

A. I. Nº - 206912.0005/07-5
AUTUADO - GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09.07.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0180-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado a não ocorrência de parte de operações (roubo), bem como não foram consideradas as deduções na GIA-ST relativas à devolução de parte das mercadorias. Infração elidida em parte. **b)** RETENÇÃO A MENOS. Restou comprovado a aplicação incorreta da MVA em parte das operações e exigência indevida de ICMS substituto relativo a produtos não contemplados no Convênio ICMS 85/93, o que implicou em refazimento dos cálculos e redução do débito. Mantido a exigência relativa à redução indevida da base de cálculo do IPI e de operações interestaduais com contribuintes do ICMS. Infrações 1 e 2 procedentes em parte. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Excluídas da autuação as operações com mercadorias não sujeitas à retenção do ICMS por não estarem contempladas no Convênio ICMS 85/93 e mantida a exigência com relação às empresas contribuintes do ICMS. Rejeitados os pedidos de decadência e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/12/07, para exigir ICMS no valor de R\$225.684,23, acrescido das multas de 60% e 150%, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos que a diferença foi detectada em função do desencontro entre o ICMS retido constante nos arquivos magnéticos do movimento de saída transmitidos para o sistema da SEFAZ e os valores constantes no sistema de arrecadação também constante do sistema SEFAZ - R\$13.319,00.

02. Procedeu a retenção a menos do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade decorre 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 da operação própria do ICMS, da qual o IPI não faz parte, sendo, portanto, inaplicável na base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária interestadual - R\$35.678,78.

03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do ICMS em nome do sujeito passivo por substituição relativo às operações subseqüentes,

contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade foi detectada em decorrência da falta de retenção 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 42%, a depender do tipo de pneumático, conforme previsto no Convênio ICMS 85/93, tudo conforme arquivos magnéticos e notas fiscais coletadas no sistema CFAMT - R\$4.718,29.

04. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade foi detectada em decorrência da falta de retenção 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 prevista no Convênio ICMS 85/93, tudo conforme arquivos magnéticos e notas fiscais coletadas no sistema CFAMT - R\$171.968,16.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 224 a 273, inicialmente esclarece que se dedica à fabricação e comercialização de pneumáticos e câmaras de ar, sujeitando-se a incidência do ICMS, inclusive como substituto relativo às vendas destinadas a contribuintes na Bahia.

Discorre sobre as infrações e ressalta que as operações praticadas no ano de 2002 foram alcançadas pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) e decaídos os fatos geradores ocorridos de 01/01/02 a 28/12/02, quando tomou ciência da autuação.

No mérito, relativamente à infração 1, afirma que inexistem as diferenças apontadas pelo autuante, tendo em vista que desconsiderou os créditos das devoluções que recebeu, cujo ressarcimento do ICMS retido está previsto no art. 368 do RICMS/BA.

Afirma que a fiscalização tomou como base as informações contidas no Registro 53 (fls. 234/235), pelo registro individual de nota fiscal relacionada à substituição tributária sem considerar os créditos que possam aproveitar, como previsto nas cláusulas 7ª, 8ª e 10ª (art. 337-A do RICMS/BA) do Ajuste SNIEF 04/93, informando o ICMS substituto por retenção na GIA-ST, descontados os montantes registrados no campo 14 (ICMS de Devolução de Mercadorias); 15 (ICMS de Ressarcimentos); 16 (Crédito do Período Anterior) e 17 (Pagamentos Antecipados).

Afirma que a fiscalização considerou apenas a informação do campo 13 da GIA-ST (Registro 53), sem considerar o campo 14, relativa a devoluções de mercadorias devidamente documentadas pelas notas fiscais descritas no Anexo I das respectivas GIAs-ST, conforme determina a 10ª CL, § 1º do Ajuste SNIEF 04/93, bastando cotejar as informações contidas nos campos 13 a 17 da GIA-ST.

Com relação à infração 2, argumenta que não procede a acusação de que incluiu o IPI na base de cálculo do benefício da redução prevista no Convênio ICMS 10/93, para apuração do ICMS-ST nos termos do Convênio ICMS 85/93 e mesmo abstraindo-se do entendimento equivocado da fiscalização (Convênio ICMS 10/03), destaca que houve indevida inclusão de recolhimento por substituição, do valor correspondente ao diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia.

Afirma que nas operações com consumidores finais, a fiscalização desconsiderou que as mercadorias destinavam-se a uso e consumo e adicionou indevidamente a MVA, que só se aplica quando for destinada à comercialização, a exemplo das notas fiscais 88323, 88322, 84676 e 92969 (fls. 330/333), destinada a Mineradora Caraíba S/A, que exerce atividade de extração de minério.

Diz que na condição de contribuinte substituto, destacou e recolheu no prazo o ICMS de diferença de alíquota devido ao Estado da Bahia relativo às empresas Vito Transportes, Realsi Serviços e Transportes Literal Norte Ltda; Mineração Fazenda Brasileiro S/A e ALL – América Latina Logística Intermodal S/A, na condição de consumidores finais (fl. 243) de acordo com a Cláusula 3ª do Convênio ICMS 85/93 (fls. 244/245). Requer revisão da infração.

Ainda em relação à infração 2, com relação à inclusão do IPI na apu da base de cálculo (Convênio ICMS 127/02 e 10/03), ressalta que o

interestaduais de pneus e câmaras, era calculado mediante a adoção do critério estabelecido na CL 3ª do Convênio ICMS 85/93, alterada pelo Convênio 110/96, conforme transcreveu à fl. 246.

Esclarece que com o Convênio ICMS 127/02 (vigente de 14/10/02 a 28/04/03), data em que o Convênio 10/03 passou a vigorar, foi concedida redução de base de cálculo do ICMS próprio nas operações interestaduais efetuadas com pneus e câmaras-de-ar, para excluir da incidência do ICMS os valores do PIS e COFINS. Afirma que de acordo com o art. 87, XV, §§ 5º, 6º e 9º do RICMS/BA, não se alterou a sistemática de apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, mas apenas o valor tributável do ICMS-ST, aplicando os percentuais de redução da base de cálculo do ICMS próprio, bem como do montante total cobrado do substituído (preço total), mantendo-se inalterado os critérios para cálculo do ICMS-ST.

Exemplificou à fl. 249, operação de comercialização no valor de R\$200,00 e IPI de R\$30,00, com MVA de 42%, que entende ser calculado:

- A) ICMS PRÓPRIO – com a redução de 4,9% resulta em valor de R\$9,80 que deduzido do valor da operação e aplicada a alíquota de 7% resulta em valor de R\$13,31;
- B) ICMS-ST – aplicado o percentual de redução de 4,9% sobre o valor da operação de R\$230,00 resulta em redução de R\$11,27 – R\$230,00 = R\$218,73, que acrescido da MVA de 42% resulta em base de cálculo de R\$310,60.

Diz que este procedimento foi adotado no cálculo da retenção do ICMS-ST dos contribuintes, localizados em todo o País, inclusive de Minas Gerais, cuja resposta a consulta (fls. 335/338), confirma o valor do IPI na redução do percentual de 4,9% previsto no Convênio ICMS 10/03 e que o procedimento adotado pela fiscalização contraria o disposto no mencionado Convênio aprovado pela própria administração pública. Requer a improcedência da infração 2.

Quanto à infração 3, afirma que a substituição tributária prevista no Convênio ICMS 85/93, alcança pneumáticos, câmara de ar e protetores de borracha classificados nas posições 4011, 4013 e 4012.90.00 (NBM-SH). Esclarece que os Decretos 4070/01 e 4542/02 aprovaram a Tabela de Incidência do IPI (TIPI/01 e 02), sendo que a posição 40.11 correspondia a pneumáticos novos e a 40.13, a câmara-de-ar, ficando inalterado com a aprovação do Dec. 6.006/06. Com a revogação de TIPI/02, foi excluída a posição 40.13 e 40.12, a posição 40.123.90.0000 serve para designar os protetores de borracha, o qual não constava nas TIPI 01 e 02 (fl. 252) cujos produtos das posições 4011 e 4013 correspondem respectivamente a “pneumáticos novos, de borracha e câmara-de-ar de borracha” na TIPI aprovada pelo Dec. 97.410/88.

Defende que a substituição tributária instituída pelo Convênio ICMS 85/93 aplica-se às operações com pneumáticos novos, de borracha na posição 40.11 da TIPI, excluído os utilizados em bicicletas, câmara de ar de borracha da posição 40.13, excluídas as utilizadas em bicicletas e protetores, de borrachas classificados no código 4012.90.0000.

Com relação às operações com pneus usados, reafirma que o Convênio ICMS 85/93 aplica-se às operações com pneus novos, não englobando “devolução de pneus usados, os quais foram enviados à defendente para que esta realizasse testes”, conforme notas fiscais correspondentes (547565, 577467 e 630031). Junta ao processo cópias das notas fiscais 20003, 20035, 23104, 23105, 23675, 23966, 24103, 28916, 36171 e 36264 (fls. 339 a 349), relativas à posição 4012.2000 – “Pneumático usados, que foram devolvidos por não ter sido constatado defeito de fabricação ou matéria prima”, que não foi objeto de recolhimento de ICMS por substituição tributária.

Pelo exposto, entende ser insubsistente a infração no que tange às operações com pneumáticos usados, recebidos para análise e testes, posteriormente devolvidos, exceto quanto às operações consignadas nas notas fiscais 547565, 577467 e 630031 (fls. 350 a 352), destinadas à empresa Sobremetal Recuperação de Metais Ltda, que se dedica a recuperação de materiais metálicos, exceto alumínio, inscrição estadual 27.633.289, apesar de não ser contribuinte de ICMS

Afirma que não sendo o destinatário contribuinte do ICMS (Sobremetal), não há ICMS-ST e nem ICMS da diferença de alíquota a recolher, tendo aplicado nestas operações a alíquota de 18%, prevista para as operações interestaduais com não contribuintes do imposto. Requer a improcedência do imposto exigido sobre as aludidas operações.

Quanto à infração 4, relativa a ICMS da diferença de alíquota, afirma que as notas fiscais:

- A. 117753, 117932 e 822773 - Os produtos que não são pneus (NCM 5902.20.00 e 3909.40.19) e sim resinas e telas para pneumáticos fabricados com náilon, poliamida, poliéster, raiom ou viscose. Alega equívoco exigir ICMS-ST destas operações.
- B. 117753 e 117932 – Devoluções simbólicas de materiais recebidos em consignação industrial, não há incidência de ICMS nos termos do Protocolo ICMS 52/00 (art. 409-A do RICMS/BA), do qual Bahia e São Paulo são signatários.
- C. 823137, 887398, 912318 e 925345 - destinadas à empresa Sobremetal que não promove operações sujeitas à tributação do ICMS, cujas operações foram tributadas com alíquota interna (18%) e não reteve ICMS-ST, nem diferença de alíquota por entender que não cabia a exigência do imposto.
- D. Foi aplicada MVA de 42% em todas as operações relacionadas nas infrações 2 e 3, a exemplo das vendas com o código HRL 4B E4 (fora-de-estrada) e outros que indicou à fl. 272, consignado na nota fiscal 577467, sem considerar a destinação dos pneus (fls. 259 a 269 e 362 a 380), conforme CL 3ª do Convênio ICMS 85/93 que prevê MVAs para cada tipo de pneus.

Por fim, requer a improcedência da autuação, inclusive o direito de fazer sustentação oral na assentada do julgamento.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 384 a 399, inicialmente discorre sobre os argumentos defensivos, passando a contestá-los, conforme passou a expor.

Com relação à preliminar de decadência contesta a aplicação do art. 150, § 4º e sim o art. 173, I tudo do CTN, contando prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme decisão contida nas ementas do REsp 973189-MG do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e AgRg 756159-RS para reforçar o seu posicionamento.

No mérito, com relação à infração 1, reconhece que as diferenças apontadas na infração decorrem das devoluções indicadas nas GIAs-ST, o que não tinha sido comprovado durante a fiscalização, “apesar de oficiosamente ter tomado conhecimento dos demonstrativos acusadores das diferenças” e não ter juntado as notas fiscais comprobatórias das devoluções que comprovem o desfazimento das vendas, motivo pelo qual mantém a infração na sua inteireza.

No tocante à infração 2, afirma que a aplicação da redução do percentual de 4,9% prevista para fixação da base de cálculo da operação própria, não inclui o IPI. Apresenta demonstrativo exemplificativo (fl. 390), do cálculo relativo à nota fiscal 917225 (fl. 163), no qual a empresa apurou base de cálculo de R\$2.653,49 incluindo a redução indevida do IPI, procedimento que foi adotado para as demais vendas de pneus novos para contribuintes localizados na Bahia.

Reproduz a CL 1ª do Convênio ICMS 10/03, interpreta que o redutor se aplica à base de cálculo da operação própria, não afetando o IPI que integra a base de cálculo. Informa que na 4ª Reunião Técnica Tributária de 20/05/05, a Diretoria de Tributação comungou com este entendimento, discordando do posicionamento do Fisco mineiro em resposta a consulta do defendente (fls. 336/338), mesmo porque não foi suficientemente clara ao abordar a questão do IPI.

Argumenta que a redução da base de cálculo objetivou contemplar a tributação monofásica do PIS/COFINS e não poderia repercutir sobre o IPI, influenciando outros tributos, inclusive das receitas estaduais. Apresentou demonstrativo complementar (fl. 392), relativo à citada nota fiscal no qual apurou base de cálculo de R\$2.671,33, sem considerar redução no IPI, o que resultou em diferença devida de ICMS-ST de R\$1,78, conforme metodologia prevista na legislação do ICMS.

Informa que estabelecimento concorrente foi autuado da mesma maneira, reconheceu o equívoco e efetuou o pagamento do imposto exigido.

Quanto aos documentos listados como de vendas destinada a uso e consumo (fl. 243), suscetível à diferença de alíquota, afirma que acata as quatro notas fiscais trazidas ao processo, das dezoito relacionadas, devendo permanecer às demais visto que constam no arquivo magnético entregue CFOP 6401, relativo à venda de produção do estabelecimento sujeito ao ICMS-ST.

Relativamente a MVA de 42% em vez de 32%, afirma que ao contrário do que foi dito na defesa, considerou no levantamento fiscal os percentuais corretos e não tendo indicado em quais documentos fiscais ocorreram, mantém os percentuais aplicados, por falta de prova.

Com relação à infração 3, no que se refere às onze notas fiscais juntadas com a defesa, indicando devolução de pneus “por não ter sido constatado defeito de fabricação ou matéria prima”, esclarece que nos arquivos magnéticos para estas operações foram indicados os CFOPs 6999 e 6949 (outras saídas não especificadas), suscetíveis à tributação.

Mas na verdade trata-se de pneus vendidos que retornaram por defeitos, fazendo considerações: há um grande número de pneus devolvidos; não há referência dos documentos de vendas para que possa ser conferido; o procedimento não obedece ao disposto nos artigos 516 a 530 do RICMS/BA relativo à devolução de produtos defeituosos, inclusive falta de indicação da nota fiscal original de venda e de retorno do cliente. Conclui esta linha de raciocínio de que por falta de elementos probatórios, mantém a exigência do ICMS destas operações.

Com relação aos trinta documentos relacionados que indicou às fls. 395 e 396 (pneumáticos usados), afirma que não foram juntados os documentos probatórios das alegações ao processo, o que importa em pertinência do lançamento.

Quanto às operações com a Sobremetal, contesta a alegação de que não é contribuinte do imposto, dizendo que está cadastrado como “normal”, sujeito à apuração normal de recolhimento, conforme documentos juntados às fls. 189/190, praticando operações de venda e revenda de mercadorias. Ressalta que nos meses de março/02 e janeiro/03, consta no sistema de arrecadação da SEFAZ recolhimento do ICMS decorrente de atividades de compra e venda de mercadorias, o que a coloca na condição de comprador de pneus destinados à revenda.

Argumenta que se o CONSEF entender que tais operações foram destinadas a uso ou consumo (destinado a sua frota) cabe a exigência do ICMS da diferença de alíquota nos termos do Convênio ICMS 85/93, visto que o destinatário é inscrito no cadastro normal e o estabelecimento autuado é o responsável pelo pagamento do imposto. Ressalta que a Sobremetal efetua recolhimentos com código de arrecadação 0791 em quase todos os meses (fl. 397).

Relativamente ao argumento defensivo de que seja corrigida a MVA de 42% para 32% referente a pneus não destinados a carros de passeio (CL. 3ª do Convênio ICMS 85/93), rebate que tal diferenciação foi observada no levantamento fiscal e que o autuado não indicou na defesa quais documentos fiscais teriam sido aplicados incorretamente os percentuais de MVA.

No tocante à infração 4, relativo à falta de retenção do ICMS da diferença de alíquota, reconhece que procede a alegação defensiva de que as notas fiscais 117753, 117932 e 822773 abrange operações com telas/resinas e não pneus, que são sujeitos à tributação antecipada, tendo sido induzido ao erro pela indicação do CFOP 6102 (venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros). Concorde em excluir da autuação os valores correspondentes.

Relativamente às notas fiscais 823137, 887398, 912318 e 925345, de vendas a Sobremetal, contesta que as vendas de pneus foram destinadas a uso e consumo (frota própria) e é devido o ICMS da diferença de alíquota, cujo responsável é o remetente (autuado), de acordo com o disposto no Convênio ICMS 85/93, visto que o destinatário é inscrito como contribuinte normal.

Por fim, afirma que o autuado é devedor do imposto das operações consignadas nas notas fiscais 657540, 750657, 752546, 767166 e 776578 (fls. 202 e 203), a primeira emitida contra a Sobremetal e as demais contra a Realsi Serviços e Transportes Litoral Norte, prest:

intermunicipal de passageiros, contribuinte substituído da diferença de alíquota, conforme documentos juntados às fls. 211 a 220. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal o autuado manifesta-se (fls. 400 a 424), reiterando os argumentos constantes da defesa inicial relativos à decadência.

No mérito, em relação à infração 1, contesta as diferenças apontadas na autuação, pela não observação das informações contidas nas GIAs ST, desconsiderando as devoluções ocorridas e informadas. Junta cópia de parte das notas fiscais relativas a devoluções (fls. 426/436) e que devido à exiguidade do tempo não conseguiu extrair cópia de todas as notas fiscais.

Com relação à infração 2, afirma que o autuante acatou as notas fiscais juntadas ao processo e junta outras (fls. 437 a 451), para tentar comprovar que se trata de venda de material de uso/consumo, não se aplicando as regras previstas no Convênio ICMS 10/03.

Mantém seu posicionamento com relação à redução sobre o IPI, conforme decisão contida no Acórdão 18.630/08 do Estado de Minas Gerais (fl. 416). Requer a improcedência da infração.

Relativamente à infração 3, reitera a inaplicabilidade da substituição tributária nas operações com pneus usados recebidos para teste e contesta o argumento de que não há referência do documento de venda de origem na nota fiscal. Afirma que cumpriu o que determina os artigos 516 a 530 do RICMS/BA, indicando CFOP 6999 e 6949 sobre as operações. Junta notas fiscais de devolução de bens recebidos para teste (docs. 27 a 50, fls. 452 a 475), ressaltando que a de nº 20003 foi juntada à defesa, junta agora a 20005 e está empreendendo esforços para localizar as notas fiscais 20649, 20654 e 20659. Solicita a improcedência desta infração.

No que tange à infração 4, afirma que o autuante concordou com a exclusão das notas fiscais 117753, 117932 e 822773, mas não concorda com as destinadas a Sobremetal, que entende tratar de operação destinada à comercialização, relativo aos documentos não juntados à defesa, em relação às notas fiscais 823137, 887398, 912318 e 925345. Requer exclusão destas notas fiscais.

Reitera que foi calculado ICMS-ST com MVA de 42% ao invés de 32%, envolvendo pneus destinados a caminhões e ônibus documentado na nota fiscal 813724, conforme previsto no Convênio ICMS 85/93 e requer que sejam feitas as correções necessárias nesta infração.

Em 04/08/08, peticionou a juntada de notas fiscais ao processo (fls. 480 a 514), relativas:

- a) devolução, informadas na GIA-ST, que foram roubadas junto com o veículo transportador (não foi roubada a carga), com indicação da nota fiscal de entrada correspondente e nota fiscal posterior de saída, conforme demonstrativo abaixo (fl. 485):

Nota Fiscal roubada	Nota Fiscal de entrada	Nota Fiscal de saída posterior	Docs.
524985	28521	526642	2 a 4
524986	28529	526644	5 a 7
525301	28524	526645	8 a 10
525302	27513	526646	11 a 13
525728	28509	526647	14 a 18
525303	27525		

- b) Notas fiscais 102806 e 219 (fls. 506/507), emitidas pelos clientes (devolução de mercadorias);

- c) Notas fiscais 28877 e 31827 (fls. 507/512), retorno de produtos não recebidos por clientes.

Requer a exclusão dos valores correspondentes aos documentos ora apresentados e improcedência das infrações apontadas na autuação.

A JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 516) para que o autuante analisasse os documentos e refizesse os demonstrativos originais contemplando as comprovações.

O autuante na nova informação fiscal (fls. 519/523) esclarece ter observado os valores nas GIAs-ST, mas que em se tratando de uma declaração, carece de prova doc

Com relação aos documentos apresentados relativo à infração 1 diz

- a) Petição à fl. 402: Trouxe algumas provas de devolução e “suficientes de acerto na dedução do imposto devido para a Bahia”, conforme notas relacionadas (fl. 519/520). Observa que a NF 166644 está ilegível, requer ser intimado para reapresentação da mesma e as notas fiscais 595 e 597 fazem prova de que as vendas para a REALSI eram feitas com substituição da diferença de alíquota, tendo o autuado deixado de fazer em relação a algumas operações (fl. 436);
- b) Petição à fl. 482: Foi juntado o restante dos documentos fiscais de devolução, em função de roubo e expedição de outra nota fiscal, não se tratando de devolução, sem que tivesse sido comunicado ao Fisco, descumprindo obrigação acessória, devendo ser desconsiderados para efeito de abatimento do débito declarado na GIA ST.
- c) Acatou as notas fiscais 102806 e 0219 e observou que as notas fiscais 4174 e 31827 excluídas pelo autuado, apresenta diferença entre o valor comprovado de R\$37,26 e o declarado na GIA de 42,36 havendo diferença não comprovada de R\$5,10.

Relativo à infração 2, afirma que:

- 1) As notas fiscais 88322, 88323, 84676 e 92969 foram destinadas a contribuintes do ICMS não revendedores de pneus, não se aplicando a redução do PIS/COFINS, expurgado do lançamento;
- 2) Mesmo extemporânea, devem ser excluídas da exigência fiscal as notas fiscais relacionadas à fl. 522, em nome do princípio da verdade material;
- 3) Observa que a NF 191995 faturada contra a REALSI com retenção da diferença de alíquota, contraria o posicionamento do defendente na infração 4, alegando não ser contribuinte.

Relativamente à infração 3, afirma que as notas fiscais juntadas ao processo não elidem a infração, tendo em vista que tais documentos (fl. 402) “não fazem referência aos documentos originais de vendas” para certificar-se de que a mercadoria devolvida para análise técnica se trata da mesma mercadoria negociada. Mantém a exigência fiscal.

Quanto à infração 4, observa que desde o início reconheceu como indevida a exigência do imposto relativo às notas fiscais 117953, 117932 e 82773 por não se tratar de pneus, sendo contemplados tais exclusões nos novos demonstrativos, porém não foi trazido nada de novo e não remanescem dúvidas quanto às operações com a Sobremetal que é contribuinte do ICMS.

Juntou demonstrativo de débito à fl. 524, indicando valores remanescentes de R\$11.680,10 na infração 1; R\$31,26 na infração 2; valor original do AI na infração 3 e também na infração 4.

Intimado para tomar conhecimento da diligência, o autuado manifestou-se (fls. 534/537).

Com relação à infração 1, diz que a nota fiscal 627 emitida pela REALSI, em que pese não ter indicado o valor do ICMS-ST, entende ser legítimo o crédito fiscal vinculado a nota fiscal 782238. Apresenta demonstrativos às fls. 536/537 no qual evidencia que o valor creditado de R\$1.411,91 corresponde ao ICMS-ST retido e recolhido aos cofres do Fisco baiano que tendo sido posteriormente devolvido gera o direito do crédito.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova petição juntada em 19/12/08 (fls. 540/558), reitera a decadência de parte do crédito tributário. No mérito contesta a não consideração das devoluções de mercadorias da infração 1 contida nas informações das GIAS-ST.

Comenta os ajustes procedidos pelo autuante e contesta o não acatamento das notas fiscais 28521, 28529, 27509, 27513, 28524 e 28525 que não são devolução de mercadorias e sim de roubo, conforme Boletim de Ocorrência Policial feito logo após a sua ocorrência (23:45 hs), quando não havia expediente na transportadora emitente das notas fiscais.

Apresenta quadro demonstrativo estabelecendo uma correlação entre nota fiscal roubada, nota fiscal de entrada e de saída posterior (fls. 548 e 550) esclarecendo que após emissão das notas fiscais de saída, emitiu documento fiscal de entrada para não configurar

Com relação à infração 2, reitera entendimento quanto à redução da

No tocante à infração 3, reitera que as operações foram destinadas a uso/consumo dos estabelecimentos destinatários e não com destino a revendas.

Quanto à infração 4, diz que mesmo o autuante tendo concordado com o cancelamento de parte das notas fiscais, mantém de forma equivocada a exigência de algumas operações.

Ressalta que tendo juntado a nota fiscal 813724, o autuante manteve o equívoco do MVA que entende ser de 42%. Requer o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal ao autuante.

O autuado na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação, sob a alegação de 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 nulidade suscitada tendo em vista que o lançamento fiscal foi realizado em 19/12/07 (fl. 223), com ciência do autuado em 28/12/07 (fl. 223).

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que 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 aplicam quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2002 a 2005, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 31/03/02 a 31/12/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/08.

No mérito o Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito a retenção e do recolhimento a menos do ICMS devido por substituição, por força de Convênio ICMS.

Quanto à infração 1, o autuado alegou que o autuante tomou como base os campos de totalização e recolhimento do ICMS-ST sem considerar os créditos das devoluções (campo 14), fato admitido pelo autuante, justificando não terem sido acatadas as devoluções informadas na GIA-ST por não estarem comprovadas.

Verifico que conforme demonstrativo à fl. 11, o autuante confrontou o valor retido constante dos arquivos magnéticos, com o arrecadado informado na GIA-ST, a exemplo do mês de maio/02 que foi informado valor de R\$184.913,00 e arrecadado de R\$176.202,00 (fls. 15 e 49) resultando em diferença exigida de R\$8.711,00.

Após juntada de documentos pelo autuado (fls. 400 a 424 e 489 a 512) o autuante acatou as notas fiscais 102367, 102806, 219, 104356, 71877, 28877, 105012, 105609, 105758, 31827, 4174 e 627 e refez o demonstrativo original contemplando os valores das devoluções comprovadas o que resultou no demonstrativo à fl. 524, reduzindo o valor original de R\$13.319,00 para R\$11.680,10. Assim sendo tomo como base este demonstrativo para apreciar as alegações posteriores apresentadas pelo impugnante.

Com relação aos documentos apresentados não acatados pelo autua

1. Devolução em função de roubo – falta de cumprimento de obrig;

2. NF 166644 alegou está ilegível;
3. 595 e 627 (fls. 434 e 436-REALSI) foi feita com substituição da diferença de alíquota;

Com relação às notas fiscais 28521, 28529, 27509, 27513, 28524 e 28525 (maio/02) não acatadas pelo autuante sob o argumento de que não se tratam de devoluções de mercadorias, verifco que conforme documento à fl. 488, o Gerente Comercial Eduardo Soares Pinto, motorista da Transportadora JPN registrou Boletim de Ocorrência Policial em 15/03/02 que acusou roubo de um veículo Escort, documentos pessoais, do veículo e quarenta notas fiscais.

Relativo às notas fiscais acima relacionadas, o estabelecimento autuado emitiu nota fiscal de entrada (28521, 28529, 28524, 27513, 27509 e 28525, fls. 490/504) entre os dias 18/03/02 a 01/04/02, na qual indicou “retorno do roubo das NFs conforme B.O. 1800/2002”. Em seguida a empresa emitiu as notas fiscais de saída correspondentes (em substituição às roubadas) de n^{os} 526642, 526644, 526645, 526646 e 526647 e NF 525728 e 525303 (fls. 491/505).

Pelo exposto, considerando que o ICMS-ST exigido decorre da diferença entre o valor informado na GIA-ST e o recolhido, nesta situação específica deve ser acatada a dedução dos valores computados no campo da GIA-ST como “devoluções”. É correto o posicionamento do autuante de que não ocorreu uma devolução efetiva, mas se o valor do ICMS-ST foi incluído no débito pelas saídas, tendo sido roubadas as notas fiscais e emitido novas notas fiscais em substituição gerando novo débito de ICMS-ST, é razoável acatar os valores como “devolvidos” consignados nas notas fiscais de entradas, equiparando a um desfazimento da operação.

No que se refere ao descumprimento da obrigação acessória alegado pelo autuante, deixo de apreciar, visto que não foi este o objeto da acusação. Com isso, fica reduzido para zero o valor exigido relativo ao mês de maio/02 (R\$8.711,00) conforme demonstrativo de débito apresentado no final do voto.

Com relação à NF 166644 que o autuante não acatou sob o argumento de que estava ilegível (fl. 435). Na última manifestação o autuado juntou cópia da nota fiscal legível à fl. 556 emitida pela Companhia Brasileira de Distribuição, inclusive visada pelo Fisco, na qual foi indicada devolução parcial da NF 770384 totalizando R\$10.598,50. Verifco que no Demonstrativo de ICMS-ST juntado pelo autuante à fl. 93, foi relacionado valor total de R\$36.448,18 e valor retido de R\$5.340,68. Este valor corresponde a 29,07% das mercadorias devolvidas que aplicado ao valor do ICMS-ST resulta em valor de R\$1.552,97. Portanto, acato a mencionada nota fiscal o que zera o valor exigido no valor de novembro/03.

No tocante às notas fiscais 595 e 597 emitidas pela REALSI SERVICOS E TRANSPORTES LITORAL NORTE que foram juntadas com a defesa (fls. 434/436), não foram acatadas pelo autuante sob o argumento de que foram feitas com substituição da diferença de alíquota.

Com relação à nota fiscal 595 (fl. 434), verifco que no corpo da nota fiscal de devolução emitida pela REALSI foi destacado o valor do ICMS-ST de R\$770,61. Foi indicado na mesma que se refere à devolução relativa à nota fiscal 728056, a qual está relacionada no Demonstrativo de ICMS Retido elaborado pelo autuante (fl. 87). Como o valor exigido decorre da diferença entre o demonstrativo do ICMS-ST retido informado na GIA-ST e o recolhido, restou comprovado o valor do imposto retido relativo à devolução das mercadorias. Observo que embora o autuante não tivesse deixado claro que acatou a nota fiscal 595, o valor exigido de R\$770,00 foi zerado nos demonstrativos de débito juntado às fls. 524/525 e deve ser mantido.

Relativamente à nota fiscal 627 com valor de R\$14.118,13 de devolução emitida pela REALSI, a cópia juntada com a defesa à fl. 436 não destaca valor do ICMS-ST. O autuante contesta que se trata de substituição de diferença de alíquota e que não justifica considerar abatimento do imposto. Verifco que na nota fiscal foi indicado que a devolução se refere à nota fiscal 782238, a qual está relacionada no Demonstrativo de ICMS Retido à fl. 93 com valor de R\$28.169,94 e valor retido de R\$2.560,90. Como apreciado anteriormente, se o valor exigido o demonstrativo do ICMS-ST retido e o informado na GIA-ST, mes

sido destacado na nota fiscal de devolução é correto o abatimento no valor a ser recolhido, tendo em vista que o fato presumido da operação subsequente de venda não ocorreu.

A empresa apresentou um demonstrativo à fl. 537 indicando valor do ICMS-ST de R\$1.411,91. Verifico que o valor da devolução foi de R\$14.118,13 que corresponde a 50,11% do valor da venda de R\$28.169,94 e aplicando este percentual ao valor do ICMS-ST de R\$2.560,90 corresponde ao valor de R\$1.283,46 e não R\$1.411,91, motivo pelo qual não acato o demonstrativo apresentado pela empresa e considero devido no mês de janeiro/04 o valor de R\$128,54 (R\$1.412,00 – R\$1.283,46).

Por tudo que foi exposto julgo procedente em parte esta infração com valor devido de R\$133,64.

Data Ocorr	Data Vencdo	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Autuado	Valor Devido	Fl.
30/04/02	09/05/02	51.241,18	17,00	60,00	8.711,00	0,00	524
31/05/03	09/06/03	30,00	17,00	60,00	5,10	5,10	524
31/10/03	09/11/03	9.129,41	17,00	60,00	1.552,00	0,00	556
31/01/04	09/02/04	8.305,88	17,00	60,00	1.412,00	128,54	"93/436
Total					11.680,10	133,64	

Com relação à infração 2, o autuado alegou na sua defesa que:

- Foi aplicada MVA de 42% em vez de 32%.
- Não incluiu o IPI na redução da base de cálculo (Convênio ICMS 10/93) da apuração do ICMS-ST;
- Houve inclusão indevida na apuração do ICMS-ST do valor correspondente ao diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia (uso e consumo), com adição da MVA;

Relativamente à primeira alegação, na informação fiscal o autuante contestou afirmando ter aplicado corretamente as MVAs de 42% e 32%, e que não tendo indicado a quais documentos fiscais se referiam, manteve os percentuais aplicados. Na manifestação do recorrente acerca da informação fiscal (fl. 422) o autuado alegou que os pneus constantes da nota fiscal 813724 são destinados a caminhões e o autuante aplicou MVA de 42% ao invés de 32%. Na segunda informação fiscal o autuante não contestou tal alegação (fls. 522/523), tendo o autuado reiterado novamente na manifestação seguinte (fl. 554).

Verifico que assiste razão ao autuado, com relação à mencionada nota fiscal, visto que se trata de PNEU G365 (vide informativo à fl. 263) destinado a caminhão com MVA prevista de 32% (§1º, 2 da Cl. 3ª do Convênio ICMS 85/93), que na planilha elaborada pelo autuante à fl. 163 foi calculado equivocadamente com a MVA de 42%. Dessa forma, deve ser afastado o valor exigido de R\$151,65, relativo à NF 813724 reduzindo o valor exigido no mês de janeiro/04 de R\$238,85 para R\$87,20, valor este corrigido no demonstrativo de débito abaixo.

Saliento que com relação a outras notas fiscais de venda de pneus de caminhões não identifiquei aplicação de MVA equivocada, como afirmou o autuado, a exemplo da NF 20766 (fl. 168) de PNEU G377 que foi aplicada corretamente a MVA de 32%. Por isso, acato esta alegação apenas com relação à nota fiscal 813724 apontada pelo autuado na defesa e manifestações.

Com relação à inclusão ou não do IPI na redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 10/93 para efeito do cálculo do ICMS-ST, verifico que no modelo exemplificativo juntado com a defesa à fl. 249, para uma operação de comercialização no valor de R\$200,00 e IPI de R\$30,00, com MVA de 42%, o autuado demonstrou ter calculado o ICMS PRÓPRIO com a redução de 4,9% (R\$200,00 - R\$9,80 = R\$190,20 x 7%) o que resulta em valor de R\$13,31.

Já no cálculo do ICMS-ST, o autuado deduziu o percentual de redução de 4,9% sobre R\$230,00 e considerou redução de R\$11,27 – R\$230,00 = R\$218,73, acresceu da MVA de 42%, apurando uma base de cálculo de R\$310,60. Isso denota que na apuração do ICMS-ST aplicou também a redução de 4,9% do IPI.

Conforme disposto na Cláusula Primeira, inciso I do Convênio ICMS 10/03, nas operações interestaduais efetuadas por estabelecimentos fabricantes de pneu receita bruta esteja sujeita ao PIS e COFINS, a base de cálculo do

resultante da aplicação do percentual de 4,90% nas saídas de mercadorias das Regiões Sul e Sudeste para o Norte, Nordeste e Centro Oeste.

Já o § 2º da mesma Cláusula estabelece que:

§2º - Para efeito de apuração da base de cálculo do imposto a ser retido por substituição tributária a margem de valor agregado a que se refere o Convênio ICMS 85/93, de 10 de setembro de 1993, deverá incidir sobre o valor resultante da aplicação da redução prevista nos incisos do “caput” desta cláusula.

Observo que a Cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93 estabelece que: “O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria”.

O art. 23, II da Lei nº 7.014/96 (Bahia) estabelece que para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

Pelo exposto, a regra prevista no Convênio 10/03 para redução do percentual de 4,9% se aplica sobre a operação própria para compensar os valores do PIS e COFINS incluídos na receita bruta de vendas, mas não se aplica ao IPI que é transferido aos adquirentes das mercadorias e compõe na sua integralidade a base de cálculo do ICMS-ST ora exigido.

Quanto à consulta formulada ao Fisco de Minas Gerais (fls. 336/338), relativa à apuração do ICMS-ST e decisão contida no Acórdão 18.630/08, verifico que na análise do mérito (fl. 418), o relator expressou que o cálculo efetuado pelo Consulente estava em desacordo com a legislação do ICMS, mas decidiu com base em orientação consultiva:

“No entanto, ainda que o Contribuinte tenha calculado os valores divergentes do que prevê a legislação, sob a ótica do Fisco e da Auditoria, o Fisco não pode alterar o critério jurídico, vez que o Órgão Consultivo da SEF, a Superintendência de Legislação e Tributação – SLT, atualmente SUTRI, em resposta a consulta formulada pelo Contribuinte, entendeu correto o entendimento manifestado por este (Consulta 128/03), não fazendo reparos nos cálculos apresentados”.

Dessa forma, embora a decisão prolatada pelo Fisco de Minas Gerais tenha sido favorável ao contribuinte, restou comprovado que houve equívoco na orientação do Órgão Consultivo e não pode ser balizada como interpretação correta da aplicação do Convênio ICMS 10/03.

Relativamente à inclusão indevida na apuração do ICMS-ST do valor correspondente ao diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia (uso e consumo), com adição da MVA, o autuante acatou todas as notas fiscais apresentadas junto com a defesa e manifestações, tendo indicado no demonstrativo de débito à fl. 524, “o mesmo demonstrativo de débito, salvo”: redução do débito a zero nos meses de janeiro a junho/05 e valor de R\$31,26 para o fato gerador de 30/11/05.

Verifico que conforme relatado na informação fiscal à fl. 522, o autuante relacionou as notas fiscais (janeiro a junho/05) que o débito foi reduzido a zero e também a nota fiscal 191995. Pelo confronto do demonstrativo original às fls. 169 e 170 foi exigido o ICMS-ST devido relativo à venda de pneus (R\$804,04 - fl. 169) e protetores (R\$31,26 - fl. 170). No demonstrativo refeito pelo autuante (fl. 530) foi excluído o valor de R\$804,04 e mantido o valor de R\$31,26 que considero correto.

Pelo exposto, as diferenças resultantes se referem à inclusão indevida da redução da base de cálculo do IPI na apuração do ICMS-ST, totalizando R\$7.682,43 conforme abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Autuado	Valor Devido
31/01/02	09/02/02	373,35	17,00	60,00	63,47	63,47
28/02/02	09/03/02	1.267,82	17,00	60,00	215,53	215,53
31/03/02	09/04/02	190,41	17,00	60,00	32,37	32,37
30/04/02	09/05/02	2.144,76	17,00	60,00	364,61	364,61
31/05/02	09/06/02	1.523,88	17,00	60,00	2.	
30/06/02	09/07/02	1.030,00	17,00	60,00	1.	
31/07/02	09/08/02	1.188,29	17,00	60,00	2.	

31/08/02	09/09/02	2.182,24	17,00	60,00	370,98	370,98
30/09/02	09/10/02	1.791,71	17,00	60,00	304,59	304,59
31/10/02	09/11/02	946,82	17,00	60,00	160,96	160,96
30/11/02	09/12/02	1.822,59	17,00	60,00	309,84	309,84
31/12/02	09/01/03	1.125,94	17,00	60,00	191,41	191,41
31/01/03	09/02/03	335,24	17,00	60,00	56,99	56,99
28/02/03	09/03/03	1.145,59	17,00	60,00	194,75	194,75
31/03/03	09/04/03	1.193,35	17,00	60,00	202,87	202,87
30/04/03	09/05/03	407,00	17,00	60,00	69,19	69,19
31/05/03	09/06/03	627,71	17,00	60,00	106,71	106,71
30/06/03	09/07/03	1.341,71	17,00	60,00	228,09	228,09
31/07/03	09/08/03	5.265,06	17,00	60,00	895,06	895,06
31/08/03	09/09/03	6.338,18	17,00	60,00	1.077,49	1.077,49
30/09/03	09/10/03	2.264,41	17,00	60,00	384,95	384,95
31/10/03	09/11/03	1.517,00	17,00	60,00	257,89	257,89
30/11/03	09/12/03	207,24	17,00	60,00	35,23	35,23
31/12/03	09/01/04	656,53	17,00	60,00	111,61	111,61
31/01/04	09/02/04	1.405,00	17,00	60,00	238,85	87,20
30/06/04	09/07/04	1.337,94	17,00	60,00	227,45	227,45
31/07/04	09/08/04	967,35	17,00	60,00	164,45	164,45
31/08/04	09/09/04	420,59	17,00	60,00	71,50	71,50
30/09/04	09/10/04	508,24	17,00	60,00	86,40	86,40
31/01/05	09/02/05	5.666,29	17,00	60,00	963,27	0,00
28/02/05	09/03/05	5.726,24	17,00	60,00	973,46	0,00
31/03/05	09/04/05	7.503,18	17,00	60,00	1.275,54	0,00
30/04/05	09/05/05	61.268,41	17,00	60,00	10.415,63	0,00
31/05/05	09/06/05	26.262,00	17,00	60,00	4.464,54	0,00
30/06/05	09/07/05	52.636,59	17,00	60,00	8.948,22	0,00
30/09/05	09/10/05	3.318,59	17,00	60,00	564,16	564,16
31/10/05	09/11/05	181,76	17,00	60,00	30,90	30,90
30/11/05	09/12/05	4.913,53	17,00	60,00	835,30	31,26
31/12/05	09/01/06	872,65	17,00	60,00	148,35	148,35
Total				60,00	35.678,78	7.682,43

Quanto à infração 3, o autuado alegou em sua defesa:

- Que o Convênio ICMS 85/93 se aplica a pneumáticos novos e a fiscalização exigiu indevidamente ICMS-ST de operações de devolução de pneus usados;
- A empresa Sobremetal não é contribuinte de ICMS, não há ICMS-ST nem diferença de alíquota e correta a aplicação da alíquota de 18% nas operações interestaduais com não contribuintes.

O autuante contestou que as notas fiscais de devolução de pneus não referenciam os documentos de vendas para que possa ser conferido, motivo pelo qual não acatou a primeira alegação.

Quanto à empresa Sobremetal, rebateu dizendo está cadastrada como “normal”, praticou operações de venda de mercadorias, inclusive pagando ICMS da diferença de alíquota. Admitiu a possibilidade de exigência do ICMS da diferença de alíquota nos termos do Convênio ICMS 85/93.

Com relação à primeira alegação, pela análise dos elementos contidos no processo, constato que apesar de se referirem na sua maioria a operações com valores pouco relevantes, as cópias das notas fiscais juntadas com a defesa e manifestação às fls. 339/349 e 452/465 constam que se trata de pneus “devolvido por não ter sido constatado defeito de fabricação ou matéria prima”.

Não consta nas notas fiscais qualquer referência a nota fiscal de venda ou retorno do cliente para análise de defeito dos pneus, conforme dispõe os artigos 516 a 530 do RICMS/BA. Também não há comprovação da circulação física das mercadorias (visto nos post destaque do ICMS normal nas notas fiscais, mas não foi destacado

Pelo exposto, não ficou comprovado que estas operações se referem efetivamente a devoluções e por isso considero que são operações de vendas e devido o ICMS-ST correspondente.

Com relação às operações com a empresa SOBREMETAL, verifico que as cópias das notas fiscais juntadas pelo autuado às fls. 350/352 e 476/477 demonstram que não foi destacado o ICMS-ST, nas NFs 547565, 577467 e 63031.

Quanto à questão se a empresa é ou não contribuinte do ICMS, verifico que conforme documento juntado pelo autuante à fl. 189 a mesma tem como atividade principal a Recuperação de materiais metálicos, exceto alumínio e promoveu recolhimento do ICMS da diferença de alíquota nos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativo à fl. 397, fato que não foi contestado pelo autuado. Portanto, concluo que ao contrário do que foi afirmado pelo impugnante a empresa é contribuinte do ICMS.

Relativamente à afirmação do autuante de que se trata de aquisições de mercadorias destinadas à comercialização verifico que nenhuma prova neste sentido foi trazida ao processo. Observo que as cópias das notas fiscais 547565, 577467 e 63031 juntadas às fls. 350 e 476/477 indicam quantidades de 1 e 2 pneus por nota fiscal, de valores elevados R\$ 5.927,09 e R\$ 6.406,01, por se tratarem de pneus especiais. Concluo que se trata de aquisições de bens de uso e consumo e não de mercadorias para revenda.

Observo que o Convênio ICMS 83/93 trata da retenção do ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo de pneus e câmaras de ar nas operações interestaduais por importadores e fabricantes.

A Cláusula terceira estabelece que a base de cálculo do ICMS-ST nas operações destinadas a revenda, é acrescida das MVAs (42%, 32%, 60% e 45%) conforme o produto.

Já o § 3º da mesma Cláusula acrescentado pelo Conv. ICMS 121/93, efeitos a partir de 01.11.93 estabelece que: “Nas operações com destino ao ativo imobilizado ou a consumo do adquirente, a base de cálculo corresponderá ao preço efetivamente praticado na operação”, aplicando-se a alíquota vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino e o valor do imposto retido será a diferença entre o preço da operação e o devido pela operação normal do estabelecimento que efetuar a substituição tributária (Cl. 4ª e 5ª).

Portanto, é cabível a exigência do ICMS-ST relativo à diferença de alíquota (§3º da Cl. 3ª do Convênio ICMS 85/93), devendo ser afastado o acréscimo da MVA, conforme alegado pelo autuado, por não se tratar de mercadoria destinada a revenda, sendo devido o valor de R\$1.422,50 relativo à NF 547565 em maio/02 (R\$14.225,02 x 10%); de R\$312,57 relativo à NF 577467 em julho/02 (R\$3.128,57 x 10%) e R\$1.473,38 relativo à NF 630031 em novembro/02 (R\$14.733,82 x 10%), que devem ser somados às demais notas fiscais apreciadas anteriormente (devoluções não comprovadas), conforme demonstrativo resumo abaixo, totalizando R\$3.370,61.

Ressalto que com a exclusão da MVA nas operações com a empresa SOBREMETAL fica atendida a reivindicação do autuado de que foi aplicada MVA indevida. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Vencdo	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Autuado	Valor Devido	Fl.
30/04/02	09/05/02	192,12	17,00	60,00	32,66	32,66	172
31/05/02	09/06/02	14.225,02	17,00	60,00	2.033,87	1.436,42	172
31/07/02	09/08/02	3.128,57	17,00	60,00	444,26	312,85	173
30/09/02	09/10/02	143,65	17,00	60,00	24,42	24,42	
31/10/02	09/11/02	79,35	17,00	60,00	13,49	13,49	
30/11/02	09/12/02	8,35	17,00	60,00	1,42	1,42	
31/12/02	09/01/03	14.733,82	17,00	60,00	2.092,20	1.473,38	174
31/05/03	09/06/03	83,53	17,00	60,00	14,20	14,20	
31/07/03	09/08/03	229,71	17,00	60,00	39,05	39,05	
30/06/04	09/07/04	133,65	17,00	60,00	22		
Total							

Quanto à infração 4, relativa à ICMS-ST da diferença de alíquota, o autuado alegou que as notas fiscais se referem a operações:

- a) 117753, 117932 e 822773 - resinas e telas para pneumáticos – não cabe exigência de ICMS-ST;
- b) 117753 e 117932 – devoluções simbólicas, não há incidência de ICMS (art. 409-A do RICMS/BA);
- c) 823137, 887398, 912318 e 925345 destinadas à empresa Sobremetal – não contribuinte do ICMS.

Na informação fiscal o autuante acatou as notas fiscais 117753, 117932 relativas à telas/resinas e devoluções simbólicas o que reduziu a zero os valores exigidos no mês de junho/03 e de R\$6.000,78 para R\$2.392,48 no mês de janeiro/04 com a exclusão do valor de R\$3.608,38, relativo à nota fiscal 822773 (fl. 203) conforme demonstrativo à fl. 524. Constatado que as mencionadas notas fiscais (fls. 354/356) não consignam pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha elencados no regime de substituição tributária da Cl. 1ª do Convênio ICMS 85/93 e correta a sua exclusão.

No que se refere às notas fiscais emitidas contra a empresa SOBREMETAL, conforme apreciado na infração 3, a mesma é contribuinte do ICMS e correta a exigência do ICMS-ST da diferença de alíquota nos termos do Convênio ICMS 85/93, devendo ser mantido os valores correspondentes.

Pelo exposto, acato o demonstrativo apresentado pelo autuante à fl. 524, que reproduzo abaixo e considero devido o valor total de R\$19.932,85 nesta infração.

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Autuado	Valor Devido
28/02/03	09/03/03	11.461,94	17,00	60,00	1.948,53	1.948,53
30/06/03	09/07/03	873.100,06	17,00	60,00	148.427,01	0,00
30/09/03	09/10/03	16.233,35	17,00	60,00	2.759,67	2.759,67
31/10/03	09/11/03	21.007,53	17,00	60,00	3.571,28	3.571,28
31/01/04	09/02/04	35.298,71	17,00	60,00	6.000,78	2.392,48
31/05/04	09/06/04	6.273,82	17,00	60,00	1.066,55	1.066,55
30/06/04	09/07/04	3.027,06	17,00	60,00	514,60	514,60
31/07/04	09/07/04	3.236,53	17,00	60,00	550,21	550,21
28/02/05	09/03/05	16.004,35	17,00	60,00	2.720,74	2.720,74
31/05/05	09/06/05	25.934,06	17,00	60,00	4.408,79	4.408,79
Total					171.968,16	19.932,85

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0005/07-5**, lavrado contra **GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.119,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$30.985,89 e de 150% sobre R\$133,64 previstas no art. 42, II, “e” e V, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DA