

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0005/07-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0180-04/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0223-11/11

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. 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. Refazimento dos cálculos. 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. Modificada a Decisão recorrida em relação às infrações 1 a 4, para restabelecer as parcelas do débito reconhecidas e recolhidas pelo recorrido. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0180-04/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206912.0005/07-5, lavrado em 19/12/2007, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$225.684,23, decorrente da imputação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Deixar de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constando, 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.

INFRAÇÃO 2: Proceder a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, constando, na descrição dos fatos, que a irregularidade decorria da inclusão do IPI na redução de 4,90% prevista no Convênio ICMS 10/03,

haja vista o PIS/COFINS monofásico, somente seria aplicável 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.

INFRAÇÃO 3: Deixar 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, constando, 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 MVA's de 32% ou 42%, a depender do tipo de pneumático, conforme previsto no Convênio ICMS 85/93, tudo consoante arquivos magnéticos e notas fiscais coletadas no sistema CFAMT - R\$4.718,29.

INFRAÇÃO 4. Deixar de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constando, 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, através de procurador legalmente habilitado nos autos, apresentou impugnação tempestiva (fls. 224/273), abordando, inicialmente, a preliminar de decadência para as operações praticadas no ano de 2002, e meritoriamente, cada uma das imputações que lhe foram imputadas, de per si sustentando as suas teses com documentos anexados, buscando elidir as infrações.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 384/399), mantiveram, de forma integral, as infrações 1 e 3 e, parcialmente, as de nºs 2 e 4, para isso acolhendo alguns documentos apresentados na defesa.

Regularmente intimado, o autuado manifestou-se às fls. 400/424, reiterando as razões de seu inconformismo com relação às parcelas do Auto de Infração que foram mantidas pelo autuante, juntando novos documentos, objetivando fortificar o posicionamento defensivo.

Em seguida, a JJF, considerando a necessidade de preservar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade material, norteadores do Processo Administrativo Fiscal, determinou o retorno dos autos para que o autuante analisasse os documentos apresentados e refizesse os demonstrativos originais, contemplando as comprovações.

Às fls. 519/523, o Auditor Fiscal designado para a diligência analisou cada imputação e os respectivos documentos apresentados, acatando aqueles que admitiu pertinentes, reduzindo parcialmente as infrações 1, 2 e 4 e mantendo integralmente a infração 3, elaborando um novo demonstrativo de débito para a autuação (fl. 524 e anexos), processando as devidas reduções nos valores originalmente lançados.

Quando do julgamento de Primeira Instância, a JJF, após indeferir 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, rejeitou, também, a preliminar de decadência com fundamento no artigo 150, § 4º do CTN e artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, 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).

Em seguida analisou, em separado, cada uma das imputações fiscais, conforme adiante explicitado.

Quanto à infração nº 1, a JJF considerou-a procedente em parte, com os seguintes fundamentos:

“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 nºs 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 autuante, verifico que:

- 1. Devolução em função de roubo – falta de cumprimento de obrigação acessória.*
- 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, verifico 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 nºs 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. Verifico 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 nºs 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 nº 95 (fl. 434), verifico 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 nº 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. Verifico 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 decorre da diferença entre o demonstrativo do ICMS-ST retido e o informado na GIA-ST, mesmo que o ICMS-ST não tenha 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 Vento	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	

No que respeita à infração nº 2, a JJF considerou-a procedente em parte, assim decidindo:

“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% ($R\$200,00 - R\$9,80 = R\$190,20 \times 7\%$) 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 pneus e câmaras de ar em que a receita bruta esteja sujeita ao PIS e COFINS, a base de cálculo do ICMS fica reduzida do valor 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 subsequentes, 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 Venc	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	259,06	259,06
30/06/02	09/07/02	1.030,00	17,00	60,00	175,10	175,10
31/07/02	09/08/02	1.188,29	17,00	60,00	202,01	202,01
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

Em alusão à infração nº 3, restou mantida, em parte, a imputação, sustentando a JJF que:

“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 postos fiscais). Por outro lado, há destaque do ICMS normal nas notas fiscais, mas não foi destacado e nem recolhido o ICMS-ST. 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.

Observe 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 SOBREMÉTAL fica atendida a reivindicação do autuado de que foi aplicada MVA indevida. Infração procedente em parte.”

Data Ocorr	Data Vencido	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	22,72	22,72	
Total						3.370,61	

Prosseguindo, a Primeira Instância, no que tange a infração 4, assim se manifestou:

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

- 117753, 117932 e 822773 - resinas e telas para pneumáticos – não cabe exigência de ICMS-ST;
- 117753 e 117932 – devoluções simbólicas, não há incidência de ICMS (art. 409-A do RICMS/BA);
- 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 SOBREMÉTAL, 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

Portanto, à unanimidade, foi julgado Procedente em Parte o Auto de Infração epígrafado, com a manutenção parcial das imputações 1, 2, 3 e 4, resultando, em obediência à legislação em vigor (art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99), Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Ainda durante a instrução, o contribuinte ingressou com petição (fls. 602/605), requerendo a juntada do DAE, restando comprovada a quitação parcial do crédito tributário, acompanhado de demonstrativo indicando todos os itens referentes a cada infração, que estava sendo objeto de liquidação, com os benefícios da Lei nº 11.908/10, nesse passo, reconhecendo a procedência da autuação e manifestando a extinção dos débitos e requerendo que a parcela remanescente do débito seja julgada conforme a defesa apresentada pelo autuado.

Às fls. 559 a 562, a Coordenação de Administração do CONSEF acostou aos autos extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – da SEFAZ, informando o pagamento parcial do débito exigido no presente lançamento, através dos benefícios estabelecidos pela Lei nº 11.908/10.

VOTO

Consoante detalhadamente explicitado no Relatório supra, versa o PAF sobre quatro infrações, sendo todas elas objeto do presente Recurso de Ofício, valendo as suas transcrições:

INFRAÇÃO 1. Deixar de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor de R\$13.319,00.

INFRAÇÃO 2. Proceder à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor de R\$35.678,78.

INFRAÇÃO 3. Deixar 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 de R\$4.718,29.

INFRAÇÃO 4. Deixar de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor de R\$171.968,16.

Analisando, em primeiro plano, os documentos de fls. 559 e 599 e a petição com documentos, de fls. 602/605, fácil se apresenta à constatação de ter o sujeito passivo, em 31/05/2010, efetuado o pagamento parcial do Auto de Infração, antes do julgamento de primeira instância, utilizando-se dos benefícios previstos na Lei de Anistia do ano de 2010, manifestando, em decorrência de tal fato, o reconhecimento parcial do débito e que a discussão permaneceria apenas nos valores remanescente que deveriam ser julgados conforme defesa apresentada pelo autuado.

O pagamento do débito, como cedido, é ato incompatível com o instituto do Recurso de Ofício, na medida em que este se traduz no inconformismo da imputação, enquanto a quitação na sua concordância, o que desautoriza o enfrentamento da Decisão administrativa, ensejando,

inclusive, a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Nessas circunstâncias, no específico, resta restabelecer a exigência do ICMS relativo aos fatos geradores que foram reconhecidos e pagos, pelo sujeito passivo, e consoante norma do RPAF/BA, manifestar a impossibilidade de analisar o mérito por violação à regra de competência para restituição de eventual indébito, conforme requerido pelo próprio sujeito passivo no documento de fls. 602/605.

Em seguida, passo a examinar o Recurso de Ofício, no que diz respeito ao mérito da exigência relativa aos fatos geradores que não foram objeto de recolhimento integral do ICMS.

Com efeito, examinada minuciosamente a procedimentalidade, constata-se que as infrações indicadas, já antes reproduzidas, se reportam a matérias eminentemente fáticas, encontrando-se o julgamento de Primeira Instância embasado em provas documentais incontestes, bem como no reconhecimento, pelo autuante, quando dos seus pronunciamentos (informações fiscal e diligência solicitada pela JJF), de alguns fatos suportes alinhados na defesa, cancelando os argumentos do autuado no que atine às imputações objetos do Recurso de Ofício.

Assim é que, após ajustes e correções efetuados pelo auditor e de acordo com os últimos elementos apresentados pelo sujeito passivo (fls. 548/550), a Junta de Julgamento Fiscal acatou tais dados informativos, refez os demonstrativos de débito referentes a cada imputação, os quais integraram a Decisão, e, no ensejo, reputo-os incensuráveis, porquanto em estrita consonância com as normas vigentes.

Ante o exposto, evitando delongas desnecessárias, comungo do entendimento esposado pela Instância de Piso, no sentido de proceder à revisão dos demonstrativos de débito, de acordo com o autuante (fl. 524 e anexos) e acatando os últimos elementos apresentados pelo contribuinte, de tudo restando a redução do valor total do Auto de Infração, repita-se, em conformidade com as provas apresentadas pelo sujeito passivo.

Concludentemente, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício advindo da 4ª JJF, restabelecendo a exigência relativa aos fatos geradores cujo ICMS foi recolhido pelo sujeito passivo com os benefícios da Lei de Anistia e mantendo, quanto aos demais fatos geradores, a desoneração promovida pela primeira instância. Nesses termos, as infrações 1, 2 e 4 ficam procedentes em parte e a infração 3, integralmente procedente, consoante valores a seguir indicados (fls. 602 a 605):

Nº DA INF.	CÓD. INFRAÇÃO	D. OCORRÊNCIA	VL. DÉBITO	VL. RECONHECIDO
1	08.17.01	30/04/2002	8.711,00	8.711,00
1	08.17.01	31/05/2003	42,00	5,10
1	08.17.01	31/10/2003	1.552,00	1.552,00
1	08.17.01	31/01/2004	1.412,00	1.412,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 1			11.717,00	11.680,10
2	08.17.02	31/01/2002	63,47	63,47
2	08.17.02	28/02/2002	215,53	215,53
2	08.17.02	31/03/2002	32,37	32,37
2	08.17.02	30/04/2002	364,61	364,61
2	08.17.02	31/05/2002	259,06	259,06
2	08.17.02	30/06/2002	175,10	175,10
2	08.17.02	31/07/2002	202,01	202,01
2	08.17.02	31/08/2002	370,98	370,98
2	08.17.02	30/09/2002	304,59	304,59
2	08.17.02	31/10/2002	160,96	160,96
2	08.17.02	30/11/2002	309,84	309,84
2	08.17.02	31/12/2002	191,41	191,41
2	08.17.02	31/01/2003	56,99	56,99
2	08.17.02	28/02/2003	194,75	194,75
2	08.17.02	31/03/2003	202,87	202,87
2	08.17.02	30/04/2003	69,19	69,19
2	08.17.02	31/05/2003	106,71	106,71
2	08.17.02	30/06/2003	228,09	228,09

2	08.17.02	31/07/2003	895,06	895,06
2	08.17.02	31/08/2003	1.077,49	1.077,49
2	08.17.02	30/09/2003	384,95	384,95
2	08.17.02	31/10/2003	257,89	257,89
2	08.17.02	30/11/2003	35,23	35,23
2	08.17.02	31/12/2003	111,61	111,61
2	08.17.02	31/01/2004	238,85	238,85
2	08.17.02	30/06/2004	227,45	227,45
2	08.17.02	31/07/2004	164,45	164,45
2	08.17.02	31/08/2004	71,50	71,50
2	08.17.02	30/09/2004	86,40	86,40
2	08.17.02	30/09/2005	564,16	564,16
2	08.17.02	31/10/2005	30,90	30,90
2	08.17.02	30/11/2005	835,30	31,26
2	08.17.02	31/12/2005	148,35	148,35
TOTAL DA INFRAÇÃO 2			8.638,12	7.834,08
3	08.17.03	30/04/2002	32,66	32,66
3	08.17.03	31/05/2002	2.033,87	2.033,87
3	08.17.03	31/07/2002	444,26	444,26
3	08.17.03	30/09/2002	24,42	24,42
3	08.17.03	31/10/2002	13,49	13,49
3	08.17.03	30/11/2002	1,42	1,42
3	08.17.03	31/12/2002	2.092,20	2.092,20
3	08.17.03	31/05/2003	14,20	14,20
3	08.17.03	31/07/2003	39,05	39,05
3	08.17.03	30/06/2004	22,72	22,72
TOTAL DA INFRAÇÃO 3			4.718,29	4.718,29
4	08.17.03	28/02/2003	1.948,53	1.948,53
4	08.17.03	30/09/2003	2.759,67	2.759,67
4	08.17.03	31/10/2003	3.571,28	3.571,28
4	08.17.03	31/01/2004	6.000,78	2.392,48
4	08.17.03	31/05/2004	1.066,55	1.066,55
4	08.17.03	30/06/2004	514,60	514,60
4	08.17.03	31/07/2004	550,21	550,21
4	08.17.03	28/02/2005	2.720,74	2.720,74
4	08.17.03	31/05/2005	4.408,79	4.408,79
TOTAL DA INFRAÇÃO 4			23.541,15	19.932,85
TOTAL GERAL				44.165,32

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0005/07-5**, lavrado contra **GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.**, no valor total de **R\$44.165,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$32.485,22 e 150% sobre R\$11.680,10, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos com os benefícios da Lei nº 11.908/10, e o recorrido cientificado da presente Decisão. Concluídos estas providências deverá o processo ser arquivado.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS