

PROCESSO	- A. I. N° 206912.0015/08-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0087-05/09
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 24/08/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0234-12/09

**EMENTA: ICMS.** 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. CONVÊNIO ICMS 85/93. INOBSERVÂNCIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que parte das operações não estão sujeitas as regras da substituição Tributária prevista pelo Convenio 85/93. Infração parcialmente comprovada. **b)** MERCADORIAS PARA REVENDA. Infração descaracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal contra a referida Decisão pela mesma proferida, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e reapreciação das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS, 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. (Valor do imposto: R\$44.079,94; percentual da multa aplicada: 60%), julgada parcialmente procedente.
2. Deixou de proceder à retenção do ICMS, 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 (Valor da multa: R\$14.751,01; percentual da multa aplicada: 60%), julgada improcedente.

Após apresentação de peça defensiva e manifestação pelo autuado e informação fiscal pelo autuante, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, manifestando-se, quanto às infrações 1 e 2, objeto do presente Recurso de Ofício, da seguinte forma:

*“O autuado na defesa apresentada suscitou a prescrição do direito de cobrança dos tributos cujo fato gerador ocorreu antes de 02/07/2003, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2008 argumentando que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.*

*Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 27/09/07 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:*

*Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.*

*...  
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato*

gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B*

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2003, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 14/01/2003 a 02/07/2003, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/09.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de retenção do ICMS 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. Falta de retenção da diferença de alíquota nas operações de saídas de pneus para contribuintes cadastrados na SEFAZ-BA, como empresas comerciais que adquiriram as mercadorias para uso e consumo, na forma do Convênio ICMS 85/93, examinados os registros de saídas dos arquivos magnéticos, conforme demonstrativo nº 1, fl. 10 do PAF.

Dispõe a cláusula primeira do Convênio em análise que 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.

O sujeito passivo impugna a infração asseverando que os produtos objeto da autuação não estão sujeitos à substituição tributária do ICMS, nos termos do referido Convênio ICMS 85/93, visto que tal convênio é aplicável unicamente às remessas dos produtos classificados nas posições 40.11 e 40.13, e no código 4012.90.0000.

Alega que nos termos do Decreto Federal nº 4542/2002 (o qual provou a Tabela de Incidência do IPI – TIPI/02 que vigorava à época das ocorrências objeto da autuação ora em combate) – a posição “40.11” correspondia a “pneumáticos novos, de borracha”. Já a posição “40.13” se referia a “câmaras-de-ar de borracha”. Ressalta que permanece inalterada a descrição de tais posições na atual TIPI, a qual foi aprovada pelo Decreto nº 6006/06, revogando a TIPI/02.

Afirma que quanto ao código “4012.90.0000”, ao excluir as posições “4013” e “4012”, presume-se que ao ser inserido na cláusula primeira do referido Convênio ICMS 85/93, o mesmo serviu para designar os protetores de borracha. Destaca que tal código não constava da referida TIPI/02 (e nem na atual TIPI/06), até porque, a partir da TIPI/95 os códigos passaram a ser representados por 8 dígitos e não mais por 10. Considerando que o Convênio ICMS 85/93 não foi alterado para considerar a modificação do referido código, se faz necessário a consulta à TIPI que vigorava à época de sua publicação, para a conclusão acerca de qual produto o mesmo representava.

Afirma ainda que levando-se em conta que o Convênio ICMS 85/93 foi publicado no DOU de 15/09/03, vigorava à época a TIPI aprovada pelo Decreto nº 97.410/88, na qual o referido código “4012.90.0000” representava a notação “Outros” da posição “4012”. Em vista disso, se adotando uma interpretação histórica, o código “4012.90.0000” corresponde à subposição “4012.90” da posição “4012” da TIPI/02.

Esclarece que as posições 40.11 e 40.13, tal como na TIPI que vigorava à época das ocorrências incluídas no Auto de Infração correspondiam, respectivamente a “Pneumáticos novos, de borracha” e “Câmaras-de-ar de borracha”, na TIPI aprovada pelo referido Decreto nº 97.410/88.

Portanto, a substituição tributária instituída pelo Convênio ICMS 85/93, se aplica unicamente às operações interestaduais envolvendo:

1. Pneumáticos novos, de borracha incluídos na posição 40.11 da TIPI, excluídos os utilizados em bicicletas;
2. Câmaras de ar de borracha, da posição 40.13, excluídas aquelas usadas em bicicletas e;
3. Protetores de borracha classificados no código 4012.90.0000.

Alega que relativamente às remessas incluídas nas Infrações 1 (salvo aquela documentada pela Nota Fiscal nº 759200) e 2 do Auto de Infração, nenhuma se refere a produto sujeito à substituição tributária nos termos do Convênio ICMS 85/93 (e de nenhum outro Convênio ou Protocolo, firmado no âmbito do CONFAZ).

Afirma que as operações incluídas na Infração 1 envolvem produto cujo código NCM é 4010.12.00, ou seja, "Correias Transportadoras, reforçadas apenas com matérias têxteis". Já as operações incluídas na Infração 2 se referem a produtos enquadrados no código NCM 4006.10.00, ou seja, "perfis para recauchutagem". Dessa forma, observa-se que tais bens não estão constantes no Convênio ICMS 85/93, não se sujeitando a esse regime tributário.

Outrossim, com relação à Nota Fiscal nº 759200, a operação por ela documentada teve como destinatária a empresa "Sobremetal Recuperação de Metais Ltda", CNPJ 32.516.650/0008-57, que se dedica à atividade de "recuperação de materiais metálicos, exceto alumínio", e apesar de não ser contribuinte do ICMS foi autorizada pela SEFAZ a se inscrever no cadastro de contribuintes estaduais, sob o nº 276.332.89, e ao adquirir pneumáticos teve a intenção de destiná-los à sua frota, e a alíquota interna de 18% foi aplicada no Estado de São Paulo. Portanto, não sendo contribuinte do ICMS não cabe a exigência fiscal.

O autuante ao prestar a informação fiscal reconhece as razões da empresa e afirma que em decorrência de constarem nos arquivos magnéticos o CFOP 6102 (vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros), tudo levava a crer que se tratava de revenda de pneus novos não tributada.

Quanto à Nota Fiscal nº 759200, os argumentos do sujeito passivo não restou demonstrado nas fortes evidências de que o destinatário é contribuinte do ICMS, efetivou recolhimentos de ICMS normal, e em quase todos os meses efetua recolhimentos sob a rubrica de complementação de alíquotas (código de arrecadação nº 0791), conforme verificou no sistema de arrecadação da SEFAZ.

Concordo com as razões da defesa, pois demonstrado o equívoco na autuação, com exceção da Nota Fiscal nº 0759200, emitida em 18/06/2003, consoante documentos de fls. 117 a 121, nos quais aponta que a destinatária Sobremetal Recuperação de Metais, inscrita no cadastro estadual sob o nº 027.633.289, na condição de normal, efetuou no exercício de 2003, vários recolhimentos de ICMS referente à complementação de alíquotas.

Portanto, resta parcialmente procedente a infração, permanecendo a exigência no valor de R\$1.168,88, referente a ocorrência de 30/06/2003, com base de cálculo de R\$6.875,00.

A infração 2 decorreu da falta de retenção de ICMS nas operações de saídas de pneus para contribuintes cadastrados na SEFAZ/BA, como empresas comerciais que adquiriram as mercadorias para revenda, aplicando-se as MVAs de 32% ou de 42%, a depender do tipo de pneumático, na forma do Convênio ICMS 85/93, confrontados os registros de saídas dos arquivos magnéticos com as notas fiscais coletadas no CFAMT, resumidas no demonstrativo nº 2, fls. 13,14 do PAF.

O mesmo argumento utilizado para a infração 1, se adequa a esta infração, segundo relato da defensora, pois as operações incluídas na infração 2, como se vê das respectivas notas fiscais, fls. 77 a 94, doc. 17 a 34, se referem a produtos enquadrados no código NCM 4006.10.00, ou seja "perfis para recauchutagem". Portanto, não se sujeitam ao regime de substituição tributária, tal como previsto no Convênio ICMS 85/93, já que se tratam de "Correias Transportadoras, reforçadas apenas com matérias têxteis" (código NCM 4010.12.00) e "Perfis para recauchutagem" (código NCM 4006.10.00).

O autuante também acata este argumento, e esclarece que a autuação decorreu da falta de esclarecimentos a respeito da identificação da mercadoria codificada nos arquivos magnéticos, no momento da ação fiscal.

3. Concordo com as razões da empresa e voto pela improcedência da infração, com base nos documentos anexados à defesa."

## VOTO

Inicialmente apreciarei os argumentos expendidos pela 5ª Junta de Julgamento para afastar da autuação parte do imposto exigido na infração 1.

De fato, como reconhecido pelo próprio autuante e decidido pelo *a quo*, restou demonstrado o equívoco na autuação, exceto no que tange à Nota Fiscal nº 0759200, emitida em 18/06/2003, consoante documentos carreados às fls. 117 a 121.

*Pari passu*, no que pertine à infração 2, aplica-se a mesma argumentação invocada para o deslinde da infração 1.

Isso porque todas as operações incluídas na mencionada infração, como se depreende da simples leitura das notas fiscais jungidas às fls. 77 a 94, doc. 17 a 34, se referem a produtos enquadrados

no código NCM 4006.10.00, ou seja “*perfis para recauchutagem*” . Assim, as referidas mercadorias não se sujeitam ao regime de substituição tributária, tal como previsto no Convênio ICMS 85/93, posto que se tratam de “*Correias Transportadoras, reforçadas apenas com matérias têxteis*” (código NCM 4010.12.00) e “*Perfis para recauchutagem*” (código NCM 4006.10.00).

Ressalto que este também foi o entendimento do autuante, tendo o mesmo, inclusive, esclarecido que a autuação decorreu da falta de esclarecimentos a respeito da identificação da mercadoria codificada nos arquivos magnéticos, no momento da ação fiscal.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206912.0015/08-9, lavrado contra GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$4.462,95, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS