no ponto que dispõe sobre as aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço, ou seja, no art. 7º, I, e/ou aquisição para ativo permanente, retratada no art. 7º, IV do RICMS/97, *verbis*:

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I - 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;

(.....)

IV - nas aquisições de bens do ativo permanente, a partir de 01/11/96, e de bens de uso e materiais de consumo, a partir de 01/01/2011, efetuadas por (Lei Complementar nº 87/96):

Com efeito, na espécie concreta, não se pode imputar ao contribuinte quando, à luz da legislação pertinente, não resta sombra de dúvida da diferença de alíquota, nas compras de bens do ativo fixo da e

ligados às atividades de transporte, como também não incide ICMS na prestação de serviço de transporte desenvolvida pelo sujeito passivo.

De todo o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício advindo da 5ª JF, ratificada a Decisão de 1º grau, por se encontrar em estrita obediência aos ditames legais, e julgo **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado, devendo os autos ser remetidos ao setor competente, objetivando a homologação do pagamento efetuado e, após, extinto o crédito tributário e, em consequência, arquivado o processo administrativo fiscal, desde que constatado o pagamento integral.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 278937.0001/09-2, lavrado contra **JOTAMAR COMÉRCIO DE PEÇAS E TRANSPORTES RODOVIÁRIO LTDA.**, devendo ser cientificado o recorrente desta Decisão e encaminhados os autos à repartição de origem para fim de homologação dos valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS