

A. I. N° - 124157.0754/09-2
AUTUADO - MARCOPOLLO S.A.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 20. 05. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0107-01/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/10/2009, exige ICMS no valor de R\$ 24.060,07, acrescido da multa de 60%, em razão de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 49/2008). Consta na “Descrição dos Fatos” que se trata de veículo tipo ônibus completo com carroceria Marcopolo NCM/SH 87021000, elencado na substituição tributária, conforme Protocolo n. 41/08 e 49/08, sem recolhimento do ICMS-ST referente à Nota Fiscal n. 013.415, conforme prevê a legislação do ICMS/BA.

O autuado apresentou defesa às fls. 20 a 27, sustentando que o Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista que a operação objeto da autuação reflete a operação de compra/venda que realizou para a empresa Djalma B. de Souza ME, acobertada pela Nota Fiscal n.013.415, de um “ônibus completo Volare V6 com capacidade para 24 passageiros + 1 auxiliar” “NCM/SH 87.02.1000 EX 02”.

Afirma que em conformidade com a Tabela TIPI, o seu produto deve ser enquadrado na posição 8702.10.00 Ex 02 “Veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluído o motorista com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³”.

Invoca e reproduz o Protocolo ICMS 41/2008, em sua cláusula primeira, para sustentar que a substituição tributária instituída pelo referido protocolo somente é aplicada às operações com os produtos descritos no Anexo Único, acrescido pelo Protocolo ICMS 49/08.

Alega que da análise do Anexo Único do referido Protocolo verifica-se que o produto objeto da operação fiscalizada não se enquadra nos produtos arrolados no anexo, haja vista que consta na posição 72 o seguinte produto: “Carroçarias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabines”.

Assevera que a posição efetivamente ocupada pelo produto representado pela nota fiscal em comento é o da posição 87.02.1000 Ex 02 da TIPI “Veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluído o motorista Ex 02 – Com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³”.

Aponta a diferença existente, dizendo que o protocolo aplica-se às carrocerias para Veículos, já a TIPI menciona o veículo automóvel completo (carroceria + chassi), se ônibus completo vendido pela Marcopolo, composto de carroceria e chassi.

Afirma que o produto vendido não está sujeito à substituição tributária, pois não se enquadra na hipótese da norma veiculada pelo Protocolo 41/2008.

Acrescenta que se verifica no próprio campo “informações Complementares” da Nota Fiscal n. 013.415 que o produto goza de alíquota zero de IPI conforme NCM 87.02.1000 – “EX 02”.

Argumenta que, caso a operação fosse de venda somente da carroceria, sem o Chassi, o enquadramento fiscal seria 87.07, conforme Tabela TIPI, sendo neste caso, cabível falar-se em substituição tributária. Reitera que a operação objeto da autuação não diz respeito a “carroçarias para os veículos das posições 87.01 a 87.05”, conforme prevê o Anexo Único do Protocolo 41/08, mas sim operação com “Veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluído o motorista Ex 02 - Com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³”, sendo ônibus completo sob encomenda de sua fabricação.

Diz que no processo administrativo tributário deve prevalecer a verdade material, invocando nesse sentido posição doutrinária de Antônio da Silva Cabral, Hely Lopes Meirelles e José Souto Maior Borges, assim como do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no julgamento do Recurso Voluntário nº 148.038.

Aduz que diante da cristalina nulidade concernente ao erro no enquadramento legal da infração, bem como na evidente dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposta, impõe-se o cancelamento do presente auto de infração.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 67 a 77, esclarecendo inicialmente que o autuado efetuou operação interestadual com mercadorias elencadas no regime de substituição tributária, na forma do Protocolo ICMS nº 41, alterado pelo Protocolo 49/08, através da Nota Fiscal eletrônica de nº 013.415, contemplando ônibus completo com diversos opcionais (NCM/SH 87021000), descumprindo exigência da legislação pertinente, pelo fato de ter deixado de proceder à retenção do ICMS-ST e/ou deixar de efetuar o pagamento do imposto através de GNRE, devido pela operação na sua origem, conforme exige a legislação do ICMS.

Invoca e reproduz os arts. 370 e 373 do RICMS/BA e o Protocolo ICMS nº 41, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, dizendo que no seu bojo consta expressamente no Anexo Único, a NCM 87021000 descrita para o produto alvo do Termo de Apreensão n. 124157.0745/09-3, objeto da autuação.

Prosseguindo, diz que se trata o autuado de empresa renomada e reconhecida no Brasil como grande fabricante de carrocerias para ônibus e microônibus, conforme demonstrado em seu site na internet www.marcopolo.com.br, cujo espelho encontra-se acostado às fls. 78 e 79 dos autos, tendo como objeto principal de suas atividades, a fabricação de carrocerias e cabines de veículos por encomenda, para serem montados em chassi pertencentes a clientes previamente contratados.

No intuito de confirmar a assertiva acima, sugere que seja observada a Nota Fiscal nº 013.427, anexada à fl. 80 dos autos, cuja descrição do produto “Microônibus completo sob encomenda com carroceria de nossa fabricação” não deixa dúvidas quanto ao produto que está sendo comercializado pelo autuado, ou seja, a carroceria. Observa que a descrição do item carroceria, listado no Anexo Único do Protocolo 49/08 abrange um lapso numérico que vai da posição 87.01 a 87.05, quando o produto comercializado pelo autuado através da Nota Fiscal eletrônica n. 013.415, cujo código NCM 87021000, está inserido nesse intervalo da Nomenclatura e fundamenta o seu entendimento.

Aduz ainda que, caso o impugnante, por hipótese, comercialize o veículo completo com chassi e carroceria, o que diz ser pouco provável, estaria a operação em apreço, também, sujeita à substituição tributária insculpida no convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores, cujo teor transcreve parcialmente:

Frisa que mesmo se o produto comercializado nesta operação for:

conforme alegado pelo impugnante, em nada mudaria a exigência do crédito tributário, exceto pela capitulação do ilícito, haja vista, que ambos os produtos (veículos e carrocerias), fazem parte de Convênio e Protocolo respectivamente, para os quais o ordenamento tributário ancorado nos acordos interestaduais acima citados, exige a substituição tributária do ICMS, por retenção e/ou pagamento de GNRE em favor do Estado signatário e também destinatário do produto. Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, em decorrência de falta de retenção e recolhimento do imposto por parte do autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na venda de um veículo tipo ônibus completo com carroceria Marcopolo NCM/SH 87021000, elencado na substituição tributária, conforme Protocolo n. 41/08 e 49/08, referente à Nota Fiscal n. 013.415, conforme prevê a legislação do ICMS/BA.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante alega que o Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista que a operação objeto da autuação reflete a operação de venda que realizou para a empresa Djalma B. de Souza ME, acobertada pela Nota Fiscal n.013.415, de um “ônibus completo Volare V6 com capacidade para 24 passageiros + 1 auxiliar” “NCM/SH 87.02.1000 EX 02”. Argumenta, ainda, que o Protocolo ICMS 41/2008, em sua cláusula primeira, estabelece que a substituição tributária instituída pelo referido protocolo somente é aplicada às operações com os produtos descritos no Anexo Único, acrescido pelo Protocolo ICMS 49/08, verificando-se que o produto objeto da operação fiscalizada não se enquadra nos produtos arrolados no anexo, haja vista que consta na posição NMC 72 o seguinte produto: “Carroçarias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabines”.

Observo também que o autuante mantém a autuação, sustentando que o autuado efetuou operação interestadual com mercadorias elencadas no regime de substituição tributária, na forma do Protocolo ICMS nº 41, alterado pelo Protocolo 49/08, através da Nota Fiscal eletrônica de nº 013.415, contemplando ônibus completo com diversos opcionais (NCM/SH 87021000), descumprindo exigência da legislação pertinente, pelo fato de ter deixado de proceder à retenção do ICMS-ST. Alega que consta expressamente no Anexo Único, a NCM 87021000 descrita para o produto alvo do Termo de Apreensão n. 124157.0745/09-3, objeto da autuação.

Aduz que, caso o impugnante, por hipótese, comercialize o veículo completo com chassis e carroceria, o que diz ser pouco provável, estaria a operação em apreço, também, sujeita à substituição tributária insculpida no convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores, cujo teor transcreve parcialmente.

Friza que mesmo se o produto comercializado nesta operação for o veículo e não a carroceria, conforme alegado pelo impugnante, em nada mudaria a exigência do crédito tributário, exceto pela capitulação do ilícito, haja vista, que ambos os produtos (veículos e carrocerias), fazem parte de Convênio e Protocolo respectivamente, para os quais o ordenamento tributário ancorado nos acordos interestaduais acima citados, exige a substituição tributária do ICMS, por retenção e/ou pagamento de GNRE em favor do Estado signatário e também destinatário do produto.

Inicialmente, observo que o Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo n.49/08, estabelece que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

Já o Convênio 132/92, dispõe que nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da NCM indicados no Anexo II, fica atribuída ao remetente, n por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do I

saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado.

Verifica-se, claramente, que as duas normas pactuais tratam de mercadorias diferentes. O Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo n.49/08, cuida de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, enquanto o Convênio 132/92 diz respeito à operações de saídas com veículos novos relacionados no Anexo II.

E tanto é assim, que a própria legislação do ICMS do Estado da Bahia, também inseriu as referidas mercadorias no regime de substituição tributária, fazendo a separação entre as duas espécies, conforme se observa nas disposições do art. 353, II, 18 e 30 do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

18 - veículos automotores novos (automóveis de passageiros, jipes, ambulâncias, camionetas, furgões, "pick-ups" e outros veículos) compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH (Convs. ICMS 52/95 e 121/95 - Convs. ICMS 132/92, 143/92, 148/92, 1/93, 87/93, 44/94, 52/94, 88/94, 163/94, 37/95, 45/96, 83/96 e 81/01):

(...)

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;”

Ora, conforme consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, a exigência fiscal diz respeito à venda de um veículo tipo ônibus completo com carroceria Marcopolo NCM/SH 87021000, elencado na substituição tributária, conforme Protocolo n. 41/08 e 49/08, referente à Nota Fiscal n. 013.415.

Observo que na referida Nota Fiscal n. 013.415, consta no campo “Natureza da Operação” o registro de “Venda produção do estabelecimento”, constando na descrição do produto se tratar de “ônibus completo sob encomenda de nossa fabricação...”, não restando dúvida de que se trata de uma operação de saída de um produto acabado, no caso, o veículo.

A título de esclarecimento, devo consignar que o RICMS/BA não fala expressamente de “ônibus” no enquadramento da mercadoria no regime de substituição tributária, mas de veículos com a sua respectiva NCM, sendo que, no presente caso, observo que a NCM/SH 87.02.1000, encontra-se descrita no item 18 do inciso II do art. 353, assim como no Anexo II do Convênio n. 132/92.

Apesar de incorrer em acerto o autuante quando diz que, mesmo se produto comercializado nesta operação for o veículo e não a carroceria é cabível a exigência da substituição tributária do ICMS, por retenção e/ou pagamento de GNRE em favor do Estado signatário e também destinatário do produto, verifico que incorre em erro ao afirmar que, em nada mudaria a exigência do crédito tributário, exceto pela capitulação do ilícito, haja vista, que ambos os produtos (veículos e carrocerias), fazem parte de Convênio e Protocolo, respectivamente.

Isto porque, mesmo sendo cabível a exigência fiscal nos termos do Convênio n. 132/92 e não do Protocolo 41/08 e 49/08, não se deve perder de vista que o processo administrativo é regido dentre outros pelos princípios do devido processo, da garantia de ampla defesa

Ora, o autuado foi acusado de haver descumprido as disposições c

inexistindo na peça acusatória qualquer indicação de descumprimento

certamente levou o impugnante a rechaçar a acusação fiscal apenas quanto ao referido Protocolo. Afinal, não poderia se defender sobre algo de que não fora acusado, o que somente ocorreu quando da informação fiscal prestada pelo autuante. Indubitavelmente, foi cerceado no seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Poder-se-ia questionar se a realização de diligência para ciência ao contribuinte da informação fiscal não seria suficiente para sanar tal vício, contudo, entendo que a partir do momento em que a descrição do fato e sua capitulação legal não estão em conformidade com o fato real nem com o direito aplicável, não há como converter o processo em diligência para dar prosseguimento a lide, por implicar em mudança do fulcro da imputação, o que representa ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Ademais, identifico na descrição da infração uma impropriedade quanto à correta situação fática, haja vista que acusa a *falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, pelo sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia*, quando o veículo foi adquirido por uma empresa prestadora de serviço de transporte, no caso, Djalma B. de Souza –ME, Inscrição Estadual n. 059.691.190, cuja destinação do veículo, certamente, não é para revenda, mas sim para incorporação ao ativo imobilizado.

Vale salientar que o Convênio n. 132/92, além de dispor sobre a responsabilidade do remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista, também dispõe sobre a responsabilidade pela retenção e recolhimento referente à **entrada com destino ao ativo imobilizado**.

Nesta linha de entendimento, a acusação fiscal deveria indicar a falta de recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à entrada com destino ao ativo imobilizado e não relativo às operações subsequentes, haja vista que estas não se realizarão.

Diante do exposto, considero nulo o Auto de Infração, com fulcro no art. 18, inciso II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, ao tempo em que recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 mesmo Diploma regulamentar.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 124157.0754/09-2, lavrado contra **MARCOPOLO S.A.** Recomendada a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme disciplina do art. 21 do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR