

**A. I. Nº** - 206941.0004/03-9  
**AUTUADO** - AGRO INDUSTRIAL ITUBERÁ LTDA.  
**AUTUANTE** - CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 01.07.2003

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0230/01-03**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTES EFETUADOS POR AUTÔNOMOS. FALTA DE RETENÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os contratos apresentados pelo autuado comprovam se tratar de prestação de serviços, e não, serviços de locação ou arrendamento, uma vez que não existe a posse continua do bem, principal requisito para a caracterização da existência da figura da locação. Infração não elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO E ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos descaber parte da exigência fiscal, por se tratar de aquisição de bens com mais de dois anos de uso, com não incidência de imposto. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/03, exige ICMS no valor de R\$20.524.87, pelas seguintes irregularidades:

- 1) deixou de proceder a retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, no período de fevereiro/98 a dezembro/99, no valor de R\$20.524,87;
- 2) deixou de recolher o imposto decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho/01 e dezembro/02, no total de R\$2.829,00.

O autuado, às fls.71 a 74, apresentou defesa alegando que o autuante lavrou o Auto de Infração contrariando o art. 644 combinado com o art. 8º do RICMS/97. Que possui quatro caminhões arrendados com seus devidos contratos e o pagamento do arrendamento é apurado em quilos transportados, podendo ter seus valores reajustados dependendo do acerto no final de cada mês e que a CONAB só aceita se transcrito no recibo RPA – Recibo de Pagamento a Autônomo, em paralelo com os recibos de arrendamento devidamente assinado, logo, os caminhões ficam enquadrados como transporte próprio e ao passar pelos postos de fiscalização é apresentado o contrato de arrendamento por ser locado/arrendado e quando da empresa é apresentado o DUT – Documento Único de Trânsito (transcreveu o § 3º do art. 644 do RICMS/97).

Na infração 02, diz contrariar o art. 7º do RICMS/97. A nota fiscal nº 1162, de 19/06/01 se trata de bens adquiridos de microempresa e a nota fiscal nº 6878, de 27/11/02, adquirido de empresa com

regime normal de apuração, ambas sem incidência do imposto. Foi lançada na coluna “outras” a nota fiscal 1162 e na coluna “isentas” a nota fiscal 6878, no livro fiscal.

Argumentou não ter usado nenhum crédito e que o art. 7º, I, “e”, do RICMS/97, não é devido pagamento da diferença de alíquotas nas situações em que as operações de remessa foram realizadas com não incidência do imposto ou isenção.

O autuante, às fls. 205 a 207, informou que o próprio autuado declara na cláusula I do “contrato” de locação que o veículo poderia ser qualquer um pertencente ao locador. Assim, tal cláusula descaracteriza o instituto da locação prevista no § 3º do art. 644 do RICMS/97.

Esclareceu que no contrato consta que qualquer veículo de propriedade do locatário poderá ser utilizado na prestação de serviços de transporte de suas cargas para qualquer localidade do território nacional, não existindo locação, e sim, prestação de serviços de transporte de carga.

Também, considerou, o autuante, como fato relevante a forma de remuneração do “contrato” de locação que se baseia na quantidade de mercadoria transportada, tendo em vista que o instituto de locação tem como fundamento jurídico o decurso de tempo, mecanismo previsto no regulamento, inclusive exigindo a posse contínua do bem.

No citado contrato, a forma de pagamento se dá pela quantidade de mercadoria transportada, fato que demonstra uma divisibilidade das prestações e possibilita a cobrança por viagem executada, contrariando o RICMS/BA.

Na infração 02, esclareceu que não se trata de crédito indevido, e sim, cobrança pelo não recolhimento da diferença de alíquotas. Se o remetente tem benefício fiscal, a exemplo de microempresa, mesmo assim, o adquirente deve fazer a complementação tomando por base a alíquota do Estado de origem.

Informou que o autuado não questionou os demonstrativos nem os valores levantados. Manteve a autuação.

## VOTO

Os argumentos defensivos são de que existem contratos de locação/arrendamento dos caminhões utilizados nos serviços de transportes de seus produtos, quando comercializados. Porém, analisando os contratos anexados pelo impugnante, vê-se claramente que se trata de contrato de prestação de serviços de transporte, e não, de locação, senão vejamos:

O § 3º do art. 644 do RICMS/97 dá a definição do que seja transporte de mercadorias efetuado em veículo próprio, estabelecendo as seguintes hipóteses:

- a) o contribuinte detenha a propriedade plena do veículo, comprovada com a apresentação do Documento Único de Trânsito – DUT ou,
- b) veículo locado ou arrendado – aquele em que o locatário tenha a *posse contínua* do veículo e possa utilizá-lo, como próprio, durante a vigência do contrato.

No entanto, verifico que tal situação não ocorre em nenhum dos contratos apresentados pelo sujeito passivo para a caracterização de “locação”, já que inexistente a característica principal e fundamental para a condição de locatário dos caminhões que serviram de meios para o transporte de seus produtos, qual seja o de posse contínua do bem, já que nos referidos contratos, na sua cláusula IV, a forma de pagamento dos serviços prestados é tomada como base a quantidade de quilos transportados e dos carregos e descarregos dos caminhões nos destinos, configurando, sem a menor sombra de dúvida, a figura da prestação de serviços de transporte.

Ainda, na cláusula I dos contratos assinados entre o contribuinte autuado e os proprietários dos caminhões, consta a identificação do caminhão que fará o transporte das cargas, observando que poderá o transportador efetuar o serviço de transporte em qualquer outro veículo de sua propriedade, provando a inexistência de posse continua do bem.

Na cláusula III, não existe prazo determinado para vigência dos contratos, fato que também descaracteriza a condição de locação dos caminhões.

A figura do arrendamento ou locação se dá mediante contrato firmado entre as partes, estabelecendo basicamente o seguinte: a finalidade de uso do bem, no caso, o caminhão para transporte de seus produtos, carga e descarga no destino; o prazo contratual, estipulando a data do início e do final do prazo da locação; o valor fixado pelo bem locado, ou seja, a forma de pagamento pela locação; a condição de posse continua do bem. Porém, como dito anteriormente, os contratos apresentados se revelam como sendo de prestação de serviços de transportes prestados por transportador autônomo, onde ficam estipuladas as finalidades dos serviços, os preços por quilos transportados (dentro e fora do Estado), ou por cargas ou descargas nos locais de destinos dos bens transportados.

Assim, comprovada a realização de prestação de serviços de transportes efetuada por transportador autônomo onde o remetente é o contratante dos serviços. Neste caso, este figura como sujeito passivo por substituição e deveria ter observado o que dispõe o art. 644, III, “a” e Parágrafo único, II, do RICMS/97, no caso de operação por preço FOB ou o disposto no art. 646, III, “a” ou “b”, e Parágrafo único, do RICMS/97, no caso de operação por preço CIF.

O RICMS/97, no seu art. 380, I, “a”, estabelece a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, ao remetente das mercadorias, na condição de contratante do serviço de transporte prestado por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais.

Acertado o procedimento do autuante ao efetuar o lançamento tributário, exigindo do sujeito passivo o ICMS, no valor de R\$ 20.524,87, por falta de retenção e recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo as prestações de serviços de transporte efetuadas por autônomo, sendo o autuado o contratante do serviço.

No tocante a infração 02 – foi exigida diferença de alíquotas em relação à nota fiscal nº 001162 (fl. 198). Verifico dos autos que o documento acima referido se trata de aquisição de material de uso e consumo, vez que se refere a aquisição de peças e partes utilizadas em veículos ( par de cilindro – par de pinhões – mancal – acoplamento 1060 e retentores). Na nota fiscal emitida em 19/06/01, pela empresa Makintec – Ind. e Com, de Máquinas Ltda., localizada em São Paulo, consta destaque do ICMS no referido documento. Não se trata, como alegou o defendente de aquisição de produto com isenção ou não incidência do imposto, devendo, portanto, ser mantida a exigência do tributo, no valor de R\$1.329,00, conforme determina o art. 5º, I e art. 69, Parágrafo único, I, “a”, todos do RICMS/97, que tratam da ocorrência do fato gerador, na entrada de bens destinados a consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento e da sua base de cálculo.

Já a nota fiscal nº 006878, de 27/11/02, esta se refere a aquisição de ativo imobilizado com mais de dois anos de uso, sendo isento de tributação no Estado de origem.

Entendeu, o autuante, que na entrada no estabelecimento do produto (bem do ativo fixo usado), deveria ser exigida a diferença de alíquota, mesmo não tendo o destaque do imposto no Estado de origem. No entanto, a alínea “a” do inciso I do parágrafo único do art. 69 do RICMS/97, nos casos de aquisições onde não constar o destaque do imposto no documento fiscal de origem, só considera devida a diferença de alíquotas, se a não-incidência ou isenção reconhecida ou

concedida no Estado de origem, não tiver amparo constitucional. No caso presente, houve aquisição de bem do ativo imobilizado com mais de dois anos de uso, em que a não-incidência tem amparo legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206941.0004/03-9**, lavrado contra **AGRO INDUSTRIAL ITUBERÁ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.853,87**, sendo: R\$20.524,87, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$1.329,00, acrescida da multa de 60%, prevista no inciso II, “f”, do artigo e lei acima citados, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA