

A. I. Nº - 206912.0016/08-5
AUTUADO - BRIDGESTONE FIRESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0317-04/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO E / OU PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Neste caso, restou comprovado que a margem de valor agregado correta é 32%, de acordo com a Cláusula 3ª do Convênio ICMS 85/93. Infração elidida apenas parcialmente, tendo-se em vista a indevida inclusão do IPI na redução prevista no Convênio ICMS 10/03. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Vendas de produtos destinados ao uso e consumo na prestação de serviço de transporte. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE CRÉDITO EFETUADO IRREGULARMENTE. O art. 374, II, 'd' do RICMS/BA determina que o estabelecimento fornecedor que, na condição de responsável por substituição, houver efetuado a retenção do imposto, ao receber a 1ª via da Nota Fiscal emitida para fins de ressarcimento, nos termos da alínea 'b', visada na forma do inciso VII, poderá deduzir o valor do imposto retido do próximo recolhimento a ser feito à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento (Convênio ICMS 56/97). Visto com data posterior à dedução. Hipótese em que o autuado não comprovou a origem dos documentos fiscais que consignaram os fatos geradores presumidos e não ocorridos. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, refere-se à exigência de R\$ 76.366,64 de ICMS, acrescido de multas, tendo em vista a constatação das seguintes irregularidades:

- 1- Retenção e recolhimento a menos do imposto devido na qualidade de responsável por substituição tributária, relativo às operações subsequentes de vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia. “A irregularidade decorreu da inclusão do IPI na redução de 4,90% prevista no Convênio ICMS 10/03, haja vista o PIS / COFINS monofásico, aplicável somente na base de cálculo de operação própria de ICMS, da qual o IPI não faz parte, sendo, portanto, inaplicável na base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária interestadual, confrontados os registros de saídas dos arquivos magnéticos com as notas

fiscais coletadas no CFAMT, anexadas como amostras, resumidas no Demonstrativo número 01". R\$ 45.693,19. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96.

- 2- Falta de retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, devido na qualidade de responsável por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes de vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia. "A irregularidade detectada decorre da 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, confrontados os registros de saídas dos arquivos magnéticos com as notas fiscais coletadas no CFAMT, anexadas como amostras, resumidas no Demonstrativo número 02". R\$ 3.960,74. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do imposto, devido na qualidade de responsável por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes de vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia. "A irregularidade decorre do abatimento indevido do imposto retido nas operações de vendas de mercadorias para a Bahia, lançado diretamente na Guia de Informação de Apuração do ICMS retido – GIA – ST atinente ao mês de outubro de 2006, conforme fazem prova os demonstrativos anexados ao auto, extraídos dos sistemas da SEFAZ da Bahia, cujas cópias ora encaminhamos ao contribuinte". R\$ 26.712,71. Multa de 150%, prevista no art. 42, V, 'a' da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 58), ingressou com impugnação ao procedimento fiscal às fls. 48 a 56. Inicialmente, ressalta que "parte do item 'a'" (infração 01) da autuação fiscal foi quitada no valor nominal de R\$ 19.935,77, acrescido de juros e multa, conforme guia de fl. 76. Tal valor decorre da apuração efetuada pelo autuado, tendo em vista as incorreções nos cálculos de apuração do ICMS / ST, pois a fiscalização aplicou a margem de valor agregado no percentual de 42% para todas as operações, quando é certo que para pneus utilizados em caminhões, ônibus, máquinas, tratores agrícolas etc., a margem aplicada é de 32%, nos termos da Cláusula 3^a do Convênio ICMS 85/93. Apresentou demonstrativo à fl. 49. Com o fim de comprovar que os pneumáticos foram destinados à utilização em caminhões, ônibus, máquinas, tratores agrícolas etc., juntou as planilhas de fls. 77 a 205, nas quais foram destacadas as operações que tiveram sua base de cálculo alterada através da aplicação da margem de valor agregado de 32%. Destaca, ainda, que o tipo de pneu poderá ser verificado nas notas fiscais posteriormente juntadas (fls. 255 e seguintes). Desta forma, requer seja reconhecido o pagamento das competências de janeiro a outubro de 2006, DAE fl. 76, declarando-se a extinção do crédito, conforme o art. 156, I do CTN,

Aduz que a aplicação indistinta da MVA de 42% também ocorreu nos meses de novembro de 2006 a dezembro de 2007. Afirma que apenas foram relacionadas na autuação fiscal as operações com pneus destinados a caminhões, máquinas, ônibus e tratores agrícolas. A divergência apurada neste período, segundo informa, deve-se ao fato da utilização de MVA equivocada. Transcreve a Cláusula terceira do Convênio ICMS 85/93, salientando que desde o encerramento da competência de outubro de 2006 procedeu à alteração do critério jurídico na composição da base de cálculo do ICMS / ST, quando passou a deixar de aplicar o redutor previsto no Convênio ICMS 10/03 sobre o valor do IPI. Com o fim de comprovar que se trata de pneus para o uso acima mencionado, acosta cópias de notas fiscais das operações listadas no ato preparatório do lançamento, por meio das quais pode ser verificada a classificação fiscal dos produtos (fls. 236 e seguintes). Com o fim de comprovar a veracidade do quanto expôs, juntou as planilhas de fls. 206 a 217, nas quais foi alterado de 42% para 32% o percentual da MVA. Uma vez efetuada tal alteração, alega que não há valores devidos a título de ICMS / ST. Requer a improcedência da autuação fiscal no tocante às

competências de novembro de 2006 a dezembro de 2007, uma vez que os valores autuados decorrem exclusivamente da aplicação errada da MVA.

Relativamente à infração 02, diz que a fiscalização cometeu um equívoco, pois consignou operações de remessa de pneumáticos destinados a transportadoras localizadas na Bahia, conforme documentos de fls. 218 a 220. Portanto, não se tratando de material com destinação para uso ou consumo, não caberia falar em diferencial de alíquota. Entende que os pneus são insumos das atividades das transportadoras, sem os quais se torna impossível a prestação de serviços e, portanto, enquanto insumos, sobre os mesmos não pode incidir ICMS por diferencial de alíquotas.

No tocante à infração 03, salienta que não houve justificativa pontual na glosa do valor, mas simples alegação de aproveitamento indevido de crédito. Diz que a exigência fiscal decorrente de glosa de crédito não deve subsistir, já que o mesmo tem origem na nota de resarcimento (fl. 221), emitida nos termos do art. 374, II, 'd' do RICMS/BA.

Por fim, requer seja julgado improcedente o auto de infração.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 227 a 231. Faz uma síntese da autuação e da impugnação, após o que passa a discorrer sobre as infrações. No que se refere à infração 01, pondera que o autuado não juntou provas de que os pneus tiveram destino à utilização em caminhões, ônibus, máquinas, tratores agrícolas etc.. Alega que o autuado limita-se a dizer que o tipo de pneu pode ser atestado na relação de notas fiscais constante dos arquivos magnéticos. Ocorre que em tais arquivos não há campo para classificação fiscal, mas para código de produto, que fica a critério de cada empresa. Ante a ausência de provas, entende que a autuação deve prosperar.

No tocante à infração 02, argumenta que não há dissenso entre autuante e autuado sobre o fato de que os produtos destinaram-se para contribuintes que exercem a atividade de transporte interestadual e / ou intermunicipal de cargas. Parte da premissa de que os destinatários utilizaram os pneumáticos para uso e consumo nas suas frotas. Discorda da acepção do autuado de que os produtos devem ser considerados como insumos, pois no caso não há processo de industrialização e / ou transformação, mas prestação de serviços. Alega que o fato de algumas legislações estaduais estabelecerem créditos fiscais presumidos para as transportadoras apenas tem o fim de eliminar as mazelas de um tributo que engloba serviços e que neles não se vê realizar na plenitude o princípio da não cumulatividade. Mantém a exigência fiscal.

Quanto à infração 03, da análise do documento de fl. 221, cuja quantia consignada entende relevante, diz que não se extrai detalhamento a respeito de a quais operações de venda e de compra se referem. Há referência vaga, incapaz de dar entendimento sobre a recuperação do tributo. Alega ser de vital importância que a autuada tivesse trazido cópias dos documentos fiscais apontados na NF 10.226, para daí algumas conclusões serem tiradas em busca da materialização do abatimento. Pondera que uma simples nota fiscal de resarcimento, emitida a bel prazer do cliente, inclusive não geradora de débito fiscal, não pode ter o condão de desqualificar a exigência, muito menos a simples citação de comando convenial e o visto de repartição baiana, vez que dele não resultou análise profunda do documento. Verifica que o mencionado visto foi chancelado tarde, um dia após ter sido feito o recolhimento do tributo considerando-se o abatimento.

Finaliza requerendo a procedência do auto de infração.

No dia 14 de abril de 2009 (fl. 1.085) esta 4^a JJF decidiu converter o processo em diligência à IFEP Comércio / autuante, já que o mesmo não havia tomado conhecimento dos documentos de fls. 255 e seguintes, acostados ao PAF pelo sujeito passivo após a informação fiscal.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 1.089 e 1.090. Tendo tomado conhecimento dos documentos trazidos pelo autuado referentes à infração 01, diz que são notas fiscais

representativas de operações com pneumáticos destinados a veículos que não são de passeio, submetidos a uma MVA inferior. Salienta que até a informação fiscal não tinha elementos que assegurassem que os pneus efetivamente estariam sujeitos a uma margem de valor adicionado inferior, mas que agora constata não haver diferenças a cobrar para estes casos. Informa que elaborou novo demonstrativo para esta infração (fls. 1.091 a 1.126).

Por fim, assevera que nada há a ser mudado no tocante às outras infrações e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 1.127), o contribuinte juntou manifestação às fls. 1.132 e 1.133.

Alega que o autuante, no seu demonstrativo, expurgou diversas notas fiscais da exigência inicial, deixando, todavia, de especificar por item, conforme descrito na lavratura do Auto de Infração, o que impede a verificação de quais notas fiscais ainda persistem indevidamente.

Requer a remessa dos autos à “unidade de cobrança” para verificação do crédito já recolhido, com destaque específico das notas fiscais. Salienta que não restou evidente se o expurgo das notas fiscais compreendeu a exigência do “item III” do Auto de Infração, razão pela qual requer novas vistas do processo à Fiscalização.

VOTO

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS por inclusão do IPI na redução de 4,90% prevista no Convênio ICMS 10/03; falta de retenção da diferença de alíquota nas operações de saídas de pneus para contribuintes cadastrados na SEFAZ/BA e abatimento indevido do imposto retido nas operações de vendas de mercadorias para a Bahia, lançado diretamente na Guia de Informação de Apuração do ICMS retido – GIA – ST, atinente ao mês de outubro de 2006.

Com relação à infração 01, o Convênio ICMS 10/03 estabelece que nas operações interestaduais efetuadas por estabelecimento fabricante ou importador com os produtos classificados nas posições 40.11 - PNEUMÁTICOS NOVOS DE BORRACHA e 40.13 - CÂMARAS-DE-AR DE BORRACHA, da TIPI, em que a receita bruta decorrente da venda dessas mercadorias esteja sujeita ao pagamento das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), nos termos da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, a base de cálculo do ICMS fica reduzida do valor resultante da aplicação do percentual de 4,90% (quatro inteiros e noventa centésimos por cento), na hipótese de mercadoria saída das Regiões Sul e Sudeste, exclusive do Estado do Espírito Santo, para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e o Estado do Espírito Santo.

Assim, verifica-se que não é pertinente incluir o IPI na aplicação do percentual. O autuado salienta que desde o encerramento da competência de outubro de 2006 procedeu à alteração do critério jurídico na composição da base de cálculo do ICMS / ST, quando passou a deixar de aplicar o redutor previsto no Convênio ICMS 10/03 sobre o valor do IPI. Comprovou tal alegação através dos documentos de fls. 206 a 217. Do cotejo entre os valores de ICMS RETIDO constantes desses documentos e daqueles apresentados pelo autuante às fls. 09 a 32, verifico a exata correspondência de quantias. Ocorre que, em função da aplicação da margem de valor agregado de 42%, restaram valores a pagar no demonstrativo de fls. 09 a 32, como dito, elaborado pelo autuante.

No que se refere ao percentual de margem de valor agregado, com efeito, a cláusula 3ª do Convênio ICMS 85/93 determina que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente para venda a consumidor, acrescido do valor do frete. Inexistindo tal valor, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, bem como a parcela resultante da

aplicação sobre esse total do percentual de 32% no caso de pneus, dos tipos utilizados em caminhões (inclusive para os fora-de-estrada), ônibus, aviões, máquinas de terraplenagem, de construção e conservação de estradas, máquinas e tratores agrícolas e pá-carregadeira.

Após a informação fiscal, às fls. 255 e seguintes, o autuado junta cópias de notas fiscais das operações listadas no ato preparatório do lançamento, por meio das quais pode ser verificada a classificação fiscal dos produtos (40.11), em obediência ao estabelecido no Convênio ICMS 10/93.

O autuante reconheceu as razões defensivas e elaborou novo demonstrativo do débito à fl. 1.091, afastando a aplicação da MVA de 42% para dar lugar à de 32% e expurgando algumas notas fiscais. Assim, acato a referida planilha, de modo que o valor exigido na infração 01 deve ser reduzido de R\$ 45.663,19 para R\$ 24.989,62.

Não assiste razão ao autuado quando afirma que o autuante deixou de especificar por item quando do expurgo das notas fiscais. Não há tal imperativo. As informações contidas no demonstrativo de fls. 1.092 a 1.107 são suficientes ao pleno exercício do direito de defesa, bem como restou claro na informação fiscal, à fl. 1.090, que nada de novo foi trazido no que se refere às outras infrações, o que torna desnecessária a requerida remessa do processo para a Fiscalização. Pedido de diligência indeferido. Infração parcialmente elidida.

Quanto à infração 02, entendo que a razão está com o autuante, por conceber que os destinatários dos pneus utilizaram os mesmos para uso e consumo na prestação dos seus serviços. Por motivos óbvios, não tem cabimento falar em insumos no presente caso, pois não há qualquer transformação de material e / ou industrialização, mas tão somente a sua destinação ao uso e consumo nas frotas, o que faz incidir a diferença de alíquotas, nos termos das Cláusulas 1^a, 3^a, 4^a e 5^a do Convênio ICMS 85/93. Inclusive, a Cláusula 4^a desse Convênio diz que a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na Cláusula terceira será a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino. Infração subsistente.

No tocante à infração 03, da análise do documento de fl. 221, constato que o mesmo faz referência, no campo “NATUREZA DA OPERAÇÃO”, a ressarcimento de ICMS retido, com CFOP 6.603. De acordo com o parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda número 03, de 17/03/1993, a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Idêntico é o raciocínio do art. 12 da Lei nº 7.014/96, que garante ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, observado o disposto no art. 33. Já o parágrafo 2º do art. 33 diz que o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido de restituição quando não houver deliberação no prazo de 90 (noventa) dias. O art. 374, II, “d” do RICMS/BA determina que o estabelecimento fornecedor que, na condição de responsável por substituição, houver efetuado a retenção do imposto, ao receber a 1^a via da Nota Fiscal emitida para fins de ressarcimento, nos termos da alínea ‘b’, visada na forma do inciso VII, poderá deduzir o valor do imposto retido do próximo recolhimento a ser feito à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento (Convênio ICMS 56/97). Deduz-se que há um procedimento a ser seguido, ou seja: receber a 1^a via da nota fiscal que designa o fato gerador presumido e não ocorrido, nos termos da alínea ‘b’ do art. 374, II, ‘d’ do RICMS/BA; visar a mesma e depois disso deduzir o imposto. No presente caso, o imposto foi deduzido antes do visto. O autuado não juntou cópias das notas fiscais que deram origem aos fatos geradores alegadamente presumidos e não ocorridos, de forma a materializar a pretensão do abatimento, conforme informou o autuante. Desta forma, entendo que a infração está caracterizada.

Apesar de o contribuinte ter juntado a NF do lançamento do ressarcimento, não foram trazidas ao PAF as NFs que comprovavassem a anulação da operação que motivassem direito a ressarcimento.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo que os valores já pagos deverão ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0016/08-5, lavrado contra **BRIDGESTONE FIRESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 55.663,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 28.950,36, e de 150% sobre R\$ 26.712,71, previstas no art. 42, II, “e” e V, ‘a’ da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os valores já pagos devem ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR