

A. I. Nº - 269133.0607/07-6  
AUTUADO - VIX TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA  
ORIGEM - IFMT SUL  
INTERNET - 27/11/2007

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0368-03/07

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PNEUS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. De acordo com a cláusula segunda do Convênio 85/93, aplica-se o disposto na sua cláusula primeira a estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração ao ativo imobilizado ou para o consumo. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2007, refere-se à exigência de R\$630,04 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à operação interestadual com pneus, para fins de consumo do estabelecimento destinatário, localizado no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal nº 1320 à fl. 07.

O autuado apresentou impugnação (fls. 18 a 34), discorrendo inicialmente sobre a tempestividade da defesa e a imputação fiscal. Esclarece que, para exercer suas atividades, a matriz, localizada no Estado do Espírito Santo, adquiriu do Estado de São Paulo os pneus descritos na Nota Fiscal 1320, e o fabricante do Estado de São Paulo, ao vender as mercadorias para o impugnante já havia retido e recolhido o imposto como substituto, e por isso, restou dispensado qualquer outro pagamento do ICMS nas saídas subsequentes, conforme disposto na cláusula sexta do Convênio 85/93. Salienta que o imposto devido ao Estado do Espírito Santo também foi recolhido, gerando o direito ao aproveitamento do crédito fiscal, por se tratar de aquisição de insumos. Assegura que os pneus passaram a integrar o estoque, sendo transferidos para a sua filial neste Estado, para serem empregados no seu processo produtivo, como insumos. Diz que o Fisco Estadual desconsiderou que na operação realizada houve mera transferência dos pneus entre estabelecimentos do mesmo titular, inexistindo venda direta para o contribuinte neste Estado, não sendo observado o Convênio 85/93. Alega também, que a fiscalização não levou em consideração que os pneus são insumos na atividade desempenhada pelo impugnante, e por isso, entende que não é devido também o imposto relativo à diferença de alíquota. Assim, o defendant argumenta que o autuante se equivocou na capitulação da infração, quando entendeu que foi infringido o Convênio 85/93; transcreve a cláusula primeira do mencionado Convênio, e assegura que no caso de transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora a responsabilidade pelo pagamento do imposto recairá sobre o estabelecimento que realizar a operação interestadual. O impugnante transcreve o § 1º da Cláusula primeira do citado Convênio e apresenta o entendimento de que citado dispositivo não se aplica ao caso em exame, uma vez que a transferência não se deu entre estabelecimentos de fabricante ou importador. O autuado reafirma que é adquirente dos pneus e não o fabricante ou importador, e se o ICMS fosse realmente devido, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o substituto tributário, o fabricante ou importador, ficando demonstrada a sua ilegitimidade passiva. Salienta que a legislação citada no Auto de Infração, tida como infringida, não se subsume aos fatos, e se não há na legislação do Estado da Bahia a regulamentação adequada para exigência do ICMS na

operação efetuada pelo impugnante, cabe promover a regulamentação competente e não proceder à autuação sem fundamentação legal. O defendant também alega que não há incidência do ICMS nas operações de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, por entender que faltam os elementos que configuram a ocorrência do fato gerador do imposto, porque não há “circulação econômica de mercadoria”, inexistindo a obrigação de recolher o imposto decorrente da diferença de alíquota. Transcreve o art. 1º do RICMS/97, lembrando que neste caso, não houve a aquisição dos pneus para fins de comercialização, “apenas transferiu-se os bens da matriz para a filial localizada neste Estado, para serem utilizados na prestação do serviço de transporte como insumo”. Diz que o STJ já firmou entendimento no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS; cita a Súmula 166 e reproduz parte de recente julgado do STJ. Assim, o defendant assegura que não há incidência do ICMS na operação em análise, bem como da diferença de alíquotas, ficando clara a insubstância da autuação fiscal. Apresenta os conceitos de insumos e de consumidor final, e assegura que os pneus objeto da autuação devem ser considerados insumos, uma vez que são indispensáveis à manutenção da frota do impugnante, com a qual desenvolve sua atividade precípua: transporte. Transcreve o art. 155 da Constituição Federal; art. 7º do RICMS/BA e art. 99 do RICMS/ES, apresentando o entendimento de que não houve infração à legislação. Cita o Acórdão JJF Nº 0386-05/06, cuja ementa transcreveu à fl. 32, tendo sido julgado improcedente o Auto de Infração da mesma natureza. O defendant contesta o percentual da multa exigida, e diz que se realmente for devido o imposto apurado no presente lançamento, a multa cobrada é total ilegal e confiscatória, chegando a ser quase o total do imposto apurado. Cita o art. 150, IV da Constituição Federal, salientando que é indevida a pretensão fiscal e a imposição da multa. Por fim, o defendant pede a improcedência e a consequente anulação do Auto de Infração. Requer provar o alegado por todos os meios de provas em direitos admissíveis.

A informação fiscal foi prestada às fls. 59 a 63, pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot Souza, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99. Reproduz inicialmente a imputação fiscal e faz uma síntese das alegações defensivas. Diz que há uma contradição na alegação do autuado de que não estaria sujeito ao pagamento da diferença de alíquota, por ser prestador de serviços, mas ao mesmo tempo argumenta que os pneus já haviam sido tributados na operação de compra da matriz em outro Estado, nos termos do Convênio. O Auditor que prestou a informação fiscal entende que aceitar a tese do autuado, de não incidência do ICMS, por se tratar de mera transferência, é aceitar que o imposto devido ao Estado da Bahia seja apropriado pelo Estado do Espírito Santo. Argumenta que o defendant deveria utilizar o seu conhecimento sobre o RICMS/ES para ressarcir-se do imposto indevidamente pago e recolhê-lo a quem de direito, conforme estabelece o Convênio 85/93, tendo em vista que somente estaria encerrada a fase de tributação se a operação se desse no Estado em favor do qual o imposto foi retido. Quanto ao argumento defensivo de que não haveria incidência do imposto porque a operação é de transferência, não implicando mudança de titularidade, diz que o defendant esquece que o ICMS tem como contribuinte o estabelecimento, e o seu argumento inviabilizaria a fiscalização do ICMS, e o fato é que o imposto foi recolhido em favor de outro Estado, devendo ser repassado ao Estado da Bahia, e se fosse aceita a tese de não incidência seria criada uma brecha na legislação para a elisão fiscal, uma vez que a matriz poderia se creditar do imposto retido e a filial nada recolheria por ser apenas uma transferência. Em relação à alegação de que não seria devido o imposto por se tratar de insumos, diz que a defesa novamente se equivocou, o serviço de transporte interurbano e interestadual não corresponde aos serviços do anexo I da TIPI, nem pode ser considerado processo de industrialização, não se aplicando o conceito de insumo pretendido pelo impugnante, conforme já decidido pela 1ª Câmara do CONSEF, na “Resolução 441/98”. Quanto à decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, citada nas razões de defesa, diz que não se aplica ao caso em exame, por entender que esta operação é regulada pelo Convênio 85/93, que não poderia ser afastada pelo art. 5º, inciso I do RICMS/BA. Diz que a hipótese da decisão em comento não seria de substituição tributária pelo remetente, mas de antecipação pelo destinatário, de acordo com a legislação interna, afastando o mencionado Convênio 85/93, que nas operações

interestaduais é a norma aplicável, sendo uma impropriedade. Finaliza, salientando que apesar da polêmica, o presente Auto de Infração é procedente.

## VOTO

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade suscitada de forma genérica pelo autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções em relação à indicação dos dispositivos infringidos, alegadas pelo defensor, não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva, constato que não ficou caracterizada, tendo em vista o previsto no Convênio 85/93, que estabelece a responsabilidade do autuado, pelo pagamento do imposto. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo defensor.

No mérito, o presente Auto de Infração, foi lavrado para exigir ICMS, por falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operação interestadual com pneus, para fins de consumo do estabelecimento destinatário localizado no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal nº 1320 à fl. 07.

Trata-se de empresa prestadora de serviço de transporte rodoviário de carga, conforme dados cadastrais à fl. 11 do PAF, contribuinte do ICMS, tendo como forma de apuração do imposto, conta corrente fiscal.

O autuado alega que apenas transferiu os bens da matriz para a filial localizada neste Estado, para serem utilizados na prestação do serviço de transporte como insumo; que não há incidência do ICMS nas operações de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, por entender que faltam os elementos que configuram a ocorrência do fato gerador do imposto, porque não há “circulação econômica de mercadoria”, inexistindo a obrigação de recolher o imposto decorrente da diferença de alíquota.

O defensor esclarece que, para exercer suas atividades, a matriz, localizada no Estado do Espírito Santo, adquiriu do Estado de São Paulo, os pneus descritos na Nota Fiscal 1320, e o fabricante do Estado de São Paulo, ao vender as mercadorias para o impugnante, já havia retido e recolhido o imposto como substituto, por isso, entende que restou dispensado qualquer outro pagamento do ICMS nas saídas subsequentes, conforme disposto na cláusula sexta do Convênio 85/93.

Observo que o Convênio ICMS 85/93 dispõe sobre substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores, estabelecendo:

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subsequentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.

**Cláusula segunda** O disposto na cláusula anterior, aplica-se, ainda, no que couber, a estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado ou consumo.

**Cláusula sexta** Ressalvada a hipótese da cláusula segunda, na subsequente saída das mercadorias tributadas de conformidade com este Convênio, fica dispensado qualquer outro pagamento do imposto.

De acordo com as cláusulas do Convênio 85/93, acima reproduzidas, nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores, foi atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, não se aplicando o disposto na cláusula primeira, quando o estabelecimento destinatário efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado ou consumo (Cláusula segunda).

Saliento que são considerados insumos, proporcionando a utilização de crédito fiscal, os combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, aplicados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, não se incluindo os pneus, que no caso em exame é destinado ao consumo do estabelecimento destinatário, não podendo ser acatado o argumento defensivo neste sentido.

Observo que embora o autuado tenha citado uma decisão proferida pela 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, não deve ser acatada a alegação defensiva, tendo em vista que a exigência do imposto no presente lançamento está em conformidade com a Cláusula segunda do Convênio 85/93, e concordo com o auditor que prestou informação fiscal, tendo em vista que se assim não fosse, o estabelecimento matriz poderia se creditar do imposto retido, e a filial, destinatária efetiva das mercadorias, nada recolheria, por se tratar de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. Portanto, ao contrário do argumento apresentado pelo autuado, nas operações interestaduais, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente, no caso de transferência, conforme estabelece o art. 2º, inciso I, do RICMS/97, sendo devido o imposto apurado no presente Auto de Infração.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269133.0607/07-6, lavrado contra **VIX TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$630,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR