

A. I. N° - 09363939/06
AUTUADO - PAULO ROBERTO DE SOUZA BENTO
AUTUANTE - FLORIANO MELHOR PINHEIRO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 05/10/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0300-05/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Quando a mercadoria se encontra enquadrada no regime da substituição tributária interna neste Estado, o ICMS deve ser recolhido antecipadamente na primeira Repartição Fazendária do percurso da mercadoria do território deste Estado, condição estabelecida pelo RICMS/BA em vigor. O não cumprimento, pelo sujeito passivo, desta exigência legal e a ausência de regime especial para pagamento do imposto *a posteriori*, possibilita a exigência através de Auto de Infração. No entanto, comprovado que o sujeito passivo exerce atividade exclusiva de prestador de serviço fora do âmbito de competência do ICMS. Auto de infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/6/2006, exige ICMS no valor de R\$1.706,40, com aplicação da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no primeiro posto fiscal de fronteira, sobre mercadorias adquiridas procedentes de outra Unidade da Federação.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fl. 11), informando ter a empresa nome fantasia Pneuscar e com atividade exclusiva de prestadora de serviços de recondicionamento de pneumáticos (CNAE nº 2512-7/00). Nesta situação está regularmente cadastrado na Prefeitura Municipal, recolhendo o ISS, não sendo contribuinte do ICMS.

Em seguida, informou que o fisco tem respondido, quando consultado, de que não ocorre a incidência da antecipação parcial do ICMS quando as mercadorias forem adquiridas para industrialização ou utilizadas na prestação de serviços. Diante desta resposta dada, solicitou que fosse comunicada aos postos fiscais a verdadeira atividade do seu estabelecimento para não mais ter que passar por transtorno como o presente.

Auditor fiscal chamado para prestar a informação fiscal (fls. 19/21) informou que o serviço de recauchutagem de pneus se encontra inserido no Anexo I, do RICMS/97. No entanto, a venda de pneus recauchutados é fato gerador de ICMS, quando não realizado por encomenda, configurando um serviço prestado à usuário final de acordo com art. 2º, VI, "d", da norma regulamentar. Ressaltou em seguida:

1. para efeito de antecipação parcial, o artigo 352, § 3º, II, do RICMS, considera para comercialização a aquisição de mercadoria cujo imposto tenha sido calculado com a aplicação da alíquota interestadual efetuada por contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao ISS.
2. as bandas adquiridas, cuja classificação fiscal está na posição 4012.90.90, estão sujeitas à

substituição tributária interna nos termos do art. 353, II, "17.2.2", do RICMS/97. Portanto, mesmo que, porventura, parte das operações seja feita sob encomenda, o normal é a comercialização de pneus recauchutados. Portanto, como a atividade do contribuinte é no mínimo mista, o imposto é devido.

Informou que a 2ª JF já havia decidido (Acórdão 0903/99) que nestes casos, é devido o pagamento de diferença de alíquota, pois os pneus recauchutados seriam vendidos ao consumidor. Para chegar a esta decisão foi solicitada diligência no estabelecimento da autuado para verificar se, conforme alegava a defesa, sua atividade consistia na prestação de serviço a usuário final, o que ficou comprovado. Nesta situação e no presente caso, sugeriu diligência ao estabelecimento do autuado para confirmar a comercialização destes pneus recauchutados como previsto nos artigos 131, V, "b", 137, I, "a", 138, § 1º e 145, Parágrafo único, do RPAF.

Por fim, disse que o código NCM 4012.90.90 refere-se a protetores, bandas de rodagem etc. O art. 353, II, item 17.2.2, do RICMS/BA inclui na substituição interna os produtos nesta posição sem incluir a banda de rodagem. Porém, pela classificação fiscal, entendeu que as bandas estariam incluídas e sujeitas à substituição interna mesmo que no citado artigo elas não estejam expressamente indicadas.

VOTO

O Auto de Infração trata da cobrança do ICMS pela falta de seu recolhimento no primeiro posto fiscal de fronteira, sobre mercadorias adquiridas em outra Unidade da Federação e enquadradas no regime da substituição tributária.

Antes de adentrar na lide entendo como importante fazer o seguinte esclarecimento. No presente caso não se estar exigindo o imposto por antecipação parcial e conforme determinações do art. 352-A, do RICMS/97. O que aqui se exige é o ICMS que deve ser recolhido antecipadamente, uma vez que foi indicado que a mercadoria (bandas de rodagem) está enquadrada no regime da substituição tributária. A prova deste fato consta na descrição da infração, nos artigos regulamentares ditos infringidos e pelo valor do imposto, pois utilizada MVA, conforme se infere da base de cálculo apurada e o valor dos documentos fiscais (Nota Fiscal nº 50.311 e CRTIC nº 470763), já que não existe, nos autos, a discriminação deste cálculo.

Portanto, a matéria a ser decidida tem duas vertentes. A primeira se as bandas de rodagem são mercadorias incluídas no regime da substituição tributária e, em segundo, se o ICMS incide sobre a aquisição feita pelo autuado já que prestador de serviços.

Apreciando a primeira questão entendo que as bandas de rodagem, de acordo com a classificação fiscal indicada no documento (NCM/SH 4012.9090) estão enquadradas na substituição tributária interna deste Estado, pois assim determina o art. 353, II, item 17.2.2, do RICMS/97. E, esta situação ratifica o fato de que aqui não se estar discutindo antecipação parcial do imposto, pois esta antecipação parcial não pode ser exigida sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (§ 1º, III, do art. 8, do RICMS/97).

A segunda questão se prende ao fato do autuado ser, ou não, contribuinte do ICMS quando adquire a mercadoria em lide.

Conforme dados cadastrais da empresa, o autuado, firma individual, tem por atividade o comércio varejista de pneumáticos e câmaras de ar, com atividade principal de acondicionamento de pneumáticos. Encontra-se enquadrado como empresa de pequeno porte, embora pelas previsões de compras e vendas não se possa ter certeza de sua real situação, já que foram indicadas compras em valores superiores às vendas (R\$500.879,78 e R\$356.721,00). Além do mais, estas previsões são de microempresa não de empresa de pequeno porte. Também o autuado se encontra com sua inscrição cadastral cancelada desde 27/10/2004, conforme Edital nº 31/2004 (fls. 2/3). Esta situação me demonstra que a empresa além de não vender no atacado, é um

pequeno empresário que recondiciona pneus e sua atividade é a de prestação de serviços e para o usuário final. Para reforçar tal entendimento, ele está inscrito na Prefeitura Municipal, pois recolhe o ISS sobre aquelas prestações de serviços realizadas.

O Anexo I – Lista de Serviços, do RICMS/97, no seu item 14.4 exclui, sem ressalva, da incidência do ICMS a recauchutagem ou regeneração de pneus. Neste caso, a atividade do autuado não se encontra inserida no âmbito de incidência do ICMS, conforme art. 6º, XIV, do RICMS/97. Ressalto, ainda, que as mercadorias foram adquiridas para emprego na sua atividade e não para comercialização que, quando da venda dos pneumáticos, igualmente, não haveria a incidência do imposto, ao teor do art. 6º XIV, “g”, da norma regulamentar, o qual transcrevo para melhor compreensão.

Art. 6º O ICMS não incide nas seguintes situações:

XIV - saída ou fornecimento:

g) decorrente de operação relativa a mercadoria, de estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como da competência tributária dos Municípios, além dos casos especificados nas alíneas anteriores, tratando-se de material a ser ou que tenha sido utilizado na prestação de tal serviço pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS indicadas por lei complementar (Anexo 1);

Quanto ao entendimento exposto pelo auditor fiscal que se manifestou neste processo de que poderia haver incidência do fato gerador do imposto pelo comando do art. 2º, VI, do RICMS/97, entendo que aqui não pode ser aventado. Para a aplicação desta determinação (fato gerador do ICMS sobre operações internas, interestaduais e de importação, de estabelecimento prestador de serviço, em retorno ao do encomendante ou com destino a pessoa diversa por ordem do encomendante, de mercadoria submetida a serviço que não implique prestação de serviço compreendido na competência tributária municipal, relativamente ao valor acrescido, tratando-se de pneus submetidos a recauchutagem ou regeneração, quando o serviço não for prestado ao usuário final) é auditoria outra, não do trânsito quando das suas aquisições, que requer maior análise e discriminação das mercadorias que foram em um e no outro serviço utilizadas.

Quanto ao Acórdão nº 0903/99 da 2ª JF trazido aos autos para embasar seu entendimento, ele não serve de paradigma, pois no trânsito não é o momento de se exigir a cobrança de diferença de alíquota, inclusive exigência aqui não discutida.

Pelo exposto, meu voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09363939/06**, lavrado contra **PAULO ROBERTO DE SOUZA BENTO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR