

A. I. Nº - 210765.0347/13-1
AUTUADO - KSB VÁLVULAS LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT - DATSUL
INTERNET - 12/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-05/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. [AUTOPEÇAS]. Em princípio, a operação está sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, e em consonância com o Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09 [MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO]. No entanto, na descrição dos fatos, não há correlação com as provas apresentadas, pois se trata de mercadorias que não se destinam ao uso automotivo, cujas regras de cálculo e retenção do ICMS, obedece a critérios do Protocolo ICMS 104/09, diferentes da que foi acusada no lançamento (autopeças), restando comprovado que são válvulas para uso em tubulações, caldeiras, reservatórios, etc, constatando-se vício insanável do lançamento. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias em 16/05/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$13.387,26, acrescido da multa de 60% em decorrência das mercadorias constantes do DANFE nº 1230 emitido pela empresa JBS VALVULAS, sujeito passivo por substituição tributária (protocolo ICMS nº 41/08), vendeu mercadorias destinadas a contribuinte neste estado com ICMS retido e recolhido a menos. Multa art. 42, II, “a”.

A impugnante apresenta defesa às fls. 22/39, onde informa que é sociedade empresária que tem por primordial objeto a fabricação e o comércio de máquinas, instalações e sistemas industriais, em especial de válvulas e controles industriais e registros, inclusive com a elaboração de projetos correspondentes, a prestação de serviços, a representação comercial, a importação e a exportação em geral.

Que frequentemente figura no pólo passivo da relação jurídico-tributário como responsável tributário, sem que realize o fato gerador futuro. Contudo, no dia 16.05.2013 teve contra si auto de infração, por meio do qual se está a exigir suposto débito de ICMS no montante de R\$13.387,26 (treze mil trezentos e oitenta e sete reais e vinte e seis centavos) que a ora Impugnante teria procedido ao recolhimento a menor a título de ICMS quando da venda de mercadoria procedente do Estado de São Paulo e destinada a contribuinte no Estado da Bahia, por força do Protocolo ICMS nº 41/08.

Ressalta-se que a nota fiscal complementar de ICMS-ST nº 1242-4, que totaliza o crédito de R\$6.797,57 (seis mil setecentos e noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos), embora anexada à nota fiscal do principal, em momento algum foi considerada para dedução do suposto imposto reputado como devido, como restará devidamente comprovado nas razões meritórias da presente impugnação.

Destaca ainda, que as notas fiscais em comento, quais sejam, Nota Fiscal nº 1230-4, de 08/05/2013, e a nota fiscal complementar de ICMS-ST nº 1242-4, de 09/05/2013, foram emitidas para fornecimento de válvula de retenção classificada no código NCM nº 8481.30.00 e, considerando a substituição tributária do ICMS com base no protocolo ICMS nº 104/09 – Materiais de Construção, aplicar-se-ia o percentual da margem de valor agregado (MVA) de 64,71% para fins de apuração da base de cálculo para recolhimento da exação estadual, conforme previsto no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 104/99 c.c. Anexo 1, item 24.83, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012.

Alega que a Autoridade Fiscal, quando da passagem da mercadoria pela Inspeção Fazendária de Vitória da Conquista – BA, lavrou o mencionado auto de infração enquadrando a mercadoria no Protocolo ICMS nº 41/08, que disciplina a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, com MVA de 78,83%, prevista na cláusula segunda, § 3º, inciso II, do citado Protocolo ICMS, vigente à época dos fatos. Ou seja, classificou a mercadoria indevidamente como autopeça. Que o NCM nº 8481.30.00, referente ao produto comercializado (válvula de retenção) pela Impugnante, objeto do A.I. nº 210765.0347/13-1, sequer consta no anexo ao Protocolo ICMS nº 41/08 (Autopeças), muito menos se trata de peça utilizada em máquinas automotivas.

Que ao observar o Auto de Infração no item da descrição dos fatos, há apenas menção de que as mercadorias procedentes do Estado de São Paulo e destinadas a contribuinte no Estado da Bahia tiveram recolhido ICMS a menor, *in verbis*:

“REFERE-SE A MERCADORIAS (AUTO PEÇAS) ACOBERTADAS PELO DANFE 1230 EMITIDO PELA EMPRESA JSB VÁLVULAS LTDA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PROTOCOLO ICMS 41/08 E ALTERAÇÕES) PROCEDENTES DO ESTADO DE SÃO PAULO E DESTINADAS A CONTRIBUINTE NESTE ESTADO COM O ICMS RETIDO E RECOLHIDO A MENOR”.

Explana que além da não descrição inteligível dos fatos, a Autoridade Fiscal sequer traz à baila o porquê do enquadramento da mercadoria como autopeça, não fazendo menção ao NCM de que trata a mercadoria enviada, e assim, abstendo-se de elencar fatos imprescindíveis para o bom entendimento da autuação, nos moldes do dispositivo supramencionado. Que sendo assim, imperioso que o presente auto de infração seja cancelado em sua integralidade, pois se trata de vício de nulidade absoluta, conforme bem demonstra o artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 7.629/99; que dessa forma, como se demonstrou, o presente auto de infração não contém os requisitos necessários à sua validade, maculando de nulidade a sua permanência da forma como se encontra, devendo, em razão das preliminares apontadas, ser cancelado de plano.

No mérito, aduz ser imperioso destacar que as válvulas de retenção produzidas pela Impugnante são de aplicações industriais e não se destinam a uso automotivo como prescreve o citado parágrafo primeiro do Protocolo ICMS nº 41/08 e que são projetadas para uso nas condições críticas de operação na extração, transporte e processamento de petróleo e gás e nos processos da indústria química, petroquímica, papel, celulose, açúcar e álcool. Que a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) aplicável para classificação fiscal de todos os produtos, indica claramente e com precisão que o produto “válvulas de retenção”, conforme descrição no próprio site da Receita Federal, se enquadra na NCM nº 8481.30.00.

Sustenta que, se cotejados os NCM dos produtos constantes no Anexo Único do citado Protocolo ICMS nº 41/08, como sugere o dispositivo aludido, verificar-se-á que lá não consta o NCM nº 8481.30.00, que trata das válvulas de retenção. Se assim é, a razão dá-se porque referido produto não tem qualquer utilização como autopeças, logo, não se sujeita às normas apontadas no indigitado auto de infração. Por corolário lógico, se o produto aqui discutido não trata de peças, partes, componentes e acessórios de uso especificamente automotivo, e ainda não se enquadra em nenhuma das NCM's dos produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, **NÃO** há como classificar a mercadoria como autopeça, muito menos aplicar a regra da substituição tributária prevista neste Protocolo.

Nesse passo, observando-se o Anexo Único do Protocolo ICMS nº 104/09 em seu item 89, nota-se a presença do NCM nº 84.81, que possui como descrição das mercadorias as válvulas dentre as quais pertencem os produtos comercializados pela Impugnante, *in verbis*:

ITEM	DESCRIÇÃO DAS MERCADORIAS	NCM/SH
89	Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes	84.81

Que por tais razões, alternativa não há, que julgar procedente a presente Impugnação, cancelando integralmente o presente Auto de Infração e não obstante os fundamentos já expostos, que demonstram de forma inequívoca que o produto constante da nota fiscal objeto do indigitado auto de infração não se trata de autopeça, ficando claro que a pretensão deve ser barrada já neste momento processual, ainda assim, e caso não acolha os argumentos de defesa, o que aqui se admite apenas e tão somente para fins de argumentação, há que se destacar outro equívoco cometido pela Autoridade Fiscalizadora quando da elaboração do demonstrativo de débito anexado à autuação.

In casu, conforme se observa nas notas fiscais anexas, diz que a Impugnante emitiu a Nota Fiscal ICMS 1230-4 quando da venda da mercadoria, no valor total de R\$274.525,00 (duzentos e setenta e quatro mil e quinhentos e vinte e cinco reais). Que destacou na citada Nota Fiscal o valor do ICMS de R\$19.216,75 (dezenove mil duzentos e dezesseis reais e setenta e cinco centavos) e o valor do ICMS substituição tributária que perfaz o montante de R\$50.854,60 (cinquenta mil oitocentos e cinquenta e quatro reais e sessenta centavos). Assim, perfaz-se o montante de ICMS de R\$70.071,26 (setenta mil, setenta e um reais e vinte e seis centavos) somados o valor da operação própria e de substituição tributária.

Acrescenta, que se considerarmos o percentual de margem de valor agregado (MVA) que alude o auto de infração - 78,83%, ou seja, se de fato o Protocolo ICMS nº 41/08 fizesse menção em seu disposto à NCM nº 8481.30.00 de que trata o produto, e, assim, de fato estivesse enquadrada na substituição tributária como autopeça, teria a Impugnante que recolher o remanescente devido de R\$13.387,27 (treze mil trezentos e oitenta e sete reais e vinte e sete centavos), como bem destacou a Autoridade Fiscal em seu demonstrativo de débito. Ocorre que, por equívoco, a fiscalização deixou de constar em seu demonstrativo a Nota Fiscal complementar ICMS –ST nº 1242-4, a qual acompanhara a já citada Nota Fiscal ICMS nº 1230-4.

Que nessa esteira, deixou de indicar no auto de infração o valor de ICMS – ST recolhido de R\$6.797,57 (seis mil setecentos e noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos) o qual deveria ter sido deduzido do presumido valor reputado como devido o que não foi efetuado, não obstante recolhido a favor do Erário da Bahia. Desse modo, ao indicar como devido a quantia de R\$21.419,61 (vinte e um mil, quatrocentos e dezenove reais e sessenta e um centavos), imputou à Impugnante valor supostamente a maior no auto de infração em comento, e portanto, caso superada as questões preliminares e meritórias que determinam o cancelamento do presente auto de infração, o suposto montante devido pela Impugnante a título de imposto mais multa seria de R\$10.543,52 (dez mil quinhentos e quarenta e três reais e cinquenta e dois centavos), a título de ICMS e a multa de 60% do valor do imposto.

Ante o exposto, requer seja a presente Impugnação recebida e regularmente processada, vez que tempestiva, devendo ser totalmente acolhida, para que seja apreciada a preliminar arguida, acolhendo-a para decretar a nulidade da presente autuação, tendo em vista a não observância dos requisitos formais imprescindíveis a lavratura do Auto de Infração nº 210765.0347/13-1, vez que a presente autuação não descreveu a situação fática de forma clara e precisa, bem como deixou de considerar o crédito indicado na Nota Fiscal complementar ICMS –ST nº 1242-4, dificultando o entendimento da Impugnante acerca da operação realizada e tornando ilíquido o débito, havendo, por conseguinte, cerceamento de defesa e ofensa ao princípio da legalidade;

Que no mérito, seja totalmente acolhida a presente Impugnação para cancelar o A.I. de ICMS Nº 210765.0347/13-1, vez que insubsistente as alegações tecidas pelo Agente Fiscal, tendo

comprovado a Impugnante proceder de forma correta ao recolher o ICMS com base no Protocolo ICMS 104/09 (materiais de construção), em conformidade com a legislação estadual da Bahia; todavia, por mais incoerente que seja admitir e na remota manutenção da presente autuação, o que se admite apenas por rígida argumentação de direito, requer a Impugnante seja retificado o valor do auto de infração, para dele ser considerado e deduzido o valor recolhido a título de ICMS-ST, haja vista que a Autoridade Fiscalizadora se equivocou na elaboração do demonstrativo, abstendo-se de constar o crédito de ICMS referente à Nota Fiscal Complementar nº 1242-4.

Outrossim, caso o Órgão Julgador entenda que os documentos colacionados aos autos não são suficientes para comprovar a natureza e função da mercadoria comercializada pela Impugnante, que foi objeto da autuação, requer seja convertido o presente julgamento em diligência, com a realização de perícia técnica, nos termos do artigos 145 e 150, inciso I, do RPAF/99, para que se comprove a respeito das características da mercadoria comercializada sob a classificação NCM nº 8481.30.00, requerendo, desde já, seja intimada a Impugnante para indicar assistente técnico e formular seus quesitos.

Por derradeiro, roga-se sejam as futuras publicações e intimações veiculadas na imprensa oficial efetuadas em nome do advogado patrono – Dr. Adelmo da Silva Emerenciano, regularmente inscrito na OAB/SP sob nº 91.916.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 143, onde diz que tendo em vista a argumentação trazida pela autuada bem como a documentação acostada comprovando não se tratar de autopeças, pede pela improcedência do auto de infração.

VOTO

O auto de infração foi lavrado, cumprindo-se as formalidades inerentes à fiscalização de trânsito de mercadorias, com termo de apreensão fl. 4/5, demonstrativo de cálculo à fl. 06, com MVA de R\$78,83 por cento. O DANFE à fl. 07, descreve as mercadorias como sendo válvulas KSB, no valor total de R\$274,525,00.

Inicialmente, quanto ao pedido de diligência feito pelo impugnante, deixo de acatá-lo por considerar que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de juízo de valor acerca do lançamento de ofício efetuado, não carecendo de quaisquer outros elementos adicionais para apuração da verdade material, e quanto ao pedido de que todas as intimações sejam efetuadas em nome do advogado patrono do Impugnante, vejamos o que diz o RPAF:

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

Assim, fica esclarecido que do ponto de vista legal, o pedido não pode ser atendido estritamente, tendo em vista a amplitude que legislação estabelece para ser efetivada a intimação. Feitas estas considerações iniciais, passaremos então ao julgamento da lide.

Em preliminar de nulidade, o Impugnante argumenta que a descrição da infração, relacionando o objeto da autuação, como sendo mercadorias sujeitas à substituição tributária por força do *PROTOCOLO ICMS Nº 41/08* (a autopeças), quando em verdade são válvulas afetas ao Protocolo ICMS nº 104/09 (materiais de construção), o que implica em nulidade absoluta do lançamento por se tratar de vício insanável, em conformidade com o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. O autuante, na informação fiscal, consente com a alegação do impugnante, visto de não se tratar efetivamente de autopeças, comprovando a nulidade do lançamento.

Em princípio, a operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09 (materiais de construção). No entanto, na descrição dos fatos não há correlação com as provas

apresentadas, pois restou demonstrado que se trata de mercadorias que não se destinam ao uso automotivo, mas sim de válvulas para uso em tubulações, caldeiras, reservatórios, etc cujas regras de cálculo e retenção do ICMS obedece a critérios diferentes da que foi acusada no lançamento, constatando-se vício insanável.

Assim, tendo em vista a documentação anexa ao processo, cabe razão ao impugnante quanto à preliminar de nulidade, considerando a falta dos pressupostos de validade do lançamento tributária, infringido o artigo 16, IV, a do RPAF, que prescreve o seguinte:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Tal situação flagrantemente cerceia o direito de defesa do autuado, pela absoluta falta dos fundamentos que justificariam o lançamento, mostrando ser insustentável, por ausência de conexão entre os fatos demonstrados e a infração à lei vigente.

Verificada a incongruência da descrição do lançamento, com os fatos provados no PAF, é forçoso o reconhecimento da nulidade absoluta. Pelo exposto, voto pela NULIDADE do auto de infração, acolhendo a preliminar de nulidade, ficando então, prejudicado o julgamento do mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210765.0347/13-1**, lavrado contra **KSB VÁLVULAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR