

A. I. Nº - 206912.0035/11-0
AUTUADO - KNORR-BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/09/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-03/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Protocolo ICMS 41/08 atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas interestaduais, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2011, refere-se à exigência de R\$62.938,55 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no período de dezembro de 2008 a dezembro de 2010.

O autuado apresentou impugnação às fls. 85 a 94 do PAF, suscitando preliminar de nulidade da autuação, alegando que o Auto de Infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na legislação específica. Diz 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. Cita os tópicos correlacionados e afirma que ante as falhas apontadas originou-se a apuração de valores indevidos, porque 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), as peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos sujeitos a retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Além das falhas citadas anteriormente, o defendente aponta outras divergências em relação à descrição específica constante no Protocolo ICMS 41/08, para “Filtros de pólen do ar condicionado” e “Tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados”. Cita exemplos de mercadorias com descrição específica no Anexo Único do referido Protocolo. O defendente pede a nulidade da autuação, por entender que não foram informados os valores corretos, inexistindo liquidez e certeza.

No mérito, o defendente informa que atua no ramo da indústria, comércio, importação e exportação de sistemas de freios para veículos comerciais, e se enquadra na Classificação Nacional de Atividade Econômico-Fiscal – CNAE-Fiscal 29.43-3-00, e como tal, está sujeita a tributação pelo ICMS, devendo fazer a retenção e recolhimento do referido imposto, nos termos do Protocolo 41/2008.

Informa que em 18/07/2011 recebeu via mensagem eletrônica (e-mail) o Termo de Início de Fiscalização, e na mesma data retornou o protocolo e o Termo assinado. Também informa que enviou cópias dos documentos solicitados, e em 22/09/2011 o autuante solicitou que fosse disponibilizada uma tabela dos produtos comercializados com a respectiva NBM/NCM, o que foi

atendido em 28/09/2011. Salienta que o autuante enviou e-mail em 24/10/2011 pedindo explicação sobre a não tributação ou retenção do ICMS relativo à substituição tributária em alguns produtos e respectivas Notas Fiscais, tendo sido enviado, o Termo de Prorrogação de Fiscalização em 24/11/2011, que foi devolvido assinado. Em 22/12/2011, recebeu a intimação referente ao presente Auto de Infração.

O defendente apontou diversos equívocos, relativamente a itens 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. Diz que se trata de empresa constituída no Estado de São Paulo há vários anos, tendo destaque nacional e internacional na industrialização e comercialização de seus produtos, e sempre procurou cumprir com suas obrigações fiscais.

Prosseguindo, o defendente afirma que o presente Auto de Infração é nulo e não merece provimento, porque ocorreram erros de interpretação pelo autuante e inúmeras discrepâncias de valores, os quais serviram de amparo para o levantamento efetuado pelo mesmo, gerando mais uma causa de nulidade. No que tange à interpretação da legislação tributária, transcreve o art. 108 do CTN e diz que ocorreu erro de fundamentação legal, quando foi utilizado como fundamento do Auto de Infração o disposto no Convênio ICMS 41/08, sendo o instituto correto, o Protocolo ICMS 41/08. Diz que a defesa escrita é instrumento hábil e suficiente para suspender a exigibilidade do crédito tributário e, dessa forma, entende que fica suspensa a exigibilidade do tributo no presente lançamento, em face da defesa apresentada, sendo vedada a sua inscrição em dívida ativa. Alega que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaborar novo demonstrativo. Pede que seja anulado o presente Auto de Infração, protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 264 a 276 dos autos. Registra que o trabalho de auditoria foi todo pautado nos arquivos magnéticos transmitidos pelo autuado para os bancos de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Os dados são da autoria do contribuinte e os relatórios e análises partem do pressuposto de que os referidos arquivos repercutem fielmente os meios físicos que serviram de espelho para a base de informações. No caso de existência de divergência entre o informado pelo contribuinte no arquivo magnético e os elementos constantes nas notas fiscais, isto será de responsabilidade do sujeito passivo.

Entende que o presente Auto de Infração está revestido das formalidades para a sua efetivação e a empresa formulou a sua impugnação fundamentada na certeza de que as irregularidades decorreram da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, prevista em acordo interestadual, ocasionada pelas vendas de peças para automóveis destinadas ao território baiano. Diz que em relação às poucas notas fiscais acostadas aos autos (65 NFs), além de boa parte delas envolver itens em garantia, as que restaram ou estão incompletas ou refletem exatamente a descrição constante nos arquivos magnéticos. Informa que, do ponto de vista da classificação fiscal, todo produto confeccionado pelo autuado deve ser tratado como item de reposição de veículo automotivo. Para uma empresa que fabrica autopeças, o correto é saber se seus produtos se encaixam ou não na relação de itens constantes no Protocolo ICMS 41/08. Assegura que todos os produtos fabricados pelo autuado são, indubitavelmente, autopeças. Cita exemplos e diz que o fato de o autuado alegar que nunca foi alcançado em auditorias anteriores na área de substituição tributária interestadual não o livra de eventualmente cometer deslizes.

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.

Quanto às notas fiscais acostadas aos autos pelo defendente, o autuante informou que fez uma análise amostral da referida documentação e concluiu que “não só são iguais a descrição da

mercadoria constante do arquivo magnético e a constante na nota fiscal, sem divergência de valores, como, em muitos casos, a nota fiscal apensada se mostra inservível para provar as alegações do contribuinte. Com o fito de melhor demonstrar as afirmativas anteriores, o autuante relacionou à fl. 274 as notas fiscais examinadas, informando ao lado de cada uma o que ficou constatado após a comparação entre os dados das notas fiscais e aqueles contidos nos arquivos magnéticos.

Em relação às operações sob a cláusula de garantia, o autuante informa que chama a atenção o grande número de mercadorias remetidas em substituição. Diz que não há referência em muitas dessas notas fiscais, ao documento de venda de origem, o que torna difícil realizar qualquer tipo de checagem. Salienta que o RICMS/BA, estabelece nos arts. 516 a 530 as regras de procedimento para a remessa de bens em substituição de produtos defeituosos, dentro do prazo de garantia. Face à insuficiência de elementos comprobatórios que assegurem se tratar, efetivamente, de remessas em garantia, entende que deve ser julgada procedente a autuação. Afirma que não há reparos a fazer, e pede que seja julgado procedente o presente Auto de Infração.

À fl. 279 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante intimasse o autuado a comprovar os argumentos defensivos, e que fossem refeitos os demonstrativos, observando os seguintes pontos:

1. A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado na substituição tributária. Assim, devem ser incluídos apenas os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM
2. Deve ser levado em consideração quando o produto foi incluído no Anexo Único do Protocolo 41/2008, excluindo as notas fiscais relativas ao período anterior.
3. Também devem ser excluídas as mercadorias que não constam no Anexo Único do referido Protocolo, de acordo com a descrição do produto correlacionada ao código de NCM.
4. Sendo comprovadas as operações relativas aos retornos de peças a título de garantia, de acordo com o estabelecido no art. 627 do RICMS-BA/97, as respectivas notas fiscais devem ser excluídas do levantamento fiscal.

Foi solicitado que após o cumprimento da diligência, a Inspeção Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias do encaminhamento de diligência, da informação fiscal e demais documentos que fossem acostados aos autos pelo autuante, concedendo o prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em atendimento, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 283/284, informando que apesar de ter sido intimado, conforme fls. 281/282, o defendente não atendeu, preferiu silenciar-se, o que ratifica o acerto do lançamento. Face à omissão do defendente, informa que nada tem a retocar no lançamento, reiterando o pedido de procedência da autuação fiscal.

Salienta que partes e acessórios dos veículos automotores das posições 8701 a 8705 encaixado na Tabela Oficial da NCM pela classificação 8421.39.90 contempla no Protocolo ICMS 41/08. Acrescenta que a rigorosa correspondência da descrição constante da NCM efetuada no documento fiscal seria uma estratégia evasiva muito fácil de ser adotada pelo sujeito passivo, em prejuízo para o Estado de destino, que se veria obrigado a verificar se o imposto foi posteriormente recolhido pelo pulverizado segmento varejista de autopeças. Reitera o pedido de procedência do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 287 a 289, alegando que a conclusão apresentada pelo autuante não merece prosperar, assim como a autuação, tendo em vista que não houve intimação formal e específica ao contribuinte. Afirma que todas as alegações

apresentadas nas razões de defesa foram comprovadas por meio de minuciosa planilha anexada aos autos e são equivocados os argumentos do autuante em suas informações complementares.

Afirma que o autuante não ofereceu qualquer contra-argumentação de cunho legal em relação à defesa apresentada, e sequer se prontificou a refazer os demonstrativos que serviram de base para a autuação fiscal, em observância aos itens 1 a 4 do encaminhamento da diligência.

Outra informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 329 a 334. Após fazer uma síntese dos fatos, frisa que quase nada há a retocar no lançamento. Conforme o acordo interestadual em discussão, um item da NCM abrangente comporta o enquadramento de todas as autopeças levantadas na autuação, eis que todas elas podem ser qualificadas como partes e acessórios dos veículos automotores das posições 87.01 a 87.05, encaixado na Tabela Oficial da NCM pela classificação 8421.3990, o que significa dizer que as peças objeto da autuação encontram alcance por uma NCM específica prevista no Protocolo ICMS 41/08.

Em seguida, o autuante analisa detalhadamente as alegações apresentadas pelo defendente e as planilhas elaboradas nas razões de defesa. Afirma que inexistente nos autos prova capaz de demonstrar que uma determinada mercadoria comercializada retornou com algum defeito e em seu lugar foi enviada uma similar.

Informa 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, informa que reconhece a improcedência do lançamento neste particular, salientando que o equívoco foi produzido pela empresa. Assim, o demonstrativo de débito ficou alterado, conforme o novo demonstrativo à fl. 333.

Também afirma que não há motivo ou elemento de prova que façam mudar os rumos da autuação, e que todos os argumentos defensivos foram rebatidos nas informações fiscais. Diz que tomou conhecimento de que o Estado da Bahia pode acessar junto ao CONFAZ o teor das atas de discussão e delineamento dos termos do Protocolo em comento, e que as referidas atas podem refletir os móveis pelos quais se resolveu incluir o item 8421 3990 da NCM como sujeito à substituição tributária e qual a intenção de se fazer isso.

Pede que em nome da verdade material, esta JJF mande oficial o CONFAZ no sentido de se trazer ao PAF as atas de discussão e delineamento das cláusulas constantes no Protocolo ICMS 41/08. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 338 a 342, aduzindo que, por questão de método, passa a demonstrar a existência de dois protocolos, o Protocolo ICMS 41/08 e o Protocolo ICMS 127/08. Diz que no primeiro protocolo estão especificados em nível de descrição e classificações fiscais, peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos sujeitos a retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

O segundo protocolo que alterou o primeiro, dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças produzindo efeitos a partir de 01/02/2009. Salienta 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.

Comenta sobre a 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 e afirma que o filtro produzido em seu estabelecimento é filtro de óleo e, por esta razão, é classificado no NCM/SH 8421.39.90, que é genérico e está classificado como “outras”, ou seja, outros aparelhos para filtrar ou depurar gases.

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.

O defendente lembra que o ICMS recolhido por Substituição Tributária é imposto em “cascata”, ou seja, o valor pago é de fato embutido no valor da venda, de modo que, quem paga o imposto é o consumidor final, que tem agregado ao produto o valor embutido em cada operação. Se de fato a obrigação do impugnante de reter o ICMS existisse, o imposto teria sido incluído no valor da venda e retido sem problema.

Ratifica o pedido de nulidade do Auto de Infração e informa que se encontra à disposição para apresentar qualquer documento necessário para a comprovação da improcedência da autuação fiscal.

Outra informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 364/365, reiterando inicialmente todos os termos das informações fiscais prestadas anteriormente. Diz que a manifestação apresentada pelo defendente nada trouxe de elementos que pudessem modificar o convencimento do autuante, além daqueles aspectos já reconhecidos e que já compuseram o demonstrativo de débito à fl. 333.

Repete a informação de que o Estado da Bahia pode acessar junto ao CONFAZ o teor das atas de discussão e delineamento dos termos do Protocolo em comento, e que as referidas atas podem refletir os móveis pelos quais se resolveu incluir o item 8421 3990 da NCM como sujeito à substituição tributária e qual a intenção de se fazer isso.

Pede que em nome da verdade material, esta JJF mande oficial o CONFAZ no sentido de se trazer ao PAF as atas de discussão e delineamento das cláusulas constantes no Protocolo ICMS 41/08.

Salienta que acatará um eventual posicionamento diverso e convincente dos julgadores para ir ajustando as arestas de interpretação que costuma surgir na aplicação dos acordos interestaduais publicados recentemente. Reafirma que inexistem reparos a fazer exceto aqueles já consignados, e pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

À fl. 369 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que forem refeitos os demonstrativos, observando os seguintes pontos:

1. A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado na substituição tributária. Assim, devem ser incluídos apenas os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM.
2. Deve ser levado em consideração quando o produto foi incluído no Anexo Único do Protocolo 41/2008, excluindo as notas fiscais relativas ao período anterior.
3. Também devem ser excluídas as mercadorias que não constam no Anexo Único do referido Protocolo, de acordo com a descrição do produto correlacionada ao código de NCM.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 372/374, dizendo que o sujeito passivo parece ter induzido a erro quanto ao entendimento da lide. Reconhece que “a Auditoria tem também contribuído para isso, o que vem redundando em sucessivas diligências”. Afirma que não há dúvidas de que o correto enquadramento de produto no regime de substituição tributária nas operações interestaduais perpassa pelos requisitos do legislador quanto à classificação na NCM e, além disso, acusar uma descrição que corresponda às suas características físico-químicas. Ou seja, podem existir várias descrições numa única classificação fiscal e apenas uma ou algumas delas ter sido considerada para efeito de tributação antecipada no Estado de origem.

Diz que também é correto o raciocínio de que a tributação pelo regime de substituição tributária se faz a partir do instante em que o legislador insere no acordo interestadual certo tipo de mercadoria no rol daquele regime. Que a Auditoria tem consciência de tudo isto.

Em relação ao Protocolo ICMS 41/08, afirma que 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”. Informa que, quando da formalização da cobrança, o enquadramento das mercadorias efetivou-se com base nesse código, sustentando-se que a maioria das peças automotivas encontra moldes nessa incomum generalização.

Por isso, o autuante reitera o seu posicionamento de que não pode refazer os demonstrativos simplesmente porque não foram opostos argumentos suficientes para convencimento em contrário. Diz que age assim, não por puro diletantismo, mas por fidelidade ao pensamento lógico de se exigir tributo com base numa previsão normativa.

No entendimento do autuante, o que pode ter trazido dúvida foi o fato de a Auditoria ter referenciado nas informações fiscais anteriores uma classificação de NCM diferente do raciocínio ora esposado e da descrição genérica apontada. Diz que é preciso saber qual a melhor interpretação para fazer o enquadramento no item 73 do Anexo Único do referido Protocolo 41/08, e até agora isto não veio aos autos, de modo que a Fiscalização prefere continuar vindicando a procedência do presente lançamento.

Salienta que a Auditoria sugeriu fosse oficiado o Confaz no sentido de tomar conhecimento do inteiro teor das atas de discussão e delineamento dos termos do Protocolo em comento, embora isto seja de difícil execução por parte da Auditoria. Entende que as referidas atas podem refletir os móveis pelos quais se resolveu incluir o item 8708 (e não 8421 3990) da NCM como sujeito à substituição tributária, e qual a intenção de se fazer isto.

Reafirma que a Auditoria se dobrará a um eventual posicionamento diverso e convincente dos membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, por ocasião do julgamento, até para ir se ajustando as arestas de interpretação que costumam surgir em relação à aplicação de acordos interestaduais publicados recentemente. Pede a procedência parcial do presente lançamento.

O defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 381 a 386, afirmando que esta Junta de Julgamento Fiscal acolheu as alegações defensivas de que foi incluído no levantamento fiscal venda de produtos: (i) anteriores à entrada em vigor do Protocolo 41/08; (ii) cuja especificação não coincide com os produtos incluídos no já mencionado Protocolo em seus itens 8 e 93. Entende que o refazimento dos demonstrativos é medida essencial e de justiça para o prosseguimento do julgamento da validade do Auto de Infração, sob pena de o mesmo ser desde já declarado nulo, por conter diversas nulidades já apontadas. Alega que a Fiscalização não se desincumbiu das tarefas que lhes foram atribuídas. Diz que no novo entendimento da Auditoria, todos os produtos incluídos no Auto de Infração correspondem à classificação fiscal 8701 e 8705 e que, portanto, sofreriam a incidência do ICMS-ST.

Informa que elaborou a sua defesa em função das informações contidas no Auto de Infração. A acusação que lhe está sendo imposta e é com base nela que a autuado formulou a sua defesa, e não poderia ser diferente. Entretanto, a própria autoridade fiscal reconhece que o Auto de Infração em questão está eivado pela dúvida e pela incerteza, impossibilitando o defendente de exercer o seu Direito Constitucional à ampla defesa. Alega que, até o presente momento, com base no Auto de Infração sob julgamento, a Fiscalização alegava que o defendente havia deixado de recolher o ICMS-ST uma vez que os produtos por ela vendidos enquadravam-se nas especificações mencionadas nos itens 8 e 93 do Anexo único do Protocolo ICMS 41/08. Entretanto, na última manifestação de fls. 372/374, o autuante informou que a autuação seria procedente uma vez que os produtos vendidos pela autuado estão enquadrados no item 73 do já mencionado Protocolo. Se o próprio Auditor Fiscal não possui a certeza necessária para que se determine a

correta classificação dos produtos vendidos pelo defendente e, conseqüentemente a correta incidência tributária, como poderá o defendente exercer a sua defesa?

Entende que não restam dúvidas de que o Auto de Infração em referência, seja por falha no enquadramento fiscal, seja por falta de certeza, possui nulidades insanáveis que impossibilitam o exercício pelo defendente de seu direito constitucional à ampla defesa. Cita o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e ensinamentos de Arruda Alvim em relação ao princípio do contraditório. Diz que no processo tributário, quer seja administrativo, quer seja judicial, o princípio do devido processo legal adquire contornos específicos. Quando do ato de lançamento, a Administração Pública está restrita à observância destes princípios constitucionais, sob pena de acarretar a nulidade, que deve ser declarada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Também cita a Lei nº 3.956/81 e apresenta o entendimento de que “ao olvidar de clareza o relato da infração e seu enquadramento fiscal, o defendente tem seu direito de defesa cerceado, uma vez que a sua manifestação e também a produção de provas obviamente fica subjetiva, infringindo desta forma o Princípio Constitucional da Ampla Defesa”. Diz que se pode afirmar que a confissão do Auditor Fiscal de que o Auto de Infração possui enquadramento fiscal equivocado, o macula permanentemente, sendo de rigor a imediata declaração de sua nulidade. Requer seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração debatido.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 390 a 393, lembrando que a discussão agora está focada apenas a uma parte do valor lançado, de sorte que ainda há outros valores que não integram a presente discussão e que já foram abordados em outros momentos processuais. Diz que a discussão se restringe ao fato de se considerar como mercadoria sujeita à tributação antecipada autopeças que poderiam se encaixar na descrição genérica prevista na NCM 8708 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Diz que tem consciência de que mercadorias sem classificação fiscal e descrição previstas na regra da tributação antecipada devem ser retiradas do levantamento fiscal. Porém, a questão não é essa, e sim, tipificar autopeças na NCM 8708, com descrição ampla. O autuante afirma que não está obrigado a seguir um posicionamento sugerido pelo órgão julgador, pelo menos enquanto não houver um julgamento colegiado a respeito da controvérsia, desfavorável ao Fisco.

Entende que há apenas uma tese construída, ainda não destituída de fundamento pela formulação de poderosos argumentos em contrário. Que não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, uma vez que a irregularidade traduziu falta de retenção do ICMS pela constatação de um conjunto de mercadorias enquadradas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, estando no item 73, em vez do item 93, observação feita a tempo e regularmente comunicada ao contribuinte, que teve a oportunidade processual de fazer o seu contraponto, de exercer o contraditório, de fruir seu constitucional direito de defesa.

Comenta sobre o art. 18, § 1º do RPAF/BA e diz que carece de substância falar-se em cancelamento do auto de Infração; que se isso fosse possível, o que admite apenas por amor ao debate, parte considerável do lançamento ainda persistiria sem qualquer arranjo de inconsistência.

Repete a sugestão de consulta ao CONFAZ para se tomar conhecimento do inteiro teor das atas de discussão e delineamento dos termos do Protocolo em comento. Diz que se dobrará a um eventual posicionamento diverso desta Junta de Julgamento fiscal, e conclui pedindo a procedência parcial do presente lançamento.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0175-03/14 (fls. 396 a 405), esta Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, com o entendimento de que o Protocolo 41/08 atribui ao remetente a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, tendo sido refeitos os cálculos pelo autuante, reduzindo o débito originalmente apurado.

O autuado apresentou Recurso Voluntário, alegando que no julgamento proferido não foi levado em consideração que o presente lançamento é nulo na sua origem. Diz que na elaboração do Auto de Infração não foram observadas formalidades que a lei expressamente impõe como obrigatórias. Que a própria Junta de Julgamento Fiscal, quando analisou o caso, admitiu a existência de erro na classificação fiscal e divergências entre as notas fiscais e o levantamento efetuado pelo autuante, mas entendeu que tais equívocos podiam ser objeto de retificação, mediante a realização de diligência fiscal.

Salienta que o autuante se recusou a refazer a diligência fiscal, se não bastassem os vícios apontados anteriormente, alguns já reconhecidos pelos Julgadores, requer seja determinada a revisão do Auto de Infração por entender que a classificação utilizada está em desacordo com a legislação vigente. Comenta sobre os Protocolos 41/08 e 127/08 e afirma que em relação à correta classificação de seus produtos, o item 93 do Anexo Único do Protocolo 41/08 (fl. 139), que tem descrição específica para filtro de ar-condicionado, secador de ar ou refil secador, não são produzidos pelo seu estabelecimento. Assegura que o filtro que produz é FILTRO DE ÓLEO e não os demais filtros mencionados, razão pela qual são classificados no mesmo Código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH 8421.39.90 (fl. 150), que é genérica e está descrita como “outras”.

Acrescenta que o item 08 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 tem descrição específica para tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados, logo não se enquadram os DIAFRAGMAS produzidos e comercializados pelo recorrente, ainda que estes diafragmas sejam classificados no mesmo Código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH 4016.99.90, que é a genérica e está descrita como “outras”, ou seja, outras obras de borracha vulcanizada não endurecida.

Apreciando recurso de ofício, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, com o entendimento de que não foram ofertadas respostas a todos alegações defensivas. Portanto, os autos foram devolvidos a esta Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão.

VOTO

Inicialmente, 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.

O autuado alegou 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. Também alegou que não foi observada 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.

Conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Quando se constata a existência de eventuais erros na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Vale salientar que o movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados ou informações fornecidas pelo próprio contribuinte, concernentes às suas atividades. Portanto, de acordo com as peculiaridades do levantamento fiscal, podem ser apuradas informações conflitantes entre os dados fornecidos pelo contribuinte, ou falta de informação adequada.

No caso em exame, foi efetuada diligência fiscal, e o autuante, analisou as cópias de notas fiscais acostadas aos autos, concluindo que, de fato, acusam mercadorias cuja descrição não corresponde à registrada no arquivo SINTEGRA, produzido pelo autuado. Diante deste elemento, reconhece a improcedência do lançamento neste particular e refez os cálculos reduzindo o débito originalmente apurado, tendo sido intimado o sujeito passivo quanto ao resultado da diligência efetuada.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. 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.

Quanto a possível erro na classificação fiscal dos produtos ou divergências entre as notas fiscais e levantamento efetuado pelo autuante, volto a mencionar que 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.

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 com força probante superior ao registro eletrônico, o autuante 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.

Quanto aos Protocolos 41/08 e 127/08, o defendente alegou que em relação à correta classificação de seus produtos, o item 93 do Anexo Único do Protocolo 41/08, que tem descrição específica para filtro de ar-condicionado, secador de ar ou refil secador, que não são produzidos pelo seu estabelecimento. Assegura que o filtro que produz é FILTRO DE ÓLEO e não os demais filtros mencionados, razão pela qual são classificados no mesmo Código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH 8421.39.90, que é genérica e está descrita como “outras”.

Observe que na lista de materiais produzidos, fornecidos pelo próprio autuado, constam os produtos que foram objeto da exigência fiscal, a exemplo de válvula de drenagem de freio, cuja

descrição não deixa dúvida de que se trata de parte ou peça para veículos automóveis, encontrando-se, também “SECADOR DE AR” (fl. 71) e “REFIL SECADOR” (fl. 77).

O impugnante alegou que o item 08 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 tem descrição específica para tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados, logo não se enquadram os DIAFRAGMAS produzidos e comercializados pelo recorrente, ainda que estes diafragmas sejam classificados no mesmo Código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH 4016.99.90, que é a genérica e está descrita como “outras”, ou seja, outras obras de borracha vulcanizada não endurecida.

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

73	Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05.	87.08
Acrescido o item 93 pelo Prot. ICMS 127/08, efeitos a partir de 01.02.09.		
93	Filtros de pólen do ar-condicionado	8421.39.90

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.

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 “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).

Em relação à peça “diafragma” embora tenham o mesmo código de NCM/SH 4016.99.90, não ficou configurada a obrigação de o defendente fazer a retenção do ICMS porque o mencionado produto não está na especificação das mercadorias constantes do referido código de NCM, considerando que a descrição é genérica, encontrando-se descrita como “outras” obras de borracha vulcanizada não endurecida (fl. 153).

Neste caso, devem ser excluídos nos meses de dezembro de 2008 e janeiro de 2010 os documentos fiscais e respectivos débitos de ICMS ST correspondentes à mencionada mercadoria. No mês

12/2008 consta no levantamento efetuado pelo autuante (fl. 07), a Nota Fiscal 409820, R\$3,88, que deduzido do imposto apurado no referido mês encontra-se débito de **R\$900,31** (904,19 – 3,88).

Quanto ao mês **01/2010**, constam no levantamento efetuado pelo autuante (fl. 37), as seguintes Notas Fiscais e respectivos valores do ICMS/ST correspondentes ao “diafragma”: NF 49209, R\$2,23; NF 49681, R\$3,41; NF 49675, (3,41 +2,26+3,41 = 9,08); NF 49936, R\$35,22. Total: R\$49,93, que deduzido do imposto exigido no referido mês, apura-se o débito de **R\$78,40** (128,33 – 49,93).

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, janeiro de 2009 e janeiro de 2010, o débito apurado ficou reduzido para o valor de **R\$58.021,01**. Concluo pela redução do débito nos novos valores indicados.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0035/11-0**, lavrado contra **KNORR-BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.021,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA