

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 206912.0035/11-0
<b>RECORRENTE</b>	- KNORR-BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0181-03/15
<b>ORIGEM</b>	- IFEP COMÉRCIO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 21/07/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0152-11/17

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2011 para exigir ICMS no valor histórico de R\$62.938,55, acrescido de multa, em decorrência do cometimento da seguinte infração a seguir transcrita:

*Infração 1 – por falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no período de dezembro de 2008 a dezembro de 2010;*

Houve a apresentação da Defesa administrativa (fls. 85 a 94) e da correspondente Informação Fiscal (fls. 264 a 276). Seguidamente, os autos foram convertidos em diligência 2 vezes e várias manifestações fiscais e da empresa.

Os autos foram julgados Procedentes em Parte, por meio do Acórdão JJF Nº 0175-03/14 (fls. 396 a 405), que posteriormente foi julgado nulo por fala de apreciação de parte das alegações defensivas.

Novamente concluída a instrução, os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que dirimiu a lide em relação às infrações vergastadas, nos seguintes termos, *in verbis*:

### 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 aujuante. 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 entendem 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 leal, 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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 subsequentes.*

*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 defensor 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”.

Observo 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 defensor 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”.

Observo 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.

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 defensor, 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; NF 413226, 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 contribuinte 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.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 485 a 494), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando parte dos argumentos apresentados anteriormente e os pedidos já postulados em Defesa.

Incialmente faz um resumo dos fatos e do julgamento em primeira instância, para então expor os seus argumentos recursais.

Preliminarmente aduz ter direito a revisão do lançamento efetuado pela autoridade fazendária, consoante o artigo 149 do CTN e a Súmula nº 473 do STF. Após transcrever o artigo 145 do Código Civil brasileiro e as lições do professor Hely Lopes Meirelles, assevera que “o Auto de Infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na legislação específica, o que não ocorreu no presente caso já que vícios existem, dentre eles, a omissão da classificação fiscal de produtos; divergências entre notas fiscais (NFs) e produtos discriminados; e discrepâncias de valores no demonstrativo elaborado pelo Senhor Fiscal”.

Pontua que a própria JJF admitiu a existência de erro na classificação fiscal e divergências entre as notas fiscais e o levantamento efetuado pelo Autuante, mas que o Autuante se recusou terminantemente a refazer a diligência fiscal, mesmo depois, de algumas determinações neste sentido da primeira instância.

Assim, com essas premissas, entende que o Auto de Infração é nulo.

Seguidamente, passa a discorrer sobre o mérito da autuação.

Inicialmente, pontua a existência de dois protocolos sobre a questão, quais sejam: o Protocolo de ICMS nº. 41/08 e o Protocolo de ICMS nº 127/08.

Diz que “*No primeiro protocolo, ou seja, no Protocolo nº. 41/08 estão especificados em nível de descrição e classificações fiscais as peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos sujeitos à retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), relativo às operações subsequentes (Regime de Substituição Tributária), entre outras causas*” e que o segundo protocolo, “*o Protocolo nº. 127/08 que alterou o Protocolo nº. 41/08 dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças produzindo efeitos somente a partir de 1º de fevereiro de 2009.*”.

Aponta que o segundo protocolo acrescentou novos itens ao primeiro protocolo.

Em seguida questiona: “*Neste sentido não poderia a Recorrente ignorar a correta classificação, expressa no segundo protocolo para se enquadrar de maneira erronamente a qualquer outro item; se não vejamos: se a classificação errada for para recolher mais impostos é válida se não, não??!!*”.

Adiante, passa a dizer que qual é a correta classificação dos seus produtos.

Fala que o item 93 do Anexo Único do Protocolo do ICMS 41/08 tem descrição específica para filtro de ar-condicionado, secador de ar ou refil secador e que tais produtos não são produzidos pela Impugnante, uma vez que, conforme dito pela própria fiscalização, é uma empresa do setor automotivo, especializada em sistema de freios para veículos.

Sendo assim, explica que “*o filtro produzido pela Recorrente é o 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”, ou seja, outros aparelhos para filtrar ou depurar gases.”.*

Já quanto o item 8 do Anexo Único do Protocolo do ICMS 41/08, afiança que o mesmo tem descrição específica para tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados, e, portanto, não enquadram os diafragmas, produzidos e comercializados pela Recorrente.

Nesta senda, conclui que “*Ainda que estes DIAFRAGMAS sejam classificados no mesmo Código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado - NBM/SH nº. 4016.99.90 que é a genérica e está descrita como ‘OUTRAS’, ou seja, outras obras de borracha vulcanizada não endurecida esta é a classificação mais correta ou pelo menos a mais próxima da realidade do produto comercializado pela Recorrente*”.

Menciona que o ICMS é um imposto cobrado em cascata e que, por isso, está embutido no valor da venda. Contudo, caso seja julgada a obrigação da recorrente em reter e efetuar o recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, alega que teria incluído o valor do imposto na venda e retido o mesmo.

Ao final de seu arrazoado, requer a reforma da Decisão de piso, clamando pela nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, solicitando, ainda, a realização de diligencia fiscal solicitada.

Em sessão de julgamento do dia 17 de dezembro de 2015, essa e. 1ª CJF, em busca da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, bem como nos argumentos e documentos trazidos pelo contribuinte, converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem (fls. 578 a 579), para que o Sr. Fiscal Autuante tomasse as seguintes providências:

- 1) Cotejasse os argumentos trazidos nos demonstrativos de fls. 508 a 539 (explicações) e fls. 540 a 568 (explicações mais consolidação) trazidas pelo contribuinte, ponderando a pertinência ou não de cada uma dessas considerações;

- 2) Conferisse a descrição da mercadoria constante da Nota Fiscal com a descrição do Anexo Único do Protocolo 41/08;
- 3) Observasse quando os produtos foram incluídos no Anexo único do Protocolo 41/2009 excluindo as notas fiscais relativas aos períodos anteriores;
- 4) Excluisse as mercadorias que não constam no Anexo Único do referido Protocolo, de acordo com a descrição do produto correlacionada ao código de NCM;
- 5) Com base nas determinações acima, elaborasse um novo demonstrativo retirando todas as mercadorias cujos NCM's não constem ou não se enquadram na descrição prevista no anexo único do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 127/08.

Em resposta, foi elaborado a Informação fiscal de fls. 583 a 603, que pela sua completude, reproduzo verbo ad verbum:

AI 206912.0035/11-0

EMPRESA: KNOOR BREMSE SISTEMAS PARA VEÍCULOS COMERCIAIS BRASIL LTDA.

IE: 79.167.110

AUTUANTE: VLADIMIR MIRANDA MORGADO

CAD: 132069120

INFORMAÇÕES FISCAIS JUNTO A 1<sup>a</sup> CJF.

Srs. Julgadores:

**1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.**

*Após novo veredito proferido pela primeira instância, interpõe o sujeito passivo recurso voluntário repisando as mesmas questões agitadas desde a sua impugnação.*

*Na assentada do julgamento pela 1<sup>a</sup> CJF, o PAF foi convertido em diligência no intuito desta Auditoria atender as providencias formuladas às fls. 578.*

*Chama atenção o fato de antes ter sido lavrado Termo de Instrução pondo termo à fase instrutória do processo.*

*Necessário tecer algumas considerações iniciais como preparo ao reenfrentamento das controvérsias, fundamentais para dar seguimento lógico às linhas de sustentação do lançamento e da defesa.*

*Ante tantas idas e vindas do processo, com manifestações múltiplas de parte a parte, torna-se importantíssimo salientar que há uma tentativa do recorrente de desviar o foco da discussão.*

*Na realidade, o argumento de se buscar o alcance da classificação fiscal 8708 da NCM não diz respeito a todos os produtos abarcados na autuação, mas apenas a alguns deles, conforme será minudenciado adiante.*

*Nestas condições, a examinar o teor do apelo do contribuinte, a sua insatisfação girou apenas derredor de dois aspectos levantados anteriormente, quais sejam, a insistência na arguição de uma inexistente nulidade e a tentativa de afastar o regime da ST apenas para um só produto, o "refil secador".*

*Todo o resto quedou resignado pelo recorrente, não sendo mais cabível qualquer outra polêmica a respeito dos demais produtos.*

*As planilhas apensadas com o recurso nada são do que mera repetição daquelas já combatidas na informação fiscal de fls. 329 a 334.*

*Não obstante esta Auditoria discordar da exclusão pela v. JJF do produto "diafragma" do lançamento, não se apercebeu o sujeito passivo desta particularidade e tornou a abordar a questão no seu apelo. Em outras palavras, recorreu o contribuinte de algo que se tornara vencedor.*

*Apesar de não contribuir para o desfecho da lide, laborou em equívoco o recorrente ao qualificar o ICMS como um imposto com incidência "em cascata" (sic; fls. 493), pois o mecanismo da não cumulatividade serve exatamente para anular esta nocividade tributária.*

*Constitui uma inverdade dizer que o autuante se recusou a atender as diligências para ele direcionadas. Pelo contrário, as solicitações dos órgãos julgadores foram analisadas e respondidas dentro das prerrogativas do cargo de auditoria tributária, inclusive reconhecendo como improcedente uma pequena parte do valor lançado. Não se pode confundir atendimento de diligência com atendimento de diligência em prol do contribuinte.*

*Feitas estas considerações iniciais, é de se passar para outras particularidades do PAF.*

**2. PRELIMINAR INSISTIDA.**

*Saliente-se que o trabalho de auditoria foi todo pautado nos arquivos magnéticos transmitidos pela empresa*

autuada para os bancos de dados da Secretaria da Fazenda da Bahia. Os dados ali constantes são de autoria do contribuinte, até porque os relatórios e análises tiradas da depuração daqueles partem do pressuposto de que ditos arquivos repercutem fielmente os meios físicos que serviram de espelho para a base de informações – os documentos fiscais propriamente ditos.

Nesta toada, o Auto de Infração sob exame está revestido de todas as solenidades previstas para a sua efetivação, pois nele se vê a demonstração da matéria tributável, identificação dos sujeitos ativo e passivo, vencimento, base de cálculo e tributo devido, além do montante da penalidade pecuniária.

Tanto tais elementos se fizeram presentes que a empresa formulou a impugnação administrativa, 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 rumo ao território baiano.

Conforme reconhecido pelo próprio contribuinte, exerce ele a atividade de “indústria, comércio, importação e exportação de sistema de freios para veículos comerciais” (fls. 90) e como tal é inquestionável que fabrique produtos a serem aplicados em automóveis, ou, para usar a linguagem de mercado, sem sombra de dúvida a empresa só industrializa autopeças. Do ponto de vista da classificação fiscal, todo produto por ela confeccionado deverá ser tratado em primeiro lugar como item de reposição de veículo automotivo. Qualquer tentativa de querer mascarar as características destes produtos para fora das fronteiras dos insumos relacionados no Prot. ICMS 41/08, desviando-os para outras classificações fiscais, terá o propósito de fugir à tributação antecipada.

Para uma empresa que fabrica autopeças, o correto será saber se seus produtos se encaixam ou não na relação de itens apensada ao citado acordo interestadual. Mas todos os produtos por ela fabricados serão individualmente autopeças; por exemplo: até 31/01/09, um motor de limpador de pára-brisa, nitidamente uma autopeça, não se sujeitava à retenção do ICMS, mas passou a sê-lo por força do Prot. ICMS 127/08; a partir daí, resultou em vão qualquer esforço de se pretender enquadrá-lo numa NCM fora do universo das autopeças. O que não pode ocorrer é o produto fabricado encontrar encaixe na relação e, mesmo assim, para se furtar à substituição tributária, tentar-se enquadrá-lo em outro grupo de classificação fiscal que nada tem a ver com autopeças. Infelizmente, tal procedimento foi adotado no caso em tela, consoante será detalhado a seguir.

Pelo afastamento definitivo da preliminar

### 3. PRODUTOS ALCANÇADOS NA AUTUAÇÃO.

Basicamente doze (12) produtos foram atingidos pela autuação e pouquíssimos deles, numa parcela do período auditado, encontraram classificação fiscal na NCM 8708.

É de se voltar à análise de cada um deles

#### 3.1. COMPRESSOR.

Apesar da autuada enquadrar tal item na NCM 8414 8019, subposição claramente prevista como de tributação antecipada no Protocolo de autopeças, algumas operações não sofreram a retenção.

Mais especificamente: o item 33 da relação anexa ao Prot. ICMS 41/08 tem a descrição “Compressores e turbocompressores de ar”, exatamente a mercadoria em foco, com as NCMs 8414 801 e 8414 802, de sorte que os compressores se amoldam à primeira codificação.

Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.

#### 3.2. BLOCO DO COMPRESSOR.

Neste particular a questão não demanda maiores comentários porque é o próprio contribuinte quem classifica o produto na NCM 8414 9033, expressamente previsto no Prot. ICMS 41/08, item 34 do Anexo, isto é, Partes das bombas, compressores e turbocompressores dos itens 31, 32 e 33.

Para checar a veracidade desta afirmação, basta consultar a Lista de Itens disponibilizada para a fiscalização pelo próprio contribuinte (fls. 63 a 78).

Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.

#### 3.3. JOGO DE REPARO.

Mesmo destino segue o produto em referência.

Na realidade, a empresa autuada classificou os jogos de reparo ora na NCM 8414 9039, ora na NCM 8708 3090. Ambas as posições encontram clara previsão no Prot. ICMS 41/08, ou seja, itens 34 e 73 do Anexo Único, respectivamente.

*Se é o contribuinte quem faz espontaneamente o enquadramento do produto nestas classificações, resta óbvio ter assumido a obrigação de pagar o imposto por substituição tributária.*

*Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.*

### **3.4. MOLA DE COMPRESSÃO.**

*Mais um caso incontrovertido, pois o sujeito passivo posicionou tal item dentro da NCM 7320 2010, prevista no acordo interestadual como sujeito a retenção, designadamente no item 19 do Anexo.*

*Até porque nem mesmo nas considerações defensivas da empresa houve qualquer contestação neste particular. Ao contrário, no demonstrativo por ela juntado inexiste qualquer restrição neste particular; ao revés, no seu demonstrativo, vê-se no campo reservado para as objeções que a empresa nada fez, a não ser apor um sinal característico de que aquele lançamento está correto.*

*Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.*

### **3.5. REGULADOR DE PRESSÃO.**

*Outra mercadoria cujo enquadramento feito pelo contribuinte se coaduna com o rol daquelas que devam sofrer a tributação antecipada. Aqui a NCM adotada foi 8708 9990, prevista no Anexo do multicitado acordo interestadual, precisamente no item 73.*

*Relembre-se: a Lista de Itens (fls 63 a 78) fornecida pela autuada bem demonstra a confissão do contribuinte.*

*Este caso é o de enquadramento na NCM 8708, mas foi o próprio contribuinte quem adotou a iniciativa de fazer a classificação fiscal desta maneira.*

### **3.6. VIRABREQUIM.**

*A mercadoria em referência tomou a subclassificação 8483 1019, alcançada pelo item 49 do Anexo ao Prot. ICMS 41/08, e se insere no seguinte universo: Árvores de transmissão (incluídas as árvores de "cames" e virabrequins) e manivelas; mancais e "bronzes"; engrenagens e rodas de fricção; eixos de esferas ou de roletes; redutores, multiplicadores, caixas de transmissão e variadores de velocidade, incluídos os conversores de torque; volantes e polias, incluídas as polias para cadernais; embreagens e dispositivos de acoplamento, incluídas as juntas de articulação.*

*Tal enquadramento foi procedido pela própria autuada, conforme se colhe da Lista de Itens elaborada por ela mesma.*

*Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.*

### **3.7. VÁLVULAS.**

*Nunca é demasia assinalar que a autuada industrializa autopeças, notadamente aquelas relacionadas ao sistema de freios dos automóveis, consoante reconhecido na contestação. Destacam-se entre elas as chamadas "válvulas de freios", embora se submetendo a duplo tratamento pela empresa, ora sendo ofertadas à tributação antecipada, ora excluídas deste regime.*

*Ademais, para a "válvula de acionamento para freio", "válvula de nivelamento para freio", "válvula de proteção para freio", "válvula freio carreta", "válvula freio de mão", "válvula freio de serviço", "válvula relê para freio", "válvula de proteção 4 circuitos", "válvula de nivelamento", "válvula de bloqueio do 3º eixo-dupla", "válvula de bloqueio do 3º eixo-simples" e "válvula de controle da carreta", a empresa autuada classificou-as na subposição 8708 3090 que contempla as outras partes de freios e servo-freios, englobada pelo item 73 antes enunciado. Só alguns casos semelhantes inexplicavelmente escaparam do controle fiscal da empresa autuada, e por isso mesmo integraram o levantamento exibido com o Auto de Infração.*

*Por outro lado, paradoxalmente, para não submetê-las à tributação antecipada, a empresa autuada resolveu posicionar "válvula de drenagem automática p/ freio", "válvula de drenagem para freio", "válvula de duas vias para freio", "válvula de retenção para freio" e "válvula descarga rápida para freio" em outras subclassificações do NCM, quais sejam, 8481 4000 e 8481 8099, ora caracterizando-as como válvulas de segurança ou alívio, ora caracterizando-as como outros dispositivos, ambas pertencendo ao Grupo das Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes.*

*Veja-se que apesar do contribuinte ser reconhecidamente uma fábrica de produtos ligados ao segmento automotivo, decidiu ele tipificar suas mercadorias como dispositivos outros com aplicação genérica em canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes. Mercadorias que, pela sua própria descrição, são dedicadamente aplicadas em sistemas de freios para veículos.*

Sabe-se que existem diversos tipos de válvulas, posto ser um dispositivo dotado de multifuncionalidade, utilizável em inúmeros segmentos industriais. No entanto, se uma válvula é produzida por uma indústria de insumos automotivos, soa natural que tal material encontre enquadramento na NCM como autopeça, até porque a legislação reservou uma Seção inteira (XVIII – Material de Transporte) com este objetivo. Optar-se por uma subposição fora deste enorme universo, buscando-se adequação numa outra Seção da NCM de conformação bem diferente e distante da especificidade da autopeça (a Seção XVI - Máquinas e Aparelhos, Material Elétrico, e suas Partes; Aparelhos de Gravação ou de Reprodução de Som, Aparelhos de Gravação ou de Reprodução de Imagens e de Som em Televisão, e suas Partes e Acessórios), traduz no mínimo equívoco com repercussões tributárias bem definidas – a falta de retenção de produto sujeito à substituição tributária interestadual.

As classificações fiscais aqui referidas são facilmente vistas no site da Receita Federal, de endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/downloadarqtipi.htm>.

Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.

### 3.8. ÉMBOLO OU PISTÃO.

Dentro da linguagem automotiva, o pistão ou êmbolo de um motor é uma peça cilíndrica normalmente feita de alumínio ou liga de alumínio que se move longitudinalmente no interior do cilindro dos motores de explosão.

Mas êmbolo pode ser definido como qualquer dispositivo que desliza num e noutro sentido no interior de um cilindro. Assim, por este viés, tem ampla aplicação em diversos setores econômicos. Só para exemplificar, aquela parte da seringa que serve para impulsivar os líquidos dentro dela pode ser chamada de êmbolo.

Na Lista de Itens fornecida pela autuada há êmbolos codificados sob o nº 8708 3090, inseridos portanto no item 73 do Anexo ao Prot. ICMS 41/08, e outros classificados na NCM 3926 9090, outras obras plásticas, pertencente à SEÇÃO VII da Tabela da NCM que congrega PLÁSTICOS E SUAS OBRAS, BORRACHA E SUAS OBRAS.

Mais uma vez, o contribuinte faz um enquadramento de um produto por ela fabricado que dista muito do segmento da indústria automotiva, pois em vez de considerar certos êmbolos como item automotivo, optou por inseri-lo na generalidade de outras obras plásticas ou de borracha.

Tal comportamento provocou evasão tributária e está sendo agora corrigida com o presente lançamento.

Logo, tal mercadoria não encontrou enquadramento na posição genérica 8708 da NCM, como tenta induzir a empresa.

### 3.9. REFIL SECADOR E SECADOR DE AR.

Garante-se que no caso específico da NCM 8421 3990, somente os filtros de pólen de ar-condicionado estão sujeitos à substituição tributária do imposto e nenhuma outra autopeça que assuma a mesma classificação fiscal.

Este é o caso dos secadores de ar e do refil secador, ambos classificados pela autuada na mesma NCM. Mas não é este o raciocínio a ser construído para a configuração da irregularidade.

Primeiro porque na subclassificação 8421 3990 da Tabela Oficial da NCM não consta especificada a expressão “filtros de pólen de ar-condicionado”, como erroneamente induz a erro a autuada. Tal subclassificação faz referência a “Outros”, dentro do gênero 8421.3, aparelhos para filtrar ou depurar gases.

Na verdade, Os secadores automotivos têm a função de retirar a umidade que está contida no gás utilizado para a refrigeração exalada no habitáculo do veículo.

Logo, o enquadramento correto do secador de ar e do refil secador será na classificação fiscal 8708, isto é, Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, na medida em que tais mercadorias traduzem muito mais uma parte do veículo automotor, até porque é aplicável neles, do que fazer um enquadramento pouco específico de aparelho depurador ou filtrante de gases, como desejou a autuada.

Surge, portanto, o primeiro caso em que esta Auditoria optou por classificar a mercadoria na posição genérica 8708 da NCM

### 3.10. DIAFRAGMA.

Mesmo raciocínio se aplica aos diafragmas: argumenta o sujeito passivo que conquanto o melhor enquadramento fiscal esteja na NCM 4016 9990, tais produtos não foram escolhidos pelo legislador como sujeitos à retenção do imposto. Para este, na interpretação do contribuinte, apenas os tapetes e revestimentos mesmo confeccionados estão dentro deste regime, segundo informa o item 9 do Anexo ao Prot. ICMS 41/08.

Entretanto, não é pela via do item 9 que deve o material epigrafado submeter-se à tributação antecipada, mas pela via do item 73.

Primeiro porque com base na descrição oficial da subclassificação 4016 9990, não consta especificada a expressão “filtros de pólen de ar-condicionado”, como erroneamente induz a erro a autuada. Tal subclassificação faz referência a outros Tampões vedadores para capacitores, de EPDM, com perfurações para terminais, dentro do gênero 4016, “Outras obras de borracha vulcanizada não endurecida”.

Nem de perto os diafragmas se acomodam aos exemplos indicados pelo legislador da NCM para produtos enquadráveis na posição 4016 9990.

O enquadramento mais apropriado do diafragma será na classificação fiscal 8708, isto é, Partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, na medida em que tais mercadorias traduzem muito mais uma parte do veículo automotor, até porque é aplicável neles, sendo incabível fazer um enquadramento pouco específico como outro tampão vedador para capacitor, como desejou a autuada.

No particular, o juízo a quo entendeu retirar a mercadoria do lançamento sob o argumento de que "... não ficou configurada a obrigação de o defendant 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..." (sic; fls. 476).

Pede-se licença para discordar do entendimento. Efetivamente, o enquadramento do "diafragma" como outras obras de borracha vulcanizada não opera a melhor solução, visto que tal classificação fiscal se distancia - e muito - de caracterizar tal produto como uma autopeça.

As peças para veículos automotores encontram um enquadramento mais específico na NCM, cujas posições foram contempladas - muitas delas - no Prot. ICMS 41/08, de sorte que seria de melhor técnica enquadrá-lo na NCM 8708, item 73 do Anexo Único, até 01/02/09 e, depois desta data, no item 85 (NCM 4009) do mesmo Anexo.

Tal entendimento, todavia, haverá de prevalecer até 31/01/2009, pois após esta data o produto passou a ter item específico no Anexo Único do referido Protocolo, o de nº 85 - "Tubos de borracha vulcanizada não endurecida, mesmo providos de seus acessórios", NCM 4009, muito na linha do que o contribuinte argumentou.

Por conseguinte, pede-se neste aspecto a revisão do quanto julgado em primeira instância, pelo que deve a mercadoria ser reinserida no lançamento.

### 3.11. CILINDROS.

Os Cilindros só passaram a sofrer a retenção do ICMS a partir de 01/02/09, passando a fazer parte da relação sujeita à tributação antecipada.

Todavia, mesmo após esta data, algumas operações com cilindros não se submeteram à retenção do imposto, bastando para isso compulsar-se os demonstrativos anexados ao Auto de Infração.

Antes deste período, entretanto, os cilindros comportam enquadramento na NCM 8708.

Vê-se, portanto, que dos doze (12) abarcados, apenas quatro (2 estão reunidos no tópico 3.9) foram incluídos no regime da ST pelo fato de encontrarem classificação na posição genérica 8708 da NCM.

E, mesmo assim, parcialmente, consoante será minudenciado adiante em tópico específico.

## 4. OPERAÇÕES SOB A CLÁUSULA DA GARANTIA.

Aduz a autuada que para algumas operações não foi efetuada a substituição tributária porque se trata de produtos recém comprados pelos clientes, encaminhados para análise haja vista a alegação de defeitos, sendo que depois ou foram substituídos ou foram devolvidos sem detecção de qualquer problema.

Muitas das notas fiscais apensadas com a impugnação aludem a remessas de peças em substituição a vendas anteriores, face cláusula de garantia.

Em primeiro lugar, chama a atenção do autuante o grande número de mercadorias remetidas em substituição, considerando o nome no mercado que goza a empresa – conforme ela própria divulga - e o rigoroso controle de qualidade que deve existir em seu processo produtivo.

Em segundo lugar, não há referência em muitas dessas notas fiscais ao documento de venda de origem, o que, convenhamos, torna difícil realizar qualquer tipo de checagem para aferimento da veracidade. As razões apresentadas pela autuada são insuficientes para desfazer a idéia de que tais operações não são tributadas pelo regime de substituição tributária.

Por outro lado, é sabido que o substituto interestadual deve observar a legislação do Estado destinatário das mercadorias.

O RICMS-BA estabelece nos arts. 516 a 530 as regras de procedimento para remessa de bens encaminhados em substituição de produtos defeituosos dentro do prazo da garantia.

Nenhum elemento constante nos documentos fiscais assegura – repita-se – a nota fiscal da venda original, a nota de devolução do cliente, muito menos menção ao termo de garantia para saber se a remessa foi efetuada no prazo acobertado por ela.

Portanto, face a insuficiência de elementos probatórios que assegurem se tratar efetivamente de remessas para substituição em garantia, somos pela procedência da autuação.

##### 5. A POSIÇÃO 8708 DA NCM PREVISTA NO PROTOCOLO ICMS 41/08.

Sobre este assunto, vale delimitar inicialmente a abrangência desta classificação fiscal no levantamento fiscal.

Não foram todos os produtos alcançados pela autuação que foram considerados como pertencentes à categoria 8708 da NCM, item 73 do Anexo Único do Prot. ICMS 41/08, como quer induzir a erro a Recorrente.

Apenas quatro (4) das doze (12) mercadorias objeto do lançamento tiveram enquadramento nesta posição fiscal, por iniciativa desta Auditoria, e mesmo assim parcialmente. As demais ou foram ali classificadas pelo próprio sujeito passivo ou encontram classificação fiscal em outras NCMs submetidas à ST interestadual, igualmente escolhidas pelo próprio contribuinte, a despeito de não ser procedida a retenção.

Os cilindros só foram considerados como integrantes da NCM 8708 até 31/01/2009. Depois disto, passaram a ser enquadrados no item 89 do Anexo Único do multicitado acordo interestadual, começaram a se submeter à retenção em algumas operações, mas em outras isto não foi feito.

Idêntica situação para os diafragmas, posto que a partir de fevereiro de 2009 ganhou item específico no referido Anexo Único, vale dizer, o de nº 85, NCM 4009 - Tubos de borracha vulcanizada não endurecida, mesmo providos de seus acessórios.

Já com relação às substâncias denominadas "refil secador" e "secador de ar", o autuante entendeu que durante todo o período auditado o melhor posicionamento deles seria na NCM 8708, por se tratarem de partes dos veículos enunciados nas classificações 8701 a 8705.

Assim, marcados os campos material e cronológico sobre os quais a NCM 8708 encontrou aplicação, resta agora demonstrar novamente o porquê desta Auditoria considerar tais produtos dentro da citada classificação.

A posição 8708 é bem abrangente: engloba todas as partes e acessórios dos veículos apontados nas NCMs 8701 a 8705.

Sem dúvida alguma, tais mercadorias podem ser consideradas como partes de veículos automotores.

É o próprio contribuinte quem se encarrega de detalhar quais produtos são ali enquadrados, específica ou genericamente.

Podem ali ser inseridos para-choques (870810), partes e acessórios de carroçarias (870810), partes e acessórios de cabines (870810), cintos de segurança (870821), freios e servo-freios (870830), caixas de marcha (870840), eixos de transmissão com diferencial (870850), rodas (870870), sistemas de suspensão (870880), amortecedores de suspensão (870880), radiadores (870891), silenciosos (870892), tubos de escape (870892), embreagens (870893), volantes (870894), colunas de direção (870894), caixas de direção (870894), airbags (870895), dentre outros.

Veja-se quantos produtos podem ser classificados nesta posição, visto que especificados nominalmente pelo legislador.

Mas há uma infinidade de partes e acessórios veiculares que podem encontrar classificação fiscal nas subposições genéricas 870829 (Outras partes e acessórios de carroçarias, inclusive cabinas) ou 870899 (Outras partes e acessórios dos veículos automóveis das posições 8701 a 8705). Os quatro produtos objeto da autuação foram assim considerados.

O advento das IN-RFB 1202/11 e 1260/12 só faz confirmar o raciocínio empreendido na autuação.

Isto porque as 4 mercadorias em jogo não se encaixam nas exceções de classificação na posição 8708.

Primeiro porque não se configuram como artefatos dispostos nas NCMs 9503 e 9508.

Depois porque:

- O cilindro, o diafragma, o refil secador e o secador de ar não podem ser considerados um tipo de máquina ou aparelho, muito menos parte destes.
- Tais produtos não traduzem artefatos enquadráveis nas posições 8481 ou 8482. É o próprio Recorrente quem os qualifica em outras NCMs.
- Nem constituem partes intrínsecas de motores, muito menos encaixáveis na NCM 8483.

Logo, por estarem fora das exceções, encontram classificação na NCM 8708.

**6. PROVIDÊNCIAS SOLICITADAS PELA V. 1<sup>a</sup> CJF.**

Fincados os atuais pontos de discussão nesta fase recursal, na qual o contribuinte tenta reduzir a polêmica para o argumento de que o autuante buscou classificar todas as mercadorias na posição 8708 da NCM - que não se afigura verdadeiro, conforme explicado -, resta agora abordar as cinco (5) providências solicitadas pela v. 1<sup>a</sup> CJF.

Vale frisar que as argumentações e "documentos", trazidos com o apelo são mera repetição do que já foi articulado pela autuada, sobejamente rebatidas em informações fiscais anteriores, especialmente as produzidas às fls. 329 a 334.

Mesmo assim, por dever de ofício, é de se retornar ao quanto já aduzido, aproveitando-se da sequência adotada pela instância ad quem, na ordem das medidas solicitadas.

Foram estas as medidas solicitadas:

1) Cotejar os argumentos trazidos nos demonstrativos de fls. 508 a 539 (explicações) e fls. 540 a 568 (explicações mais consolidação) trazidas pelo contribuinte, ponderando a pertinência ou não de cada uma dessas considerações.

Esta Auditoria ocupou-se desta tarefa precedentemente, de modo especial ao produzir o arrazoado de fls. 329 a 334.

Reitera-se, portanto, todos os seus termos como se aqui estivessem transcritos na integralidade, além do que se pede vênia para os nobres Julgadores compulsarem.

Efetivamente, a autuada separou nas planilhas anexadas ao recurso os produtos e situações em sete (7) Grupos, os quais novamente servirão de parâmetro para inflexão e manutenção do presente lançamento de ofício.

*Grupo I:*

A autuada inseriu no grupo 1 (I) as autopeças que ela unilateralmente classificou no item 8412 3110 da NCM, alegando que esta posição só passou a integrar o Anexo Único do Prot. ICMS 41/08 a partir de 01/02/2009. Todavia, desde a edição do citado acordo tal produto poderia ser perfeitamente enquadrável no item 73, vale dizer, NCM 8708.

E para reforçar este argumento, consulte-se o quanto já expedito no tópico 3, retro.

*Grupo II:*

A autuada inseriu no grupo 2 (II) as autopeças que ela unilateralmente classificou no item 8421 3990 da NCM, alegando que esta posição só passou a integrar o Anexo Único do Prot. ICMS 41/08 a partir de 01/02/2009. Todavia, desde a edição do citado acordo tal produto poderia ser perfeitamente enquadrável no item 73, vale dizer, NCM 8708.

Além disso, o sujeito passivo confessa que após esta data o produto em tela - refil secador - passou a fazer parte da substituição tributária com a criação do item 93 (filtros de pólen do ar condicionado), mas mesmo assim os demonstrativos da autuação acusam que continuou não havendo a retenção depois de 01/02/2009.

Veja-se o exemplo incutido às fls. 511, linhas 9 a 12: tratam-se de mercadorias denominadas de "refil secador", cujas notas fiscais foram emitidas em março de 2009, portanto depois da criação do item 93 do Anexo Único, promovida pelo Prot. ICMS 127/08.

*Grupo III:*

A autuada inseriu no grupo 3 (III) as autopeças que alega não fazerem parte do ajuste interestadual. Todavia, tais mercadorias se referem a válvulas. Nunca é demasia assinalar que a autuada industrializa autopeças, notadamente aquelas relacionadas ao sistema de freios dos automóveis, consoante reconhecido na contestação. Destacam-se entre elas as chamadas "válvulas de freios", embora se submetendo a duplo tratamento pela empresa, ora sendo ofertadas à tributação antecipada, ora excluídas deste regime.

Demais, para a "válvula de acionamento para freio", "válvula de nivelamento para freio", "válvula de proteção para freio", "válvula freio carreta", "válvula freio de mão", "válvula freio de serviço", "válvula relê para freio", "válvula de proteção 4 circuitos", "válvula de nivelamento", "válvula de bloqueio do 3º eixo-dupla", "válvula de bloqueio do 3º eixo-simples" e "válvula de controle da carreta", a empresa autuada classificou-as na subposição 8708 3090 que contempla as outras partes de freios e servo-freios, englobada pelo item 73 antes enunciado. Só alguns casos semelhantes inexplicavelmente escaparam do controle fiscal da empresa autuada, e por isso mesmo integraram o levantamento exibido com o Auto de Infração.

Por outro lado, paradoxalmente, para não submetê-las à tributação antecipada, a empresa autuada resolveu posicionar "válvula de drenagem automática p/ freio", "válvula de drenagem para freio", "válvula de duas vias para freio", "válvula de retenção para freio" e "válvula descarga rápida para freio" em outras

*subclassificações do NCM, quais sejam, 8481 4000 e 8481 8099, ora caracterizando-as como válvulas de segurança ou alívio, ora caracterizando-as como outros dispositivos, ambas pertencendo ao Grupo das Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes.*

*Veja-se que apesar do contribuinte ser reconhecidamente uma fábrica de produtos ligados ao segmento automotivo, decidiu ele tipificar suas mercadorias como dispositivos outros com aplicação genérica em canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes. Mercadorias que, pela sua própria descrição, são dedicadamente aplicadas em sistemas de freios para veículos.*

*Sabe-se que existem diversos tipos de válvulas, posto ser um apetrecho dotado de multifuncionalidade, utilizável em inúmeros segmentos industriais. No entanto, se uma válvula é produzida por uma indústria de insumos automotivos, soa natural que tal material encontre enquadramento na NCM como autopeça, até porque a legislação reservou uma Seção inteira (XVIII – Material de Transporte) com este objetivo. Optar-se por uma subposição fora deste enorme universo, buscando-se adequação numa outra Seção da NCM de conformação bem diferente e distante da especificidade da autopeça (a Seção XVI - Máquinas e Aparelhos, Material Elétrico, e suas Partes; Aparelhos de Gravação ou de Reprodução de Som, Aparelhos de Gravação ou de Reprodução de Imagens e de Som em Televisão, e suas Partes e Acessórios), traduz no mínimo equívoco com repercuções tributárias bem definidas – a falta de retenção de produto sujeito à substituição tributária interestadual.*

*As classificações fiscais aqui referidas são facilmente vistas no site da Receita Federal, de endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br/aliquotas/downloadarqtipi.htm>.*

*Neste particular, o autuante se viu obrigado a quase que repetir ipsius litteris o quanto já exposto no tópico 3 destas informações fiscais.*

#### *Grupo IV:*

*A autuada inseriu no grupo 4 (IV) as autopeças que ela mesmo admite como pertencentes ao item 8 do Anexo Único do multireferido acordo interestadual. Portanto, nada a acrescentar neste particular, a não ser reiterar as razões externadas na oportunidade das primeiras informações fiscais.*

#### *Grupo V:*

*A autuada inseriu no grupo 5 (V) as autopeças que ela alegou serem encaminhadas em substituição a mercadorias já vendidas anteriormente, por força da cláusula contratual de garantia.*

*Contudo, inexiste nos autos prova capaz de demonstrar que uma determinada mercadoria foi comercializada, retornou com algum defeito e em seu lugar foi enviada uma similar. Por conseguinte, prevalece o já assinalado nas primeiras informações fiscais.*

*O autuante já tratou convenientemente sobre o tema neste petitório em item apartado, para cujas razões pede-se sejam revisitadas pelos nobres Julgadores.*

#### *Grupo VI:*

*A autuada inseriu no grupo 6 (VI) as autopeças que ela alega não constarem no documento fiscal ou eventualmente acusam registro em duplicitade ou valores divergentes.*

*Os eventuais problemas já foram devidamente saneados em fase processual anterior, elaborando-se novo Demonstrativo de Débito às fls. 333, não aparecendo nenhum dado probatório novo capaz de modificá-lo.*

#### *Grupo Ü:*

*Antes chamado de Grupo VII e agora chamado de Grupo Ü, a autuada ali inseriu as autopeças que ela admite como em situação irregular, mas não se digna a providenciar o recolhimento, mesmo com base nas ressalvas efetuadas que – segundo ela – tendem a reduzir o montante. Para tanto, basta a empresa procurar o setor de cobrança da DAT Metro e receber as orientações pertinentes para recolhimento da parte incontroversa.*

*2) Conferir a descrição da mercadoria constante da Nota Fiscal com a descrição do Anexo Único do Protocolo 41/08.*

*Tal providência já fora tomada desde o desenrolar da ação fiscal, na qual se teve a cautela de examinar registro a registro dos documentos fiscais, as respectivas descrições das mercadorias e as razões pelas quais se concluiu pelo seu enquadramento numa das hipóteses previstas no Anexo Único do multicitado acordo interestadual.*

*Como antes advertido, em pouquíssimos casos optou-se pela classificação na NCM 8708, de grande abrangência e interpretação.*

*Em outros foi a própria empresa quem cuidou de considerar a mercadoria em posição submetida ao regime de tributação antecipada, mas que inexplicavelmente não teve a retenção do imposto efetivada.*

*3) Observar quando os produtos foram incluídos no Anexo Único do Protocolo 41/2008 excluindo as notas*

*fiscais relativas aos períodos anteriores.*

*Outra tarefa já desenvolvida no curso da auditoria, de sorte que se observou inclusive quando passou a vigorar o Prot. ICMS 127/08 (01/02/2009) e quais mercadorias começaram a ser tributadas antecipadamente.*

*A questão é que antes desse período já existia o item 73 do Anexo Único, de enquadramento deveras abrangente, cujas ponderações já foram apresentadas em tópico anterior do presente libelo.*

**4) Excluir as mercadorias que não constam no Anexo Único do referido Protocolo, de acordo com a descrição do produto correlacionada ao código de NCM.**

*Não há até o presente momento mercadorias que se encaixem nesta situação.*

*Até mesmo as mercadorias retiradas pela decisão de primeira instância carecem de confirmação por esse v. Colegiado, ainda estão sub judice, de sorte que nem estas ainda podem ser excluídas do lançamento.*

*Até porque esta Auditoria respeitosamente pugna pela reinserção delas no levantamento, em função dos motivos já expostos anteriormente.*

**5) Com base nas determinações anteriores, elaborar um novo demonstrativo retirando todas as mercadorias cujos NCMs não constem ou não se enquadram na descrição prevista no Anexo Único do Protocolo 41/08, alterado pelo Protocolo 127/08.**

*Esta providência restou prejudicada em virtude de inexistir até o presente momento uma circunstância que justifique a reelaboração de outro demonstrativo diferente daquele já apresentado às fls. 333.*

*Isto posto, inexistem reparos a fazer no presente lançamento de ofício, além dos já efetuados por esta Auditoria, pelo que deve ser julgado o autuaçõe PROCEDENTE EM PARTE, inclusive fazendo-se reintroduzir nos levantamentos aquelas mercadorias retiradas pela v. JJF, por ser de direito e justiça para o ESTADO DA BAHIA.*

*Salvador-Bahia. 05 de julho de 2016.*

Vladimir Morgado  
Auditor Fiscal  
Cad. 2069120

Seguidamente, houve Manifestação do Contribuinte, fls. 607 a 618, com a juntada de diversos documentos, fls. 619 a 909, inclusive a diligência fiscal.

Por seu turno, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 913 e 914, o n. Procurador José Augusto Martins Júnior anui com os termos da manifestação do Auditor Fiscal de fls. 889 a 909 (reproduzida pela empresa em sua documentação).

Fala que, consoante manifestação fiscal, ficou claro que “os produtos descritos no lançamento fiscal (...) estão abarcadas pelo Protocolo ICMS 41/08, que 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”.

Ao final, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, acolhendo as exclusões já realizadas pela JJF.

No Despacho de fl. 913, a Procuradora Assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos, acolhe o pronunciamento de fls. 913 e 914 exarado pelo Procurador José Augusto Martins Júnior.

## **VOTO**

Temos sob apreciação Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3<sup>a</sup> JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe para cobrar suposta falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O Sujeito Passivo alegou em seu apelo recursal a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e correção consoante determinação legal, além da existência de vícios como a omissão da classificação fiscal de produtos, divergência entre notas e discrepâncias entre valores nos demonstrativos da fiscalização.

No mérito, assevera que houve erros de classificação por parte do Fisco e que isso levou a indicação de produtos que não estavam na substituição tributária.

Pois bem. Vejo que não merecem guarida as teses recursais.

Quanto às questões preliminares, observo que não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, estando presentes todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Compulsando os autos, percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme metodologia prevista em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Concordo com a análise do art. 18, §1º do RPAF realizada pela JJF ao dizer que a existência de eventuais erros na apuração do imposto são passíveis de revisão, desde que o sujeito passivo seja regularmente intimado e tenha oportunidade de manifestação.

O que é vedado veementemente pelo nosso ordenamento jurídico é a inserção de novas ocorrências ou a alteração do fulcro da autuação. Entretanto, não creio que tais situações tenham ocorrido no presente lançamento, mas sim, a constatação e acolhimento de parte dos argumentos defensivos que elidiram parcialmente a acusação fiscal.

Quanto a classificação fiscal dos produtos, tal situação faz parte do mérito da autuação que será debatida adiante.

Assim, afasto as preliminares suscitadas.

Caminho para o exame do mérito.

O Sujeito Passivo, em seu recurso, novamente propala que não foram corretos os enquadramentos realizados pela fiscalização nos seus produtos.

Não paira dúvida que a Cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08, atribuí ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, 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, no caso, os estados da Bahia e de São Paulo.

Neste caso, concordo com o quanto apontado pela fiscalização e mencionado pelos Julgadores de piso 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’*”.

Correto o entendimento esposado pela JJF de que a descrição do produto deve ser analisada em consenso com a posição do código da NCM a que corresponde, para assim apurar o enquadramento na substituição tributária.

Neste sentido, creio ser valiosa a explanação tecida pelo Autuante na Informação Fiscal de fls. 583 a 603, no qual são analisados os produtos alcançados pela autuação a saber: 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 e cilindros.

Conforme demonstrado na diligência realizada, observa-se que na quase totalidade dos produtos restantes da autuação, a própria empresa considerou a mercadoria em posição submetida ao

regime de tributação antecipada, mas sem que retivesse o imposto, ora lançado. Somente em poucos casos a empresa e a fiscalização enquadraram na classificação da NCM 8708, de grande abrangência e interpretação.

Ademais, todas as mercadorias que foram incluídas somente pelo Protocolo ICMS 127/08 foram excluídas das ocorrências anteriores a sua vigência do levantamento fiscal (01/02/2009), ou seja, desde primeira instância, não há mais o que argumentar em relação à suposta inadequação de mercadorias que só foram contempladas no segundo protocolo.

Portanto, diante da análise de todo o processo, bem com das explicações feitas no parecer em resposta a diligência fiscal elaborada por essa 1<sup>a</sup> CJF, entendo que não há reparo a realizar na Decisão de primo grau e considero Procedente em Parte a infração 1.

Pelo tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$58.021,01, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPRE da PGE PROFIS