

A. I. Nº - 281394.0904/06-7
AUTUADO - VIX TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - IFMT/DAT-SUL
INTERNET - 10/01/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0386-05/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. PNEUS. A operação em questão não é fato gerador de pagamento de imposto por substituição tributária, mas sim de diferencial de alíquotas, haja vista que o autuado (matriz), localizado no Estado do Espírito Santo, transferiu, para a sua filial na Bahia, 20 pneus para serem utilizados pelo destinatário como material de uso e consumo. No entanto o fato gerador do imposto só ocorrerá quando da entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, não cabendo a sua cobrança durante o trânsito nesse Estado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/09/2006, exige ICMS no valor de R\$ 949,93, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 281394.0904/06-7, apreendendo 20 pneus, conforme nota fiscal nº 31 (fl. 07).

O autuado apresenta impugnação às fls. 14 a 29, inicialmente dizendo que está dentro do prazo legal para interpor defesa. Após rever os fatos que deram origem a autuação, argumenta que o seu objeto social é a prestação de serviços de transporte como consta do contrato social juntado ao processo e, que para atingir seu fim, adquiriu em São Paulo os pneus constantes da nota fiscal nº 31, cujo imposto já havia sido recolhido por esse Estado por substituição como determina o convênio 85/93, encerrando a fase de tributação. Informa que esses pneus passaram ao seu estoque e, ato contínuo, os transferiu para sua filial na Bahia para serem utilizados como insumos "no seu processo produtivo". Alega que a Bahia, por seu preposto, entendeu devida a retenção como se os produtos estivessem sendo comercializados sem considerar a real natureza jurídica da operação.

Entende que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do fabricante ou importador e, que por tratar-se de adquirente, que em operação anterior já teve o imposto recolhido, não deveria sujeitar-se a esta cobrança novamente. Portanto, considera que a aplicação da cláusula primeira do convênio não poderia servir de base legal para a cobrança de imposto já antecipado e, sobretudo, pelo fato de que estes pneus servirão como insumos na atividade que desempenha, ou seja, operação sem incidência de ICMS. Desta forma, propugna pela nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva e por erro na capitulação da infração, que por não se subsumir aos fatos, implica cerceamento ao seu direito de defesa.

Caso ultrapassada a nulidade inicial, a defesa abraça a tese da não-incidência em virtude da operação representar apenas uma transferência de matriz para filial, ou seja, não havendo transferência de propriedade, mas - tão somente - a transferência de bens entre estabelecimentos

do mesmo titular. Alega que não há a circulação econômica de mercadoria e, em socorro à sua tese, a defesa traz ao processo recente julgado do STJ (Súmula 166).

A seguir a defesa discute o conceito de insumos e da não-incidência do ICMS nos produtos com esta finalidade. Entende que não é devida a diferença de alíquotas porque estes produtos não se destinam a uso, consumo ou integração ao ativo imobilizado mas, sim, são insumos empregados em sua atividade. Considera-se amparado no artigo 7º, Inciso I, do RICMS/BA e artigo 155, incisos VII e VIII, da Constituição Federal. Acrescenta que a legislação tributária do Espírito Santo, em seu artigo 99, vem corroborar sua tese na medida em que permite abater como crédito o valor anteriormente recolhido, inclusive por substituição tributária, relativo a pneus. Por fim, sobre a conceituação do que seja insumo, entende clara a definição do artigo 5º, parágrafo único, do RICMS/BA, que define o que não são materiais de uso ou consumo.

Em resumo, conclui haver três argumentos para não se proceder à cobrança do imposto sob impugnação: que sendo insumos, não há o que discutir sobre diferença de alíquotas; que a Súmula do STJ trazida ao processo veda a incidência de ICMS na operação de transferência de bens e, que como o imposto já foi recolhido na forma do convênio na aquisição anterior fica encerrada a fase de tributação.

O auditor que prestou a informação fiscal (fls. 62/66), diz ser uma contradição a alegação defensiva de que não estaria sujeita à diferença de alíquotas por ser uma prestadora de serviços, porém argumentando ao mesmo tempo que os pneus já haviam sido tributados na operação de compra da matriz em outro Estado nos termos do convênio 85/93.

Aduz que se o diferencial de alíquota já havia sido recolhido em favor do Espírito Santo, mas os produtos foram destinados à sua filial na Bahia por uma posterior transferência: então por algum mecanismo de compensação este imposto deveria ser repassado ao Estado da Bahia. Acrescenta que ao pagar o imposto na primeira aquisição, a autuada aceitou a tributação, que agora questiona, alegando não haver incidência na compra de insumos para o seu processo de produção.

Expõe que aceitar a tese do impugnante de não-incidência por se tratar de mera transferência, é aceitar que o imposto devido à Bahia seja apropriado pelo Espírito Santo, posto ter sobre os pneus sido recolhido o diferencial de alíquota por antecipação conforme determina o convênio 85/93 em favor daquele Estado, quando o consumo se dará neste - verdadeiro destinatário do imposto devido. Diz que só estaria encerrada a fase de tributação se a operação se desse no Estado em favor do qual o imposto foi retido.

Acrescenta que a defesa insiste em que não deveria haver incidência porque a operação é apenas de transferência, não implicando mudança de titularidade dos produtos, esquecendo-se que, para o ICMS, as filiais são estabelecimentos distintos. Entende que como o imposto foi recolhido em favor de outro Estado, deve ser repassado para o Estado da Bahia. Considera que se for aceita a tese defensiva de não-incidência, será criada uma brecha na legislação para a elisão fiscal, porquanto a matriz poderia creditar-se do imposto retido pelo instituto do ressarcimento e a filial nada recolheria por ser apenas uma transferência.

Quanto à afirmação do autuado de que mesmo admitindo a validade da retenção nos termos do citado convênio, ainda assim, o imposto não seria devido posto tratar-se de insumos, diz que o artigo 7º, Inciso I, do RICMS/BA menciona o seguinte: "Não é devido o pagamento de diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviços de qualquer natureza". No entanto, ressalva que serviços de qualquer natureza a que o artigo se refere são os previstos no Anexo I, do RICMS/BA, e só se aplicaria ao autuado se o transporte que realiza fosse urbano.

Quanto à argumentação de que não é consumidor final de pneus, uma vez que serão consumidos na sua prestação de serviço de transporte e, que esses produtos são insumos em sua atividade,

integrando seu processo, o autor da informação fiscal diz que a defesa não apresenta qualquer dispositivo legal que a sustente. Outrossim, acrescenta que o artigo 2º, §5º, do RICMS/BA, conceitua como industrialização apenas os produtos relacionados na tabela TIPI, decorrentes de operações que modifiquem a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo.

Ao final, conclui que serviço de transporte interurbano e interestadual não corresponde aos serviços do anexo I nem, tampouco, pode ser considerado processo de industrialização, não lhe sendo aplicado o conceito de insumo pretendido pela defesa. Cita decisão da 1ª câmara do CONSEF (Resolução 441/98) para embasar sua afirmação.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS, sob alegação de que o autuado, empresa remetente localizada em outra unidade da Federação, não ter efetuado a retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas transferências de pneus para contribuinte localizado neste Estado.

Inicialmente deve se ressaltado que o autuado é uma empresa prestadora de serviços de transporte e, portanto contribuinte do ICMS (art. 1º, II, do RICMS/97).

Tratando-se a operação em questão de uma transferência, também não tem amparo a alegação defensiva de que não haveria incidência do imposto, uma vez que, ao contrário do entendimento do autuado, as transferências são sim tributadas pelo ICMS, conforme prevê o art. 2º, I, do RICMS/97.

No entanto, não procede a exigência do imposto pretendido na autuação, uma vez que de acordo com a Cláusula Primeira do Convênio nº 85/93, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, devido nas subsequentes saídas, nas operações com pneumáticos é do estabelecimento importador e do estabelecimento industrial fabricante, situação que não é a do autuado.

O imposto que restaria devido, em virtude da operação de transferência em análise, seria o diferencial de alíquotas, tendo em vista que o remetente utilizou a alíquota interestadual e a mercadoria em exame é um produto de uso e consumo para o destinatário, pois de acordo com o art. 93, I, “f”, do RICMS/97, para empresas com atividade como a do autuado, só são considerados insumos, os combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, desde que efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual.

Todavia, o fato gerador do ICMS devido por diferença de alíquotas só ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, da mercadoria oriunda de outra unidade da Federação (art. 5º, I, do RICMS/97), não podendo o imposto ser exigido no trânsito de mercadorias.

De tudo exposto, voto 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 281394.0904/06-7, lavrado contra **VIX TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR