

A. I. Nº - 2822190002/17-7
AUTUADO - GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.
AUTUANTE - RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.03.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0012-04/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Corrigidos os equívocos apontados pelo impugnante nos demonstrativos de apuração das infrações. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2017 exige ICMS no valor de R\$141.315,84, em decorrência da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no estado da Bahia, conforme Convênio 85/93 e demonstrativos, acrescido da multa de 60%, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

O autuado, por seu representante legal, às fls. 20 a 35, após falar sobre a tempestividade da defesa, diz ter como principal atividade a produção e comercialização de todos os tipos de pneus: para automóveis, caminhões e ônibus, aviação, uso industrial, uso 'fora de estrada', etc. No âmbito de suas atividades, portanto, é contribuinte do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS").

Afirma que diante da natureza dos produtos que produz e comercializa, grande parte das operações realizadas estão sujeitas ao Convênio ICMS nº 85, de 4.10.1993 ("Convênio ICMS 85/93"), o qual atribui ao estabelecimento importador e ao industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, devido nas subsequentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos referidos produtos.

Assevera que para essas operações em que atua como substituta tributária, efetua a regular retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição ("ICMS-ST"), conforme disposto no aludido Convênio ICMS 85/93, razão pela qual foi surpreendido ao tomar ciência do Auto de Infração, que além do débito de ICMS também é cobrada multa correspondente a 60% do imposto supostamente não recolhido, nos termos do artigo 42, inciso II, alínea "e", da Lei nº 7.014, de 4.12.1966 ("Lei 7.014/96") e juros moratórios, totalizando um crédito tributário de aproximadamente R\$240 mil reais no valor de R\$141.315,84.

Diz que, conforme será demonstrado em grande parte das operações autuadas não atua como sujeito passivo por substituição tributária. Algumas operações sequer estão sujeitas ao regime de substituição tributária e outras contam com regime tributário específico que atribui ao adquirente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, de modo que o Auto de Infração merece ser, na sua maior parte, cancelado.

Informa que pretende efetuar o recolhimento de parte dos valores exigidos no Auto de Infração, que diz respeito a operações que, por erro de cadastro ou procedimento, equivocadamente não foram objeto de retenção e recolhimento do ICMS-ST.

Solicita a liquidação da parcela do Auto de Infração por ele indicada para pagamento, após o inafastável cancelamento parcial da exigência, dados os motivos que passa a expor.

Passa a impugnar a parte não reconhecida, dizendo ser:

(I) Operações destinadas a adquirentes com Regimes Especiais que dispensam a Requerente do recolhimento do ICMS-ST

Explica que o montante mais significativo das operações autuadas refere-se à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST nas vendas destinadas às empresas Ferreira Costa e Cia Ltda. ("Ferreira Costa") e Nog Ferragens e Materiais para Construção e Representações Ltda. ("Nog Ferragens").

Assevera que a exigência quanto a essas operações, no entanto, não pode ser mantida, uma vez que a Fiscalização desconsiderou que, no período objeto da autuação, essas empresas contavam com Regimes Especiais concedidos pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia ("SEFAZ/BA") que expressamente deslocavam para si a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Pontua que A Ferreira Costa e a Nog Ferragens são empresas dedicadas à comercialização e distribuição de materiais de construção e, deste modo, estão contempladas pelo Decreto nº 7.799, de 9.5.2000 ("Decreto 7.799/00"), o qual prevê a possibilidade de concessão de Regime Especial que, no recebimento de mercadorias procedentes de outras unidades da federação sujeitas ao regime de substituição tributária, atribua ao adquirente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Esse é o teor do artigo 7º - B do Decreto 7.799/00, que transcreveu.

Em conformidade com a regra contida no artigo 7º-B do Decreto 7.799/00, tanto a Ferreira Costa quanto a Nog Ferragens contavam, no período relacionado às operações autuadas, com Regimes Especiais que lhes atribuíam a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, dispensando, conseqüentemente, a Requerente de efetuar a referida retenção.

Para comprovar a sua assertiva anexa cópias dos seguintes documentos:

- (a) Exemplo de Nota Fiscal emitida pela Requerente para a Ferreira Costa, onde consta a observação de dispensa do recolhimento do ICMS por antecipação (**doc.4**);
- (b) Declaração emitida pela Ferreira Costa em 01/08.2016 aos seus fornecedores, em que consta ser de sua responsabilidade a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pelas saídas subseqüentes de mercadorias (doc.5);
- (c) Parecer Final emitido pela SEFAZ/BA em 12/07/2016 em favor da Ferreira Costa, prevendo o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST (doc.6);
- (d) Exemplo de Nota Fiscal emitida pela Requerente para a Nog Ferragens, onde consta a observação de que o ICMS-ST é atribuído ao atacadista ou distribuidor situado no Estado da Bahia, na condição de substituto tributário (doc.7);
- (e) Termo de Acordo válido para o período de 01/09/2014 a 31/08/2015 entre a SEFAZ/BA e a Nog Ferragens, o qual dispensa o remetente (tal qual a Requerente) do recolhimento e retenção do ICMS-ST(doc.8);
- (f) Termo de Acordo válido para o período de 01/09/2015 a 31/08/2017 entre a e SEFAZ/BA e a Nog Ferragens, que dispensa o remetente (tal qual a Requerente) do recolhimento e retenção do ICMS-ST (doc.9)

Diz que conforme se depreende da Declaração emitida pela Ferreira Costa aos seus fornecedores (doc.10), no período referente às operações autuadas, a Requerente estava desobrigada do recolhimento do ICMS-ST ante a atribuição da condição de substituto tributário conferida à Ferreira Costa.

Acrescenta que dita Declaração está de acordo com o Parecer Final emitido no Termo de Acordo nº 10327120163, de 11.7.2016, que opinou pelo deferimento do pedido de deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária (doc.6).

Assim, nas Notas Fiscais emitidas pela Requerente para a Ferreira Costa consta a observação de dispensa do recolhimento do ICMS-ST, conforme exemplo que indica. O mesmo ocorre com a operações com a empresa Nog Ferragens (doc.7).

Conclui que os Regimes Especiais em questão, vigentes quando da prática das operações autuadas, atribuíam expressamente à Ferreira Costa e Nog Ferragens a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais sujeitas ao regime de substituição tributária. Dessa forma, a Requerente não pode ser a responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS-ST nas operações praticadas com essas empresas.

Transcreve Ementa da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão 0241-04/12, que em situação bastante semelhante à discutida no presente caso, entendeu que a existência de regime especial que atribui ao estabelecimento destinatário a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST torna inexistente a cobrança do remetente.

Assim, nas operações interestaduais destinadas às empresas Ferreira e Costa e Nog Ferragens, a Requerente observou estritamente o teor dos Regimes Especiais concedidos a essas empresas pela própria SEFAZ/BA, de modo que não há que se falar em falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST nessas operações.

(II) Operações realizadas em 2014 destinadas a consumidor final não contribuintes do ICMS que dispensam a Requerente de qualquer recolhimento ao Estado de destino.

Diz ser o caso das vendas destinadas à empresa Capital Transportes Urbanos Ltda. ("Capital Transportes Urbanos"), pois como sua própria razão social já sugere, a empresa adquirente dedicada-se a prestar serviços de transporte urbano e, portanto, os produtos comercializados pela Requerente (em sua maioria pneus) eram empregados nos ônibus que compunham a sua frota.

Informa que de acordo com suas constatações a Capital Transportes Urbanos não mais exerce atividades, mas o artigo a seu respeito na Wikipédia (https://pt.wikipedia.org/wiki/Capital_Transportes_Urbanos) confirma que a "Capital Transportes Urbanos foi uma empresa brasileira de transporte coletivo urbano de Salvador, Bahia", a qual cessou suas atividades por dificuldades financeiras ao final do ano de 2014, precisamente o ano ao longo do qual adquiriu pneus da Requerente. Assim, a Capital Transportes Urbanos atuava como consumidora final dos produtos comercializados pela Requerente, além de se revestir da qualidade de não contribuinte do ICMS, a qual pode ser confirmada também pela Consulta Pública de Contribuintes no Estado da Bahia, em que a Capital Transportes Urbanos ainda consta como "não habilitada" no cadastro de contribuintes (doc.10) da SEFAZ/BA.

Acrescenta que além de ter ficado provado nos autos que a Capital Transportes Urbanos era consumidora final não contribuinte do ICMS, ficando claro que não há que se falar em falta de retenção e recolhimento de ICMS-ST pela Requerente, todas as operações autuadas com a Capital Transportes Urbanos objeto do Auto de Infração ocorreram no período compreendido entre fevereiro e novembro de 2014, ou seja, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 87, de 16.4.2015 ("EC 87/15"), que instituiu o chamado diferencial de alíquota ("DIFAL") devido aos Estados de destino nas operações destinadas a consumidores finais não contribuintes.

Assim, nos termos da antiga redação do artigo 155, §2º, inciso IV, da Constituição Federal ("CF/88"), nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS (tal qual a Capital Transportes Urbanos), o ICMS era integralmente devido ao Estado de origem (Pernambuco), de modo que não há qualquer valor a ser exigido pela Requerente a título de ICMS-ST nessas operações.

(III) Equivocada cobrança de ICMS-ST sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio.

A Fiscalização também formulou exigência de ICMS-ST sobre valores que, conforme identificado pela Requerente, foram calculados sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio, emitidas após a Requerente ter constatado recolhimento a menor do imposto devido em operações anteriores.

Afirma que ditas notas fiscais não refletem operações de circulação de mercadorias sujeitas a ICMS-ST, mas sim de mera complementação do pagamento do ICMS próprio devido pela Requerente sobre operações (essas sim de circulação de mercadorias) já praticadas.

Explica que a necessidade da emissão de notas fiscais complementares decorreu de um equívoco da Requerente que, ao efetuar o cálculo do ICMS próprio devido em determinadas operações destinadas ao Estado da Bahia, aplicou a alíquota 4%, quando o correto seria ter adotado a alíquota interestadual de 7%. Com o objetivo de corrigir esse erro, a emitia notas fiscais complementares e efetuou o recolhimento da diferença no valor do ICMS próprio devido, acrescido de multa e juros, extinguindo portanto o crédito tributário perante a SEFAZ/BA.

A equivocada exigência de ICMS-ST sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio pode ser facilmente observada a partir da análise das notas fiscais identificadas no "Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido" que acompanha o Auto de Infração, conforme exemplo de nota fiscal que indicou.

Diz que no exemplo citado a Fiscalização aponta a ausência de recolhimento do ICMS-ST na operação referente à nota fiscal nº 108.887, por meio da qual foi apurado um valor de ICMS-ST supostamente devido no valor de R\$12,28. A nota fiscal nº 103.887, no entanto, não decorre de uma operação interestadual de circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento do ICMS-ST, mas de mero complemento de tributo. Como consta no campo "Informações Complementares", a Nota Fiscal nº 103.887 foi emitida para complemento do ICMS referente à Nota Fiscal original nº 82.305, emitida em fevereiro de 2013. Junta à Defesa cópias das notas fiscais complementares indevidamente abrangidas pelo Auto de Infração, sobre as quais, evidentemente, não é exigível o ICMS-ST, não havendo portanto qualquer recolhimento a menor do ICMS-ST. Muito pelo contrário, considerando que o ICMS-ST havia sido calculado e recolhido partindo de uma alíquota de 4% de ICMS próprio na operação original, a Requerente efetuou retenção e recolhimento de ICMS-ST a maior em favor da SEFAZ/BA. Esse recolhimento a maior do ICMS-ST foi, inclusive, posteriormente objeto de pedido de restituição perante o Estado da Bahia

Reafirma que a cobrança consubstanciada no Auto de Infração é em grande parte indevida, pois a Fiscalização incluiu na autuação operações em que a Requerente não está sujeita ao recolhimento do ICMS-ST. Acredita que tenha apresentado provas e elementos suficientes para o cancelamento parcial do Auto de Infração quanto às operações mencionadas. No entanto, caso se entenda que os argumentos e documentos trazidos não são suficientes para o cancelamento parcial da autuação de acordo os fundamentos apresentados, pleiteia seja determinada a conversão do julgamento em diligência, nos termos do artigo 145 do RPAF e apresenta quesitos com o único condão orientar a diligência a ser realizada e, principalmente, atender à legislação estadual e indica Assistente Técnico.

Finaliza solicitando a parcial procedência do Auto de Infração e formula os seguintes pedidos:

- (i) sejam excluídas da exigência todas as operações destinadas às empresas Ferreira Costa e Nog Ferragens;
- (ii) sejam excluídas da exigência todas as operações destinadas à empresa Capital Transportes Urbanos; e
- (iii) sejam excluídas da exigência todas as notas fiscais complementares de ICMS próprio da Requerente.

O autuante ao prestar a Informação fls. 140 a 141 após descrevera infração e faz um resumo dos argumentos defensivos, diz que a autuada não consegue elidir a ação fiscal iniciando com as seguintes premissas:

Os Estados da Bahia e Pernambuco são signatários dos Convênio 85/93, inclusive na época do período fiscalizado.

A empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito sob o número 11.634.681 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto,

subordinado ao cumprimento das normas dispostas no retro citado Convênio, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária, em todas as suas operações de mercadorias para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

Reconhece a existência do Termo de Acordo para a empresa Ferreira Costa e Cia Ltda, celebrado em 12/07/2016 conforme cópia acostado ao processo e confirmado pelo Sistema da Sefaz. Em relação ao Termo de Acordo celebrado com a empresa Nog Ferragens e Materiais para Construção e Representações Ltda, verifica que o Regime Especial concedido trata-se especificamente a “Materiais de Construção” não alcançando portanto pneumáticos, câmaras de ar e protetores.

Reconhece alegação em relação à empresa Capital Transportes Urbanos Ltda. e informa que todas NFs relativas à Complemento de ICMS foram reconhecidas.

Elabora novos demonstrativos analíticos, fls. 143 a 144 e sintético à fl.141 indicando os valores inicialmente exigidos e o retificado.

Após, opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte ao ser cientificado após fazer um resumo dos argumentos defensivos diz que a fiscalização acolheu a maior parte das suas contestações o que resultou em significativa redução do débito. Apenas não acolheu o pedido referente as operações da NOG Ferragens, por entender que o Regime Especial concedido refere-se especificamente a “Materiais de Construção” não alcançando portanto pneumáticos, câmaras de ar, entretanto, de acordo com os documentos trazidos na defesa, no período autuado, a Nog Ferragens contava com o Regime Especial que atribuía para si a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais sujeitas ao regime de substituição tributária, dispensando a Requerente de efetuar a referida retenção.

Solicita também o cancelamento destas operações. Quanto às demais operações em relação as quais ela própria reconheceu a indevida falta de recolhimento do ICMS-ST reitera o pedido formulado na defesa para que seja viabilizado o pagamento dos débitos correlatos com a multa reduzida em 70%, conforme disposto no art.. 45, inciso I, da Lei 7.014 96, isso porque além de ter se manifestado o interesse em efetuar o pagamento parcial do Auto de Infração dentro do prazo para, foram acolhidos da imensa maioria dos seus argumentos defensivos, demonstrando a fragilidade do lançamento.

Finaliza reiterando os fundamentos apresentados na defesa e solicita a Procedência Parcial do Auto de Infração com a exclusão das operações com a Nog Ferragens, assim como a redução do débito remanescente, prevista no artigo 45, inciso I, da Lei 7.014 96.

O autuante se manifesta à fl. 161, mantendo a sua posição manifestada através da Informação Fiscal às folhas 140 a 142.

Externa o entendimento de que estão devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal na forma prevista na legislação em vigor e pede a Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de não proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Inicialmente, quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante este fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

O contribuinte apresentou defesa afirmando que tem como atividade principal a produção e comercialização de todos os tipos de pneus, portanto, de acordo com o disposto no Convênio

ICMS 85/93, de fato é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais com pneumáticos, câmara de ar e protetores de borrachas, na qualidade de substituta tributária.

Ressalta porém, que foram incluídas indevidamente as seguintes operações:

- a) vendas destinadas às empresas Ferreira Costa e Cia Ltda (Ferreira Costa) e Nog Ferragens e Materiais para Construção e Representações Ltda(Nog Ferragens) que, no período objeto da autuação, contavam com Regimes Especiais concedidos por esta Secretaria da Fazenda, que expressamente deslocavam para si a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição.
- b) operações destinadas a consumidor final de não contribuinte do ICMS, no caso a empresa Capital Transportes Urbanos Ltda, que dispensam qualquer recolhimento ao Estado de destino;
- c) cobrança sobre notas fiscais complementares de ICMS próprio, emitidas após ter constatado recolhimento a menor do imposto devido em operações anteriores.

Na informação fiscal, o autuante reconhece a existência do termo de Acordo para a empresa Ferreira Costa e Cia, celebrado em 12/07/2016, conforme copia acostada ao processo. Quanto à empresa Nog Ferragens e Materiais de Construção e representação Ltda. diz que o Regime Especial diz respeito exclusivamente a “Materiais de Construção”, não alcançando os pneumáticos.

Acata os argumentos defensivos em relação à empresa Capital Transportes Urbanos Ltda e todas as notas fiscais de complemento de ICMS.

Elabora novos demonstrativos alterando o valor da infração.

Concordo com as exclusões efetuadas pelo autuante, pois de fato restou comprovado a inclusão indevida de operações destinadas a consumidor final; notas fiscais complementares de ICMS próprio e notas fiscais de devolução.

Também concordo com as exclusões relativas às operações da empresa Ferreira Costa & Cia Ltda. em razão da existência de Termo de Acordo celebrado entre esta SEFAZ e a referida empresa onde de acordo com o disposto na cláusula primeira do referido Termo, fl. 87, a mesma foi habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto no art. 7º B do Decreto 7.7799 de 09 de maio de 2000 e neste caso engloba todos os recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se verifica da leitura do referido dispositivo legal:

“Art.7º-B Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, o estabelecimento comercial atacadista ou central de distribuição, na qualidade de responsável pela antecipação tributária na entrada neste Estado ou nas hipóteses em que acordo interestadual permita o deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário, poderá, mediante concessão de regime especial, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes.”

Em relação à empresa Nog Ferragens e Materiais de Construção e representação Ltda comungo com o entendimento do autuante de que deva ser mantida a exigência pois apesar da existência de Termo de Acordo foi registrado na sua cláusula primeira, fl 90, que: *A ACORDANTE fica, na forma prevista pelo caput do art. 7º-B do Decreto 7.799/2000, autorizada a efetuar a retenção e recolhimento do ICMS nas operações internas subsequentes inclusive para as suas filiais, com materiais de construções adquiridos neste Estado ou em outras unidades da Federação, ficando o remetente dispensado da retenção, ainda que previsto em acordo interestadual”*.

Neste caso, conclui-se que o deslocamento da responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS por substituição é exclusivo para materiais de construção, não alcançando os pneumáticos.

Assim, remanesce o valor de R\$38.637,99, conforme demonstrativo de fls. 141 a 142 elaborado pelo autuante.

O impugnante solicita ainda que seja viabilizado o pagamento dos débitos por ela reconhecidos com a redução da multa em 70% conforme disposto no artigo 45, inciso I, da Lei 7.014/96.

Tal pleito não pode ser acatado pois não foi atendido o requisito ali previsto de que o benefício da redução da multa do Auto de Infração está condicionado a que: “*o pagamento seja efetuado antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal*, o que não ocorreu no presente caso, apesar desta circunstância estar expressamente destacada no Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$38.637,97.

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 **282219.0002/17-7**, lavrado contra, **GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.637,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do Conseq , 19 de fevereiro de 2018

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR