

A. I. N° - 124157.0851/10-1
AUTUADO - MARCOPOLO S.A.
AUTUANTES - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT METRO
INTERNET 23.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0358-05/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NÃO RETIDO. Restou comprovado nos autos que o ônibus remetido pelo autuado para a Prefeitura Municipal de Ribeira do Pombal se destina ao transporte de estudantes da rede municipal de educação, figurando, assim, o destinatário como consumidor, a teor do inciso VII do art. 355 do RICMS/97, inexistindo, portanto, operações subsequentes a serem alcançadas pela substituição tributária. Infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/04/2010, exige ICMS no valor de R\$ 24.230,89, acrescido da multa de 60% em razão da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, na venda realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Consta dos autos o Termo de Apreensão e Ocorrências n° 124157.0851/10-1, fls. 4 e 5, o Conhecimento de Transporte n° 010487, fl. 7, e o DANFE da Nota Fiscal n° 000.025.165, fl. 8, ambos tendo como destinatário a Prefeitura Municipal de Ribeira do Pombal no Estado da Bahia.

O autuado, em sua impugnação às fls. 19 a 26, inicialmente, discorre sobre a tempestividade de sua peça impugnativa e transcreve a “Descrição dos Fatos”, a “Infração”, o “Enquadramento” a “Tipificação” e a “Multa Aplicada”, todos esses itens constantes do Auto de Infração, fl. 01.

Diz que vendeu através da Nota Fiscal n° 025.165 um Ônibus Completo Volare V8L, com capacidade para 31 passageiros + um auxiliar – NCM /SH 87.02.1000 EX 02 para a Prefeitura Municipal de Ribeira do Pombal, observa que o produto goza da alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Esclarece que, de acordo com o Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08 trata de operações com peças, partes, componentes, acessórios de uso específico em automotivos, e que a mercadoria, objeto do presente auto de infração, se constitui de um veículo automotor completo (carroceria + chassi). Portanto, acrescenta que não está sujeita a substituição, pois não se enquadra na situação hipotético-condicional da norma veiculada pelo Protocolo ICMS 41/2008.

Assevera que no processo administrativo deve prevalecer o princípio da verdade material e, para corroborar essa sua assertiva transcreve trechos das obras dos administrativistas pátrios, Antônio da Silva Cabral, Hely Lopes Meirelles e José Souto Maior Borges, nos quais destacam a predominância e a prevalência da busca pela verdade material. Nessa direção, acrescenta ainda a transcrição da ementa do Recurso Voluntário n° 148.038, de decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, relatado pelo Conselheiro Fonte Filho evidenciando a importância e a prevalência da busca da verdade administrativa.

Conclui requerendo a extinção do Auto de Infração ante o erro no enquadramento legal da infração que lhe fora atribuída, bem como pela evidente dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposta.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 51 a 61, inicialmente, discrimina de forma resumida as alegações defensivas e transcreve trechos dos Convênios ICMS 049/08 e 132/92.

Ressalta que o autuado é um renomado fabricante de carroceria e cabines para ônibus e microônibus, veículos por encomendas para serem montados em chassi pertencentes a clientes previamente contratados.

Destaca que a descrição do item carroceria, listado no Anexo Único do Protocolo nº 49/09 abrange um lapso numérico que vai da posição 87.01 a 87.05, e o produto comercializado pela autuada através da Nota Fiscal nº 0025.165 de NCM 87021000, está inserido nesse intervalo da Nomenclatura e embasa a sua interpretação aplicada para lavratura do presente Auto de Infração.

Assevera ainda que, mesmo por hipótese, o autuado comercializasse o veículo completo, com chassi e carroceria, como alegado em sua defesa, estaria também a operação sujeita à Substituição Tributária, consoante previsão estatuída no Convênio ICMS 132/92, que alcança as operações com veículos automotores.

Conclui requerendo a manutenção do presente Auto de Infração tendo em vista que o autuado deixou de atender à exigência fiscal, no tocante à antecipação tributária do ICMS-ST.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, consoante previsão constante do Convênio ICMS 132/92, decorrente da operação de venda para adquirente no Estado da Bahia através da Nota Fiscal nº 025165, discriminada como sendo um Ônibus Completo – Volare V8L, com capacidade para oito passageiros.

Inicialmente, verifico que emerge do contraditório estabelecido nos autos o questionamento se a exigência encontra respaldo no sistema de substituição tributária, hipótese em que caberia ao remetente, ora autuado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, conforme inteligência emergente da cláusula primeira do Convênio 132/92, “in verbis”

“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, indicados no Anexo II, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado” –

[...]

Anexo II trecho do aludido Convênio

8702.10.00 - VEÍCULOS AUTOMÓVEIS PARA TRANSPORTE DE 10 PESSOAS OU MAIS, INCLUINDO O MOTORISTA, COM MOTOR DE PISTÃO, DE IGNIÇÃO POR COMPRESSÃO (DIESEL OU SEMIDIESEL), COM VOLUME INTERNO DE HABITÁCULO, DESTINADO A PASSAGEIROS E MOTORISTA, SUPERIOR A 6M3, MAS INFERIOR A 9M3.

Da transcrição acima do dispositivo normativo interestadual, se depreende claramente que o veículo objeto do lançamento encontra-se elencado no Anexo II do Convênio ICMS 132/92 que serve de esteio à exigência, ora em lide.

Entretanto, o fato de constar o produto, objeto da operação em ques~
sujeitas à substituição tributária, por si só, não se constitui condi~
desse instituto. Eis que, se trata de uma condição necessária, ten

preconiza excepcionalidades que devem ser consideradas, e nessa circunstância, impõe-se, imperativamente, análise minudente para se obter o efetivo alcance do instituto em cada caso concreto.

O art. 355 do RICMS/97, trecho a seguir transcrito, dispõe, justamente algumas das exceções supra aludidas.

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

[...]

V - a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado;

VI - a contribuinte cuja operação subsequente estiver amparada por isenção ou não-incidência;

VII - a consumidor final.

Ora, é de conhecimento assente que a essência da substituição tributária visa, em sua natureza intrínseca, antecipar o recolhimento do imposto devido e atinente às operações tributáveis ulteriores na cadeia de circulação de mercadorias. Portanto, imperativamente, há que se atentar, na sua aplicação, o encadeamento e a destinação subsequente da mercadoria objeto da autuação.

Em que pese o mencionado Convênio se referir às operações interestaduais com veículos novos, como condição para a atribuição ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, convém frisar a ressalva constante do próprio texto normativo de se tratar de “imposto que será devido nas saídas subseqüentes”.

No caso concreto, ao compulsar os autos, precipuamente o inteiro teor da Nota Fiscal nº 025.165, fl. 08, e a “Autorização” colacionada à fl. 09, conteúdo esse não contestado em momento algum pelo autuante, verifico que o ônibus Volare, adquirido pela Prefeitura Municipal de Ribeira do Pombal é destinado ao transporte escolar municipal e decorre de ação abrigada pelo Programa do Governo Federal através do “Projeto Caminho da Escola”, tendo sido a operação inicial amparada pela alíquota de IPI zero, isenção do ICMS do Estado remetente, além da alíquota zero para o PIS e COFINS, consoante exposição expressa no campo “Dados Adicionais”.

Ademais, constato ainda, que a condição de exoneração do autuado da responsabilidade pela substituição tributária do ICMS devido na operação ora em exame, pode e deve ser também fundamentada pelo Convênio ICMS 53/2007, cujo prazo de vigência prorrogado pelo Convênio ICMS 01/10, que preconiza em sua cláusula primeira, § 1º), que garante a isenção do ICMS as operações com ônibus, micro-ônibus, e embarcações, destinados ao transporte escolar, adquiridos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação - MEC, instituído pela RESOLUÇÃO/FNDE/CD-Nº 003, de 28 de março de 2007.

Nesse caso, em função das circunstâncias que envolvem e caracterizam o presente caso, consoante se afigura, de forma insofismável, que a operação objeto da infração única do presente Auto de Infração não é alcançada pelo instituto da Substituição Tributária.

Dessa forma, entendo ser descabida a exigência colimada no lançamento, desobrigado que se encontra o sujeito passivo de reter e recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Pelo exposto, restou descaracterizada a infração objeto do presente Auto de Infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0851/10-1**, lavrado contra **MARCOPOLO S. A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA