

PROCESSO - A.I. Nº 020747.0110/02-3
RECORRENTE - TRANSTEC NORDESTE MÁQUINAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0019-04/03
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 01.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0090-11/04

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIA PARA ATIVO FIXO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O recorrente é contribuinte do ICMS, e, sendo assim, está sujeito ao pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na aquisição de bens, em outras unidades da Federação, destinados ao ativo imobilizado, mesmo que com o fim exclusivo de locação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF n.º 0019-04/03 – lavrado para exigir ICMS no valor de R\$198.568,78, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento.

No Recurso Voluntário apresentado, o recorrente disse que, segundo o art. 5º, do RICMS/97, estaria obrigado ao recolhimento da diferença de alíquota quando a mercadoria ou o bem que adentrou o seu estabelecimento, oriundo de outro Estado, fosse destinado ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, em sua atividade de transporte de carga.

Asseverou que este não é o seu caso, pois, mesmo estando inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no regime normal de apuração do imposto, e tendo como atividade econômica a exploração de transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal e interestadual, ao se analisar o seu Contrato Social, nota-se que estão previstas no seu objeto social tanto a execução de serviços tributáveis pelo ISS (locação de bens móveis e outros), como também as atividades sujeitas ao ICMS (transporte de cargas).

Ressaltou que todos os bens que adquiriu no período de janeiro de 2001 a junho de 2002 foram empregados em suas atividades de prestação de serviços (locação), portanto, tributáveis pelo ISS, o que pode ser facilmente comprovado pelas DMA anexadas à impugnação, que não foram sequer apreciadas pelos ilustres Julgadores de 1ª Instância Administrativa, onde está consignado que não auferiu receitas sujeitas ao ICMS, uma vez que registrou o “saldo 0” de imposto estadual, por não ter havido atividades sujeitas a este tributo, no período questionado.

Aduziu que, para que não reste mais dúvidas quanto à destinação dada aos bens adquiridos, anexou contratos por ele firmados que tiveram como objeto a locação de bens móveis, além dos recibos de pagamentos dos tais aluguéis, bem como o contrato firmado entre a Petrobrás e a Locatária dos equipamentos.

Inferiu, então, que, segundo o parágrafo único, do art. 5º, e inciso I, do art. 7º, do RICMS/97, não estaria sujeito ao pagamento da complementação de alíquotas, porque os guindastes, semi-reboques, caminhões, trator (pá carregadeira), tanques rodoviários, pipa, computadores de bordo, móveis e utensílios foram adquiridos exclusivamente para serem locados.

Concluiu, requerendo a improcedência da autuação.

A representante da PGE/PROFIS, por considerar que se trata de matéria eminentemente fática e levando em conta os documentos acostados pelo recorrente, sugeriu e esta 1ª CJF deferiu, o encaminhamento do PAF a ASTEC, objetivando a realização de diligência, para que fossem respondidos os seguintes quesitos:

1. Os bens adquiridos pelo recorrente foram efetivamente utilizados na atividade de prestação de serviços, pelo mesmo?
2. Os documentos acostados (contrato de locação de bens móveis, recibos de aluguéis, contrato firmado com a Petrobrás) têm o condão de comprovar que os bens foram utilizados na prestação daqueles serviços?

O então relator, no momento da apreciação da pauta suplementar, solicitou, também, que fosse analisado e concluído se o autuado encontra-se na condição de contribuinte ou não do ICMS, conforme definido pelo art. 36 do RICMS/97.

O diligente da ASTEC, no seu Parecer de n.º 0079/03, afirmou que, confrontando o conteúdo do § 2º, II, do art. 36, do RICMS/97, com a atividade exercida pelo autuado, ou seja, “exploração do ramo de transporte rodoviário de cargas em geral”, dentre outras (conforme cópia do contrato social à fl. 135 dos autos), vê-se que, nos termos da legislação, o sujeito passivo enquadra-se na hipótese de contribuinte do ICMS.

Foram trazidas, também, as seguintes informações:

“[...]

2 – Dos documentos acostados ao PAF, inclusive pelo autuado, o único que faz menção a mercadorias / veículos objeto de contrato de locação é o de fl. 133 (‘ANEXO I’). Entretanto, confrontando os dados incluídos nesta folha com os existentes nas notas fiscais objeto da autuação, não é possível se afirmar que se tratem dos mesmo bens. Afinal, tal correlação só seria possível por meio de comparação das placas dos veículos ou dos números dos chassis, e estes dados não estão disponíveis, de forma simultânea, em ambos documentos.

3 – Parte das mercadorias objeto da autuação refere-se a itens típicos para uso administrativo, tais como poltrona, cadeira, mesa, cartão de ponto, cartucho de toner etc. Isto pode ser observado, por exemplo, nas notas fiscais às fls. 27, 28, 29, 69, 76, 80 e 81.

4 – Parte das mercadorias objeto da autuação refere-se a ativo imobilizado não utilizável diretamente nas atividades fins da empresa, tais como TV e receptor de TV. Este fato pode ser constatado, por exemplo, nas notas fiscais constantes às fls. 30 a 35.

O patrono do recorrente, ao tomar ciência do Parecer exarado pelo diligente, se pronunciou, inicialmente, afirmando ser indispensável delimitar o assunto discutido neste processo administrativo, através da seguinte indagação: “Seria o autuado obrigada a recolher a diferença de alíquota das mercadorias adquiridas para a finalidade de **LOCAÇÃO?**” [grifou]

Continuou, repetindo a sua tese de que, sendo a sua atividade mista, ora sujeita ao ICMS (transporte de cargas) ora ao ISS (locação de serviços), estaria desobrigado do pagamento do

diferencial de alíquotas sobre as mercadorias adquiridas exclusivamente para a finalidade de locação, à luz do parágrafo único, do art. 5º, do RICMS.

Esclareceu que o diligente se equivocou na análise do contrato que apresentou, pois o mesmo foi celebrado entre a Petrobrás (contratante) e a empresa Nordeste Transporte Especializados Ltda, (contratada), porque existia um contrato precedente fazendo a locação dos bens que adquiriu à então contratada, trazido somente para comprovar o uso dos bens locados junto ao oro recorrente.

Desta feita, concluiu pedindo o provimento do seu Recurso Voluntário, no sentido de excluir da tributação as parcelas referentes à diferença de alíquotas das mercadorias adquiridas para o fim de locação, na forma que disse ter comprovado.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, pontuou que o cerne do lançamento tributário reside na falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento.

Firmou que o Parecer da ASTEC verificou que o autuado porta a condição de contribuinte do ICMS, mas, todavia, comunga do entendimento de que as mercadorias constantes no documento de fl. 133 (Anexo I) merecem exclusão da atividade tributacional, haja vista tratarem-se de mercadorias adquiridas com o fim de instrumentalizar a atividade de locação (prestação de serviços), pois, com efeito, conforme dispõe o art. 7º, inciso I, do RICMS, as atividades de prestação de serviços, inclusive as atividades mistas não se sujeitam ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

O Assistente da PGE/PROFIS encarregado para despachar o processo a este Colegiado, opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, por entender que restou comprovado, no curso do processo administrativo fiscal, a qualidade do autuado de contribuinte do ICMS, pela exploração de transporte rodoviário de cargas, e que, conforme registrado no Parecer da ASTEC de fls. 199/203, não há como se aferir se os bens constantes no demonstrativo de fl. 133 (Anexo I) são os mesmos das notas fiscais consideradas na autuação.

Outrossim, registrou que bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento não podem ser considerados insumos na prestação de serviços (inclusive de locação), como bem asseverado no voto proferido quando do julgamento do Auto de Infração pela 4ª JJF (fl. 117 – letra “d”).

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento.

Inicialmente, concordo com o discurso do patrono do recorrente de que é indispensável delimitar o assunto discutido neste processo administrativo. Foi trazida a seguinte indagação: *“Seria o autuado obrigada a recolher a diferença de alíquota das mercadorias adquiridas para a finalidade de LOCAÇÃO?”*

Antes de adentrarmos neste ponto, vejamos quais são as mercadorias ou bens que foram adquiridas. Segundo o diligente da ASTEC, e isto não foi contestado pelo recorrente, são:

1. Veículos relacionados no Anexo I (fl. 133), compostos de (agora segundo o próprio recorrente) guindastes, semi-reboques, caminhões, trator (pá carregadeira), tanques rodoviários, pipa, computadores de bordo, móveis e utensílios que teriam sido adquiridos exclusivamente para serem locados;
2. itens típicos para uso administrativo, tais como poltrona, cadeira, mesa, cartão de ponto, cartucho de toner etc.;
3. ativo imobilizado não utilizável diretamente nas atividades fins da empresa, tais como TV e receptor de TV.

Pelo teor do Recurso Voluntário apresentado e, especialmente, da última manifestação do patrono do recorrente, após a ciência do Parecer da ASTEC, que, na sua conclusão pleiteou o provimento deste Recurso, no sentido de excluir da tributação as parcelas referentes a diferença de alíquotas das mercadorias adquiridas para o fim de locação, depreendo que o questionamento se prende, exclusivamente, ao grupo de bens relacionado no item 1, acima.

Portanto, a discussão é uma só: é devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na aquisição de bens, em outras unidades da Federação, destinados ao ativo imobilizado de contribuinte com atividade mista, como o próprio recorrente afirma, “*ora sujeita ao ICMS (transporte de cargas) ora ao ISS (locação de serviços)*”, com o fim exclusivo de locação?

Vejamos o que preconiza a legislação.

O § 2º, do art. 155, nos seus incisos VII e VIII, da Constituição Federal, prevê que:

“VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;”

Da leitura deste dispositivo, fica fácil concluir que a alíquota incidente sobre as operações ou prestações que destinem bens e serviços a consumidor, será, sempre, a interna, que no caso da Bahia, e da maioria dos Estados, é de 17%, com a ressalva de que, se as operações ou prestação se derem entre contribuintes, o imposto será dividido, parte para o Estado de origem, parte para o de destino.

Toda a legislação infraconstitucional é lastrada neste preceito.

Obviamente, um bem do ativo imobilizado é, sempre, destinado a consumidor final, pois não ocorrerá fase seguinte de comercialização, industrialização, ou qualquer outra, sujeita ao ICMS.

Resta, apenas, demarcar se o recorrente é contribuinte do ICMS ou não.

A Constituição Federal, no inciso XII, “a”, do mesmo artigo e seu parágrafo, atribuiu competência à lei complementar para definir seus contribuintes.

Neste sentido, a Lei Complementar n.º 87/96, que serve de esteio à legislação estadual, no seu art. 4º, define contribuinte como sendo qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou *prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal* e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (grifei)

Não há dúvida.

O recorrente é contribuinte do ICMS, o que aliás ele mesmo admite, e, sendo assim, está sujeito ao pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais na aquisição de bens, em outras unidades da Federação, destinados ao ativo imobilizado, mesmo que com o fim exclusivo de locação.

Só para arrematar, o que está a se exigir aqui não é tributação de ICMS sobre operações sujeitas ao ISS, como pretende fazer crer o patrono do recorrente, mas a complementação da alíquota, porque os bens foram destinados a consumidor final, contribuinte do ICMS, para que a repartição da receita, na forma estabelecida pelos constituintes, ocorra.

Diante disto, com a devida *venia* da representante da PGE/PROFIS, mas em consonância com o seu colega que processou o despacho do PAF ao CONSEF, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0110/02-3**, lavrado contra **TRANSTEC NORDESTE MÁQUINAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.568,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS