

A. I. N° - 269203.0016/19-4  
AUTUADO - BOSCH REXROTH LTDA.  
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/05/2021

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0044-03/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Exigência relativa às operações de vendas de mercadorias oriundas do Estado de São Paulo, signatário do Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins. Razões defensivas elidem parcialmente a acusação fiscal, resultando na diminuição do débito. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$352.715,41, acrescido da multa de 60%, sob a acusação do cometimento da Infração - **08.31.03** - Falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2015 a novembro de 2018.

O Autuado, por seu advogado devidamente constituído, dentro do prazo regulamentar, em sua defesa às fls. 42 a 51, inicialmente observa sua tempestividade e faz uma síntese da autuação, transcreve os dispositivos legais dados como infringidos, e impugnam o Auto de Infração com base nas seguintes razões defensivas.

Afirma que se depreende da acusação fiscal que diz respeito à não retenção de ICMS-ST em operações interestaduais de circulação de mercadorias sob o argumento de que as operações arroladas no levantamento fiscal se enquadram nas cláusulas primeira à quarta do Protocolo ICMS nº 41/2008, cumulado com o art. 10, da Lei 7.014/96 e que os itens vendidos estão compreendidos no anexo único daquele protocolo.

Observa que a partir da leitura das cláusulas mencionadas do protocolo, verifica-se que o grande pilar de apoio do Auto de Infração é o descumprimento do dever de efetuar a retenção e o recolhimento de ICMS na qualidade de substituto tributário do imposto devido por toda a cadeia econômica, incidente sobre operações que destinem peças, componentes e acessórios de veículos automotores (denominadas “autopeças”) a contribuintes do imposto situados nas unidades da federação signatárias do protocolo.

Revela que o objeto central da presente discussão será, justamente, comprovar que se encontra fora do campo de aplicação do Protocolo ICMS nº 41/2008, o que torna a cobrança pretendida desprovida de fundamento jurídico devendo, neste sentido, ser cancelada.

Em que pesem as razões apontadas pelo Autuante para a lavratura do presente Auto de Infração, afirma que o presente lançamento de ofício não reúne condições mínimas para a sua manutenção, devendo ser integralmente cancelado, conforme passa a expor as razões de fato e de direito.

Frisa que o Convênio CONFAZ nº 142/2008 estabelece, em sua cláusula segunda, que a adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.

Registra que o Protocolo ICMS 41/08 é a materialização do acordo exigido pelo CONFAZ, o qual foi aplicado para fundamentação do Auto de Infração pela autoridade fiscal e, tal protocolo, determina que enseja a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST pelo sujeito passivo nas operações interestaduais com partes e peças realizadas com contribuintes signatários, conforme teor de sua cláusula primeira. Sustenta se inferir do aludido protocolo que somente os itens listados no Anexo Único do referido protocolo estão sujeitos ao regime de substituição tributária, com a consequente retenção e pagamento do ICMS-ST pelo sujeito passivo nas operações interestaduais realizadas.

Menciona que o instituto da substituição tributária pode ser considerado como uma presunção jurídica da ocorrência do fato gerador do ICMS em uma operação futura e, tal presunção, deve ser utilizada apenas excepcionalmente, partindo-se de um fato conhecido para um fato desconhecido, em que na operação subsequente haverá a materialização. Prossegue assinalando que sendo assim, alguns limites devem ser observados, sendo que o mais importante é a necessária ocorrência do fato gerador presumido pela norma tributária, pois este preceito está no cerne do mecanismo de antecipação do tributo devido e deve ser observado sob pena de descaracterização de toda a técnica da presunção na qual se ampara a substituição tributária.

Cita ainda que a regra jurídica instituidora da sistemática da substituição tributária se ampara na presunção de que um determinado número de etapas de circulação jurídica da mercadoria ocorrerá em operações futuras.

Frisa que, em caso de não ocorrência do fato gerador, a cobrança do ICMS-ST torna-se indevida, pois afronta claramente os preceitos constitucionais que regem o instituto. E, uma vez que a presunção não se realiza, o sujeito passivo obrigado pela retenção e recolhimento do imposto tem o direito ao resarcimento resguardado, conforme determina o art. 150, §7º, da Constituição Federal, cujo teor reproduz.

Lembra que a sistemática da substituição tributária se consubstancia em uma presunção relativa, visto que é de extrema relevância a efetivação do fato futuro que foi presumido nas operações antecedentes.

Assinala que a partir de uma análise da regra matriz que apresenta a hipótese de incidência tributária da norma, verifica-se que o critério pessoal estabelecido pelo Protocolo ICMS 41/08, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária, se refere a pessoas jurídicas atuantes no segmento automotivo, conforme se depreende do §1º, cláusula primeira cujo teor transcreve.

Portanto, assevera que estarão dentro do campo de incidência tributária, diga-se sujeitos a substituição tributária, todas as operações realizadas com os itens elencados no Anexo Único do protocolo em comento com destinação a contribuintes que integrem a cadeia automotiva, ou seja, todas as demais operações realizadas, ainda que com os mesmos itens, com contribuintes que não compõe a cadeia automotiva estão fora do campo de incidência, pois falta um elemento, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária estabelecido pela norma instituidora.

Sendo assim, sustenta ser descabida a autuação realizada pela autoridade fiscal, uma vez que as operações realizadas foram concretizadas com destinatários que não integram a cadeia automotiva. Portanto, não há que se falar em fato gerador do tributo, tendo em vista que a ele se encontra fora do campo de incidência e, de acordo com o art. 114, do CTN, o fato gerador é considerado a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, vez que faltando um elemento descrito na norma não há realização concreta de um comportamento e, portanto, não faz nascer uma obrigação jurídica.

Ressalta que tal constatação é facilmente confirmada por meio das informações obtidas na situação cadastral no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (“CNPJ”) bem como no Sistema

Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (“SINTEGRA”), em que se verifica que todos os clientes listados no auto de infração têm por objeto social atividade absolutamente alheia ao setor automotivo evidenciando que, sobre essas operações, não deve incidir o ICMS-ST.

Frisa que os clientes listados no Auto de Infração são: TECHSALE INDUSTRIA, COMERCIO E SERVICOS HIDRAULICOS LTDA (CNPJ 01.830.742/0001-07) (Doc.09), BR COMPRESSORES SERVICE LTDA (CNPJ 05.808.502/0001-67) (Doc.10), RENCO EQUIPAMENTOS S/A (CNPJ 08.112.678/0001-78) (Doc.11) e PROCIL MATERIAIS INDUSTRIAL LTDA (CNPJ 14.936.373/0001-83) (Doc.12). Informa que em razão do grande volume de informações, apresenta a título de exemplo o cliente com maior número de operações e, de acordo com o comprovante de inscrição no CNPJ, a TECHSALE INDUSTRIA, COMERCIO E SERVICOS HIDRAULICOS LTDA possui como atividade econômica principal o comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial, partes e peças, registrado no CNAE 46.63-0-00, não possuindo qualquer atividade relacionada diretamente à cadeia automotiva, conforme espelhos do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e de “Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia, que acosta às fls. 48 e 49. Prossegue assinalando se tratar de atividade de comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso industrial, partes e peças também aparece no SINTEGRA da empresa. Portanto, inexiste dúvida de que o destinatário apontado está longe de integrar qualquer parte do ciclo econômico específico do segmento automotivo.

Continua destacando que para ilustrar o argumento de que o destinatário não integra o setor em comento, apresenta cópia da classificação contida na Comissão Nacional de Classificação - CONCLA - (<https://cnae.ibge.gov.br/>), em que o CNAE se encontra em uma subclasse que tem por exclusão todo o segmento automotivo que colaciona à fl. 50. Remata aduzindo ser público e notório que o destinatário não integra a cadeia pretendida pela autoridade fiscal, que está criando uma ficção com o intuito arrecadatório, pois, de acordo com a CONCLA, a divisão “46” exclui as operações destinadas ao segmento automotivo, visto que as pessoas jurídicas atuantes neste setor são registradas perante os órgãos públicos na divisão “45”.

Informa que, com o intuito de produzir prova completa em relação a todas as operações de saída autuadas, cujo destinatário foi contribuinte não integrante da cadeia econômica, junta aos autos todos os documentos comprobatórios de inscrição e situação cadastral no CNPJ e no SINTEGRA relativos aos destinatários das operações ocorridas de 2015 a 2018, bem como os laudos técnicos, fls. 167 a 174 - Doc. 13, elaborados por engenheiro contendo todos os itens listados no auto de infração, demonstrando que tais itens são utilizados em segmentos diversos do setor automotivo, ou seja, são destinados a “Prensas Hidráulicas”, “Injetoras de Plástico, Metal e Borracha”, “Máquinas Ferramenta”, “Equipamentos para indústria Siderúrgica, de Minérios e Offshore”, etc.

Pondera ainda que, o Autuante, não contente em lhe atribuir a condição de sujeito passivo sem previsão na norma de incidência, elencou em seu relatório NCMs que sequer estão elencados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/18, quais sejam: 85439090, 84813000 e 85444200. Ou seja, mais uma vez demonstrando irracionalidade com ímpeto arrecadador sem averiguar a fundo a especificidade de cada contribuinte.

Arremata frisando que deve o Auto de Infração ser totalmente cancelado, uma vez que tais operações não se submetem ao regime de ICMS por substituição tributária.

Conclui afirmando restar demonstrado que o Auto de Infração deve ser cancelado em sua integralidade, uma vez que ausente um elemento determinante do campo de incidência tributária para concretização do fato gerador, ou seja, o sujeito passivo descrito na norma, uma vez que os destinatários das mercadorias não integram o setor automotivo.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 185 a 189, depois de reproduzir as alegações da Defesa apresenta as seguintes ponderações.

Frisa que, diante da alegação da Defesa analisou as informações relativas à destinatária Techsale Ind. Com. e Serviços Hidráulico nos documentos apresentados pelo Impugnante, no cadastro da SEFAZ, assim como através das informações disponibilizadas em seu site na internet ([www.techsale.com.br](http://www.techsale.com.br)) e que, além disso entrou em contato com o Autuado para questionar quais os produtos comercializados pela mesmo e examinou as notas fiscais eletrônicas.

Observa que verificou também as informações no cadastro da SEFAZ e nos *sites* das empresas BR Compressores Services Ltda, Renco Equipamentos S.A. e Procil Materiais Industriais Ltda., e que após verificações constatou que, apesar de os NCMs dos produtos que motivaram a autuação estarem listados no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/08, não se trata de peças para veículos, mas de produtos enquadrados no Protocolo ICMS nº 104/09 - Materiais de Construção. Diz que realizou a correção no sistema e alterou a vinculação dos produtos para enquadrá-los no Protocolo ICMS nº 104/09.

Esclarece que os produtos cujos NCMs não estão incluídos no referido Protocolo ICMS nº 104/09 foram excluídos do levantamento.

Destaca que não foram encontrados no levantamento fiscal os produtos questionados pelo Impugnante, com NCMs 85439090 e 85444200. Quanto ao produto de NCM 84813000, informa que encontrou apenas a Nota Fiscal de nº 520.422 de 24/05/2017, a qual foi mantida no levantamento, tendo em vista que essa NCM consta do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 104/09.

Assinala que, depois das correções acolhidas e efetuadas com base nas alegações da defesa os valores da Infração ICMS-ST Não Retido, o demonstrativo de débito foi modificado reduzindo o débito para R\$42.173,04, conforme consta à fl. 188.

Salienta que a fiscalização foi efetuada levando-se em consideração os referidos NCMs dos produtos com as respectivas descrições, os quais constam no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 como autopieces e que, na troca de mensagens com o Autuado, quando foram enviados os relatórios com as diferenças apuradas, esta não informou tratar-se de material de construção.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração no valor histórico de R\$42.173,04.

O Autuado se manifesta acerca da informação fiscal prestada pela Autuante, fls. 199 a 207, depois de reproduzir o teor da informação fiscal prestada pela Autuante destaca que foi alterada significativamente a acusação da infração, uma vez que se passou a considerar como fundamentação da autuação o Protocolo ICMS nº 104/09 (Material de Construção) e não mais o Protocolo ICMS nº 41/08 inicialmente considerado e lhe imputando, a título de principal o montante remanescente de R\$42.173,04, mudando o critério jurídico original do lançamento.

Revela também que na informação fiscal a Autuante informou que não localizou no levantamento fiscal os itens arrolados com NCMs 85439090 e 85444200, entretanto, assevera que tais itens estão elencados no levantamento fiscal de 2017.

Frisa que apesar das razões apontadas pela Autuante para manter a parcela do Auto de Infração com alteração no critério jurídico assevera que o presente lançamento de ofício não reúne as condições mínimas para a sua manutenção, e que por isso, deve ser integralmente cancelado.

Cita os artigos 145, 146 e 149 do CTN para firmar que não é possível alterar o critério jurídico da autuação passando a considerar o Protocolo ICMS nº 104/09, destacando que nas hipóteses previstas no CTN que autoriza alteração no lançamento já efetuado, inexiste dentre elas qualquer situação que acolha uma alteração na interpretação dos dispositivos legais invocados pelo agente que praticou o ato, nem mesmo a possibilidade de acréscimo de elementos em caso de constatação de equívoco de fundamentação inicial.

Assinala que o Auto de Infração deverá ser nulo uma vez que a Autuante não consegue afirmar com segurança a infração, conforme determina o art. 18, do RPAF-BA/99.

Esclarece que os itens elencados não são destinados ao segmento de materiais de construção, conforme já demonstrado nos laudos técnicos apresentados, mesmo porque os destinatários atuam em segmento totalmente diverso.

Diz que tal constatação é facilmente confirmada por meio das informações obtidas na situação cadastral no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como no SINTEGRA, como já apresentado em sede de Defesa.

Arremata observando que o Auto de Infração deve ser cancelado integralmente uma vez que os itens elencados não são considerados como material de construção, acabamento bricolagem e adorno.

Conclui pugnando pela convalidação de parte da informação fiscal em que a Autuante concordou com seu argumento e descharacterizou a infração com base no Protocolo ICMS nº 41/08, requerendo ainda que o lançamento do crédito tributário por meio da informação fiscal seja considerado nulo por vício na determinação segura da infração. E, no mérito requer que o crédito tributário lançado por meio da Informação Fiscal seja cancelado uma vez que os itens listados pela Autoridade Fiscal não são destinados ao ramo de materiais de construção, acabamento bricolagem ou adorno, uma vez que os destinatários integram segmento diverso deste.

A Autuante presta nova informação fiscal, fls. 225 a 229, depois de reproduzir as alegações do Impugnante em sua manifestação reafirma que a acusação fiscal trata 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. Destaca que o enquadramento legal da autuação é o art. 10, da Lei 7.014/96 c/c com as cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 41/08, com aplicação da multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42, da mesma Lei.

Assinala que na primeira informação fiscal, após analisar as argumentações do Defendente e proceder às verificações, constatou que apesar dos NCMs dos produtos que motivaram a autuação estarem listados no Anexo Único do protocolo ICMS nº 41/08, não se tratava de peças para veículos, mas de produtos enquadrados no Protocolo ICMS nº 104/09 - Materiais de Construção. Afirma que realizou a correção no sistema e alterou a vinculação dos produtos para enquadrá-los no Protocolo ICMS nº 104/09. Informa que os itens cujos NCMs não constam do Anexo Único foram excluídos do cálculo.

Diz que, dessa forma, foi alterado o protocolo, mas a infração cometida pelo Autuado continuou a mesma: falta de retenção do ICMS-ST devido, assim como a correspondente multa aplicada de 60% e o valor do débito foi reduzido de R\$352.715, para R\$42.173,04.

Prosegue destacando que em seu entendimento não foi alterada a natureza jurídica do Auto de Infração em lide, já que a infração e a multa continuaram as mesmas previstas na Lei 7.014/96. Afirma que a alteração do Protocolo utilizado não trouxe prejuízo algum ao Impugnante, uma vez que o valor do débito foi alterado para menos. Arremata frisando seu entendimento de que essa questão deve ser submetida à análise do CONEF.

Esclarece que, em relação ao questionamento referente aos produtos com NCMs 85439090 e 85444200, não mais constam do levantamento fiscal, excluídos na primeira informação fiscal, acostada às fls. 191 a 195.

Quanto à alegação de que os itens alegados não são destinados ao segmento de materiais de construção, informa que todos os produtos incluídos no “Relatório ICMS-ST Não Retido possuem NCM com iniciais 8481 listado no Anexo Único do Protocolo nº 104/09 (Materiais de Construção) com a descrição “Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes”.

Remata observando que cláusula primeira do referido Convênio ICMS nº 104/09 se refere às operações interestaduais com mercadorias listadas em seu Anexo Único com o respectivo NCM, sem fazer qualquer exclusão.

Conclui reafirmando o teor da informação fiscal prestada às fls. 185 a 195, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$42.173,04.

Frisa que conforme disposto no §§7º e 8º, do RPAF-BA/99, não tendo havido fato novo, tampouco demonstrativos anexados, a ciência do sujeito passivo fica dispensada e o processo deve ser encaminhado ao CONSEF.

Em sustentação oral, a Patrona do Autuado, Vanessa Pinheiro - OAB/SP nº 301.410, reiterou todos os argumentos e alegações articulados em sua Defesa e manifestações anteriores e pugnou pela improcedência da autuação.

## VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a nulidade da autuação por falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que a Autuante alterou o critério jurídico do Auto de Infração, uma vez que, depois de excluir, em sede de informação fiscal, as operações arroladas no levantamento fiscal enquadradas no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/08, manteve as operações com mercadorias, cujo NCM consta no Anexo Único do protocolo ICMS Nº 104/09, pelo fato desse protocolo não constar expressamente no enquadramento legal da infração objeto da autuação.

Saliento, que o fulcro da infração imputada ao sujeito passivo, trata da falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Cumpre lembrar, que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, regem-se pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Portanto, a adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais, depende de acordo específico para esse fim, celebrado entre as Unidades Federadas envolvidas, conforme também preconiza o art. 10 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*“Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.”*

O fato de não constar o Protocolo ICMS Nº 104/09 no enquadramento legal no Auto de Infração, não desnatura a acusação fiscal que se afigura alicerçada, em seu escopo basilar na falta de retenção do ICMS-ST na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado pelo Autuado.

As mercadorias remanescentes no levantamento fiscal, fls. 191 a 195, cuja cópia foi devidamente entregue ao Impugnante, ajustado na informação fiscal pela Autuante de NCMs 8481300 e 84812090, além de constarem expressamente no item 89, do Anexo Único do Protocolo nº 104/09, também constam no item 24.83 do Anexo Único - 2015, e no item 8.79 no Anexo Único vigentes nos exercícios 2016, 2017 e 2018 do RICMS-BA/12.

Depois de examinar as peças que compõem o presente Auto de Infração, constato que não assiste razão ao Impugnante ao aduzir a falta de segurança na determinação da infração, haja vista que se afigura claramente determinados a natureza da infração e o montante do débito tributário. Entendo que a omissão inicial da indicação do Protocolo ICMS nº 104/09, foi superada plenamente no teor expresso da informação fiscal com a indicação do protocolo, e acompanhado de demonstrativos que discriminam individualizadamente cada operação, ocasião em que, o fato foi devida e expressamente comunicado ao sujeito passivo, e fornecida no ato da intimação cópia dos novos elementos, para que pudesse se manifestar sobre eles, como de fato fizera o Autuado no presente caso.

Ressalto ainda, que não há inovação de lançamento, conforme argui o sujeito passivo, mencionando o art. 146 do CTN, uma vez que a Autuante não modificou o cerne do critério

jurídico adotado no lançamento, qual seja, a identificação da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Portanto, pelo expedido, por considerar que a descrição dos fatos e os demonstrativos apresentados ajustados claramente evidenciam o enquadramento legal, não vislumbra qualquer ausência de higidez no lançamento e, muito menos, alteração do critério jurídico da Autuação como aduziu o Defendente, que pudesse acarretar de nulidade o presente lançamento.

Fica rejeitada a nulidade suscitada pelo Impugnante.

Consigno também, não ter ocorrido qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em questão.

No mérito, o presente processo exige ICMS, sob o fundamento de que o Autuado deixou de efetuar a retenção do referido imposto e o seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua Impugnação, o Autuado sustentou a improcedência da autuação, pelo fato de que a hipótese de incidência tributária da norma de regência, institui o critério pessoal conforme estabelecido pelo Protocolo ICMS 41/08, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária, se refere a pessoas jurídicas atuantes no segmento automotivo, conforme se depreende do §1º, cláusula primeira, cujo teor transcreve.

Asseverou que somente estariam dentro do campo de incidência tributária, diga-se sujeitos à substituição tributária, todas as operações realizadas com os itens elencados no Anexo Único do protocolo em comento, com destinação a contribuintes que integrem a cadeia automotiva, ou seja, todas as demais operações realizadas, ainda que com os mesmos itens, com contribuintes que não compõe a cadeia automotiva estão fora do campo de incidência, pois falta um elemento, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária estabelecido pela norma instituidora.

Sendo assim, sustentou ser descabida a autuação realizada pela autoridade fiscal, uma vez que as operações arroladas no levantamento fiscal foram concretizadas com destinatários que não integram a cadeia automotiva, não havendo que se falar em fato gerador do tributo, tendo em vista que se encontra fora do campo de incidência e, de acordo com o art. 114 do CTN, o fato gerador é considerado a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, vez que faltando um elemento descrito na norma não há realização concreta de um comportamento e, portanto, não faz nascer uma obrigação jurídica. Alegou ainda, que foram incluídos no levantamento fiscal, produtos cujos NCMs não estão elencados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08.

Ao proceder a Informação fiscal, a Autuante acolheu o argumento da Defesa e excluiu do levantamento fiscal todas as operações com mercadorias elencadas no Anexo único da Protocolo ICMS nº 41/08. Declarou que não encontrou no relatório os produtos com NCMs 85439090 e 85444200, e que o produto com NCM 84813000, foi mantido por se encontrar elencado no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 104/09. Informou que refez o demonstrativo de apuração, fls.188 e 190 a 195, mantendo as operações cujos produtos e respectivas NCMs encontram-se elencadas no Anexo Único do Protocolo ICMS Nº 104/09, reduzindo o valor do débito pra R\$42.173,04.

O Impugnante reafirmou sua insurgência em relação aos produtos que remanesceram no novo levantamento efetuado pela Autuante, e destacou que os produtos com NCMs 85439090 e 85444200 estão elencados no relatório de 2017, e os itens remanescentes elencados no novo demonstrativo elaborado pela Autuante não foram destinados ao segmento de materiais de construção tendo em vista que os destinatários atuam em segmento diverso.

Em sua última informação, a Autuante, depois explicar que os produtos de NCMs 85439090 e 85444200 não mais constam no demonstrativo de débito acostado às fls. 190 a 195, pugnou pela manutenção parcial da autuação, nos termos de sua informação fiscal à fls. 188.

Depois de compulsar todos os elementos que compõem o contraditório, constato que, no tocante ao questionamento da Defesa em relação às mercadorias arroladas no levantamento fiscal, em decorrência dos NCMs estarem elencadas no Anexo Único do protocolo ICMS nº 41/08, entendo que foi acertado o acolhimento pela Autuante do argumento defensivo e ter procedido à exclusão das operações com esses produtos, ante a especificidade prevista no referido protocolo vinculando a destinação exclusivamente no segmento de peças de veículos automotores.

O Impugnante, apresentou o entendimento de que os produtos remanescentes elencados no demonstrativo revisado pela Autuante, deveriam também ser excluídos da autuação, tendo em vista que não são destinados ao segmento de materiais de construção pelo fato de que os destinatários atuam em segmento totalmente diverso, de acordo com as informações apresentadas na situação cadastral no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), bem como no SINTEGRA, e carreada aos autos.

Não deve prosperar esse entendimento do Autuado, tendo em vista que o Protocolo ICMS nº 104/09, trata, tão-somente, de materiais de construção, sem qualquer especificidade constantes de seu Anexo Único, como se depreende de sa cláusula primeira:

*“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM / SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.”*

Já o Protocolo nº ICMS nº 41/08, que “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores”, além da exigência de os produtos figurarem no elenco de seu Anexo Único, adicionalmente, exige que o uso desses produtos, sejam especificamente no setor automobilístico, como claramente se infere de seu §1º, *in verbis*:

*§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, 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.*

Logo, entendo que, sendo o objeto do Protocolo ICMS nº 104/09, materiais de construção – alcançados pelo seu gênero: construção civil, mecânica, instalações industriais etc. - os produtos remanescentes constantes no novo demonstrativo elaborado pela Autuante, independentemente do segmento e atividade dos destinatários, estão sujeitos ao regime de substituição tributária e devem ser mantidos no levantamento fiscal.

Nestas circunstâncias, resta indubidoso no presente Auto de Infração, que as mercadorias remanescentes no Auto de Infração estão alcançadas na substituição tributária, restando parcialmente caracterizada a exigência fiscal, com a redução do débito por equívoco na sua apuração e devidamente corrigido pela Autuante, cuja cópia foi devidamente entregue ao Impugnante.

Concluo pela subsistência parcial da autuação.

Assim, nos termos expendidos, acolho o novo demonstrativo elaborado pela Autuante, reduzindo o valor da exigência fiscal para o valor de R\$42.173,04, conforme demonstrativo de débito à fl. 188.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269203.0016/19-4**, lavrado contra **BOSCH REXROTH LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.173,04**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do item 1, da alínea “a”, do inciso I, do art.169 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR