

A. I. N° - 210765.0399/14-0
AUTUADO - COMERCIAL AUTOMOTIVA S.A.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 04. 11. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0225-01/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. PNEUMÁTICOS. ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO). A substituição tributária nas operações com pneumáticos é prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 85/93, sendo que seu § 1º estabelece que não se aplica a retenção do imposto em se tratando de transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento (destinatário) que realizar a operação interestadual. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 5.6.14, diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição [estabelecido no Estado de São Paulo], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta no campo “Descrição dos Fatos” que se trata de pneus acobertados por DANFEs emitidos pelo autuado, sujeito passivo por substituição, conforme Convênio ICMS 85/93, destinados a comercialização por contribuinte neste Estado [Bahia] sem retenção e recolhimento do ICMS. Imposto lançado: R\$ 44.566,72. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se (fls. 73/76) falando inicialmente do seu ramo de atividades e de sua estrutura empresarial, compreendendo dois segmentos: *a*) o denominado DPaschoal, que se dedica ao comércio varejista de pneus e à prestação de serviços automotivos, e *b*) o denominado DPK, que se dedica ao comércio atacadista de autopeças e pneus.

Explica que compra pneus importados, os quais são nacionalizados no Estado do Espírito Santo, momento em que ocorre a incidência do ICMS devido por substituição tributária, que é recolhido para aquele Estado, sendo que a filial do Espírito Santo transfere as mercadorias para os outros Estados, inclusive para o estabelecimento baiano. Observa que a fiscalização pretende cobrar o ICMS devido por substituição tributária na entrada da mercadoria no Estado da Bahia, quando o correto é na saída da mercadoria do estabelecimento adquirente, quando da mesma pessoa jurídica. Transcreve trecho de comentário que atribui a José Roberto Rosa [não cita a fonte]. Assinala que o regime de substituição tributária é regulamentado pelo Convênio ICMS 81/93, que traça diretrizes entre os Estados. Transcreve o “caput” da cláusula quinta e seu inciso II, em que é previsto que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. Considera que a regra é bastante clara ao não prever a incidência da substituição tributária na entrada da mercadoria na Bahia, sendo só devido o imposto na saída do estabelecimento atacadista destinatário da mercadoria. Juntou Notas Fiscais para provar que o ICMS devido por substituição tributária é destacado e recolhido na saída da mercadoria do estabelecimento atacadista baiano dentro do Estado. Pede que seja cancelado o Auto de Infração.

A autoridade fiscal que prestou a informação (fls. 110/112) declarou que, diferentemente do previsto no Convênio [ICMS] 81/93, o Convênio [ICMS] 85/93, na cláusula primeira, § 1º, prevê que o regime de que trata este Convênio [substituição tributária nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha] não se aplica à transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento que realizar a operação interestadual. Considera que, pelo que se depreende dessa regra, ao efetuar a operação interestadual, o remetente deixa de se inserir no campo da exclusão da substituição tributária, devendo efetuar o recolhimento prévio do ICMS devido a esse título. A seu ver, apesar da antinomia aparente das regras citadas, é o caso da aplicação do critério da especialidade, inserido no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a norma especial prevalece sobre a geral. Tece considerações acerca das operações envolvendo os Estados capixaba e paulista. Salienta que o autuado não fez prova de que as mercadorias foram importadas, ou que tivessem sido importadas por estabelecimento da mesma rede, situação que robustece ainda mais o “crédito fiscal” exigido, já que o remetente não seria nem industrial nem importador, possíveis excludentes da incidência da substituição. Opina pela procedência do lançamento.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição estabelecido no Estado de São Paulo, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O autuado alega que se trata de pneus importados, que são nacionalizados no Estado do Espírito Santo, e que a filial do Espírito Santo transfere as mercadorias para os outros Estado. Reclama que a fiscalização pretende cobrar o ICMS devido por substituição tributária na entrada da mercadoria no Estado da Bahia, quando o correto é na saída da mercadoria do estabelecimento adquirente, quando da mesma pessoa jurídica, conforme diretrizes traçadas pelo Convênio ICMS 81/93, na cláusula quinta, inciso II, em que é previsto que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. Juntou Notas Fiscais para provar que o ICMS devido por substituição tributária é destacado e recolhido na saída da mercadoria do estabelecimento atacadista baiano dentro do Estado. Pede que seja cancelado o Auto de Infração.

O RICMS/12, no art. 295, prevê que nas operações interestaduais a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação.

Neste caso, em se tratando de operações com pneus, o acordo a ser observado é o Convênio ICMS 85/93, cuja cláusula primeira prevê que nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo, sendo que o § 1º da referida cláusula primeira estabelece que a previsão de tal retenção não se aplica à transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento (destinatário) que realizar a operação interestadual.

A autoridade fiscal que prestou a informação ponderou que o autuado não teria feito prova de que as mercadorias foram importadas, ou que tivessem sido importadas por estabelecimento da mesma

rede, situação que a seu ver robusteceria o “crédito fiscal” exigido, já que o remetente não seria nem industrial nem importador, possíveis excludentes da incidência da substituição.

Não faz sentido essa objeção. Pelas Notas Fiscais acostadas aos autos, consta que os pneus são importados da Coréia do Sul. O § 1º da cláusula primeira do Convênio ICMS 85/93 prevê expressamente que não é devida a retenção do imposto no caso de transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora. A redação é esta:

“§ 1º O regime de que trata este Convênio não se aplica:

1. à transferência entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importadora, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento que realizar a operação interestadual;”

O lançamento é indevido.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.0399/14-0**, lavrado contra **COMERCIAL AUTOMOTIVA S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR