



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 108 /2007
PROCESSO Nº: 2000/6640/000295
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 6146
RECORRENTE: RUBENS GONÇALVES AGUIAR
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSC. ESTADUAL Nº: 29.002.980-5

EMENTA: Empresa de prestação de serviço de transporte. Aquisição de óleo diesel e lubrificantes provenientes de outra unidade da federação. Improcedente a exigência de diferencial de alíquota.

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração de nº 29449 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz a peça básica. O Sr. Vítor Antonio Moraes de Carvalho fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Delma Odete Ribeiro, Adriana Aparecida Bevilacqua Milhomem e Ângelo Pitsch Cunha. Presidiu a sessão de julgamento dia 23 de janeiro de 2007, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATORA: Delma Odete Ribeiro .

VOTO: A presente exigência fiscal é proveniente de ICMS sobre serviço de transporte - diferencial de alíquota, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, destinadas a consumo ou ativo permanente no período de 01.01 a 31.12.1996.

Inconformada com a decisão prolatada em primeira instância que julgou procedente o auto de infração, a Autuada apresentou recurso voluntário alegando que na compra de produtos desta natureza o ICMS é cobrado em sua integralidade com destaque nas notas fiscais, por inexistir os destaques em nota fiscal da comprovação do recolhimento na fonte em consequência a empresa não aproveitou o crédito respectivo, assim, não havendo qualquer destaque de ICMS, o que se requer é o próprio imposto da substituição tributária e não diferencial de alíquota.

Argumenta que a Constituição Federal, autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte e comunicação, não podendo, o imposto, ser cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Alega que em decisões anteriores, o COCRE deferiu crédito tributário do ICMS incidente sobre aquisições de combustíveis e derivados, retificando este entendimento, em processo similar onde foi efetivado levantamento destacando apenas o percentual de 33,73%, como crédito não aproveitável, sendo assim, caso seja recolhido o valor total do auto de infração, seria aproveitado crédito remanescente da parte não aproveitável, e que já houve decisão do COCRE, considerando que o óleo diesel não é material de consumo e sim, material indireto da produção no caso de prestação de serviço, o que a recorrente considera como correto. Observa que não houve a retenção do ICMS na origem, a empresa não se creditou do imposto, por não ter havido o seu recolhimento, assim, se condenado ao pagamento total do auto, o contribuinte teria o direito de se creditar em operações subseqüentes.

Argumenta ainda, que o julgador de primeira instância, cita que a defesa está disforme da peça vestibular, ocorre que, o histórico do auto, traz a cobrança de diferencial de alíquota, de materiais de consumo do estabelecimento e as notas tratam de combustíveis, material indireto da produção, e pela natureza da operação deveria ter sido retido na origem, o ICMS, e este, por preceito constitucional e entendimento do COCRE, que reconhece ao contribuinte o direito de se creditar em operações subseqüentes, sendo a mesma situação do caso em tela, crédito e débito.

Em análise aos autos, verifica-se que a empresa foi autuada por não recolher o diferencial de alíquota de combustíveis e lubrificantes no exercício de 1996, de mercadorias que possuíam, na época, alíquota interna no percentual de 17%, conforme Art. 24, incisos I, II e V, alínea "a", § 5º, da Lei 805/95, exposto abaixo, relativo a mercadorias oriundas dos Estados do Maranhão e Pará, onde as alíquotas interestaduais são no percentual de 12% .

Art. 24. *As alíquotas do imposto são:*

I - 17% (dezessete por cento) nas operações e prestações internas, excetuadas as hipóteses de que trata o inciso II;

II - 25% (vinte cinco por cento) nas operações e prestações internas relativas ao serviço de comunicação, e nas operações internas relativas a energia elétrica, combustíveis e lubrificantes, jóias, perfumes, bebidas alcoólicas, fumo, cigarros, armas e munições, automóvel importado, automóvel nacional de luxo, motocicletas acima de 180 (cento e oitenta) cilindradas e embarcações de esporte e recreação;



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

.....
V - equivalentes à diferença entre a alíquota interna utilizada neste Estado e a alíquota interestadual aplicada no Estado de origem, relativamente:

a) à entrada, no estabelecimento de contribuinte do imposto, de mercadoria ou bem oriundos de outro Estado, destinados a uso, consumo final ou a integração do ativo fixo;

.....

§ 5º. O disposto no inciso II deste artigo, relativamente a bebidas alcoólicas e combustíveis, não se aplica, respectivamente, a cerveja, chopes e óleo diesel, submetidos à alíquota prevista no inciso I.

Verifica-se que o imposto referente às operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, antes da publicação da emenda constitucional nº 33/2001, que incluiu o § 4º ao Art. 155 da Constituição Federal, cabia ao Estado de origem, e dessa forma, como o auto de infração é relativo ao exercício de 1996, o autuante entendeu que é devido ao Estado destinatário a diferença de alíquota, conforme estabelece o artigo 3º, inciso II, da Lei 805/95, senão vejamos:

Art. 3º. *Ocorre o fato gerador do ICMS:*

.....
II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da federação, destinada a uso, consumo final ou a integração no ativo fixo;

.....

O Art. 76, § 1º, inciso I, do RICMS, Dec. 1977/90, alterado pelo Dec. 6.630/92, que trata das operações com combustíveis líquidos e gasosos e lubrificantes e Art. 77, Parágrafo único, item 2 e 3, Dec. 1677/90, alterado pelo Dec. 6.274/92, estabelecem:

Art. 76. *Fica atribuída aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras Unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento ao Estado do Tocantins (Convênio ICMS 105/92).*



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

§ 1º O disposto neste artigo, aplica-se também:

.....
I – em relação ao diferencial de alíquota, a produto sujeito a tributação, quando destinados ao consumo e o adquirente for contribuinte do imposto;
.....

Conforme os artigos citados, verifica-se que o autuante lavrou o auto de infração considerando que as mercadorias constantes das notas fiscais são sujeitas à substituição tributária e que foram adquiridas para consumo, onde o imposto que caberia ao Estado do Tocantins, seria a diferença de alíquota praticada entre os estados de origem e de destino, considerando também, que a alíquota praticada neste Estado é de 17% e no Estado de origem é no percentual de 12%.

Entretanto, não tendo sido feita a retenção do imposto, conforme afirmação do autuante em Parecer fls. 21/22, o procedimento necessário seria a busca do crédito tributário de direito do Estado do Tocantins, pois, de acordo com a Lei Complementar 87/96, o imposto cabe ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Além do mais, a Recorrente tem como atividade o transporte rodoviário de passageiros e de cargas em geral. Há que se ressaltar que óleo diesel e lubrificante são produtos necessários e essenciais para o desenvolvimento das atividades da empresa.

Nesse sentido, entendo que o óleo diesel e lubrificantes adquiridos pela empresa não são materiais de consumo, podendo ser considerado materiais indiretos para que a prestação de serviço de transporte se realize. Tais produtos estão intrinsecamente vinculados à obtenção do serviço, atividade principal da empresa. Para ilustrar o tipo de mercadorias ou produtos que são considerados como material de consumo, cita-se, por exemplo, peças para manutenção dos veículos, material de limpeza, impressos, material de expediente, etc, estes caracterizam-se como materiais de consumo, o que não é o presente caso.

Em assim sendo, não há que se exigir diferencial de alíquota nas operações de aquisição de óleo diesel e lubrificantes por contribuinte do imposto no qual a sua atividade principal seja a prestação de serviços de transporte de passageiros e de cargas e nela sejam utilizados.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração nº 29449, absolvendo a Recorrente da imputação que lhe faz a peça básica.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 26 dias do mês de fevereiro de 2007

Presidente

Cons. Relator

Representante Fazendário