

PROCESSO - A. I. N ° 206912.0071/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ROBERT BOSCH LIMITADA
RECORRIDOS - ROBERT BOSCH LIMITADA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0161-03/21
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/04/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0062-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Verifica-se que parte significativa do lançamento se baseou em alterações feitas pelo autuante em virtude de mercadorias de mesma denominação, mas com utilidades diversas, seja no setor automotivo, em máquinas e equipamentos elétricos, mas cujas NCM são diferentes e não estão sujeitas à substituição tributária, sendo pedido que fossem corrigidos em diligência à INFAZ DE ORIGEM. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso de Ofício e Voluntário de Auto de Infração julgado Procedente em Parte em julgamento de Primeira Instância deste Conselho de Julgamento, de Auto de Infração lavrado em 31/03/2015, refere-se à exigência de R\$5.140.533,32 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 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 realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 1.184.399,80, acrescido da multa de 60%. **Consta** que “As mercadorias foram destinadas para revenda, cabendo, portanto, a adoção de MVA”. Demonstrativo às fls. 13 a 38.

Infração 02 - 08.31.036. 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 3.564.809,71, acrescido da multa de 60%. **Consta** que “As mercadorias foram destinadas para uso e consumo e, portanto, não comportam adoção de MVA”. Demonstrativo às fls. 40 a 71.

Infração 03 - 08.31.02. Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 391.423,81, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 73 a 104.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 113 a 154, o Autuante presta informação fiscal às fls. 819 a 861, e a 3ª JFJ, converteu os autos em diligência, fls. 885 e 886, quando então foi pautado para julgamento e julgado Procedente em Parte conforme voto abaixo:

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo Impugnante.

Apontou o Defendente, que por estar situado no Estado São Paulo, ocorreria nulidade material do Auto de Infração, ante à inexistência de credenciamento suficiente para amparar a ação fiscal, por descumprimento dos Convênios ICMS nº 83/93 e nº 93/97. Verifico que não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo, por total falta de previsão legal exigindo credenciamento para realização de auditoria em estabelecimento situado em Unidade da Federação distinta do sujeito Ativo. O credenciamento citado pelo Defendente quando há necessidade de o preposto do Fisco comparecer pessoalmente no estabelecimento fiscalizado. Fato esse, que não

ocorrera no presente Auto de Infração. Verifica-se claramente no próprio Parágrafo único da Cláusula Nona do Convênio nº 83/93, citado na Defesa que expressa claramente a desnecessidade do referido credenciamento, “O credenciamento prévio previsto nesta cláusula será dispensado quando a fiscalização for exercida sem a presença física da autoridade fiscal no local do estabelecimento a ser fiscalizado”.

Logo, não há que se falar em motivação para nulidade do Auto de Infração por falta de credenciamento.

Do mesmo modo, não acolho a preliminar de nulidade suscitada, por erro na determinação da base cálculo, uma vez que além de não restar evidenciada de forma inequívoca o invocado erro nos presentes autos, essa matéria diz respeito ao mérito da autuação. Ademais, o lançamento pode ser aprimorado no transcurso do PAF, desde que seja dado ciência ao Autuado na forma preconizada pela legislação de regência, não sendo, portanto, esse fato, motivo para se decretar a nulidade da autuação. Quanto à alegada inversão do ônus da prova, entendo que também não ocorreria, haja vista que em se tratando de operações sujeitas ao regime de Substituição Tributária, o sujeito passivo deve proceder na forma e nas especificidades previstas em Lei. Sendo apurada, comprovada e demonstrada a irregularidade, cabe ao sujeito passivo apresentar suas razões para se eximir da exigência fiscal.

Pelo expendido, por não vislumbrar qualquer óbice ao exercício da ampla defesa pelo Impugnante, entendo superadas essas questões de ordem preliminar.

Ao compulsar as peças que integram o presente PAF, constato que o presente lançamento foi efetuado 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 à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquirir de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração trata do cometimento de três infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada enunciada no preâmbulo do relatório.

A Infração 01 cuida 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme Demonstrativo às fls. 13 a 38.

A Infração 02 se refere à 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, consoante Demonstrativo às fls. 40 a 71.

A Infração 03 apura retenção efetuada a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativo às fls. 73 a 104.

Em sede de defesa, o Impugnante articulou suas razões de defesa seguindo os eixos argumentativos, para asseverar que no levantamento fiscal constam as seguintes inconsistências:

- a) Existência de diversas mercadorias que não estão no rol de mercadorias sujeitas ao regime jurídico de substituição tributária, previsto no Protocolo ICMS nº 41/2008, uma vez que os seus códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (“NCM”), não constam do Anexo Único do referido protocolo;
- b) Mercadorias que embora constem do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/2008, não têm destinação automotiva, ou seja, não integram a cadeia econômica específica do setor automotivo razão pela qual não estão sujeitas ao seu campo de incidência, sobretudo, ao regime jurídico de substituição tributária;
- c) Mercadorias que igualmente constam do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/2008, mas são destinadas a estabelecimento industrial, o que configura hipótese de dispensa da sua aplicação. Em todos esses casos, houve destinação de mercadorias aos estabelecimentos industriais das empresas Kautex Textron do Brasil Ltda. e Visteon Sistemas Automotivos Ltda. cujos comprovantes de situação cadastral no CNPJ e no SINTEGRA evidenciam serem verdadeiras indústrias de transformação;
- d) Não houve recolhimento a menor de ICMS-ST, haja vista que aplicou a correta MVA. As divergências entre a apuração fiscal e a da Impugnante, devem-se ao fato de que a fiscalização deixou de observar que diversas mercadorias autuadas não possuíam o seu NCM previsto no Anexo Único do Protocolo nº 41/2008, estavam sujeitas a outros protocolos (Protocolo nº 41/2008) e Convênios (Convênio nº 110/2007), não tinham destinação automotiva ou eram destinados a consumidores finais;
- e) Não foram considerados os recolhimentos efetuados por contribuintes substituídos, quando da entrada das mercadorias em seus estabelecimentos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Fazenda Estadual.

Em suma, esses foram os questionamentos carreados aos autos pelo Autuado, para refutar a acusação fiscal.

O Autuante, em sua primeira informação fiscal, manteve a autuação aduzindo os seguintes pontos:

- a) Deve prevalecer o entendimento de que as mercadorias atingidas pela autuação estão fora do Prot. ICMS 41/08, porquanto todas elas - à exceção das "lixas" "boné de pele" e "fluidos" - encontram enquadramento no Anexo Único do citado acordo interestadual. Revelou que o Autuado em sua Defesa produziu prova contra si mesmo, ao admitir a tributação antecipada em algumas mercadorias, trouxe à baila pronunciamentos unilaterais da lavra de engenheiros da própria empresa ou de assessorias contratadas por ela, os quais não possuem a isenção adequada para firmar um posicionamento formal e verdadeiramente técnico sobre os qualificativos de cada peça alcançada pela fiscalização;
- b) Devem ser mantidos no lançamento os clientes que em princípio estariam foram da cadeia automotiva não só porque, a despeito de possuírem razão social e atividades principais declaradas não traduzíveis em revenda de autopeças, declararam CNAEs secundários que induzem atuação neste ramo, como também porque no mínimo adquiriram tais peças para uso e consumo, devendo seu fornecedor - a "Bosch" -, na condição de substituto tributário, proceder ao pagamento do diferencial de alíquota, por força do § 3º, da cláusula primeira do Prot. ICMS 41/08;
- c) Deve este último raciocínio ser aplicado ao argumento de que dois agentes econômicos inseridos no lançamento são indústrias - a "Kautex" e a "Visteon" -, de sorte a caber a substituição passiva do imposto na modalidade da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, a menos que se demonstre que nestas empresas as autopeças foram adquiridas como insumos, o que até o presente momento não aconteceu;
- d) O próprio Autuado admite que muitas mercadorias foram adquiridas por empresas que agiram como consumidores finais, de modo que nesta condição a tributação antecipada deve ser efetuada quanto ao diferencial de alíquota;
- e) É incabível o pedido de compensação dos valores lançados com quantias pagas por terceiros, porque além deste instituto depender de lei em sentido estrito para ser autorizada, isto não seria factível para o presente caso porque a dívida e o crédito para o encontro de contas estão nas mãos de pessoas diferentes, respectivamente a autuada e os clientes da autuada.
- f) O Autuado confessa existir a sua obrigação por substituição tributária em vários trechos da sua Impugnação, tanto porque reconheceu nos seus demonstrativos clientes que operam no segmento automotivo, tanto porque reconheceu tributação em mercadorias que configuram autopeças.

Com o intuito de carrear aos autos elementos de prova para que se consubstanciassem as convicções que emergiram do contraditório, essa 3ª JF, na busca da verdade material, solicitou a realização de diversas diligências para que, nessa dinâmica interativa com a legislação de regência e as provas incontroversas, o lançamento fosse depurado.

A última diligência realizada por Auditor Estranho ao Feito, depois de examinar toda a documentação carreada aos autos pelo Autuado, além de contactar com alguns estabelecimentos destinatários das mercadorias arroladas no levantamento fiscal, para aferir e aquilatar as informações coligidas, acolhendo inclusive os pagamentos efetuados pelos destinatários das mercadorias objeto da autuação, e devidamente comprovado através dos correspondentes DAEs elaborou um novo demonstrativo de apuração e de débito que acostou às fls. 2059 e 2060, e mídia CD a fl. 2061, reduziu o valor do débito para R\$ 904.711,25, sendo: R\$ 863.733,15 - Infração 01, R\$ 12.761,79 - Infração 02, e R\$ 28.216,31 - Infração 03.

Intimada a tomar ciência do resultado da diligência, o Impugnante se manifestou elogiando o resultado da diligência, no tocante às reduções apuradas no novo demonstrativo elaborado pelo Auditor estranho ao feito designado, relacionadas ao acolhimento da destinação das mercadorias utilizadas como insumos pelos destinatários Kautex e Visteon Brasil Sistemas Automotivos, bem como, quanto ao recolhimento do ICMS-ST pela destinatária Eletropar.

Asseverou o Autuado que o diligente falhou ao não deduzir o valor já pago pelo estabelecimento quando da entrada conforme livro Registro de Entradas do estabelecimento por ele carreado aos autos.

Concluiu o Autuado, mesmo tendo sido atendida na quase totalidade de suas alegações defensivas, concluiu pugnando pelo cancelamento da autuação, reiterando os termos de sua Defesa, sem identificar quais os pontos divergentes que no seu entendimento ainda remanesçam.

Depois de compulsar os elementos que integram os presentes autos, constato que os ajustes realizados pela Auditor Fiscal diligente, decorreram de elementos de prova carreados aos autos pelo Impugnante coligidos e acolhidos em estrita consonância com a legislação de regência.

Comungo também com o entendimento esposado pelo diligente, de que a comprovação do efetivo recolhimento pelo destinatário da operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em que pese a responsabilidade da retenção pelo remetente, somente deve ser acolhida, mediante a apresentação do DAE e a confirmação junto ao sistema de arrecadação da SEFAZ.

Concluo pela subsistência parcial da autuação fiscal, considerando que a legislação 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 que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Configurada que restou a falta de comprovação efetiva quanto aos recolhimentos alegados nas razões de defesa, em relação à empresa Auto Norte.

Mantida, portanto, parcialmente, as três infrações nos termos discriminados no demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO				
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	MULTA	RESULTADO
01	1.184.399,80	863.733,15	60%	PROC. EM PARTE
02	3.564.809,71	12.761,79	60%	PROC. EM PARTE
03	391.423,81	28.216,31	60%	PROC. EM PARTE
TOTAL	5.140.633,32	904.711,25		

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Observo que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

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

Inconformado, o contribuinte ingressou com o Recurso Voluntário às fls. 2.139/189, transcrito em resumo, abaixo.

De início, chama-se a atenção dos Srs. Julgadores para uma questão preliminar que poderá desde logo encerrar a presente discussão. Trata-se da circunstância de ser o presente Auto de Infração materialmente nulo haja vista que, conforme será demonstrado adiante, o i. Auditor Fiscal descumpriu os Convênios ICMS 81/93 e 93/97 ao proceder à fiscalização e à lavratura de Auto de Infração em face de contribuinte situado em território paulista à total revelia das regras previstas nos referidos convênios.

Em cumprimento à determinação da legislação complementar, o Convênio ICMS 81/93 previu, em sua cláusula nona, a possibilidade de Autoridades Fiscais pertencentes a entidades federativas distintas exercerem, conjuntamente, a fiscalização sobre o estabelecimento responsável pela retenção do ICMS-ST. Veja-se o teor da referida cláusula, *in verbis*:

“Cláusula nona. A fiscalização do estabelecimento responsável pela retenção do imposto será exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades da Federação envolvidas nas operações, condicionando-se a do Fisco da unidade da Federação de destino a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda, Economia ou Finanças da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado.

Parágrafo único. O credenciamento prévio previsto nesta cláusula será dispensado quando a fiscalização for exercida sem a presença física da autoridade fiscal no local do estabelecimento a ser fiscalizado.” (Original sem destaques.)

Observa-se, no entanto, que a referida cláusula impõe à Autoridade Fiscal do Estado de destino da mercadoria uma importante **condição** para a sua fiscalização no território do Estado de origem. Trata-se da necessidade de “credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda, Economia ou Finanças da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado”.

Note-se, ainda, que o **Convênio ICMS 93/97**, ao dispor sobre os requisitos a serem observados para que fossem realizadas fiscalizações especificamente relacionadas ao ICMS-ST pelo Fisco de uma unidade federativa junto a estabelecimento de contribuinte localizado em outra unidade, **não criou qualquer ressalva quanto à realização mediante presença física ou à distância de forma eletrônica.**

Ao assim proceder, o i. Auditor Fiscal viciou o procedimento de fiscalização com inafastável nulidade material haja vista a sua patente ilegalidade. Curiosamente, é interessante observar como em inúmeras vezes Autoridades Fiscais não deixam de aplicar ato normativo infralegal, mesmo sabendo ser ele ilegal, sob a justificativa de que, ao assim fazê-lo, estariam indo de encontro ao

princípio da estrita reserva legal.

Diante do exposto, tendo restado comprovado que o procedimento de fiscalização foi instaurado à revelia das disposições dos Convênios ICMS 81/93 e 93/97 e, portanto, à margem da legalidade, a Recorrente faz jus à declaração *ab initio* de nulidade material do Auto de Infração.

Há ainda, uma segunda hipótese de nulidade material do Auto de Infração: erro na determinação da base de cálculo e ilegal inversão do ônus da prova. **Conforme demonstrado em sede de Impugnação e que será repisado no momento oportuno, no presente caso, o i. Auditor Fiscal cometeu erros no decorrer do procedimento de auditoria fiscal que atingiram tamanha gravidade que distorceram, por completo, a base de cálculo apurada.**

Não se trata de erros de apuração da base de cálculo sanáveis no curso do processo administrativo instaurado justamente para rever o lançamento de ofício do crédito tributário. O que V. Exas. verão é a completa distorção da base de cálculo do ICMS-ST e a ilegal inversão do ônus da prova pela fiscalização que sequer analisou a fundo as notas fiscais, mercadorias e destinatários das referidas notas fiscais elementos estes que constituíram o suporte documental para a lavratura do presente Auto de Infração.

Há equívocos monstruosos que serão expostos como, por exemplo, **a inobservância de que diversas mercadorias objeto de operações de saída autuadas sequer possuíam o seu código NCM previsto no Anexo Único do Protocolo nº 41/2008, razão pela qual nunca poderiam estar sujeitas ao regime de substituição tributária aplicável às autopeças.**

Os erros cometidos implicaram, também, incontestável insegurança quando à existência de elementos suficientes para se determinar a infração cometida.

Ante todo o exposto, conclui-se que, em que pese a C. Junta ter rejeitado a preliminar de nulidade alegada por, em suas palavras, “*não vislumbrar qualquer óbice ao exercício da ampla defesa*” (fls. 28 do acórdão recorrido) fato é que, houve erro na determinação da base de cálculo decorrente da inclusão indiscriminada de operações, sem a devida atenção ao quanto estabelecido no Protocolo nº 41/2008, motivo pelo qual a Recorrente faz jus *ab initio* à declaração de nulidade material do Auto de Infração com fundamento nas razões ora apontadas.

Questões de Mérito

Antes mesmo de adentrar as razões de defesa propriamente, cumpre tecer breves esclarecimentos quanto à organização das linhas de defesa, considerando-se que, no presente caso, há três infrações distintas relativas a fatos geradores ocorridos em dois anos.

Nesse sentido, a Recorrente houve por bem elaborar tabela-resumo das parcelas do crédito tributário contestadas bem como as respectivas linhas argumentativas. Confira-se:

	<i>Linha Argumentativa</i>	2012	2013
<i>Infração 01</i>	<i>NCM não consta do Protocolo</i>	455.449,93	519.420,51
	<i>Destinação não automotiva</i>	96.428,00	81.816,22
	<i>Pagamentos efetuados pelo substituído</i>		12.210,90
	<i>TOTAL (Infração 01)</i>	551.877,93	613.447,63
<i>Infração 02</i>	<i>NCM não consta do Protocolo</i>	6.326,75	10.474,59
	<i>Destinação não automotiva</i>	3.174,21	5.867,35
	<i>Destinação Estab. Industrial</i>	1.194.380,67	2.344.585,75
	<i>TOTAL (Infração 02)</i>	1.203.881,63	2.360.927,69
<i>Infração 03</i>	<i>NCM não consta do Protocolo</i>	21.360,85	3.308,40
	<i>Destinação não automotiva (Protocolo 104/2009)</i>	7.634,28	4.710,92
	<i>NCM não consta do Protocolo (Convênio 110/2007)</i>	122.353,34	218.605,23
	<i>Destinação a Consumidor Final</i>	8.405,05	11.947,79
	<i>TOTAL (Infração 03)</i>	159.753,52	238.572,34
	<i>TOTAL</i>	1.915.513,08	3.212.947,66

A Decisão recorrida, como tratado na descrição dos fatos do presente recurso, reduziu consideravelmente o crédito tributário exigido, principalmente em relação às *Infrações 2 e 3*, apenas com base nas conclusões da diligência, tendo apresentado quadro com os valores mantidos

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO				
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	MULTA	RESULTADO
01	1.184.399,80	863.733,15	60%	PROC. EM PARTE
02	3.564.809,71	12.761,79	60%	PROC. EM PARTE
03	391.423,81	28.216,31	60%	PROC. EM PARTE
TOTAL	5.140.633,32	904.711,25		

do Auto de Infração original, veja-se:

Neste sentido, caso as linhas argumentativas desenvolvidas como razões preliminares de defesa não venham a prosperar a Recorrente passará a abordar as suas razões recursais em duas partes.

Parte A demonstrará que, no mínimo, os srs. Julgadores deverão **manter a redução do crédito tributário exigido ao valor de R\$904.711,25**, tal como entendeu a C. 3ª JJF. Isso, porque o entendimento foi extraído a partir de Informação Fiscal fornecida por Auditor Fiscal estranho ao feito que, a partir da diligência determinada em primeira instância, revisitou os documentos apresentados e confirmou, inequivocamente, a indevida exigência da absurda quantia de R\$4.235.922,06.

A *Parte B* demonstrará que, apesar de a C. 3ª JJF ter acertado no cancelamento parcial do Auto de Infração, a quantia remanescente de R\$904.711,25 também deveria ser cancelada, cancelando-se integralmente a autuação.

A 3ª JJF julgou necessário converter o julgamento em diligência para solicitar providência específica em relação às empresas Kautex Textron do Brasil Ltda. e Visteon Sistemas Automotivos Ltda., solicitando que a Recorrente informasse se os produtos adquiridos pelas mencionadas empresas teriam sido *(i)* utilizados como insumo; *(ii)* comercializados ou *(iii)* destinados ao seu uso e consumo.

Em sede de Conclusão da Diligência, o i. Auditor Fiscal estranho ao feito narrou que entrou em contato com as referidas empresas e, com base nas informações recebidas, bem como nos documentos juntados pela Recorrente, concluiu que, de fato, ***os produtos adquiridos da Recorrente tratavam-se de insumos para suas respectivas produções***. Assim, ***opinou pela exclusão dos valores relacionados às operações de venda com estas empresas***:

“Diante das conclusões acima, refizemos os cálculos e deduzimos nos demonstrativos as operações de vendas para as empresas Kautex e Visteon na infração 2 – Diferença de alíquota.” (fls. 2058 do processo)

Tendo comprovado inequivocamente que os estabelecimentos destinatários eram industriais e utilizavam as mercadorias adquiridas da Recorrente como insumos para as respectivas produções, o i. Auditor Fiscal estranho ao feito andou bem em opinar pela exclusão dos mencionados itens, sendo de forma correta acompanhado pela C. Junta quando do retorno do caso para julgamento.

Ante todo o exposto, a Recorrente faz jus à redução do valor do crédito tributário proposto pelo i. Auditor Fiscal para este ponto e acompanhado por esta C. Junta, devendo este E. CONSEF acolher o mesmo entendimento e manter a redução do Auto de Infração neste ponto.

Necessária consideração de recolhimentos de ICMS-ST pelos destinatários: risco de dupla cobrança e enriquecimento ilícito por parte da Fazenda Estadual.

Além do ponto anterior, relacionado à necessária exclusão dos valores de ICMS lançados em operações para destinatários que seriam estabelecimentos industriais, a C. Junta, amparada pelas conclusões do i. Auditor Fiscal alheio ao feito, também excluiu do lançamento **parcela** dos valores de ICMS-ST já recolhidos pelos destinatários.

Como narrado em Impugnação, há casos em que, não obstante a Recorrente não tenha efetuado o recolhimento do ICMS-ST, os respectivos destinatários o fizeram do modo a suprir a obrigação de

retenção e recolhimento por parte da Recorrente.

A tabela abaixo aponta os valores recolhidos bem como os documentos que comprovam os respectivos recolhimentos. Veja-se:

Destinatário	ICMS-ST recolhido (R\$)	Doc. Impugnação
Eletropar	1.127,74	25-26
Auto Norte	11.083,16	27-28
TOTAL	12.210,90	-

Em atendimento ao quanto solicitado, a Recorrente realizou a comprovação de forma separada, para cada uma das empresas.

Recolhimento efetuado pelo destinatário Eletropar

Auditor Fiscal estranho ao feito identificou a referida guia de pagamento juntada pela Recorrente e, após solicitar à própria Eletropar a mesma guia – porém mais legível – concluiu que, de fato, **o ICMS-ST das operações realizadas entre a Recorrente e a Eletropar já havia sido recolhido ao Estado da Bahia**. Assim, como conclusão, espera-se que o E. CONSEF mantenha a parcela exonerada neste ponto, reconhecendo o pagamento a fim de abatimento do Auto de Infração.

Recolhimento efetuado pelo destinatário Auto Norte

Para demonstrar que a empresa Auto Norte Distribuidora de Peças Ltda. efetuou o recolhimento do ICMS-ST, a Recorrente juntou na Manifestação prévia o Livro de Registro de Entradas (**Doc. 12 e 13 da Manifestação prévia**) da empresa que demonstra que o ICMS-ST no valor de **R\$11.083,16** deveria ser igualmente abatido do montante do imposto lançado no presente caso.

A demonstração do ICMS-ST pago pela Auto Norte se deu por meio da concatenação entre os valores pagos pelo destinatário e o número das notas fiscais autuadas.

As notas fiscais autuadas que tiveram o recolhimento efetuado foram as seguintes: 817130; 817711; 832235; 793266; 846922; 847337; 699549; 679332; 762077; 757616; 778161; 792867; 793621; 793629; 890353; 891138; 892111; 899607; 845680; 942249; 979459; 979467; 998859; 34646; 79774; 94652; 96615; 121759; 358037.

Para facilitar a visualização dos recolhimentos, confira-se como exemplo a **Nota Fiscal nº 67332**:

- Valor de ICMS cobrado em Auto de Infração:

A		B	G	H	K	N	O	P
NOTA FISCAL		DATA	VALOR TOTAL	ITEM	NCM	CFOP	QTD	VALOR PRODUTO
6	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	27	85113020	6949	11	421,00
7	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	22	85113020	6949	2	203,92
8	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	20	85113020	6949	4	271,60
9	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	26	85113020	6949	9	254,79
0	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	13	84133010	6949	2	199,70
1	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	12	84133010	6949	5	284,53
2	679332	27-nov-12	R\$ 7.220,16	21	85364100	6949	2	66,44

- Valor de ICMS recolhido pelo destinatário:

Valor de ICMS cobrado:

Como se vê, a partir da comparação entre os valores cobrados no Auto de Infração e os valores recolhidos pelo destinatário, é possível verificar que foi recolhido, inclusive, valor superior ao cobrado, de modo que os valores já quitados pelo destinatário devem ser excluídos da autuação.

De igual maneira, para todas as demais notas fiscais emitidas pela Recorrente e destinadas à Auto Norte, é possível ser feita a concatenação dos valores já pagos pela última, de modo a abater os valores já quitados.

A despeito disso, o i. Auditor Fiscal alheio ao feito entendeu que ***em razão de a Recorrente não ter trazido os DAEs que comprovariam os valores pagos, a comprovação do recolhimento não teria sido realizada, opinando pela não dedução dos valores relacionados a empresa Auto Norte.*** Veja-se:

“Já com relação ao recolhimento efetuado pelo destinatário Auto Norte, não realizamos a dedução, pois o autuante na sua comprovação não anexou o DAE de recolhimento e portanto, não há como verificar se houve recolhimento de fato para que seja aceito a dedução.” (fls. 2059 do processo)

No mesmo sentido, decidiu a C. Junta:

“Comungo também com o entendimento esposado pelo diligente, de que a comprovação do efetivo recolhimento pelo destinatário da operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em que pese a responsabilidade da retenção pelo remetente, somente deve ser acolhida, mediante a apresentação do DAE e a confirmação junto ao sistema de arrecadação da SEFAZ.” (fls. 30 do acórdão recorrido)

Entretanto, tal justificativa não pode prosperar, em primeiro lugar, porque a Recorrente não possui poder de polícia para obrigar terceiro a apresentar documento próprio, ainda que este documento diga respeito à Recorrente.

Em segundo lugar, porque nos demais casos indicados para diligência e exonerados em sede de diligência, o próprio i. Auditor Fiscal estranho ao feito procurou os destinatários para confirmar informações trazidas pela Recorrente. Foi o que aconteceu com a Kautex e a Eletropar. Por que, para este caso em específico, o i. Auditor Fiscal estranho ao feito também não fez uso de seu poder de polícia e solicitou as informações que necessitava?

Veja-se, de todo modo, que a despeito de a Recorrente não trazer aos autos os mencionados DAEs, fez prova complementar, apresentando os Livros de Registro de Entrada da própria destinatária e concatenando todas as informações necessárias para visualização do pagamento do ICMS-ST.

Portanto, ainda, que, não obstante a obrigação tributária pela retenção e pelo recolhimento do ICMS-ST devido seja da Recorrente, no presente caso, deve-se considerar os pagamentos efetuados também pela Auto Norte pois, do contrário, ter-se-á incontestável enriquecimento ilícito por parte do Fisco Estadual.

Parte B – Reforma do acórdão recorrido na parte em que manteve parcialmente o Auto de Infração

Somando-se aos argumentos acima, passa-se agora a demonstrar os motivos pelos quais a quantia remanescente – ou seja, aquela não cancelada em primeira instância –, no montante de R\$904.711,25, também deveria ser reconhecida como indevida, resultando, ao final, no cancelamento integral do Auto de Infração.

Frise-se que, sobre estes argumentos, tanto o i. Auditor Fiscal alheio ao feito, como a C. Junta **não se manifestaram**, de modo que a Recorrente passará a reiterar os argumentos trazidos em sua peça exordial, aguardando a decisão procedente por este E. CONSEF neste sentido.

Indevida cobrança de ICMS-ST de mercadorias não sujeitas à aplicação do Protocolo nº 41/2008

De início, cumpre examinar, uma vez mais, o que dispõe o *caput* da cláusula primeira do referido protocolo, em especial, no tocante ao universo de produtos cujas operações estão sujeitas ao seu regime jurídico. Leia-se:

“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.”

A partir da leitura da cláusula transcrita acima, observa-se que os Estados signatários do Protocolo ICMS 41/2008 houveram por bem não deixar pairar quaisquer dúvidas quanto a quais mercadorias estariam sujeitas ao regime jurídico da substituição tributária; sujeita-se ao regime de substituição **apenas** aquelas mercadorias cujo NCM estivesse previsto no **Anexo Único** da portaria.

Srs. Julgadores, o primeiro e mais gritante equívoco cometido pelo i. Auditor Fiscal foi ter incluído indevidamente o preço das operações de diversas mercadorias na base de cálculo do ICMS-ST sem, no entanto, se atentar para o fato de que as suas respectivas NCMs não se encontram previstas no rol taxativo previsto no Anexo Único da Portaria nº 41/2008.

Tal erro, pela sua grosseria, deveria ensejar o reconhecimento de nulidade material do Auto de Infração, conforme apontado. Caso, no entanto, não se reconheça de plano a nulidade apontada, o que se cogita apenas por hipótese, deve-se, ao menos, abater o ICMS-ST cobrado sobre estas mercadorias do montante total do crédito tributário constituído.

Veja-se, neste ponto, que o i. Auditor Fiscal, que teve o cuidado de elaborar diversas planilhas com a descrição de cada uma das mercadorias cujas saídas dariam, a seu ver, ensejo à incidência do ICMS-ST, **inclusive, com a indicação do respectivo NCM, poderia ter, desde o início, constatado que parte significativa das mercadorias não constava do Anexo Único do Protocolo nº 41/2008. Infelizmente, não foi o que ocorreu.**

Através de um levantamento detalhado feito a partir das planilhas entregues pela própria fiscalização com o detalhamento das operações de saída e das mercadorias autuadas, a Recorrente identificou a indevida inclusão de operações de saídas na base de cálculo do ICMS-ST, abaixo detalhadas e “totalizadas” por NCM:

Quanto aos fatos geradores ocorridos em 2012:

NCM	Soma de ICMS ST lançado (R\$)
39269021	53,69
74199990	899,62
84679900	7.728,38
84813000	1.033,92
84814000	7.527,58
84821010	43,61
84824000	242,92
85030010	138.703,65
85078000	99,25
90151000	49.738,00
90303100	265,02
90328911	227.512,09
90328919	1.127,80
39269069	92,09
49111090	1.117,51
73049090	150,84
84133010	8.552,15
84798999	12.602,24
90178090	106,16

90318099	3.190,61
90328925	989,55
TOTAL	461.776,68

- Quanto aos fatos geradores ocorridos em 2013:

NCM	Soma de ICMS ST lançado (R\$)
49111090	1.016,25
73049090	168,12
73072900	1.193,40
73079100	297,34
73181600	23,84
73182200	206,84
73269090	370,83
74152100	4,60
74152900	7,62
74199930	4,34
74199990	1.674,38
82075090	1.646,36
84199010	70,78
84661000	90,00
84669360	17,59
84679200	0,45
84679900	16.494,09
84813000	1.040,47
84814000	21.959,49
84819090	380,12
84821010	70,14
84824000	298,45
85012000	23,21
85013210	31,77
85030010	166.474,15
85078000	43,70
85279990	610,77
85369090	8,91
85432000	1.638,38
85479000	12,30
90151000	65.970,40
90303100	140,79
90318099	3.465,84
90319010	530,12
90328911	242.322,80
90328919	1.586,48
TOTAL	529.895,10

Como se vê, todos os lançamentos de ICMS-ST relativos às NCMs discriminadas acima - os quais se reportam a fatos geradores ocorridos em 2012 e 2013 e estão abrangidos pelas infrações 01 e 02 – são indevidos haja vista que ***não constam do Anexo Único da Portaria nº 41/2008***, razão pela qual, nos termos da cláusula primeira, ***as respectivas saídas não se sujeitam à incidência do ICMS-ST***.

Ante todo o exposto, impõe-se a redução do imposto lançado para este ponto, correspondente à consideração de todas as operações de circulação de mercadorias cujo NCM não consta do Anexo Único da Portaria nº 41/2008 e, portanto, não se encontram sujeitas à incidência do ICMS-ST.

Indevida cobrança de ICMS-ST sobre operações de saídas de mercadorias para contribuintes que não integram a cadeia econômica automotiva

Conforme será demonstrado no presente tópico de defesa, a destinação de uma expressiva parcela das operações de saída realizadas, conquanto as respectivas mercadorias estivessem previstas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, não ocorreu para contribuintes integrantes da cadeia econômica automotiva, razão pela qual a presunção de ocorrência dos fatos geradores futuros em momento presente (presunção que ampara o regime de substituição tributária) deve ser afastada e

o respectivo crédito tributário cancelado.

Como se sabe, a sistemática de substituição tributária do ICMS pauta-se em uma verdadeira presunção para o seu adequado funcionamento enquanto técnica de tributação; trata-se da presunção jurídica – ou ficção, como sustentam alguns autores – de ocorrência futura do fato gerador do imposto.

A presunção, enquanto técnica utilizada em matéria tributária, deve ser utilizada apenas excepcionalmente e parte de um fato conhecido (fato direto ou indiciário) para se chegar a um fato indireto desconhecido cuja ocorrência a experiência empírica revela ser altamente provável uma vez verificada a ocorrência do fato conhecido razão pela qual passa a ser, a partir daquele momento, presumida (fato índice).

Estabelecidas as premissas acima, é importante que sejam identificadas, no presente caso, todas as operações de saída de mercadorias que, embora estejam previstas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, não estão sujeitas à sistemática de substituição tributária em razão de não terem sido destinados a contribuintes que compõem a cadeia automotiva.

Neste sentido, será de grande importância identificar as operações destinadas a consumidores finais e a contribuintes cuja atividade econômica não tenha qualquer relação com o mercado automotivo.


Em virtude do elevado volume de operações destinadas a contribuintes que não compõem a cadeia econômica automotiva, a Recorrente optou por elaborar duas planilhas detalhadas com todas as operações autuadas destinadas a tais contribuintes com a discriminação dos respectivos valores de ICMS-ST lançados, anexas aos autos, relativas, respectivamente, aos fatos geradores ocorridos em 2012 (Doc. 06 da Impugnação) e 2013 (Doc. 07 da Impugnação).

As planilhas foram elaboradas tomando-se por base as planilhas feitas pelo próprio i. Auditor Fiscal para o cálculo do imposto devido as quais já possuíam colunas com informações relativas aos destinatários das mercadorias para a sua correta identificação (razão social, número de inscrição no CNPJ e Inscrição Estadual). Ressalte-se que tais informações podem ser confirmadas a partir das Notas Fiscais apontadas pela própria fiscalização em suas planilhas.

É, com efeito, através das informações que podem ser obtidas a partir do comprovante de inscrição e situação cadastral no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (“CNPJ”) bem como do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (“SINTEGRA”) que se pode demonstrar que ***todos os destinatários aqui tratados têm por objeto social atividade absolutamente alheia ao setor automotivo*** evidenciando que sobre essas operações não deve incidir o ICMS-ST.

A Recorrente, no esforço de produzir prova completa em relação a todas as operações de saída autuadas cujo destinatário foi contribuinte não integrante da cadeia econômica, houve por bem trazer aos autos todos os comprovantes de inscrição e situação cadastral no CNPJ e no SINTEGRA relativos aos destinatários das referidas operações ocorridas em 2012 e 2013 (Doc. 08 da Impugnação), bem como os laudos técnicos elaborados por peritos independentes das mercadorias que lhes foram destinadas (Doc. 09 da Impugnação).

Pegemos, para mera demonstração da prova apontada acima, a operação de saída, ocorrida em 31/01/2012, relativa à Nota Fiscal nº 338017, destinada ao cliente “Fortitec Comércio e Serviço de Ferramentas Ltda - EPP”, inscrita no CNPJ sob o nº 03.762.609/0001-96 e com Inscrição Estadual nº 56569621. Veja-se, primeiramente, a informação relativa ao seu objeto social que consta no comprovante de inscrição e situação cadastral do seu CNPJ:

		
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 03.762.609/0001-96	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 19/04/2000
MATRIZ		
NOME EMPRESARIAL FORTITEC - COMERCIO E SERVICO DE FERRAMENTAS LTDA - EPP		



Com efeito, observa-se que o contribuinte apontado acima tem como atividade econômica principal o “aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais” e como atividade secundária o “comércio varejista de ferragens e ferramentas”. Não há dúvidas de que o destinatário apontado está muito longe de integrar qualquer parte do ciclo econômico específico do disputadíssimo segmento automotivo.

Assim, sob pena de se admitir que as informações prestadas para o seu cadastro no CNPJ e na Inscrição Estadual são inidôneas, deve-se admitir que o contribuinte apontado não pratica qualquer operação de circulação de mercadorias (autopeças) capaz de ensejar a aplicação do regime de substituição tributária, sobretudo, no mercado de autopeças.

Não bastando o contribuinte apontado não pertencer à cadeia automotiva, uma análise mais profunda das próprias mercadorias revela que elas, por suas próprias características, jamais poderiam comportar destinação automotiva.

A título meramente ilustrativo, dentre as diversas mercadorias que compuseram a referida nota fiscal, a Recorrente houve por bem reproduzir, abaixo, excerto do laudo técnico elaborado pelo perito independente Sr. Haroldo Gueiros relativo a uma das mercadorias (**Código: 1616.328.042-000**), denominada “Engrenagem”:

“EMPRESA: Robert Bosch Limitada – Cawl

NOME TÉCNICO: Engrenagem

FUNÇÃO PRINCIPAL DO PRODUTO: Transmissão de movimento

FUNÇÃO SECUNDÁRIA:

APLICAÇÃO, USO OU EMPREGO: Ferramentas elétricas

MATÉRIA CONSTITUTIVA DA MERCADORIA E SUAS PERCENTAGENS EM PESO E VOLUME: engrenagem de aço.

PROCESSO DE OBTENÇÃO (INDUSTRIAL):

DESCRIÇÃO ESTRANGEIRA: ENGRENAGEM EM AÇO PARA TRANSMISSÃO DE MOVIMENTO PARA SER UTILIZADO EM FERRAMENTAS ELÉTRICAS MANUAIS.

CLASSIFICAÇÃO FISCAL UTILIZADA:

CLASSIFICAÇÃO FISCAL CORRETA: 8483.90.00” (Original sem destaques.)

Logo se vê que, longe de ser uma engrenagem de uso automotivo, tal como o i. Auditor Fiscal supôs fosse este o caso (se é que ele chegou a realizar uma análise tão aprofundada quanto a que a Recorrente está ora realizando, o que é bem difícil de crer), esta engrenagem compõe equipamentos elétricos sendo comercializada no estabelecimento comercial do destinatário cujo objeto social é justamente o aluguel de máquinas e equipamento (operação sequer sujeita à incidência do ICMS) e o comércio de ferragens e ferramentas.

Indo um pouco mais a fundo no exemplo ora analisado, analisemos outra mercadoria que foi igualmente objeto da Nota Fiscal nº 338017. Trata-se do produto descrito como “Mancal” ou “Caixa

de Engrenagens” (Código 1615.808.083-000) cujas características técnicas encontram-se detalhadas no seu respectivo laudo técnico sumariamente descritas abaixo:

“EMPRESA: Robert Bosch Limitada – CapI

NOME VULGAR: Mancal de Alumínio

NOME COMERCIAL: Mancal, Caixa de Engrenagens

FUNÇÃO PRINCIPAL DO PRODUTO: Mancal de eixos

FUNÇÃO SECUNDÁRIA: Proteção, caixa de engrenagens, dissipação de calor

PRINCÍPIO E DESCRIÇÃO RESUMIDA DO FUNCIONAMENTO: mancal para apoio de eixos de motor e de acionamento

APLICAÇÃO, USO OU EMPREGO: Parte específica de Ferramentas elétricas de uso manual - serra mármore, furadeiras e outros.

FORMA DE ACOPLAMENTO: encaixe

FORMA DO PRODUTO: conforme design

MATÉRIA CONSTITUTIVA DA MERCADORIA E SUAS PERCENTAGENS EM PESO E VOLUME: 100% Alumínio

PROCESSO DE OBTENÇÃO (INDUSTRIAL): injeção e usinagem

CLASSIFICAÇÃO FISCAL UTILIZADA: 8483.30.90

OBSERVAÇÕES: MANCAL, SEM ROLAMENTO, PARA APOIO DE EIXOS DE MOTOR E DE ACIONAMENTO, UTILIZADO EM FERRAMENTAS ELÉTRICAS.” (Original sem destaques.)

Novamente, o que se vê é que a mercadoria apontada acima – “Mancal” ou “Caixa de Engrenagens” – se presta a ser utilizada em ferramentas elétricas, tais como serra mármore e furadeiras. Não se trata, portanto, de produto destinado ao uso automotivo capaz de se enquadrar no regime de substituição tributária previsto pelo Protocolo nº 41/2008 que disciplina, justamente, o regime de substituição aplicável nas operações com peças, componentes e acessórios *para veículos automotores e afins*.

Desse modo, somando-se todos os valores relativos às operações descritas nas planilhas juntadas (Docs. 06 e 07 da Impugnação), tem-se que os valores relacionados à esta argumentação deverão ser igualmente excluídos do valor do crédito tributário lançado.

A adoção correta da Margem de Valor Agregado (MVA) e a inexistência de recolhimento a menor de ICMS-ST (infração 03)

No tocante, exclusivamente, à infração 03, a fiscalização houve por bem efetuar lançamento de ofício de crédito tributário de ICMS-ST sob a alegação de que a Recorrente teria efetuado a sua retenção a menor. Analisando-se com maior rigor os cálculos efetuados pela fiscalização para a apuração do crédito tributário devido, observa-se que o i. Auditor Fiscal questionou, em diversos casos, a Margem de Valor Agregado (“MVA”) de diversos produtos comercializados pela Recorrente no período fiscalizado.

Na sua apuração, a fiscalização tomou como premissa que todas as operações autuadas estariam albergadas sob o regime jurídico de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 41/2008 e que, como tal, teriam sido destinadas à cadeia econômica do setor automotivo.

Analisando-se as operações autuadas sob o fundamento apontado acima, podem-se identificar quatro problemas centrais na apuração realizada pela fiscalização.

Operações com mercadorias cuja NCM não está prevista no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008

Primeiramente, há operações de saídas de mercadorias cujas NCMs sequer encontram-se previstas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, submetendo-se ao Protocolo ICMS 104/2009 (o qual disciplina a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno) ou, ainda, em alguns casos, a nenhum dos dois.

Não estando sujeitos ao Protocolo ICMS 41/2008 – único fundamento jurídico apresentado pela

fiscalização para proceder ao lançamento de ofício do crédito tributário – sequer, portanto, cabe questionar se a Recorrente teria adotado o MVA correto.

Todas as operações que se enquadram nesta situação estão discriminadas nas planilhas anexas relativas aos fatos geradores ocorridos em 2012 (Doc. 17 da Impugnação) e 2013 (Doc. 18 da Impugnação). Ao final das planilhas, observa-se que, considerada esta primeira falha cometida pelo i. Auditor Fiscal, dever-se-á reduzir o crédito tributário lançado no montante de R\$21.360,85, correspondente a 2012, e R\$3.308,40, referente a 2013, totalizando **R\$24.669,25** de exclusão.

Operações com mercadorias sujeitas ao Convênio nº 110/2007

Em segundo lugar, há operações que, por sua natureza, se submetem à disciplina do Convênio ICMS 110/2007 (o qual dispõe sobre operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo). Trata-se de operações de saídas que destinam o produto “FLUIDO BOSCH” em embalagens de diferentes tamanhos a empresas que irão comercializá-lo.

Nestes casos, bastava um pouco mais de atenção por parte do i. Auditor Fiscal para o NCM da mercadoria (em todas as operações o NCM é o mesmo: 38190000) para que ele logo pudesse concluir tratar-se de mercadoria não sujeita ao Protocolo ICMS 41/2008. Veja-se, abaixo, a descrição do NCM ao qual se refere esta mercadoria:

“fluido para freios hidráulicos e outros líquidos preparados para transmissões hidráulicas, não contendo óleos de petróleo nem de minerais betuminosos, ou contendo-os em proporção inferior a 70%, em peso”

Note-se, ademais, que **este NCM não consta do Anexo Único do Protocolo nº 41/2009**, razão pela qual a fiscalização jamais poderia pretender aplicar o regime jurídico de substituição tributária próprio de autopeças a esta mercadoria que, a toda evidência, é um fluido para freio hidráulico, sujeitando-se, portanto, ao Convênio ICMS 110/2007.

Todas as operações que se enquadram nesta situação estão discriminadas nas planilhas anexas relativas aos fatos geradores ocorridos em 2012 (Doc. 19 da Impugnação) e 2013 (Doc. 20 da Impugnação). Ao final das planilhas, observa-se que, considerada esta primeira falha cometida pelo i. Auditor Fiscal, dever-se-á reduzir o crédito tributário lançado no montante de R\$122.353,34, correspondente a 2012, e R\$218.605,23, referente a 2013, totalizando **R\$340.605,23** de exclusão.

Operações com mercadorias sem destinação automotiva

Em outros casos, a fiscalização, conquanto tenha autuado mercadorias cujo NCM encontra-se previsto no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, não se atentou para o fato de que, em tais casos, a destinação da mercadoria não era automotiva (tal como ocorreu em relação aos produtos apontados no tópico II.5. da presente Impugnação), aplicando-se, neste sentido, as disposições do Protocolo ICMS 104/2009 (referente a materiais de construção).

Trata-se das operações listadas nas planilhas anexas relativas aos fatos geradores ocorridos em 2012 (Doc. 21 da Impugnação) e 2013 (Doc. 22 da Impugnação). Ao final das planilhas, observa-se que, considerada esta segunda falha cometida pelo i. Auditor Fiscal, dever-se-á reduzir o crédito tributário lançado no montante de R\$7.634,28, correspondente a 2012, e R\$4.710,92, referente a 2013, totalizando **R\$12.345,20** de exclusão;

Operações com mercadorias destinadas a consumidores finais

Por fim, há operações em que as saídas das mercadorias foram destinadas a consumidores finais o que, tal como já exposto no tópico III.5, em razão de não se revelar verdadeira a presunção de ocorrência dos fatos geradores futuros haja vista inexistir cadeia econômica em relação à qual impõe-se a antecipação do imposto devido nestas operações específicas, tal como presume a lei, leva à inaplicabilidade do regime de substituição tributária.

Todas as operações que se enquadram nesta situação estão discriminadas nas planilhas anexas relativas aos fatos geradores ocorridos em 2012 (Doc. 23 da Impugnação) e 2013 (Doc. 24 da Impugnação). Ao final das planilhas, observa-se que, considerada esta primeira falha cometida pelo i. Auditor Fiscal, dever-se-á reduzir o crédito tributário lançado no montante de R\$8.405,05,

correspondente a 2012, e R\$11.947,79, referente a 2013, totalizando **R\$20.352,84** de exclusão.

Ante todo o exposto, não restam dúvidas de que, em relação à *Infração 3*, deve-se cancelar integralmente o respectivo crédito tributário constituído.

No entanto, tendo em vista quem em relação à *Infração 3* já houve uma redução no valor de R\$363.207,50 em Primeira Instância, a quantia ainda remanescente deve ser, de igual modo, cancelada, tendo em vista todos os argumentos até aqui reproduzidos.

Ante todo o exposto, conclui-se que:

- i.** preliminarmente, o Auto de Infração é materialmente nulo haja vista que:
 - a.** a fiscalização descumpriu os Convênios ICMS 81/93 e 93/97 ao ter realizado a ação fiscal, que culminou na lavratura do presente Auto de Infração, sem o seu devido e prévio credenciamento pelo Fisco Paulista, previsto na cláusula segundo do Convênio ICMS 93/97, bem como à revelia do cumprimento de outros requisitos necessários à atividade de fiscalização de contribuinte localizado em território paulista, nos termos dos referidos convênios;
 - b.** houve flagrante erro de determinação da base de cálculo do ICMS-ST haja vista que o i. Auditor Fiscal indevidamente incluiu, sob o campo de incidência do ICMS-ST, diversas operações que não se encontram incluídas na sua hipótese de incidência e recurso a presunções, sem fundamento na legislação vigente e sem suporte probatório adequado;
- ii.** superadas as preliminares, a Recorrente demonstrou que, no mínimo, deve-se manter a redução do Auto de Infração ao valor de R\$904.711,25, nos termos da Decisão recorrida, tendo em vista que as reduções decorreram da análise minuciosa dos documentos acostados, bem como dos argumentos de defesa apresentados e das conclusões adotadas em sede de conclusão de diligência;
- iii.** diversas mercadorias autuadas não estão no rol de mercadorias sujeitas ao regime jurídico de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 41/2008 vez que os seus códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (“NCM”) não constam do Anexo Único do referido protocolo;
- iv.** há mercadorias autuadas que, não obstante constem do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, não têm destinação automotiva, ou seja, não integram a cadeia econômica específica do setor automotivo razão pela qual não estão sujeitas ao seu campo de incidência, sobretudo, ao regime jurídico de substituição tributária; e
- v.** há casos, também, de mercadorias que igualmente constam do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, mas são destinadas a estabelecimento industrial, o que configura hipótese de dispensa da sua aplicação. Em todos esses casos, houve destinação de mercadorias aos estabelecimentos industriais das empresas Kautex Textron do Brasil Ltda. e Visteon Sistemas Automotivos Ltda. cujos comprovantes de situação cadastral no CNPJ e no SINTEGRA evidenciam serem verdadeiras indústrias de transformação;
- vi.** não houve recolhimento a menor de ICMS-ST haja vista que a Recorrente aplicou a correta MVA. As divergências entre a apuração fiscal e a da Recorrente, devem-se ao fato de que a fiscalização deixou de observar que diversas mercadorias autuadas não possuíam o seu NCM previsto no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, estavam sujeitas a outros protocolos (Protocolo ICMS 41/2008) e Convênios (Convênio nº 110/2007), não tinham destinação automotiva ou eram destinados a consumidores finais;
- vii.** Por fim, impõe-se a consideração de recolhimentos efetuados por contribuintes substituídos, quando da entrada das mercadorias em seus estabelecimentos, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Fazenda Estadual.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se que o presente Recurso Voluntário seja integralmente provido, e, por conseguinte, o Auto de Infração declarado materialmente nulo pelas razões expostas. Caso, no entanto, o Auto de Infração não seja anulado, requer-se seja o crédito tributário integralmente cancelado.

Requer, outrossim, que todas as intimações e notificações a serem feitas, relativamente às decisões proferidas neste processo sejam encaminhadas aos seus procuradores, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Padre João Manoel, nº 923, 8º andar, em atenção ao DR. LUÍS EDUARDO SCHOUERI, bem como sejam enviadas cópias à Recorrente, no endereço constante dos autos. Protesta ainda a Recorrente por todos os meios de prova em Direito admitidas, notadamente pela juntada de novos documentos e sustentação oral de suas razões de defesa.

Em sessão de pauta suplementar, o processo foi enviado em diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda – ASTEC, com pedido de se apurar a verdade material, observando os seguintes fundamentos.

DILIGÊNCIA À ASSESSORIA TÉCNICA DO CONSELHO - ASTEC.

O lançamento refere-se à exigência de R\$5.140.533,32 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 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 realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 1.184.399,80, acrescido da multa de 60%. Consta que “As mercadorias foram destinadas para revenda, cabendo, portanto, a adoção de MVA”. Demonstrativo às fls. 13 a 38.

Infração 02 - 08.31.036. 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 3.564.809,71, acrescido da multa de 60%. Consta que “As mercadorias foram destinadas para uso e consumo e, portanto, não comportam adoção de MVA”. Demonstrativo às fls. 40 a 71.

Infração 03 - 08.31.02. Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$ 391.423,81, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 73 a 104.

Após julgamento, o lançamento foi mantido parcialmente, com as três infrações nos termos discriminados no demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO				
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	MULTA	RESULTADO
01	1.184.399,80	863.733,15	60%	PROC. EM PARTE
02	3.564.809,71	12.761,79	60%	PROC. EM PARTE
03	391.423,81	28.216,31	60%	PROC. EM PARTE
TOTAL	5.140.633,32	904.711,25		

Inconformado, o contribuinte ingressou com o Recurso Voluntário às fls. 2.140/189. Alega entre outras razões, que mesmo após a diligência, há cobrança de mercadorias não sujeitas ao Protocolo ICMS 41/2008.

Argumenta que as mercadorias não se destinavam à sistemática de ST em razão de não terem sido destinadas a contribuintes que compõem a cadeia automotiva. Traz por exemplo, o cartão CNPJ da empresa FORTITEC - COMÉRCIO E SERVIÇOS DE FERRAMENTAS LTDA na avenida Dorival Caymmi, para onde destinou peças que se destinam a máquinas e ferramentas que embora tenham descrição similar às do Anexo do Convênio 41/08, tem destinação diversa da automotiva ou daquelas previstas no supracitado Anexo.

Cita exemplos de diversas mercadorias que se destinam às máquinas e ferramentas e não ao setor automotivo, e inclusive os destinatários que não comercializam autopeças.

De fato, há muitas mercadorias que possuem denominação genérica, como FLANGE ou TUBO, contudo, há flanges e tubos de plásticos para tubulações domésticas, flanges e tubos de ferro ou aço para tubulações industriais, flanges e tubos de cobre **para uso em ferramentas que são produzidas pela própria Bosch e não estão na substituição tributária.**

Contudo, **há também mercadorias que mesmo destinadas às ferramentas e não ao setor automotivo, foram classificados no Anexo do Convenio pelo grupo, e portanto qualquer mercadoria ali inserida, se encontra na substituição tributária, ainda que não seja peça automotiva mas destinada a máquinas e ferramentas, conforme detalhado neste pedido de diligência.**

Assim, foi efetuada longa pesquisa que abarca a imensa maioria dos itens, a partir da própria listagem fornecida pelo autuante na informação fiscal, onde consta a NCM utilizada pelo Recorrente e a NCM reclassificada pelo autuante, por discordar da identificação, embora a descrição da nota fiscal esteja correta e compatível com a NCM indicada pelo Recorrente.

ITENS DA LISTA DA FOLHA 832, FEITA PELO AUTUANTE

1) FLANGE – NCM RECORRENTE – 846379900

Ferramentas pneumáticas, hidráulicas ou com motor (elétrico ou não elétrico) incorporado, de uso manual e suas partes.

NCM AUTUANTE/ ANEXO – 3917 – Tubos e seus acessórios, juntas, cotovelos, flanges, uniões, de plástico.

Obs: simples consulta na internet com FLANGES BOSCH demonstram ser peças para serra de mármore, para esmeris, serra circular, etc., **razão pela qual deve ser excluída do lançamento.**

2) VÁLVULA DE RETENÇÃO – NCM RECORRENTE 8481300

Máquinas e aparelhos, material elétrico, e suas partes, aparelho de gravação ou de reprodução de som e imagens, e suas partes.

NCM AUTUANTE/ANEXO – 84812

Válvulas para transmissão óleo hidráulica ou pneumática.

O recorrente é fabricante de peças para máquinas e aparelhos elétricos e suas partes, portanto compatível com a NCM utilizada, **razão pela qual deve ser excluída do lançamento.**

3) VÁLVULA PRESSÃO - NCM RECORRENTE – 84814000

NCM AUTUANTE/ANEXO - 84811000

O grupo é o mesmo em ambos, 8481 – torneiras, válvulas, incluindo as redutoras de pressão e as termostáticas e dispositivos semelhantes para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes. Redutoras de pressão para canalizações, cubas e outros recipientes.

A diferença é que o NCM aplicado pelo recorrente, 84844000 é válvula de segurança ou alívio e não está no Anexo do Convênio, e o autuante desconsiderou e usou como NCM 84811000 que é válvula redutora de pressão e está no Anexo I e submetida à ST.

No site hidraulicapneumática, com explica que a **válvula de alívio** está situada entre a linha de pressão, saída da bomba e o reservatório, e sua função é limitar pressão no sistema a um ajuste máximo pré-determinado pelo desvio de uma parte ou de toda a vazão da bomba ao tanque quando o ajuste da bomba é alcançado;

A válvula redutora de pressão, que foi utilizada pelo autuante por estar no Anexo, são controladoras de pressão, normalmente abertas, utilizadas por exemplo para uma parte do circuito a uma pressão mais baixa do que a pressão de trabalho do sistema; elas são atuadas pela pressão de saída, que tendem a fecha-las quando atingido o ajuste efetuado evitando aumento indesejado da pressão.

O que se verifica é que embora possa se confundir como sinônimas e de mesma função, são diferentes, e o autuante não tem prova de que o recorrente vendeu uma válvula e descreveu outra na NCM. Assim, **deve ser retirada do demonstrativo de débito.**

4) ROLAMENTOS - NCM RECORRENTE 84821010 e 84824000

NCM AUTUANTE/ANEXO – 8482

O grupo 8482 são rolamentos de esferas, de roletes ou de agulhas. A NCM 84821010 são rolamentos de carga radial, e a NCM 84824000 são rolamentos de agulha.

No caso, o Anexo inclui o grupo 8482 a que estão incluídos as 2 NCM indicadas pelo recorrente, e assim, há razão para o lançamento. Quando o legislador faz a indicação do GRUPO, e não detalha com o restante da numeração significa que todos os itens pertencentes ao grupo estão incluídos. No caso, a NCM do Recorrente 84821010 e 84824000 está incluída no GRUPO 8482 e, portanto, no Anexo. **Esta NCM deverá ser mantida no auto de infração.**

5) INDUZIDO – NCM RECORRENTE – 85030010

NCM AUTUANTE/ANEXO – 8511

O NCM é do INDUZIDO UTILIZADO PARA TRANSMITIR TORQUE AO EIXO E GERAR CAMPO ELÉTRICO EM BOMBA ELÉTRICA UTILIZADO EM MOTOR ELÉTRICO, e sendo o recorrente fabricante de máquinas e ferramentas elétricas e suas peças, é compatível a venda de tal mercadoria com esta NCM. Um dos destinatários, **MANFLEX COMÉRCIO E SERVIÇOS**, é uma loja de peças de compressores, lavadoras de alta pressão, elevadores elétricos, bombas, etc., e não de autopeças como deu a entender a NCM reclassificada pelo autuante. Outra é a STOCK TOOLS, cuja atividade é a reparação e manutenção de equipamentos eletroeletrônicos de uso pessoal e doméstico. O recorrente à fl. 555 apresenta laudo demonstrando ser peça utilizada em ferramentas elétricas.

O autuante desclassificou, fazendo a utilização da NCM 8511 - que se aplica para aparelhos e dispositivos elétricos de ignição ou de arranque para motores de centelha ou por compressão, como velas de ignição ou de aquecimento, mas sem provas. Portanto, **cabe a exclusão do lançamento.**

6) BATERIA – NCM RECORRENTE - 85078000

NCM AUTUANTE/ANEXO – 850720 e 850730

A NCM utilizada pelo Recorrente diz respeito a acumuladores elétricos e separadores mesmo de formato quadrado e retangular. O recorrente reconhece que é a NCM 8507.30, baterias de chumbo e cádmio que estão no anexo. **Deve ser mantido no lançamento.**

7) MEDIDORES DE DISTÂNCIA - NCM RECORRENTE 90151000

NCM AUTUANTE/ANEXO – 9032892,9032899

Pela NCM do recorrente há um instrumento chamados de telêmetro, aparelho usado na topografia, geodésia, etc.

O que o autuante reclassificou, se refere a controladores eletrônicos usados em veículos automotores. Embora a Bosch seja fabricante de autopeças, também fabrica inúmeros instrumentos e ferramentas, não sendo possível, *a priori*, que o recorrente tenha vendido controladores eletrônicos usados em veículos, quando a própria descrição fala em **medidores de distância**. Pesquisando no google por TELÊMETRO BOSCH, aparece em diversos sites de venda, o instrumento dessa marca. Assim, **deve ser excluída a NCM do levantamento.**

8) MULTÍMETRO DIGITAL – NCM RECORRENTE 90303100

NCM AUTUANTE/ANEXO. 90303321

Multímetro digital mede grandezas elétricas, tensão, corrente, etc. A NCM do recorrente indica multímetro sem dispositivo registrador.

O que o autuante pretende com a NCM é a de um amperímetro utilizado em automóveis. Embora o fabricante seja também do ramo de autopeças, não se pode asseverar que o multímetro digital não tenha sido a mercadoria vendida. Multímetros digitais da marca Bosch inclusive são facilmente encontrados no mercado livre e em outros sites de venda, como a lojadomecânico.com. Assim **deve ser excluído o NCM.**

9) REGULADOR ELETRONICO

NCM RECORRENTE 90328911 90328919

NCM AUTUANTE/ANEXO 9032892, 90321090

O Recorrente usa NCM de reguladores de voltagem, que protege aparelhos ou sistemas contra conexão acidental em rede 220 v. O que o autuante pretende são controladores eletrônicos do tipo usado em automóveis. Embora o recorrente seja fabricante de autopeças também fabrica inúmeros outros instrumentos não automotivos. Contudo todos os destinatários consultados eram lojas de autopeças, como DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA e REDE ANCORA AUTOPEÇAS, ELETROPAR AUTOPEÇAS, PELLEGRINO DIST AUTOPEÇAS. **Dever ser mantida a NCM nos demonstrativos.**

10) ANEL DE VEDAÇÃO - NCM RECORRENTE – 39269069

NCM AUTUANTE/ANEXO = 6813 e 40169300

O Recorrente utiliza NCM referente a anel de vedação de plástico de seção transversal circular. O autuante coloca no grupo 6813, que é relativo a anéis, pastilhas para freios, embreagens e 40169300 que são juntas de vedação em borracha vulcanizada utilizado em motores de motocicleta. Não há provas de que se trate do anel com NCM pretendido pelo autuante. **Deve ser retirado do lançamento.**

11) CATÁLOGO – NCM RECORRENTE 49111090

NCM AUTUANTE/ANEXO 49111010

O recorrente utiliza código de catálogo relativo a impressos publicitários, catálogos comerciais etc. O autuante utiliza catálogo relativo a uso e manutenção ou reparos de aparelhos máquinas etc., o que é compatível com a atividade do recorrente. **Deve ser mantido pois entendo que catálogos comerciais, em regra, são gratuitos, o que não é o caso destes catálogos.**

12) TUBO NCM RECORRENTE – 73049090

AUTUANTE/ANEXO – 4009, 3917, 5909

Pela nomenclatura adotada pelo recorrente são tubos e perfis ocos de ferro fundido, sem costura. A NCM 4009 se refere a tubos de borracha vulcanizada não endurecida, e acessórios, flanges, juntas, cotovelos. A NCM 3917 são as mesmas mercadorias, porém de plásticos. NC, 5909 são tubos de materiais têxteis. Não há provas pela descrição “TUBO” que seja de borracha, plástico, ou têxtil. **Deve ser excluído do lançamento.**

13) KIT BOMBA COMBUSTÍVEL NCM RECORRENTE 84133010

AUTUANTE /ANEXO – 841330

São bombas para combustíveis, de motores de ignição por centelha a gasolina ou álcool. Não há a menor dúvida que está no anexo, isto que a diferença da NCM é a especificação 10 além do número do anexo 841330 – neste caso, está a se incluir o grupo, sendo irrelevante a especificação final. **Deve ser mantida no demonstrativo.**

14) RELÓGIO COMPARADOR – NCM RECORRENTE 90178090

NCM AUTUANTE /ANEXO – 91040000 e 94012000

São instrumentos fabricados pelo Bosch conforme consulta na internet, para medir curso de cremalheira em bombas. Pode medir distancias muito pequenas como diferença de altura de 2 superfícies. O autuante adotou 91040000, relógios para painéis de instrumentos utilizados em automóveis, embarcações, etc. Já o outro do grupo 9401 são assentos usados em automóveis. A

NCM deve ser retirada do lançamento.**15) MEDIDOR ELETRONICO NCM RECORRENTE 90318099**

AUTUANTE/ANEXO – 90318040

Vê-se que ambos estão no mesmo grupo, 9031, contudo o legislador especificou 90318040 para o anexo, que são aparelhos digitais de uso em veículos automóveis para medida de grandezas, como velocidade, consumo e autonomia (computador de bordo). O recorrente foi autuado, pois o fisco entendeu como sendo automotivo, mas se trata de equipamento para medição de testes de estanqueidade para montagem na linha de usinagem e monta do bloco de motores, ou seja, de uso industrial. Consulta na internet revela que a Bosch fabrica instrumentos de medição de estanqueidade. **Item deve ser retirado do lançamento.**

16) SENSOR TEMPERATURA NCM RECORRENTE 90328925

AUTUANTE/ANEXO – 9032982

NCM RECORRENTE 9032.89.25 - Módulos de controle eletrônico programável com 2 conectores para comunicação elétrica de 64 pinos cada um, utilizados para controlar sistema de injeção de combustível de motores diesel estacionários contendo 4 e 6 cilindros, na faixa de potência de 60 e 1,30kW.

NCM AUTUANTE 9032.89.82. Mercadoria: **Unidade funcional para controle automático de temperatura**, própria para ser instalada em criadouros de aves, constituída de uma central de comando contendo diversos controladores lógico programáveis, dois sensores de temperatura para manejo de cortinas (janelas), quatro sensores de temperatura para acionamento de ventiladores e nebulizadores e um sensor de corrente de ar. As cortinas, ventiladores e nebulizadores não compõem a unidade funcional. Motores para movimentação das cortinas, mesmo apresentados conjuntamente com a unidade funcional, classificam-se separadamente seguindo seus próprios regimes. (SC Coana Nº 231 - 2015 (fazenda.gov.br))

Conforme site de órgão do ministério da fazenda, a NCM utilizada pelo Recorrente não corresponde à descrição SENSOR DE TEMPERATURA, **razão pela qual deve ser mantido no lançamento, pois a NCM utilizada pelo Recorrente se aplica controle eletrônico de sistemas de injeção de combustível e não a sensor de temperatura.**

17) TUBO – NCM RECORRENTE – 85479000

AUTUANTE/ANEXO – 4009, 3917 e 5909

A NCM do recorrente se refere a outras **peças/tubos** isolantes para máquinas, aparelhos e instalações elétricas. O autuante adotou a NCM também de tubos, porém de borracha vulcanizada e de plásticos, etc., **Deverá ser retirado do lançamento.**

18) TUBO - NCM RECORRENTE – 90319010

AUTUANTE/ANEXO – 4009,3917,5909

A NCM utilizada pelo recorrente se refere a partes e acessórios de bancos de ensaio, que em consulta à internet se constata que a Bosch é fabricante. Portanto não tem correlação com tubos de borracha e de plásticos, comuns na construção civil. **Deve ser retirada do lançamento.**

19) FLANGE – NCM RECORRENTE – 730789100

AUTUANTE/ANEXO - 3917

Pela NCM utilizada pelo recorrente, são flanges de ferro fundido ou aço. O autuante utilizou NCM de flanges plásticos. A Bosch é fabricante de flanges para discos de polimentos, conforme simples consulta a internet, assim como de outras ferramentas como marteletes, esmerilhadeiras, etc. **Deve ser retirado do lançamento.**

20) BUCHA – NCM RECORRENTE – 7381600

AUTUANTE/ANEXO – 40169300 e 4823909

O Recorrente utilizou uma NCM de buchas de ferro fundido ou aço, enquanto o autuante entendeu que seriam buchas de borracha ou de material têxtil. No laudo à fl. 547, o recorrente até esclarece que se aplica em ferramentas elétricas. **Deve ser retirado do lançamento.**

21) ANEL DE VEDAÇÃO – RECORRENTE 73182200, 73182100

Arruelas, pinos, anéis, porcas, de ferro fundido, ferro ou aço.

AUTUANTE/ANEXO – 6813 – anéis, rolos, discos, de celulose ou combinadas com têxteis. **Deve se retirar do levantamento.**

22) ANEL DE VEDAÇÃO – RECORRENTE 74152100, 74152900

Artefatos de cobre ou de ferro fundido, arruelas, anilhas

AUTUANTE/ANEXO - 6813 - anéis de celulose ou combinadas com têxteis. **Deve ser retirado do lançamento.**

23) MOLA DE CONTATO – RECORRENTE NCM 74199930

Molas de metal comum ou cobre

AUTUANTE/ANEXO – NCM 7320 - Molas de ferro ou aço. **Deve ser retirado do lançamento.**

24) UNIDADE DE IGNIÇÃO – NCM RECORRENTE 84199010

Aparelhos que fazem mudança de temperatura e suas partes, torrefação, evaporação, de água, não elétricos, etc.

AUTUANTE /ANEXO – NCM 8511

Aparelhos e suas partes, de aquecimento elétrico. **Deve ser retirado do lançamento.**

25) CAIXA DE ENGRENAGENS – NCM RECORRENTE 84669360

Máquinas e aparelhos e suas partes, de posição 8461 – máquinas e ferramentas para aplinar, escatelar, brochar, cortar. Um dos destinatários consultados, Nota Fiscal nº 87509, é IRMÃO FLORES CASA DAS SOLDAS, comércio varejista de ferragens e ferramentas, serrotes, serras, compatível com o NCM aplicado pela recorrente, e não comércio de autopeças ou de máquinas como caldeiras, conforme a NCM aplicada pelo autuante. **Deve ser retirada do lançamento.**

AUTUANTE/ANEXO – NCM 8483

Caixas de transmissão e variadores de velocidade para máquinas como caldeiras e instrumentos mecânicos. **Não há prova que se trate destas mercadorias o que consolida o entendimento acima.**

26) BUCHA – RECORRENTE NCM 84679200

Máquinas e aparelhos elétricos, ferramentas com motor elétrico, e suas partes.

Um dos destinatários consultados é a JK COM LOC E SERV EQUIP, do ramo de aluguel de máquinas, compatível com a mercadoria vendida.

AUTUANTE/ANEXO – 40269300 e 4823909

Juntas, gaxetas, e semelhantes de borracha vulcanizada, e de papel, celulose ou manta. **Deve ser retirada do lançamento.**

27) BUCHA DE GUIA - RECORRENTE NCM – 84819090

Máquinas e aparelhos elétricos, e suas partes. Um dos destinatários é a VILMAK LOCAÇÃO DE MÁQUINAS, compatível com a nomenclatura utilizada. **Deve ser retirada do lançamento.**

AUTUAANTE /ANEXO - 40269300 e 4823909

Juntas, gaxetas, e semelhantes de borracha vulcanizada, e de papel, celulose ou manta

28) MOTOR DE CORRENTE NCM RECORRENTE 85012000

Máquinas e aparelhos, material elétrico e suas partes.

AUTUANTE/ANEXO – 85013110

Máquinas e aparelhos elétricos e suas partes, de potência não superior a 750 W. Não há provas que sejam máquinas descritas pela NCM do autuante. **Deve ser retirado do lançamento.**

29) MOTOR SOPRADOR TÉRMICO – NCM RECORRENTE 85013210

Maquinas, aparelhos elétricos e suas partes, de potência superior a 750W mas não superior a 75KW.

AUTUANTE/ANEXO NCM 85013110

Máquinas e aparelhos elétricos e suas partes, de potência não superior a 750W. **Deve ser retirado do lançamento.**

30) RADIO - NCM RECORRENTE 85279090

Máquinas e aparelhos elétricos e suas partes, de reprodução de som, mesmo combinados num mesmo gabinete com aparelhos de gravação. Em consulta à internet trata-se de um rádio AM-FM da marca SKILL oferecido pela Bosch. Compatível com a descrição da NCM. Na internet é possível encontrar diversos anúncios de rádios AM-FM com essa NCM. **Deve ser retirado do lançamento**

AUTUANTE/ANEXO 851981 e 8525501

Máquinas e aparelhos elétricos, e suas partes, de reprodução de som, sem dispositivo de gravação de som e respectivamente aparelhos e suas partes de reprodução de imagens, mesmo incorporando aparelhos de reprodução de som, câmeras de TV e vídeo.

31) REGULADOR DE VELOCIDADE – NCM RECORRENTE 85369090

Máquinas e aparelhos elétricos para reprodução de som e seus acessórios, eliminadores, tomadas de corrente, para tensão não superior a 1.000 volts.

AUTUANTE/ANEXO – 9029 – outros contadores, taxímetros, indicadores de velocidade e tacômetros. Neste caso, a NCM utilizada pelo recorrente não tem conexão com a descrição, e o autuante tem razão. **Deve ser mantido no lançamento.**

32) SENSOR DE PRESSÃO – NCM RECORRENTE – 85432000

Máquinas e aparelhos elétricos e suas partes, imagens, som, geradores de sinais.

AUTUANTE /ANEXO - NCM 902620 – indicadores de nível, manômetros, medida e controle de pressão. Os sensores de pressão são destinados a lojas de autopeças, como PELLEGRINO AUTOPEÇAS, ELETROPAR AUTOPEÇAS, a indicar que se trata de item automotivo. **Deve ser mantido, pois não corresponde a descrição de peças de máquinas e aparelhos elétricos, visto os destinatários.**

33) CORREIA DENTADA – NCM RECORRENTE – 39269021

Correias de transmissão e transportadoras. Há destinatários como DENTRO TEC DE FERRAMENTAS ELÉTRICAS, OLIVEIRA COM DE FERRAGENS.

AUTUANTE/ANEXO - 49103 correias transportadoras de materiais têxteis. Deve ser retirado do lançamento. **Contudo, as que são identificadas pelo recorrente com a NCM 40103900, deve ser mantida no lançamento.**

33) ANEL O RING E ANEL DE BORRACHA - RECORRENTE UTILIZOU NCM 40169300 QUE ESTÁ NA NCM, CONTUDO NÃO RETEVE. DEVE SER MANTIDO

ENGRENAGEM - o próprio recorrente admite às fls. 572 que a NCM é 84839000, e que se trata do item 49 do anexo e deve ser mantido.

34) MANCAL

O próprio recorrente admite, que está no grupo 8483, folhas 577 e o Anexo estabeleceu este grupo como sendo da ST, **logo quaisquer itens que comecem com a NCM 8483 deve ser mantido no lançamento.**

Dada a imensa quantidade de mercadorias, é certo que há itens que não estão relacionados e que deve o fiscal diligente apreciar se está ou não na substituição tributária, devendo inclusive ter o cuidado de quando a mercadoria já tiver sido classificada pelo Recorrente de acordo com o Anexo do Convênio 41/08, manter no lançamento, como é o caso das correias dentadas que embora tenham NCM incompatível com substituição tributária, pois há aplicação em ferramentas elétricas, deve ser mantida nos casos em que a correia dentada está classificada pelo recorrente na NCM 40103900. Isto também deverá ser observado em outros itens em que o próprio recorrente classificou a NCM como pertencente à ST, mas não fez a retenção.

Após a elaboração do novo demonstrativo, a partir do CD juntado pela diligência à fl. 2061, deverá ser dado vistas ao Recorrente para se pronunciar no prazo de 30 dias, se assim o desejar. Em havendo manifestação, deve ser dado vistas ao fiscal diligente para prestar informação fiscal, se necessário, e em seguida encaminhar o processo para este Conselho de Fazenda.

À fl. 2.210 o auditor fiscal João Kogi Sunano realizou a diligência e encontrou o valor remanescente de R\$118.601,96.

Às fls. 2.216/20 o recorrente se manifestou dizendo que o auditor fiscal andou bem, merecendo elogios neste ponto e concluiu pela procedência parcial, reduzindo ainda mais os valores lançados. Que de 5 milhões, a Junta reduziu para R\$900.000 e em nova diligência, para R\$118.601,96. Que vem atestar a concordância com a conclusão de diligência de acordo com as teses defendidas ao longo do processo. **Requer seja acatada as alegações de defesa, requerendo seja acatada a nova redução pelo auditor fiscal diligente.**

O autuante se manifestou às fls. 2236/37, concordando com a procedência parcial nos termos propostos pela diligência.

VOTO

Trata o julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, em virtude de lançamento no valor total de R\$5.140.533,32, e reduzido após julgamento de primeira instância, para R\$904.711,25, decorrente de 03 infrações:

***Infração 01 - 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 realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia no valor de R\$ 1.184.399,80, acrescido da multa de 60%.*

***Infração 02 - 08.31.036.** 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 no Estado da Bahia, no valor de R\$ 3.564.809,71.*

***Infração 03 - 08.31.02.** Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$ 391.423,81.*

Conforme se verifica no quadro abaixo, os lançamentos foram substancialmente reduzidos após várias diligências efetuadas:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO				
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	MULTA	RESULTADO
01	1.184.399,80	863.733,15	60%	PROC. EM PARTE
02	3.564.809,71	12.761,79	60%	PROC. EM PARTE
03	391.423,81	28.216,31	60%	PROC. EM PARTE
TOTAL	5.140.633,32	904.711,25		

Vejamos inicialmente os fundamentos para a redução ocorrida que ensejou o Recurso de Ofício:

Ao consultar o processo constato que foram efetuadas diligências conforme transcrições abaixo:

Essa 3ª JF, converte os autos em diligência, fls. 885 e 886, para que fosse intimado o Autuado a apresentar:

- i) a descrição completa, a aplicação dos itens arrolados no levantamento fiscal dos três itens da autuação e a qual Convênio ou Protocolo está vinculado acrescentando essas informações em uma coluna adicionada aos demonstrativos de apuração, cuja cópia lhe fora entregue;
- ii) a comprovação inequívoca de que as empresas Kautex Textron do Brasil Ltda. e Visteon Sistemas Automotivos Ltda. utilizam os produtos adquiridos como insumo, ou comercializam nem utilizam como uso ou consumo;
- iii) a comprovação inequívoca do recolhimento da ST pelo destinatário através dos DAEs e a respectiva memória de cálculo por nota fiscal. Caso o autuado apresente os demonstrativos com a descrição e a aplicação dos produtos deverá ser elaborado demonstrativo contemplando a exclusão das operações cujo recolhimento sendo comprovado inequivocamente pelo destinatário o recolhimento do ICMS ST.

O Autuante apresenta conclusão da diligência, fls. 891 a 893, explicitando o atendimento do quanto solicitado e apresenta à fl. 894, novo demonstrativo de débito reduzindo o valor da exigência para: R\$ 867.862,92 - Infração 01, R\$ 3.551.727,76 - Infração 02 e R\$ 28.216,31 - Infração 03

A seguir, nova diligência foi efetuada para comprovação de pagamentos feitos por destinatários, conforme relato abaixo:

Recolhimento efetuado pelo destinatário Eletropar. Afirma que a Eletropar Autopeças Ltda. efetuou o recolhimento do ICMS-ST, relativo a março de 2013, referente às mercadorias sujeitas à substituição tributária que entraram em seu estabelecimento comercial através de um comprovante de pagamento "DAE" (Doc. 10) no valor de R\$ 9.914,15, cuja cópia do DAE acosta à fl. 1103.

Observa que, que o próprio DAE faz referência às notas fiscais a que se refere o pagamento, conforme quadro que acosta à fl. 1103. Destas notas, vê-se que o pagamento de ICMS-ST foi efetuado pelo destinatário para as operações envolvendo as Notas Fiscais de n°s 83456; 84211; 84264; 84305 84560, 735768; 761927; 778156; 778178; 778189(778193; 778/18, 778721, 778726; 792463; 792468/ 817954; 1000799 e 1002255, todas correspondentes à autuação discutida.

Assinala que, nem todas essas notas fiscais mencionadas no DAE tiveram como remetente a Manifestante. Do montante de R\$ 9.914,15, o valor correspondente a R\$ 1.127,74 corresponde ao ICMS-ST devido em relação a operações realizadas entre a Manifestante e a Eletropar.

Recolhimento efetuado pelo destinatário Auto Norte Salienta que a Auto Norte Distribuidora de Peças Ltda. efetuou o recolhimento do ICMS-ST, o qual se evidencia por meio dos lançamentos constantes dos documentos anexos (Doc. 12 e 13), de ICMS-ST no valor de R\$ 11.083,16 o qual deverá ser igualmente abatido do montante do imposto lançado no presente caso.

Diz que igualmente ao item anterior, é necessário realizar uma concatenação entre os valores pagos pelo destinatário e o número das notas fiscais autuadas. Observa que a análise do livro de Registro de Entradas da Auto Norte (Doc. 12 e 13) leva à conclusão de que a destinatária recolheu o ICMS-ST devido. As notas fiscais autuadas que tiveram o recolhimento efetuado foram as seguintes: 817130; 817711; 832235; 793266; 846922; 847337; 699549; 679332; 762077; 757616; 778161; 792867; 793621; 793629; 890353; 891138; 892111; 899607; 845680; 942249; 979459; 979467; 998859; 34646; 79774; 94652; 96615; 121759; 358037

Ante o exposto, e tendo atendido o quanto solicitado no item 3, assevera que se impõe o abatimento também do valor de R\$ 11.083,16, referente ao ICMS cobrado nas operações envolvendo a Auto Norte.

Observando as razões postas nas diligências, e no fundamento do voto recorrido, entendo pertinentes as reduções efetuadas, razão pela qual Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário, dos valores remanescentes, da infração 01, R\$863.733,15 e nas infrações 02 e 03, valores modestos de R\$12.761,79 e R\$28.216,31 em função de comprovação de pagamento pelos destinatários.

O recorrente alega que não conseguiu provar todos os pagamentos efetuados pelos destinatários, já que são muitos, no entanto, sendo sua a responsabilidade pelo recolhimento, não é possível retirar os valores remanescentes só por presunção de que teriam sido pagas.

O valor que impacta realmente o processo em julgamento está apurado então na infração 01. O recorrente trouxe os seguintes argumentos, em resumo:

Indevida cobrança de ICMS-ST sobre operações de saídas de mercadorias para contribuintes que não integram a cadeia econômica automotiva:

Conforme será demonstrado no presente tópico de defesa, a destinação de uma expressiva parcela das operações

de saída realizadas, conquanto as respectivas mercadorias estivessem previstas no Anexo Único do Protocolo nº 41/2008, não ocorreu para contribuintes integrantes da cadeia econômica automotiva, razão pela qual a presunção de ocorrência dos fatos geradores futuros em momento presente (presunção que ampara o regime de substituição tributária) deve ser afastada e o respectivo crédito tributário cancelado.

Como se sabe, a sistemática de substituição tributária do ICMS pauta-se em uma verdadeira presunção para o seu adequado funcionamento enquanto técnica de tributação; trata-se da presunção jurídica – ou ficção, como sustentam alguns autores – de ocorrência futura do fato gerador do imposto.

A presunção, enquanto técnica utilizada em matéria tributária, deve ser utilizada apenas excepcionalmente e parte de um fato conhecido (fato direto ou indiciário) para se chegar a um fato indireto desconhecido cuja ocorrência a experiência empírica revela ser altamente provável uma vez verificada a ocorrência do fato conhecido razão pela qual passa a ser, a partir daquele momento, presumida (fato índice).

Estabelecidas as premissas acima, é importante que sejam identificadas, no presente caso, todas as operações de saída de mercadorias que, embora estejam previstas no Anexo Único do Protocolo nº 41/2008, não estão sujeitas à sistemática de substituição tributária em razão de não terem sido destinados a contribuintes que compõem a cadeia automotiva.

É, com efeito, através das informações que podem ser obtidas a partir do comprovante de inscrição e situação cadastral no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (“CNPJ”) bem como do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (“SINTEGRA”) que se pode demonstrar que todos os destinatários aqui tratados tem por objeto social atividade absolutamente alheia ao setor automotivo evidenciando que sobre essas operações não deve incidir o ICMS-ST.

A título meramente ilustrativo, dentre as diversas mercadorias que compuseram a referida nota fiscal, a Recorrente houve por bem reproduzir, abaixo, excerto do laudo técnico elaborado pelo perito independente Sr. Haroldo Gueiros relativo a uma das mercadorias (Código: 1616.328.042-000), denominada “Engrenagem”:

“EMPRESA: Robert Bosch Limitada – Cawl

NOME TÉCNICO: Engrenagem

FUNÇÃO PRINCIPAL DO PRODUTO: Transmissão de movimento

FUNÇÃO SECUNDÁRIA:

APLICAÇÃO, USO OU EMPREGO: Ferramentas elétricas

MATÉRIA CONSTITUTIVA DA MERCADORIA E SUAS PERCENTAGENS EM PESO E VOLUME: engrenagem de aço.

PROCESSO DE OBTENÇÃO (INDUSTRIAL):


DESCRIÇÃO ESTRANGEIRA: **ENGRENAGEM EM AÇO PARA TRANSMISSÃO DE MOVIMENTO PARA SER UTILIZADO EM FERRAMENTAS ELETRICAS MANUAIS.**

CLASSIFICAÇÃO FISCAL UTILIZADA:

CLASSIFICAÇÃO FISCAL CORRETA: **8483.90.00**” (Original sem destaques.)

Neste sentido, será de grande importância identificar as operações destinadas a consumidores finais e a contribuintes cuja atividade econômica não tenha qualquer relação com o mercado automotivo.

Pegamos, para mera demonstração da prova apontada acima, a operação de saída, ocorrida em 31/01/2012, relativa à Nota Fiscal nº 338017, destinada ao cliente “Fortitec Comércio e Serviço de Ferramentas Ltda - EPP”, inscrita no CNPJ sob o nº 03.762.609/0001-96 e com Inscrição Estadual nº 56569621. Veja-se, primeiramente, a informação relativa ao seu objeto social que consta no comprovante de inscrição e situação cadastral do seu CNPJ:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 19/04/2000
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 03.762.609/0001-96		
MATRIZ		
NOME EMPRESARIAL FORTITEC - COMERCIO E SERVICO DE FERRAMENTAS LTDA - EPP		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) FORTITEC - COMERCIO E SERVICO DE FERRAMENTAS		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 77.39-0-99 - Aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 47.44-0-01 - Comércio varejista de ferragens e ferramentas		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA		
LOGRADOURO	NÚMERO	COMPLEMENTO



Com efeito, observa-se que o contribuinte apontado acima tem como atividade econômica principal o “aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais” e como atividade secundária o “comércio varejista de ferragens e ferramentas”. Não há dúvidas de que o destinatário apontado está muito longe de integrar qualquer parte do ciclo econômico específico do disputadíssimo segmento automotivo.

De fato, de uma análise cuidadosa dos itens autuados, percebe-se que o recorrente tem razão sobre os fatos acima relatados. Vejamos o caso abaixo, fundamentado no pedido de diligência:

ITENS DA LISTA DA FOLHA 832, FEITA PELO AUTUANTE

FLANGE – NCM RECORRENTE – 846379900

Ferramentas pneumáticas, hidráulicas ou com motor (elétrico ou não elétrico) incorporado, de uso manual e suas partes.

NCM AUTUANTE/ ANEXO – 3917 – Tubos e seus acessórios, juntas, cotovelos, flanges, uniões, de plástico.

Obs: simples consulta na internet com FLANGES BOSCH demonstram ser peças para serra de mármore, para esmeris, serra circular, etc. Comumente quando se fala em flanges, se pensa logo nos acessórios de tubulações usados na construção civil ou na indústria petroquímica, e esquecemos que há flanges que se aplicam em ferramentas pneumáticas, hidráulicas, etc., tendo o autuante ao se deparar com a mercadoria identificada como FLANGE, simplesmente atribuiu o NCM 3917, que consta no anexo da substituição tributária, sendo que a NCM desses flanges é completamente diferente – 84637900 e não está na ST.

O mesmo ocorreu com o quinto item do pedido de diligência, que reproduzo abaixo de forma ilustrativa desse voto:

INDUZIDO – NCM RECORRENTE – 85030010

NCM AUTUANTE/ANEXO – 8511

O NCM é do INDUZIDO UTILIZADO PARA TRANSMITIR TORQUE AO EIXO E GERAR CAMPO ELÉTRICO EM BOMBA ELÉTRICA UTILIZADO EM MOTOR ELÉTRICO, e sendo o recorrente fabricante de máquinas e ferramentas elétricas e suas peças, é compatível a venda de tal mercadoria com esta NCM.

Um dos destinatários, MANFLEX COMÉRCIO E SERVIÇOS, é uma loja de peças de compressores, lavadoras de alta pressão, elevadores elétricos, bombas, etc., e não de autopeças como deu a entender a NCM reclassificada pelo autuante. Outra, é a STOCK TOOLS, cuja atividade é a reparação e manutenção de equipamentos eletroeletrônicos de uso pessoal e doméstico. O recorrente à fl. 555 apresenta laudo demonstrando ser peça utilizada em ferramentas elétricas.

O autuante desclassificou, fazendo a utilização da NCM 8511 - que se aplica para aparelhos e dispositivos elétricos de ignição ou de arranque para motores de centelha ou por compressão, como velas de ignição ou de aquecimento, mas sem provas, classificando por conta própria a mercadoria como sendo automotiva, desconsiderando o que estava no documento fiscal do contribuinte, que fabrica peças e ferramentas elétricas, sem fazer prova em contrário, portanto, cabe a exclusão do lançamento.

Como se trata de 31 itens exaustivamente dissecados no pedido de diligência quase sempre com as mesmas fundamentações, considero suficientes os exemplos acima, sendo que alguns itens estão com a mesma NCM embora com descrições diferentes, e foram excluídos do demonstrativo,

embora não exaustivamente relacionados, como é o caso dos flanges e outros acessórios de NCM vinculadas às ferramentas fabricadas pela Bosch e que o autuante desconsiderou a NCM informada no documento fiscal e colocou outra que se aplica na construção civil.

Verifica-se que parte significativa do lançamento se baseou em alterações feitas pelo autuante em virtude de mercadorias de mesma denominação, mas com utilidades diversas, seja no setor automotivo, em máquinas e equipamentos elétricos, mas cujas NCM são diferentes e não estão sujeitas à substituição tributária, sendo pedido que fossem corrigidos em diligência à INFAZ DE ORIGEM.

À fl. 2.210 o auditor fiscal João Kogi Sunano realizou a diligência e encontrou o valor remanescente de R\$118.601,96.

Às fls. 2.216/20 o recorrente se manifestou dizendo que o auditor fiscal andou bem, merecendo elogios neste ponto e concluiu pela procedência parcial, reduzindo ainda mais os valores lançados. Que de 5 milhões, a Junta reduziu para R\$900.000 e em nova diligência, para R\$18.601,96. Atesta a concordância com a conclusão de diligência de acordo com as teses defendidas ao longo do processo.

Requer seja acatada as alegações de defesa, requerendo seja acatada a nova redução pelo auditor fiscal diligente.

Importante ressaltar que o autuante se manifestou às fls. 2236/37, e tendo tomado ciência do pedido de diligência e dos fundamentos ali postos, não fez nenhuma contestação, concordando com a procedência parcial nos termos propostos pela diligência.

Assim a infração 01 foi reduzida para R\$77.623,86, mantidas as infrações 02 e 03 nos valores julgados em Primeira Instância, R\$12.761,79 e R\$28.216,31.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1 Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0071/14-0, lavrado contra **ROBERT BOSCH LIMITADA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.601,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO- REPR. DA PGE/PROFIS