

A. I. Nº - 128869.0003/10-4
AUTUADO - PNEUNORTE LTDA.
AUTUANTE - LEÔNIDAS HERMES DE SOUSA MOTA
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 27. 09. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0257-01/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Tratando-se de mercadorias adquiridas para utilização na atividade de recauchutagem de pneus descabe a exigência do imposto por antecipação parcial, haja vista que não se destinam à comercialização, condição indispensável para exigência do referido imposto. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, comprovou que o autuado não comercializa as mercadorias adquiridas empregando-as, em verdade, na recauchutagem de pneus. Não apreciada a inconstitucionalidade arguida, por não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, consoante determina o art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Indeferido o pedido de perícia com fulcro no art. 147, II, “a” do mesmo RPAF/99. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/10/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 47.800,39, acrescido da multa de 50%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora Estado, nos meses de julho a dezembro de 2007, janeiro a novembro de 2008.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 205 a 241, sustentando que o Auto de Infração é improcedente, conforme demonstrará a seguir.

Alega em caráter preliminar a impossibilidade de exigência da antecipação parcial aos contribuintes integrantes do Simples Nacional, sob o argumento de que com a criação do mencionado regime de tributação e de acordo com o texto original, ficou estabelecido o regime para as micro e pequenas empresas com tributação por alíquotas fixas ou percentual de acordo com a faixa de enquadramento da receita bruta ajustada, com exclusão de antecipação tributária parcial, em razão de ser vedado o creditamento, efetuando-se o pagamento de percentual sobre o faturamento e sobre a nota fiscal da entrada.

Frisa que ao invés do sistema normal de tributação, isto é, compensação de créditos e débitos de ICMS ou aplicação da substituição tributária (antecipação ou diferimento), optar-se-ia por um

sistema simplificado no qual a única tributação incidente a título de ICMS recairia sobre a receita bruta ajustada.

Afirma que a finalidade, portanto, foi atender ao dispositivo constitucional impositivo para a simplificação e redução da carga tributária para micro e pequenas empresas, no caso o art. 179, da Constituição Federal de 1988.

Alega que a Lei Estadual nº 8.901/03 descharacterizou todo o sistema simplificado de tributação ao possibilitar expressamente, para os casos de pequenas-empresas, a aplicação de antecipação e substituição tributária. Acrescenta que relativamente às empresas de pequeno porte e aos ambulantes não houve qualquer autorização para aplicação da antecipação ou substituição tributária, tratando-se de legislação especial que derroga a lei geral, afora inconstitucionalidades verificadas.

Aduz que conforme se pode perceber, o sistema simplificado foi totalmente descharacterizado e implicou em violação à Carta Magna de 1988, resultando em confisco e oneração das micro e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que se submetem ao regime normal de tributação, haja vista que incluiu os integrantes do Simples Nacional na antecipação parcial, contudo, manteve-se a vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais.

Argumenta que no cálculo da antecipação tributária parcial, não poderá utilizar qualquer crédito destacado de ICMS, bem como não poderá efetuar qualquer utilização de crédito pelo pagamento da antecipação parcial, considerando que não encerra a fase de tributação, o que implica no pagamento antecipado do ICMS calculado com aplicação de alíquota interna e impõe ao integrante do Simples Nacional pagar novamente o ICMS sobre a receita bruta ajustada, tudo sem o direito ao uso de qualquer crédito.

Salienta que por essa razão a única tributação prevista para o ICMS no regime do Simples Nacional era o sistema de apuração simplificada com alíquota fixa ou percentual incidido sobre a receita bruta ajustada, daí o motivo de o sistema simplificado não permitir o uso de qualquer crédito fiscal.

Questiona como conceber que uma empresa de pequeno porte integrante do Simples Nacional, regime criado para favorecer os que têm menor capacidade contributiva, pague ICMS por antecipação parcial sem direito ao creditamento, num verdadeiro confisco de propriedade privada, enquanto o contribuinte sob regime normal, com maior capacidade econômica, possa creditar-se normalmente da mesma antecipação parcial? Diz que tal fato gera maior ônus aos optantes do Simples Nacional, configurando flagrante confisco.

Rechaça o argumento de que se trata de opção do contribuinte pelo regime, afirmando que o fato de ser uma “opção” não autoriza ao Estado criar ou tornar um sistema inconstitucional, que viole as limitações constitucionais ao poder de tributar, ou qualquer outra norma da Constituição Federal que assegure tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas. Ressalta que vige em nosso sistema o princípio da supremacia da Constituição.

Tece ampla consideração sobre confisco, invocando entendimentos de De Plácido e Silva, Vittorio Cassone, Cíntia Estefânia Fernandes, James Marins, Aires Barreto, Fernando Scaff , Marçal Justen Filho, Ricardo Lobo Torres, Aliomar Baleiro, Luciano Amaro, bem como aduz que por confisco pode-se entender, também, toda a tomada compulsória da propriedade privada do indivíduo sem a respectiva indenização.Cita decisão do STF sobre a pena de perdimento do bem, assim como evoca o art. 150 da CF/88, reproduzindo sua redação.

Reporta-se sobre resposta dada pela SEFAZ/BA, afirmando que o seu disparate maior é que coloca a impossibilidade de utilização de crédito fiscal como se fora mera opção do contribuinte. Acrescenta que a contrário senso é como se os contribuintes do Simples Nacional tivessem optado por ter confiscado pelo Estado da Bahia os valores pagos a título de antecipação parcial do ICMS. Aduz que ainda que a Constituição Federal não vedasse tal heresia somente um empresário “esquizofrênico” faria esta opção pelo confisco.

Assevera que não houve e nem pode haver opção alguma porque as alterações ao texto legal implicam em violação a diversos dispositivos constitucionais, inclusive a de vedação ao confisco, elevados a garantia fundamental contra atuação indevida do Ente Estatal, garantia fundamental e, portanto, indisponível.

Prosseguindo, aduz que em que pese a existência de entendimento no sentido de que o princípio da vedação ao confisco seria uma mera explicitação do princípio da capacidade contributiva, ambos, na realidade, atuam em conjunto, mas não se confundem, e possuem enfoques diversos.

Tece, também, amplo comentário sobre o princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, §1º, da Constituição da República de 1988, salientando que este obriga o legislador a graduar o tributo de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte. Reproduz o mencionado dispositivo constitucional. Cita posição doutrinária de Alfredo Augusto Becker, Ricardo Lobo Torres, Antonio Aguero.

Destaca que o princípio da capacidade contributiva impõe a justiça tributária que não pode perder de vista o tratamento desigual para os desiguais, sempre privilegiando os economicamente mais fracos. Acrescenta que as micro e pequenas empresas são economicamente mais fracas e mereceram atenção especial como se depreende da proteção do art. 179 da Carta política de 1988, no entanto, com as alterações pretendidas pelo Estado, passaram a arcar com uma carga tributária maior que as demais empresas na condição do regime normal.

Afirma que o Estado da Bahia subverteu a ordem constitucional não somente confiscando, no caso, a antecipação parcial a ser paga pelos contribuintes integrantes do “SIMBAHIA”, mas também incorreu em violação ao princípio da capacidade contributiva.

Ressalta que a própria lei do “SIMBAHIA” veda a utilização de qualquer crédito fiscal, conforme o art. 3º, § 2º, cujo teor transcreve.

Afirma que existem discrepâncias e injustiça fiscal praticada pelo Estado da Bahia, ao conceder benefício de redução da base de cálculo ao atacadista, de forma que a carga tributária equivalha a uma alíquota de 10% (dez por cento), tendo este contribuinte direito à utilização do crédito fiscal, enquanto o integrante do “SIMBAHIA” ou do “SIMPLES” não terá direito à utilização de qualquer crédito, nem mesmo no cálculo da antecipação parcial do ICMS, conforme exemplo indicado no site da Secretaria da Fazenda da Bahia, cujo teor reproduz. Apresenta exemplo comparativo entre ambos os contribuintes, para afirmar que os optantes pelo “SIMBAHIA” são duplamente apenados, ou seja, perdem todo o ICMS antecipado parcialmente para o Estado da Bahia e ainda pagam o ICMS sobre a receita apurada com a venda das mercadorias, sem direito a qualquer crédito fiscal.

Diz que resta evidente, adotando-se o próprio exemplo utilizado pelo Estado da Bahia, a flagrante violação ao princípio da capacidade contributiva em face dos economicamente mais fracos.

Argumenta que a Constituição Federal de 1988, não deixou de traçar diretrizes para a ordem econômica, impondo princípios e, sobretudo, a ação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para simplificação e redução da carga tributária para micro e pequenas empresas.

Salienta que diante do que foi exposto nos tópicos anteriores, verifica-se que as modificações pretendidas pelo Estado da Bahia no sistema do “SIMBAHIA” configuraram um verdadeiro atentado contra a Carta Magna de 1988.

Destaca que os dispositivos constitucionais são veementes na proteção da micro e pequena empresa, citando e reproduzindo os artigos 170, IX, e 179. Invoca e reproduz lição de Uadir Lammêgo Bulos, José Afonso da Silva.

Afirma que a diretriz constitucional impõe a simplificação das obrigações tributárias, bem como sua redução ou eliminação, vedando, por consequência, que o Estado venha a dar tratamento oposto com aumento da carga tributária para micro e pequenas empresas, restando violado também o multicitado dispositivo da Constituição.

Continuando, passa a explanar acerca dos equívocos cometidos pelo autuante no lançamento fiscal.

Alega a ausência de previsão legal para exigência da antecipação do ICMS de mercadorias destinadas ao prestador de serviço, dizendo que o primeiro ponto a ser analisado é que se trata de empresa que atua na prestação de serviço de recauchutagem de pneus, sujeito, portanto ao tributo de competência municipal, no caso, o ISSQN.

Frisa que o Regulamento do ICMS é bastante claro quando estabelece no seu art. 125, alínea “f” que o ICMS antecipação parcial será recolhido pelo contribuinte quando as mercadorias adquiridas forem destinadas à comercialização.

Salienta que basta verificar o CNPJ para se constatar que a principal atividade e as atividades secundárias da empresa, no caso, “22.12-9-00 - Reforma de pneumáticos usados”.

Consigna que o próprio RICMS/BA tem o intuito de desonrar a prestação de serviço, ao vedar expressamente a exigência até mesmo da diferença de alíquotas para os casos em que o contribuinte adquira mercadorias para aplicação na prestação de serviço, inclusive quando se tratar de exercício de atividades mistas, conforme o art. 7º, inciso I, cuja redação transcreve.

Destaca que o CONSEF já decidiu pela não exigência da diferença de alíquotas, por força de expressa disposição de lei dispensando o pagamento, conforme o Acórdão JJF N° 0254/00, cujo teor reproduz parcialmente.

Diz que conforme expôs linhas acima presta serviço de recauchutagem de pneus por conta e ordem dos clientes, sendo que, para execução deste serviço os seus clientes entregam os pneus usados para que seja aplicada uma nova banda de rolagem, no caso, recauchutagem. Acrescenta que nesta prestação de serviço, ocorre a aplicação de mercadoria, adquirida como material de consumo na prestação de serviço de recauchutagem, cola, borracha etc., havendo a incidência apenas do ISSQN.

Sustenta que para efeito do ICMS não é contribuinte, haja vista que não há circulação de mercadorias, apenas prestação de serviço de recauchutagem, situação na qual atua como consumidor nas aquisições de mercadorias que serão aplicadas na prestação de serviço, seja como bens de uso e consumo, seja para o ativo fixo ou permanente. Acrescenta que não há nesses casos, que se recolher o ICMS referente à diferença de alíquotas, nem mesmo antecipação parcial de ICMS, posto que não haverá circulação futura de mercadorias, mas tão somente prestação de serviço.

Destaca que o próprio Decreto-Lei 406/68 já determinava a incidência apenas do ISSQN na prestação de serviços, ainda que houvesse fornecimento de mercadoria na prestação de serviço, conforme reprodução do art. 8º, §§ 1º e 2º que apresenta. Acrescenta que com a edição da Lei Complementar 116/2003, mudou-se um pouco a sistemática e se dispôs quando os serviços com fornecimento de mercadorias sofrerão incidência do ICMS e do ISSQN, contudo, exclusivamente, se houve ressalva na própria Lista de Serviços, conforme o art. 1º, §2º, cuja redação transcreve. Cita como exemplo alguns itens da mencionada lista, no caso, 7.02, 7.05, 14.01 e 14.03, para reiterar que a própria lei que determinará em que hipótese o prestador de serviço será concomitantemente contribuinte do ISSQN e do ICMS.

Ressalta que para a prestação de serviço de recauchutagem não foi feita qualquer ressalva referente à incidência do ICMS, ou seja, haverá apenas e exclusivamente a tributação pelo imposto municipal, conforme dispõe o item “14.04 – Recauchutagem ou regeneração de pneus.”

Afirma que a jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores segue no mesmo sentido, conforme os diversos Acórdãos que menciona e transcreve.

Prosseguindo, diz que espera que seja deferida diligência ou perícia fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, caso parecer dúvida no sentido de que as mercadorias que sofreram antecipação parcial do ICMS, são exclusivamente aplicadas na prestação de serviço de recauchutagem, nos mesmos moldes da diligência fiscal, cujas solicitações identifica referente ao Auto de Infração nº 298578/0020/08-9, a fim de que demonstre os equívocos cometidos pelo autuante.

Tece amplas considerações sobre a finalidade das diligências e perícias, salientando a importância de sua realização, no intuito de apurar os fatos efetivamente ocorridos.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar de inexigibilidade de antecipação parcial do ICMS para integrantes do “SIMPLES” ou, no mérito, seja deferida diligência por fiscal estranho ao feito, e, ao final, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 281 a 289), na qual contesta o argumento defensivo, afirmando que em conformidade com o art. 155, §2º, inciso VII, alínea “b” da Constituição Federal as alíquotas interestaduais são aplicáveis apenas nas operações destinadas a contribuintes do imposto, razão pela qual as aquisições de mercadorias realizadas pelo autuado noutras unidades da Federação, deveriam ser feitas com a alíquota cheia do Estado de origem e não com a alíquota interestadual, conforme o presente caso.

Invoca e reproduz o art. 352-A, § 3º do RICMS/BA, para afirmar que não poderia o autuado utilizar sua inscrição estadual para adquirir, como consumidor final, mercadorias com a alíquota interestadual. Frisa que o impugnante fundamenta sua defesa em suposta cobrança da diferença de alíquotas, o que não é o caso da presente autuação. Cita e anexa decisões do Superior Tribunal de Justiça referente à diferença de alíquotas.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando que na defesa apresentada o impugnante alegara que presta serviço de recauchutagem de pneus por conta e ordem do cliente, aplicando a mercadoria adquirida como material de consumo na prestação de serviço de recauchutagem, converteu o processo em diligência em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que verificasse e informasse se as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 08 a 11, foram efetivamente utilizadas pelo autuado na prestação de serviço de recauchutagem, conforme alegado, devendo, se necessário for, intimar o impugnante para que apresentasse elementos de provas hábeis que confirmassem a finalidade das mercadorias na prestação de serviço realizada.

Através do Parecer ASTEC Nº 068/2011, o diligente esclareceu que à luz do observado no processo de produção do autuado, todas as descrições dos produtos constantes das notas fiscais arroladas na autuação, tipo “BOR LIGAÇÃO MB/AC, FILME P/PROTEÇÃO DE ENVELOPE, COLA VULK MULTIUSO, PRÉ-MOLDADO RUZI, SACOS DE AR, MANCHÃO RAC” dentre outros, indicam, a seu ver, se tratar de insumos na “Prestação de Serviço de Recauchutagem de Pneus Usados”.

Salientou o diligente que não observou nada que infirmasse a alegação defensiva de que os referidos materiais são utilizados, exclusivamente, na prestação de serviço de recauchutagem, inclusive, podendo ser verificado que nos dois últimos relatórios da DMA Consolidada, exercícios de 2010 e 2011, extraídos do Sistema INC da Sefaz(fls. 302/303), inexiste qualquer registro de “Saída de Mercadorias por Compras”. Ressalta que todas as saídas de mercadorias e/ou prestação de serviço estão sendo declaradas no campo “Outras”, sendo um indicativo, salvo melhor juízo, de que o autuado não pratica venda de mercadoria.

O autuante se pronunciou sobre o resultado da diligência (fl. 310), afirmando que apesar de todo trabalho realizado, não foi demonstrado, em momento algum, a entrada de notas fiscais recebidas para prestação do serviço de recauchutagem.

Salienta que é corrente no mercado que muitos pneus recauchutados são vendidos, para tanto adquirem carcaças e remodelam para posterior venda.

Finaliza mantendo a autuação.

O autuado se manifestou (fls. 312 a 317), consignando que o Auditor Fiscal diligente deixa claro à fl. 293, que todas as mercadorias são aplicadas na prestação de serviço de recauchutagem.

Reitera os argumentos apresentados na peça de defesa vestibular, no sentido de que o Regulamento é bastante claro que o ICMS antecipação parcial será recolhido pelo contribuinte quando as mercadorias forem adquiridas para fins de comercialização.

Friza que pela conclusão da diligência resta evidenciado que a única atividade que exerce é de prestação de serviços, conforme consta à fl. 293.

Salienta que traz ainda a posição do Tribunal Administrativo Tributário do Estado - TATE/PE em resposta a consulta acerca da aquisição de insumos para a prestação de serviço, não sendo devido a diferença de alíquotas, bem como a antecipação do ICMS, conforme teor que reproduz.

Conclui reiterando todos os termos da defesa inicial apresentada, requerendo que seja acolhida a conclusão da diligência pela exclusiva prestação de serviço sujeita ao ISSQN, para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS antecipação parcial, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado destinadas à comercialização.

Inicialmente, no que concerne às alegações defensivas de que a Lei Estadual nº 8.901/03 descaracterizou todo o sistema simplificado de tributação ao possibilitar expressamente, para os casos de pequenas empresas, a aplicação de antecipação e substituição tributária, tratando-se de legislação especial que derroga a lei geral, afora inconstitucionalidades verificadas, bem como de que o sistema simplificado foi totalmente descaracterizado e implicou em violação à Carta Magna de 1988, resultando em confisco e oneração das micros e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que se submetem ao regime normal de tributação, haja vista que incluiu os integrantes do Simples Nacional na antecipação parcial, contudo, manteve a vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais, cabe-me consignar que nos termos do art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, razão pela qual tais alegações não podem ser apreciadas no âmbito administrativo.

Entretanto, apenas a título de esclarecimento, não é demasiado registrar que a exigência do ICMS antecipação parcial foi instituída pela Lei 8.967/03, que acrescentou o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, produzindo efeitos a partir de 01/03/04, sendo que no julgamento da ADIN 3426, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão da maioria, negaram a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual 8.967/03, que instituiu a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa, sob o entendimento que tal situação é expressamente autorizada na Constituição Federal pelo artigo 150, § 7º.

Noto que na defesa apresentada, o autuado alegou impossibilidade da exigência do ICMS antecipação parcial dos contribuintes optantes do “SIMBAHIA”, contudo, convém salientar que a exigência de que cuida o Auto de Infração em exame se refere a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial pelo autuado, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sendo referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora Estado, nos meses de julho a dezembro de 2007 e janeiro a novembro de 2008, portanto, não sendo atinente ao “SIMBAHIA”.

Com relação ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, cabe-me consignar que não vislumbro a necessidade para sua realização. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador, não sendo este o caso da matéria de que o Auto de Infração em exame, haja vista que é de pleno conhecimento dos julgadores que integram esta Junta de Julgamento Fiscal. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Quanto ao pedido de realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, consigno que este foi atendido, conforme será demonstrado a seguir.

No mérito, verifico que o autuado alega que tem como principal atividade, “22.12-9-00 - Reforma de pneumáticos usados”, sendo prestador de serviço de recauchutagem de pneus por conta e ordem dos clientes, sendo que, para execução deste serviço os seus clientes entregam os pneus usados para que seja aplicada uma nova banda de rolagem, no caso, recauchutagem, ocorrendo na prestação de serviço a aplicação de mercadoria, na condição adquirida como material de consumo na prestação de serviço de recauchutagem, cola, borracha etc., havendo a incidência apenas do ISSQN.

Vale observar que esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito verificasse e informasse se as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas na autuação no demonstrativo de fls. 08 a 11 foram efetivamente utilizadas pelo autuado na prestação de serviço de recauchutagem, conforme alegado.

O resultado trazido pelo diligente refletido no Parecer ASTEC Nº 068/2011 esclareceu que à luz do observado no processo de produção do autuado, todas as descrições dos produtos constantes das notas fiscais arroladas na autuação, a exemplo, de “BOR LIGAÇÃO MB/AC, FILME P/PROTEÇÃO DE ENVELOPE, COLA VULK MULTIUSO, PRÉ-MOLDADO RUZI, SACOS DE AR, MANCHÃO RAC” dentre outros, indicam, a seu ver, se tratar de insumos na “Prestação de Serviço de Recauchutagem de Pneus Usados”.

Salientou, ainda, o diligente, que não observou nada que infirmasse a alegação defensiva de que os referidos materiais são utilizados, exclusivamente, na prestação de serviço de recauchutagem, inclusive, podendo ser verificado que nos dois últimos relatórios da DMA Consolidada, exercícios de 2010 e 2011, extraídos do Sistema INC da Sefaz(fls. 302/303), inexiste qualquer registro de “Saída de Mercadorias por Compras”. Ressalta que todas as saídas de mercadorias e/ou prestação de serviço estão sendo declaradas no campo “Outras”, sendo um indicativo, salvo melhor juízo, de que o autuado não pratica venda de mercadoria.

Com relação ao resultado acima aduzido, convém observar que a autuação abrange os exercícios de 2007 e 2008, portanto, não tendo repercussão no exame da matéria, o que foi dito quanto às DMAs Consolidadas, haja vista que estas se referem aos exercícios de 2010 e 2011.

Porém, no que diz respeito às mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas na autuação, o resultado trazido pelo diligente afasta qualquer dúvida sobre a efetiva utilização no processo de recauchutagem realizado pelo autuado. Ou seja, as mercadorias adquiridas não foram comercializadas, sendo, em verdade, utilizadas no processo de recauchutagem.

Relevante registrar que em conformidade com o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, a antecipação parcial do ICMS é exigível exclusivamente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, significando dizer que nas aquisições destinadas para outros fins, a exemplo, de insumo no processo de industrialização, uso e consumo do estabelecimento, ativo imobilizado, descabe a exigência da antecipação do imposto.

Desta forma, considerando que a atividade de recauchutagem quando realizada por encomenda do cliente que fornece a carcaça do pneu usado, encontra-se fora do campo de incidência do ICMS, estando sujeita unicamente à incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços, de competência municipal, conforme previsto na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, item 14.04 - *Recauchutagem ou regeneração de pneus*, as aquisições interestaduais das mercadorias que serão empregadas exclusivamente na prestação deste serviço não estão sujeitas ao pagamento da antecipação parcial do ICMS, haja vista que as mercadorias não se destinam à comercialização/revenda posterior, requisito indispensável para cobrança da antecipação parcial.

Também não estão sujeitas ao pagamento do ICMS antecipação parcial as aquisições de mercadorias que serão utilizadas na atividade de recauchutagem de carcaça de pneus adquiridos de terceiros,

haja vista que como os pneumáticos danificados e as demais mercadorias adquiridas não se destinam a comercialização e sim a industrialização, são consideradas insumos do processo produtivo, não incidindo, portanto, a referida antecipação parcial.

Saliento que a exigência do ICMS referente à antecipação parcial nos casos de prestação de serviços de competência dos Municípios, somente pode ocorrer nos casos em que há fornecimento de mercadorias expressamente sujeitas à incidência do imposto estadual.

Cumpre observar que, apesar de constar no Auto de Infração como irregularidade incorrida pelo autuado, “*falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora Estado*”, na informação fiscal o autuante deixa claro que a exigência decorreu do fato de o autuado – inscrito no cadastro estadual na condição de especial - ter adquirido as mercadorias com a aplicação da alíquota interestadual quando deveria na condição de prestador de serviços ter adquirido com a alíquota interna prevista no Estado de origem das mercadorias, fundamentando o seu argumento no art. 352-A, § 3º do RICMS/BA. Ou seja, se baseou na previsão do § 3º do art. 352-A do RICMS-BA, que presume destinadas à comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS/BA na condição de especial e/ou prestador de serviços sujeitos ao ICMS e ISS.

Ocorre que restou comprovado na diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, que o autuado em nenhuma hipótese comercializa as mercadorias que adquire, aplicando-as como insumo na recauchutagem de pneus, seja na condição de prestador de serviços de recauchutagem, seja na condição de industrial, conforme aduzido linhas acima.

Diante do exposto, considero insubsistente a autuação.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128869.0003/10-4**, lavrado contra **PNEUNORTE LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR