

A.I. Nº - 298624.0016/20-9  
AUTUADO - MARELLI COFAP DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTES - JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS  
ORIGEM - IFEP – COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2021

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0049-02/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NA SEFAZ-BA. VENDAS DE MERCADORIAS A EMPRESAS SITUADAS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao vendedor reter e recolher a favor da Bahia, o ICMS-ST relativo às operações internas subsequentes, de mercadorias incluídas no Protocolo ICMS 41/2008 e no Convênio ICMS 92/2015. Comprovado que parte das mercadorias arroladas não se submete à substituição tributária. Comprovado o recolhimento do ICMS-ST e parte das operações são isentas do ICMS conforme art. 265, inc. XXI do RICMS/2012. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Lavrado em 20/05/2020, o presente Auto de Infração exige o ICMS no valor histórico de R\$63.424,49, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

**INFRAÇÃO 01 – 08.31.03** – Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019.

Os autuantes informam: “*Mercadorias constantes do Protocolo 41/08 e 92/15 anexo II*”.

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 41/2008.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 15 a 27, onde inicialmente afirma ser tempestiva a defesa e após fazer um breve relato histórico dos fatos, diz que a exigência fiscal não merece prosperar, como será demonstrado.

Passando a relacionar suas razões para o cancelamento do lançamento, diz que dentre os documentos fiscais relacionados pelos autuantes, constam as notas fiscais nº 864.339, 877.833, 873.802 e 899.251 (Doc.04) por ela emitidas para acobertar operações de remessa de amostras grátis/brindes, sob os CFOPs 6.911e 6.910 e a nota fiscal nº 873.802 que foi posteriormente cancelada em razão de erro na indicação da transportadora (Doc.05).

Ou seja, as operações acobertadas por esses documentos são isentas do pagamento do ICMS, por não se tratar de operações comerciais, mas meras remessas gratuitas de produtos para conhecimento do adquirente, conforme prevê o art. 16 do RICMS/BA, transscrito, devendo ser cancelado o lançamento fiscal em relação a essas operações.

Assevera que nas operações referentes as notas fiscais nº 024.122, 673.955, 027.953, 674.357, 018.363 e 018.964, o ICMS devido foi recolhido pelo adquirente da mercadoria, nada mais podendo lhe ser exigido.

Aponta como exemplo a nota fiscal nº 673.955, emitida em 08/02/2018, que compõe o total do pagamento realizado pelo adquirente, em 26/03/2018, por meio de DAE, cuja cópia encontra-se plotada.

Aduz que não proceder a cobrança do ICMS em relação a estes documentos fiscais, uma vez que o imposto devido a Bahia já foi pago, devendo ser também cancelado o lançamento fiscal em relação a estas operações.

Relata que a parcela remanescente do lançamento fiscal refere-se a operações de venda da mercadoria “CJ DE MOTOR DE PASSO” classificada, nos documentos fiscais, na NCM 8501.10.19.

Lembra que lançamento teve como fundamento legal as disposições do Protocolo ICMS 41/08, que transfere ao remetente dos produtos listados em seu ANEXO ÚNICO, a responsabilidade, por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS-ST incidente sobre operações interestaduais realizadas entre contribuintes localizados nos Estados signatários do acordo, conforme dispõe a Cláusula Primeira do citado protocolo, que reproduz, donde infere que os produtos arrolados não se enquadram entre aqueles constantes no seu anexo, portanto, não estão sujeitos a substituição tributária.

Pontua que a autuação fundamenta-se, ainda, no disposto no art. 10 da Lei nº 7.014/96, que reproduz.

Indica que a Fiscalização se equivocou ao considerar apenas a NCM informada nas notas fiscais para enquadrar as operações de venda de “MOTOR DE PASSO” no regime de substituição tributária previsto pelo Protocolo ICMS 41/08, desconhecendo que a descrição da mercadoria comercializada não consta dentre aquelas listadas no seu ANEXO ÚNICO.

Esclarece que a NCM 8501.10.19 constante do item 94 no ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/08 refere-se ao produto “MÁQUINA DE VIDRO ELÉTRICO DE PORTA”, sendo que a descrição contida nos documentos fiscais, a mercadoria comercializada é um “MOTOR DE PASSO”, que tem a finalidade de manter o motor do veículo funcionando na marcha lenta, evitando sua parada durante as mudanças de carga, conforme esclarece o laudo em anexo (Doc. 07).

Conclui, portanto, não haver nenhuma semelhança entre a mercadoria descrita no item 94 do ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/08, “MÁQUINA DE VIDRO ELÉTRICO”, e o “MOTOR DE PASSO” comercializado nas operações relacionadas no presente Auto de Infração.

Ressalta que a descrição do “MOTOR DE PASSO” não se assemelha a qualquer das mercadorias relacionadas no ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/08, sendo incabível qualquer tentativa de interpretação extensiva dos seus itens.

Salienta que a própria Secretaria da Fazenda da Bahia entende que para a aplicação do regime de substituição tributária, a descrição da mercadoria e a NCM devem convergir, conforme texto reproduzido que consta do “Perguntas e Respostas, disponível no site da SEFAZ/BA”.

Conclui que no caso em análise, resta claro que a descrição da mercadoria comercializada não corresponde àquela relacionada a NCM 8501.10.19, listada no item 94 do ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/08, o que afasta a aplicação do regime de substituição tributária sobre as operações de venda desse produto.

Transcreve ementas dos Acórdãos CJF nº 0358-11/19 e CJF nº 0352-12/17, para salientar que o CONSEF tem manifestado e firmado o entendimento no sentido de se afastar a exigência do ICMS-ST relativamente as mercadorias que não estão sujeitas a retenção do imposto, em razão da descrição não se enquadrar em uma das posições listadas no ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/08.

Defende, mesmo que por hipótese seja mantida a exigência fiscal, o que apenas cogita para argumentar, o cancelamento da multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, aplicada na autuação, em razão de entender sua natureza nitidamente confiscatória.

Lembra o que a Constituição Federal dispõe no seu art. 150, inc. IV, consagra o princípio da vedação ao confisco, assim como os da proporcionalidade e razoabilidade, também aplicável as multas tributárias, como confirma a sempre relevante lição de Leandro Paulsen, reproduzida.

Friza que a multa imposta no percentual de 60% do valor do imposto exigido, ofende o princípio constitucional do não confisco e, considerando que a Administração Pública deve pautar a sua atuação pelos ditames de normas infra legais que regem os procedimentos, a própria Constituição Federal, doutrina e jurisprudência, determinam que a sua atuação tenha sempre em vista parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal, vem firmando entendimento no sentido de não aceitar penalidades superiores a 20% (vinte por cento) ou 30% (trinta por cento) do valor do imposto devido, em razão de seu caráter confiscatório, sendo que multas superiores a esse patamar somente seriam cabíveis em casos de comprovado intuito de fraude, o que não se alegou no presente caso.

Colaciona ementa do RE nº 523.471-AgR, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, da 2ª Turma do STF, publicado no DJ-e de 23/04/2010 e transcreve Acórdão da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 754.554, onde o Ministro Celso de Mello entendeu ser confiscatória multa fixada no patamar de 25% do valor do imposto devido.

Entende ser imperiosa a revisão da punição aplicada, sob pena de violação aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, considerando que no presente caso, está sendo aplicada multa no valor de 60% do montante principal. Portanto, requer, subsidiariamente, o cancelamento da multa, ou, quando menos, a sua redução, sob pena de ofensa ao art. 150, inc. IV, da Constituição Federal e ao art. 5º, inc. LIV.

Pugna pelo julgamento da procedência da presente impugnação, para que seja integralmente cancelado o lançamento fiscal, diante da improcedência da exigência do ICMS-ST, pelas razões já expostas.

Repete seu requerimento para que também que seja cancelada ou substancialmente reduzida a multa fixada no percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, por força do seu caráter abusivo, desproporcional e confiscatório.

A informação fiscal, fls. 70 a 22, prestada por um dos autuantes, faz uma breve síntese dos argumentos e pedidos da defesa e fala que em relação as operações referentes a amostra grátils, os argumentos da defesa não se aplicam ao caso.

Justifica que a amostra grátils é isenta de ICMS, desde que sejam atendidas as condições previstas no art. 265, inc. XXI do RICMS/2012, que reproduz.

Relata que costumeiramente há confusão entre mercadorias que devem ser remetidas como brinde, bonificação ou amostra grátils para os clientes. Os produtos remetidos a título de amostras grátils devem possuir um valor diminuto ou nenhum valor comercial, em quantidade estritamente necessárias para se conhecer a sua natureza, espécie e qualidade da mercadoria. Assim, diz ser impossível fazer isso em relação a auto peças.

Relaciona as notas fiscais e os documentos de arrecadação estadual – DAE correspondentes ao recolhimento do ICMS-ST, identificando a inclusão de cada nota fiscal no DAE e conclui que tendo observado a não existência de DAE com valores menores, comparando com as notas fiscais emitidas que constam dos respectivos documentos, não tem segurança de que o somatório do ICMS-ST de cada nota fiscal que compõem os DAEs, “fecham com o valor recolhido”, portanto, mantem os valores como devidos.

Acrescenta que a mercadoria com a NCM 8501.10.19, está relacionada no Protocolo nº 41/08 e nos Convênios ICMS 95/15 e ICMS 142/18 como motores que medem o impulso elétrico e o estabiliza, podendo ter diversas utilidades em diversas maneiras e em diferentes partes do veículo, denominados de motores de passo.

Anexou imagens de modelos e diz que a autuada utilizando a NCM própria, argumenta que a descrição é outra.

Afirma que o Fisco utiliza a NCM para embasar a autuação não cabendo entrar na especificidade de cada produto, pois se assim agisse, tornaria a fiscalização impossível. Dessa forma, observando que a empresa utiliza todos os algarismos do código e verificando os Convênios ICMS 95/15 e ICMS 142/18, cujo trecho reproduz, diz que a exigência contida no §2º, não obsta o detalhamento do item adotado por marca comercial e, portanto, não obriga a empresa a utilizar a NCM analiticamente como está nos convênios e protocolos.

Conclui mantendo a autuação.

Opina pelo indeferimento do pedido de redução da multa, assim como pela procedência do Auto de Infração.

Participou da sessão em sustentação oral a representante da empresa Drª. Monique Araújo Malaquias Souza, OAB/MG 204.177, que reforçou os argumentos defensivos, em especial fazendo referência aos valores já pagos do ICMS-ST, conforme os DAE's anexados e referindo-se a cobrança relativa as remessas da mercadoria "MOTOR DE PASSO", reafirmou que não se encontra-se sujeita ao regime de substituição tributária, não obstante conter a mesma NCM de outra peça "MÁQUINA DE VIDRO ELÉTRICO DE PORTA", esta sim, incluída no citado anexo, não tem a mesma descrição e utilização, recorrendo entendimentos da própria SEFAZ sobre a matéria.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Contribuinte Substituto, cuja atividade econômica principal é fabricação de outras peças e acessórios para veículos automotores não especificadas anteriormente, uma única infração, tempestivamente impugnada.

A autuada tomou ciência do início da ação fiscal, em 22/04/2020, através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais e/ou Apresentação de Informações, enviada por meio do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 06, mensagem 157203, postada em 20/04/2020.

O demonstrativo analítico, impresso em parte, fls. 07 e 08, e integralmente gravado em arquivo eletrônico no CD, fl. 09, foi elaborado pelos autuantes de forma clara e didática, contendo todos os elementos necessários para o conhecimento das operações arroladas, cujas cópias foram entregues ao contribuinte quando da ciência da lavratura no Auto de Infração, fl. 11, ocorrida através do DT-e em 29/06/2020.

Compulsando os autos verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara; é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, tendo em vista que não se identifica óbices à apresentação da impugnação, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes estabelecidos neste Estado, conforme demonstrativo analítico, de mercadorias que segundo os autuantes, estão sujeitos ao regime de substituição tributária por constarem incluídas nos Protocolos ICMS 41/2008 e Convênio ICMS 92/2015 – Anexo II.

Não há controvérsia quanto à obrigatoriedade dos contribuintes localizados em outra Unidade da Federação, quando efetuam vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, procederem a retenção e recolhimento do ICMS-ST na condição de substituto, desde

que tais mercadorias estejam contempladas em Protocolos, firmados entre as unidades remetente e destinatária.

Nesse sentido, observo que as operações interestaduais com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária submetem-se as regras previstas em acordos, protocolos e convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96, dispositivo replicado na Lei nº 7.014/96, art. 10, *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 Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, foi firmado entre os Estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e o Distrito Federal, prevê na sua Cláusula primeira:

*Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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.*

Sendo que o disposto acima transcrito, aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no seu 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.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia, inseriu as referidas mercadorias no regime de substituição tributária, conforme consta no Anexo I a Lei nº 7.014/96, o item 24 – PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES, sendo que a obrigatoriedade de recolhimento do imposto na condição de sujeitos passivos por substituição está prevista no art. 8º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...).*

*II – o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

Portanto, nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no ANEXO ÚNICO ao Protocolo ICMS 41/2008, o contribuinte estabelecido no município de Mauá, Estado de São Paulo, deverá proceder a retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando efetuar vendas para contribuintes no Estado da Bahia, desde que tais mercadorias estejam incluídas no ANEXO ÚNICO do citado Protocolo.

Para o deslinde da lide, resta analisar as arguições e fatos relatados na defesa.

Inicialmente, a defesa argui que as notas fiscais números 864.339, 877.833 e 899.251, acobertaram operações de remessa de amostra grátis e brindes com o CFOP 6.911 - REMESSA DE AMOSTRA GRÁTIS e 6.910 - REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE.

Por sua vez, os autuantes não acataram o argumento, sob a justificativa de que as mercadorias constantes nas notas fiscais não se enquadram na definição de amostra grátis, constante no RICMS/2012, art. 265, inc. XXI, que segue transscrito:

*Art. 265. São isentas do ICMS: (...)*

*XXI – as saídas e os recebimentos de amostras grátis de produto de diminuto ou nenhum valor comercial, assim considerados os fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, observadas as seguintes condições (Conv. ICMS 29/90):*

*a) as saídas deverão ser feitas a título de distribuição gratuita, com indicação da gratuidade do produto em caracteres impressos com destaque;*

*b) as quantidades não poderão exceder de 20% do conteúdo ou do número de unidades da menor embalagem de apresentação comercial do mesmo produto, para venda ao consumidor;*

Do exame do demonstrativo, e da consulta ao PORTAL ESTADUAL DA NF-e, verifico que as mercadorias arroladas nas notas fiscais, são as seguintes:

NF-e nº 864.339 – 1 BATERIA PORTATIL – NCM 8507.10.10 – Valor: R\$216,00

NF-e nº 877.833 – 1 JUNTA MAIOR BMMOP10168 e 2 JUNTA MENOR BMMOP10168 – NCM 8413.30.30 – Valor: R\$77,49

NF-e nº 899.251 – 1 BATERIA PORTATIL – NCM 8507.10.10 – Valor: R\$48,00

O artigo do RICMS/2012, acima citado, concede a isenção do ICMS, repito, para “*as saídas e os recebimentos de amostras grátis de produto de diminuto ou nenhum valor comercial, assim considerados os fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, observadas as seguintes condições (Conv. ICMS 29/90)*”.

Quanto a nota fiscal nº 873.802 referente a remessa de 1 MODULO DE IGNIÇÃO MI530707, NCM 9032.89.24, no valor de R\$201,25 que a autuada diz ter sido cancelada, no banco de dados do PORTAL ESTADUAL DE NF-e assim não registra. Pois, a nota fiscal encontra-se no *status* de AUTORIZADA, tendo no histórico, o registro do evento da emissão de uma carta de correção, Cód.: 110110, Protocolo nº 135180864241830, ocorrida em 12/12/2018, referente a alteração do transportador. Contudo, a operação está registrada com o CFOP 6.911 – REMESSA DE AMOSTRA GRÁTIS.

Não acolho os argumentos dos autuantes, uma vez que não há elementos nos autos que permitam desconsiderar as operações, como remessas das mercadorias que se destinam a AMOSTRA GRÁTIS, pois, trata-se de remessa de quantidades mínimas necessária para dar a conhecer a natureza, espécie e qualidade de cada item, uma vez que como peças, somente se prestam ao fim de amostra grátis, em unidades inteiras, tendo em vista a sua indivisibilidade. Portanto, considero as operações, contempladas pela isenção do ICMS prevista no art. 265, inc. XXI do RICMS/2012.

Quanto as notas fiscais números 024.122, 673.955, 027.953, 674.357, 018.363 e 018.964, a defesa diz que o ICMS-ST devido foi recolhido pelo adquirente das mercadorias, e assim, não lhe pode ser exigido o recolhimento do imposto.

Como prova destes recolhimentos, a autuada aporta aos autos os comprovantes dos pagamentos e cópias dos respectivos DAEs, referentes as operações com as notas fiscais: NF-e 024.122, fl. 56; NF-e 673.955, fl. 61; NF-e 027.953, fls. 58 e 59; NF-e 674.357, fl. 62; NF-e 018.363 e NF-e 018.964, fls. 53 a 55.

Os autuantes não consideraram os recolhimentos efetuados pelos adquirentes aduzindo que: “*Observamos que não existe DAE's com valores menores, comparando com as Notas fiscais emitidas, os números das Notas Fiscais constam dos respectivos documentos, no entanto não temos segurança que o somatório dos ICMS ST de cada Nota Fiscal, que compõe os DAE's fecham com o valor recolhido.*” (Grifei).

Constatou, através de consulta ao SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SIGAT, que os valores estão efetivamente recolhidos sob o código de receita 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA-ANEXO 01 – RICMS e foram relacionadas todas as notas fiscais no

campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, indicando os números dos documentos fiscais arrolados no levantamento.

Estando as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme já explanado linhas acima, o remetente na qualidade de substituto tributário, tinha a obrigação de reter e recolher o correspondente ICMS devido por substituição tributária.

Por outro lado, o fato de não se ter segurança de que o somatório do imposto devido em cada nota fiscal estaria incluído no recolhimento, sem que tenha-se efetuado as verificações para comprovar ou não, o correto cálculo do ICMS-ST, não pode motivar a exigência do imposto que já fora recolhido, pois até prova em contrário, o pagamento foi efetivado, não pelo remetente, mas, pelos destinatários o que não os invalida, razão pela qual, acato as razões da defesa e considero que as notas fiscais acima relacionadas devem ser excluídas do levantamento.

A outra arguição da defesa refere-se as remessas do produto de NCM 8501.10.19, cuja descrição utilizada pela empresa, é CJ MOTOR DE PASSO. A defesa sustenta que apesar da NCM encontrarse listado no Protocolo ICMS 41/2008, a descrição lá constante, refere-se a MÁQUINA DE VIDRO ELÉTRICA DE PORTA, no item 94 do seu ANEXO ÚNICO.

Recorre ao entendimento já firmado tanto na Administração Tributária, quanto no CONSEF, de que somente se considera sujeita ao regime de substituição tributária determinada mercadoria que tanto o código NCM quanto a descrição, constam na norma que o enquadra no regime de substituição tributária, fato que não se verifica no caso em discussão.

Os autuantes mantêm a exigência sobre essas operações, que correspondem à maior parte da exação, sob o argumento de que *“O Fisco utiliza o NCM para embasar a tributação, não cabendo entrar na especificidade de cada produto, porque a fiscalização se tornaria impossível”*.

Lembro que a NCM é um código formado por oito dígitos, que identifica e representa cada mercadoria, bem como a natureza e característica principal desta. Desses oito dígitos, os seis primeiros são trazidos do sistema harmonizado – SH e os dois últimos são atribuídos pelo sistema NCM, criado para os países do MERCOSUL.

Constato que no ANEXO I ao Protocolo ICMS 41/2008, constam listados as seguintes mercadorias com a posição do SH 8501:

ITEM 94 – “MÁQUINA” DE VIDRO ELÉTRICO DE PORTA – NCM 8501.10.19

ITEM 95 – MOTOR DE LIMPADOR DE PARA-BRISA – NCM 8501.31.10

ITEM 116 - GERADORES DE CORR. ALTERNADA POTÊNCIA NÃO SUPERIOR A 75 kva – NCM 8501.61.00

Ressalto que estes itens associados aos respectivos códigos NCM, constam no Convênio ICMS 92/2015, que estabelece a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens passíveis de sujeição aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com o encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes.

O código NCM utilizado pela autuada nas remessas arroladas no levantamento sob a descrição de CJ MOTOR DE PASSO, é 8501.10.19, que não coincide com a descrição constante no Protocolo ICMS 41/2008 e no Convênio ICMS 92/2015, qual seja: “MÁQUINA” DE VIDRO ELÉTRICO DE PORTA.

Tem razão a autuada, quando afirma que o entendimento pacificado no CONSEF e na Administração Tributária estadual, é de que para se considerar um determinado item sujeito ao regime de substituição tributária, é necessário existir a concordância com a norma que estabelece essa sujeição, tanto o código NCM, quanto a descrição do item.

Assim tem se manifestado o CONSEF em diversos julgamentos: JJF nº 0115-02/20-VD, JJF nº 0096-02/20-VD, JJF nº 0135-04/17, este último confirmado em julgamento na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão CJF nº 0075-12/18.

Ademais, a Diretoria de Tributação – DITRI, em diversas manifestações compartilha o mesmo entendimento do CONSEF sobre essa questão, como externado nos Pareceres 11219/2010, 25452/2012 e 12272/2013, cuja ementa deste último, segue transcrita.

*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PROTOCOLO ICMS 20/05. Para fins de sujeição da mercadoria ao regime de substituição tributária disciplinado no referido acordo interestadual deve ser considerada tanto a descrição contida na norma, como a classificação fiscal (NCM) ali indicada.*

Destaco, desse mesmo parecer, trecho que faz a seguinte observação: “...para fins de sujeição da mercadoria ao regime de substituição tributária disciplinado no Protocolo 20/05, deve ser considerada tanto a descrição contida na norma, como a classificação fiscal (NCM) ali indicada. Dessa forma, ainda que a mercadoria pertença ao mesmo grupo geral da NCM, se a descrição do produto não coincidir com aquela indicada pelo legislador não será aplicável o referido regime de tributação”. ou seja: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário existir, aliás como ressaltado na defesa, a perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, entendimento com o qual me alinho.

Destarte, acato as razões da defesa, devendo serem excluídas as operações de remessa da mercadoria NCM 8501.10.19, cuja descrição utilizada pela empresa nas remessas, é CJ MOTOR DE PASSO.

Diante do exposto, o pedido de redução da multa fica prejudicado. Assim, deixo de sobre ele me manifestar.

Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 298624.0016/20-9, lavrado contra **MARELLI COFAP DO BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR