

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0035/11-0
RECORRENTE - KNORR-BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0175-03/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13/04/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0086-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NOVA DECISÃO. As decisões emanadas da Administração Pública devem ser devidamente fundamentadas. A Constituição Federal, no que concerne às decisões dos tribunais e conselhos administrativos, é expressa, em seu artigo 93, inciso X, ao exigir-lhes motivação. O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 3ª JF Nº 0175-03/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafiado, lavrado no dia 16/12/2011 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 62.938,55, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto referente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no território deste Estado.

A Junta de Julgamento Fiscal (JF) apreciou a lide no dia de 06/08/2014 (fls. 396 a 405), decidindo pela procedência parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que a autuação fiscal contém vícios, dentre eles, omissão da classificação fiscal dos produtos, divergências entre as notas fiscais versus produtos discriminados e discrepâncias de valores no demonstrativo elaborado pelo autuante. Disse que o autuante não observou a legislação específica, ou seja, os produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, no qual estão especificados em nível de descrição e classificações fiscais (NBM/SH), peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos sujeitos a retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto a possível erro na classificação fiscal dos produtos ou divergências entre as notas fiscais e levantamento efetuado pelo autuante, tais equívocos podem ser objeto de retificação mediante a realização de diligência fiscal, haja vista que eventuais incorreções ou omissões não acarretam nulidade da autuação fiscal, desde que seja possível a correção, e o sujeito passivo seja intimado com a entrega de cópia dos novos elementos. Ademais, não implica nulidade da autuação erro de indicação quanto ao enquadramento legal, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o referido enquadramento legal.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal, e foram fornecidas ao defendente as cópias das informações fiscais e demais elementos acostados aos autos pelo autuante. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão da falta de retenção 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, no período de dezembro de 2008 a dezembro de 2010.

Trata-se de contribuinte do Estado do São Paulo, que realizou operações de saídas de autopeças para contribuintes do Estado da Bahia, sendo lançado o imposto em conformidade com o Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a Substituição Tributária nas operações interestaduais com autopeças.

De acordo com a Cláusula primeira do referido Protocolo ICMS 41/08, nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único desse protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias, foi atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes.

O disposto no referido protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, que sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino (§ 1º).

O autuado alegou que ocorreram erros de interpretação pelo autuante e inúmeras discrepâncias de valores, os quais serviram de amparo para o levantamento efetuado pelo mesmo. Apontou diversos equívocos, relativamente a item do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 que fora acrescentado com efeitos a partir de 01/02/2009; itens que não constavam no mencionado Protocolo; além de remessas e retornos de peças a título de garantia.

Na informação fiscal prestada às fls. 329 a 334, o autuante analisou as alegações apresentadas pelo defendente e as planilhas elaboradas nas razões de defesa. Informou que em relação às Notas Fiscais de números 47984, 48018, 48317, 48284, 48553, 48600, 49248, 50551, 50827, 51138, 59785, 62802, 63001, 72706, 73321, 94596, 95191, 95558, 95724, 95997, 105470 e 129993, cópias físicas acostadas aos autos, de fato, acusam mercadorias cuja descrição não corresponde à registrada no arquivo SINTEGRA, produzido pelo autuado. Diante deste elemento instrutório com força probante superior ao registro eletrônico, reconheceu a improcedência do lançamento neste particular, salientando que o equívoco foi produzido pela empresa. Elaborou novo demonstrativo, inclusive de débito, ficando alterado o imposto exigido, conforme fl. 333 do PAF.

Nas manifestações apresentadas, o defendente alegou o autuante não observou a legislação específica, e que parte das ocorrências apuradas no Auto de Infração é referente a itens incluídos no Protocolo 127/08, mas estas ocorrências apresentam datas de vencimento anteriores a 01/02/2009, ou seja, datas anteriores à vigência do protocolo.

O autuante apresentou o entendimento de que o Protocolo ICMS 41/08 possui uma peculiaridade que o difere dos demais acordos interestaduais: “nele foi arrolada a NCM 8708, de descrição assaz genérica”, isto, é, “Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 8701 a 8705”.

Observe que NCM significa “Nomenclatura Comum do Mercosul”. Trata-se de um código composto por oito dígitos, estabelecido para identificar a natureza das mercadorias, tendo como objetivo classificar os itens de acordo com Regulamentos do Mercosul, e como base o SH (Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias). Por esse motivo foi criada a sigla NCM/SH. Dos oito dígitos que compõem a NCM, os seis primeiros são classificações do SH, e os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul.

A legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Dessa forma, em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no mencionado regime de substituição tributária, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação. Ou seja, deve ser levado em consideração se o produto foi incluído e a data de sua inclusão conforme previsto em acordos interestaduais, excluindo-se as operações relativas ao período anterior de vigência do citado acordo.

Consta no item 73 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 a seguinte descrição: “Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 87.01 a 87.01, NCM/SH 87.08. Neste caso, concordo com o posicionamento do autuante de que a legislação apresenta uma descrição genérica, isto, é, “Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 8701 a 8705”. Entretanto, o item 93 desse mesmo Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 apresenta a seguinte descrição: “Filtros de pólen do ar condicionado”, NCM/SH 8421.39.90, e o referido item foi acrescentado pelo Protocolo ICMS 127/08, com efeitos a partir de 01/02/2009.

Anexo Único Protocolo 41/08: [quadro de fl. 404].

O item 93 do Anexo Único do Protocolo 41/08 foi acrescentado pelo Protocolo 127/08, com efeitos a partir de 01/02/2009, e o levantamento fiscal se refere ao período iniciado em dezembro de 2008.

Analizando as descrições constantes nos itens 73 e 93 do mencionado Anexo Único, constato que em relação aos filtros de pólen do ar condicionado assiste razão ao defendente, considerando que o referido item é específico e fora acrescentado com efeitos a partir de 01/02/2009. Quanto aos demais itens que foram objeto da autuação, entendo que estão enquadrados na descrição genérica do item 73.

Dessa forma, concluo que, sendo correta classificação constante no item 93 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 para filtro de ar-condicionado, secador de ar ou refil secador, devem ser excluídos nos meses de dezembro de 2008 e janeiro de 2009 notas fiscais e respectivos débitos de ICMS ST correspondentes às mencionadas mercadorias, considerando a vigência do Protocolo ICMS 127/08 a partir de 01/02/2009.

No mês 12/2008 constam no levantamento efetuado pelo autuante (fls. 07/08), as seguintes Notas Fiscais e respectivos valores do ICMS/ST, correspondentes a “refil secador”: NF 407966, R\$86,39; NF 409413, R\$140,38; NF 410597, R\$129,36. Total: R\$356,36, que deduzido do imposto exigido no referido mês (1.260,55) apura-se o débito de R\$904,19 (1.260,55 – 356,36).

Em relação ao mês 01/2009, constam no levantamento efetuado pelo autuante (fls. 09/10), as seguintes Notas Fiscais e respectivos valores do ICMS/ST, correspondentes ao “refil secador”: NF 411015, R\$53,99; NF 411413, R\$75,59; NF 411720, R\$53,99; NF413226, R\$313,16; NF 414070, R\$43,20. Total: R\$539,93, que deduzido do imposto exigido no referido mês (1.251,95) apura-se o débito de R\$712,02 (1.251,95 – 539,93).

Quanto à sugestão do autuante de que se deveria acessar junto ao CONFAZ o teor das atas de discussão e delineamento dos termos do Protocolo em comento, não há previsão regulamentar para que se adote tal providência, e o contribuinte não é obrigado a verificar o conteúdo das referidas atas para cumprir o que foi decidido. Ou seja, não há necessidade para se tomar a referida providência.

Considerando que a exigência fiscal está amparada no Protocolo ICMS 41/08, o refazimento dos cálculos pelo autuante, conforme demonstrativo à fl. 333, e as correções tratadas neste voto quanto aos meses de dezembro de 2008 e janeiro de 2009, o débito apurado ficou reduzido para o valor de R\$58.074,82. Concluo pela redução do débito nos novos valores indicados.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Inconformado e com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 418 a 424, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e asseverando que o Auto de Infração é nulo, pois o mesmo “*deve conter os exatos e precisos ditames determinados na legislação específica, o que não ocorreu no presente caso (...)*”.

Entre os vícios que entende existentes, destaca omissão de classificação fiscal de produtos, divergências entre as notas e os seus respectivos itens e discrepâncias de valores nos demonstrativos, o que, aliás, foi reconhecido pelo órgão julgador de origem, que por isso converteu o feito em diligência.

Em seguida, frisa que o autuante se recusou a elaborar a revisão, apesar das determinações da JJF neste sentido.

Caso a nulidade não seja acolhida, pleiteia diligência, a qual teria o objetivo de retificar as quantias lançadas.

Prossegue argumentando que no Protocolo ICMS 41/2008 estão discriminadas as peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos sujeitos à retenção relativa às operações subsequentes.

Já o Protocolo ICMS 127/2008, que acrescentou novos itens ao anterior (41/2008), dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, com efeitos a partir de 01/02/2009.

Nesse sentido, aduz que não poderia ignorar a correta classificação, expressa no segundo Protocolo, para enquadrá-la de maneira equivocada “*a qualquer outro item*”.

Por exemplo, o item 93 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 tem descrição específica para filtro de ar-condicionado, secador de ar ou refil de secador, que não são produzidos por si. O

filtro que produz é o de óleo, e não os mencionados pelo auditor, muito embora o tenha classificado na NBM/SH 8421.39.90, que é genérica e se destina a “*outros aparelhos para filtrar ou depurar gases*”.

O item 8 [9] do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 tem descrição específica para tapetes e revestimentos, que não são produzidos por si. O que produz, na verdade, são diafragmas, muito embora os tenha classificado na NBM/SH 4016.99.90, que é genérica e se destina a “*outras obras de borracha vulcanizada não endurecida*”.

Alega ser evidente que, se de fato possuísse a obrigação de reter e recolher o ICMS-ST, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas no Estado da Bahia, teria incluído o tributo no preço de venda e efetuado o pagamento.

Reitera o pedido de diligência e encerra requerendo o julgamento pela nulidade ou improcedência do lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 443 a 445, afastando a tese de nulidade, afirma que não foram apresentadas razões aptas a modificar a Decisão recorrida e que a petição de Recurso é uma mera repetição da defesa, exaustivamente apreciada na Primeira Instância.

VOTO

De acordo com o art. 93, X da CF/1988, as decisões dos tribunais ou conselhos de fazenda administrativos devem ser motivadas e em sessões públicas. Por conseguinte, não podem se furtar a enfrentar todas as questões apresentadas no contencioso, sob pena de violação, entre outros, ao princípio da necessária motivação dos atos administrativos, em especial os de cunho decisório.

Por sua vez, o Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), no inciso III do art. 18, estatui a nulidade das decisões destituídas de fundamentação.

A Decisão recorrida não analisou todas as alegações suscitadas quando da respectiva instrução processual, consoante o que passarei a expor.

Em sede de Recurso, a sociedade empresaria alegou que o item 8 [9] do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 tem descrição específica para tapetes e revestimentos, os quais não são produzidos por si. O que produz, conforme alegou, são diafragmas, muito embora os tenha classificado na NBM/SH 4016.99.90, que é genérica e se destina a “*outras obras de borracha vulcanizada não endurecida*”.

Tal assunto foi objeto de questionamento em face da JJF, de acordo com os trechos do Relatório atinente ao Acórdão 3ª JJF Nº 0175-03/14, que transcrevo abaixo.

"Em seguida, o autuante faz uma síntese da impugnação, contestando cada item das alegações apresentadas pelo autuado, afirmando que os argumentos do defendente não devem ser acatados. Comenta sobre os seguintes itens: compressor, bloco do compressor, jogo de reparo, mola de compressão, regulador de pressão, virabrequim, válvulas, êmbolo ou pistão, refil secador e secador de ar, diafragma".

"Também comenta sobre diafragmas, afirmando que não se enquadram embora tenham o mesmo código de NCM/SH 4016.99.90, assegurando que é genérico. Por isso, entende que a alegação de que os produtos comercializados pelo defendente estariam classificados de forma errada não merece prosperar".

A matéria também foi abordada na peça de defesa, por exemplo, no item 4 de fl. 86 e no item “b” de fl. 87.

Ocorre que não foram ofertadas respostas a tais considerações no Voto que faz parte do Acórdão de origem. As mudanças verificadas nos valores apurados resultam de duas situações, distintas da que foi acima exposta:

"Na informação fiscal prestada às fls. 329 a 334, o autuante analisou as alegações apresentadas pelo defendente e as planilhas elaboradas nas razões de defesa. Informou que em relação às Notas Fiscais de números 47984, 48018, 48317, 48284, 48553, 48600, 49248, 50551, 50827, 51138, 59785, 62802, 63001,

72706, 73321, 94596, 95191, 95558, 95724, 95997, 105470 e 129993, cópias físicas acostadas aos autos, de fato, acusam mercadorias cuja descrição não corresponde à registrada no arquivo SINTEGRA, produzido pelo autuado. Diante deste elemento instrutório com força probante superior ao registro eletrônico, reconheceu a improcedência do lançamento neste particular, salientando que o equívoco foi produzido pela empresa. Elaborou novo demonstrativo, inclusive de débito, ficando alterado o imposto exigido, conforme fl. 333 do PAF”.

“Analisando as descrições constantes nos itens 73 e 93 do mencionado Anexo Único, constato que em relação aos filtros de pólen do ar condicionado assiste razão ao defendente, considerando que o referido item é específico e fora acrescentado com efeitos a partir de 01/02/2009. Quanto aos demais itens que foram objeto da autuação, entendo que estão enquadrados na descrição genérica do item 73. Dessa forma, concluo que, sendo correta classificação constante no item 93 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 para filtro de ar condicionado, secador de ar ou refil secador, devem ser excluídos nos meses de dezembro de 2008 e janeiro de 2009 notas fiscais e respectivos débitos de ICMS ST correspondentes às mencionadas mercadorias, considerando a vigência do Protocolo ICMS 127/08 a partir de 01/02/2009”.

Não se está a afirmar que o recorrente tem razão quanto ao tema em enfoque (classificação NBM/SH 4016.99.90), mas sim que possui o incontestável direito a uma Decisão expressa, pormenorizada e clara sobre todas as suas alegações defensivas, o que não pode ser feito no momento por esta CJF, porquanto implicaria supressão de instância.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão recorrida. Os autos deverão retornar à JJF para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **206912.0035/11-0**, lavrado contra **KNORR-BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA.**, devendo o processo retornar à primeira instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS