

PROCESSO - A. I. Nº 207457.0004/10-6
RECORRENTE - ARVINMERITOR DO BRASIL SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA. (ARVIN)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0388-02/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0399-11/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. PROTOCOLO ICMS 41/08. FALTA DE RETENÇÃO. Para um produto estar enquadrado no regime da substituição tributária é necessário que sua descrição na norma coincida com a sua classificação na nomenclatura comum do Mercosul - sistema harmonizado- NCM/SH, sendo este o entendimento pacífico da Administração Tributária deste Estado, conforme diversos Pareceres proferidos nesta linha pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA. Para o código NCM/SH nº 8716.9090 o acordo interestadual apenas se aplica ao produto “engates para reboques e semi-reboques”. O sujeito passivo, desde a impugnação, reconhece a exigência fiscal quanto aos produtos da NCM 8708. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JF nº 0388-02/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputá-lo a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta ainda que o contribuinte deixou de fazer a retenção e recolhimento do ICMS ST para produtos classificados nas NCM 8716.9090 e NCM 8798, conforme consta do Protocolo ICMS 41/08, sob alegação de que referido protocolo estabelece nomenclatura comum de mercadoria de forma genérica.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente a exigência fiscal nos seguintes termos, in verbis:

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança e a multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Na presente lide o sujeito passivo arguiu nulidade e questiona o mérito com o mesmo argumento, qual seja, que a fiscalização não teria observado que a classificação 8716.9090 da NCM é genérica e composta de diversos produtos, enquanto o Protocolo 41/2008, anexo único item 75, refere-se a um único produto e não a qualquer produto que naquela classificação se enquadre, a mesma não pode ser acolhida, razão pela qual serão analisadas em conjunto para que a questão não se torne repetitiva.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois para se definir se o produto encontra-se enquadrado na substituição tributária é necessário se ter uma definição objetiva, que no caso é o código NCM, o qual não é atribuído aleatoriamente pelo contribuinte, ao contrário da descrição dos produtos que pode variar de contribuinte para outro contribuinte.

Portanto, o código da NCM é elemento definidor, trazendo segurança jurídica ao sujeito passivo da relação tributária e ao próprio fisco, quanto ao fato do produto encontra-se ou não enquadrado da substituição tributária.

No caso em lide, analisando os documentos acostados aos autos constatei que o código da NCM constantes nos documentos objeto da autuação é 8716.9090. Portanto, sem sombra de dúvida se trata de produto constante do Anexo único do Protocolo ICMS nº 41/08, logo estão sujeitos ao regime de substituição tributárias, conforme Cláusula primeira do citado protocolo.

Como relação ao argumento de que a multa aplicada é confiscatória e ilegal, também não pode ser colhida, pois a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 100 a 110 - onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, aos seguintes argumentos, em síntese:

Em preliminar, requer a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que a autuante apurou débito a recolher de forma sumária, pelo simples fato de a empresa autuada não ter aplicado as regras da substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 41/08, nas operações de vendas de produtos enquadrados na NCM 8716.9090, sem observar que a citada classificação é genérica e comporta diversos produtos, enquanto que o protocolo em referência, em seu Anexo único, item 75, refere-se a um único produto, e não a qualquer produto que naquela classificação se enquadre.

No mérito, assevera que o citado item 75 menciona a descrição do produto “engates para reboques e semi-reboques”, enquadrados na classificação 8716.9090, mas que a empresa não produz, e tampouco realizou qualquer operação de revenda do aludido produto, tendo sim realizado vendas de outros produtos, não constantes do Anexo único do Protocolo ICMS 41/08, que, porém, se enquadram na classificação trazida no item 75 multicitado.

Reitera que o código NCM 8716.9090 é genérico, constando da Tabela de Incidência do IPI – TIPI - com a descrição “Outras”, portanto genérico, abarcando diversos produtos passíveis de enquadramento nele, mas o referido protocolo apenas quis alcançar o produto “engates para reboques e semi-reboques”, o qual não foi objeto de nenhuma operação realizada pela empresa, e não qualquer produto que se enquadre na referida classificação.

Assim, alega que carece de fundamento legal a referida exigência fiscal, pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

Contesta, ainda, a multa cominada, entendendo-a confiscatória, em ofensa ao art. 150, IV, da Constituição Federal, citando decisões judiciais e lições doutrinárias sobre a matéria.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 117/119, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, consignando em preliminar que as alegações de inconstitucionalidade não podem ser apreciadas pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/BA, e que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito, confiscatório não se aplica às multas, eis que as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo.

Assevera que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária e que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39. No mérito, consigna que os documentos fiscais indicam de forma clara o código NCM 8716.9090 dos produtos comercializados pelo sujeito passivo, portanto restando comprovada a espécie de produto constante do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 e a natureza das operações, sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos da Cláusula primeira do mencionado protocolo.

VOTO

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em verdade trata-se de alegação de mérito, a ser apreciada adiante neste voto.

Em relação à alegação de confiscatoriedade da multa cominada por confronto com o art. 150 da Carta Magna, como bem consignou a PGE/PROFIS em seu opinativo nos autos, além de não caber a este Conselho Administrativo de Julgamento a apreciação de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, II, do RPAF/BA, o referido dispositivo não se aplica às multas, apenas aos tributos, que possuem natureza jurídica diversa.

No mérito, no entanto, melhor sorte socorre ao recorrente, visto que suas alegações recursais estão de acordo com a legislação pertinente e merecem, por isso, ser acolhidas.

E, de fato, é cediço que para um produto estar enquadrado no regime da substituição tributária é necessário que sua descrição na norma coincida com a sua classificação na nomenclatura comum do Mercosul - sistema harmonizado- NCM/SH, sendo este o entendimento pacífico da Administração Tributária deste Estado, conforme diversos Pareceres proferidos nesta linha pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA.

Neste sentido, o item 75 do Anexo único do Protocolo ICMS 41/08 – acordo interestadual que regula a sistemática de substituição tributária nas operações com autopeças, acordo do qual a Bahia é signatária – menciona o código NCM/SH 8716.9090 e descreve como produto a ele correlato, sujeito, portanto, à substituição tributária, “engates para reboques e semi-reboques”.

Do exposto, e de acordo com orientação sedimentada pela Administração Tributária baiana, apenas o produto citado, cujo código NCM/SH é o 8716.9090, se submete ao regime da ST. A existência de produtos outros com esta mesma codificação não os enquadra automaticamente no referido regime.

Vejam que na Tabela de Incidência do IPI - Tabela TIPI – como afirma corretamente o recorrente, o referido código tem classificação genérica “Outros”, abrangendo, portanto, produtos com várias denominações distintas, e o legislador apenas elegeu dentre estes o produto “engates para reboques e semi-reboques”, como sujeito ao tal regime.

Neste sentido, como as notas fiscais que embasaram a autuação não se referem a tal produto, mas a produtos outros, ainda que com a mesma classificação fiscal – 8716.9090 – é de fato insubsistente a exigência fiscal.

Registre-se que embora a autuante em sua informação fiscal alegue que o sujeito passivo emitia notas fiscais indicando produtos diversos com codificações também diversas, inclusive a citada NCM-SH 8716.9090, não aponta qual seria a codificação correta que permitiria verificar se os mesmos estão enquadrados no referido Anexo único do Protocolo ICMS 41/08, a exemplo do produto Câmara de Freio duplo 30/30 (catálogo Master) - NF nº 112.852 – fl. 16.

Do exposto, votamos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado, registrando que em relação aos produtos relacionados ao código NCM/SH 8708 o sujeito passivo reconheceu a procedência da exigência fiscal, efetuando o recolhimento do imposto correspondente, conforme documento de fls. 84 e 85, que deve ser homologado pelo setor competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207457.0004/10-6**, lavrado contra **ARVINMERITOR DO BRASIL SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA. (ARVIN)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$599,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS