

A. I. N° - 124157.0860/10-0
AUTUADO - SAN MARINO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 17.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0388-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (CARROCERIA PARA ÔNIBUS). FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No caso concreto, o emitente dos citados documentos fiscais não configura no pólo passivo da suposta obrigação tributária, por se tratar de uma remessa por conta e ordem de terceiro. Configurada a ilegitimidade do sujeito passivo e, conseqüentemente a nulidade do Auto de Infração. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/04/10, exige ICMS no valor de R\$ 65.615,58, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de retenção e/ou GNRE do imposto devido na operação pelo remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, em relação à mercadoria (carroceria de ônibus), NCM constantes nos DANFES n° 12614 e 12755, enquadrada no regime de substituição tributária conforme Convênio ICMS 49/08. Foram dados como infringidos as cláusulas primeira a quinta do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, e tipificada a multa no art. 42, II, “e”, da Lei n°. 7.014/96.

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, na defesa tempestivamente apresentada às fls. 18 a 36 dos autos, haja vista a ciência do Auto de Infração em 19/05/10, conforme Aviso de Resposta (AR), à fl. 16, e defesa postada em 18/06/10, consoante observação à fl. 17, preliminarmente, arguiu a nulidade do lançamento de ofício pela inobservância dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à espécie, do que, através de doutrina, aduz que “Como restou claro da leitura da lição suso transcrita, os atos e procedimentos administrativos integram as atividades-meio, e o agente administrativo responsável pela realização destes atos e procedimentos só pode agir de acordo com o que a *lex* ordena”, cujo primado foi consagrado como princípio da vinculação do ato administrativo. Assim, com base na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é uma objetividade absoluta e o comportamento, além de ser exigido, é exatamente especificado. Destarte, o agente da administração que de outra forma agir estará inquinando seu ato de vícios que resultarão, inevitavelmente, na invalidação do mesmo e, conseqüentemente, de seus efeitos. Cita legislação (art. 166 CC e art. 110 CTN).

Cita que o Auto de Infração está eivado de vício que o contamina em sua integralidade, tendo, como efeito, a sua nulidade, uma vez que o mesmo teve seu procedimento enquadrado como infração porque “Deixou de proceder à retenção de ICMS e o conseqüente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia” (sic). Salienta que tal capitulação está totalmente equivocada, pois a impugnante não realizou venda para contribuinte localizado no Estado da Bahia, sendo que a nota fiscal emitida trata-se de remessa por conta e ordem de terceiro, conforme se verifica na natureza da operação informada nas notas fiscais. Logo, o autuado não se enquadra nas previsões legais como contribuinte por substituição tributária, não tendo Estado da Bahia de recolhimento do ICMS, pois a venda se realizou Iveco Latin América Ltda., que se localiza no Estado de Minas

destacou os impostos. Salienta, ainda, que na própria nota fiscal de venda consta claramente a natureza da operação “Remessa p/ Conta e Ordem” e o código fiscal da operação “6.949”, que indicam que a venda não foi realizada aos destinatários das notas fiscais, porém foram vendidas a um terceiro, devidamente identificado nos dados adicionais, que requereu que a mercadoria fosse remetida diretamente aos destinatários na Bahia.

Diante do exposto, entende o autuado que não é sujeito passivo ao recolhimento de ICMS por substituição tributária ao Estado da Bahia, do que cita os artigos 411 e 413 do RICMS/BA, sob pena de afrontar ao princípio da legalidade tributária, expresso no art. 150, I, da Constituição Federal, além de decisões judiciais.

No mérito, o autuado reitera todas as argumentações anteriores, sustentando a inocorrência da conduta típica que fundamenta o presente Auto de Infração, uma vez que a operação de remessa por conta e ordem por ele efetuada não está sujeita ao destaque e recolhimento do ICMS por substituição tributária, muito pelo contrário, pois, como já citado anteriormente, o art. 411 do RICMS/BA estabelece que o ICMS não deve ser destacado, senão na nota fiscal que é enviada ao adquirente originário da mercadoria. Assim, aduz o autuado que não incidiu na conduta típica prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº. 7.014/96.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração, eis que restou demonstrada não só a sua ilegalidade, mas também a sua inconstitucionalidade, ou a sua improcedência, eis que o autuado não é sujeito passivo ao recolhimento de ICMS por substituição tributária ao Estado da Bahia.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 61 e 71 dos autos, após transcrever a acusação fiscal, os artigos 370 e 373 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97 e o Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, aduz que o ordenamento tributário dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, onde, no seu bojo, consta citado nominalmente no Anexo único, a NCM 87021000, descrita para o produto objeto da autuação.

Salienta o preposto fiscal que o autuado é empresa renomada e reconhecida em nosso país como grande fabricante de carroçaria para ônibus e microônibus, cujo objeto principal de suas atividades é a fabricação de carrocerias e cabines de veículos por encomenda, para serem montadas em chassis pertencentes a clientes previamente contratados.

Observa o autuante que a descrição do item carroceria, listado no Anexo Único do Protocolo ICMS 49/08 abrange um lapso numérico que vai da posição 87.01 a 87.05, e o produto comercializado pelo autuado através da nota fiscal eletrônica, cujo código NCM 87021000, está inserido nesse intervalo da Nomenclatura e embasa a sua interpretação.

Aduz o autuante que, mesmo considerando, por hipótese, que o autuado comercialize o veículo completo com chassi e carroceria, o que no seu entender é pouco provável, estaria a operação em apreço, também, sujeita à substituição tributária ancorada no Convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores, conforme transcreve.

Assim, concluiu o preposto fiscal que, ainda que o produto comercializado nesta operação tenha sido faturado por conta e ordem de terceiro localizado no Estado de Minas Gerais, como alega o autuado, há de se considerar que a impugnante não reteve o ICMS-ST nas notas fiscais que supostamente teria dado origem à operação, onde deveriam constar os destaques do imposto devido, inclusive do ICMS Substituição Tributária, haja vista que o Estado de Minas Gerais, também é signatário do Protocolo ICMS 41/08. Também, segundo o autuante, há de considerar, ainda, que os produtos em questão foram fisicamente enviados para o Estado da Bahia, que é, de fato, o destinatário final das mercadorias consignadas nos DANFE’s citados, em favor do qual deveria ter sido retido o imposto ora exigido, conforme previsto no texto legal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado contra a empresa “SAN MAR LTDA, localizada no Estado do Rio Grande do Sul, para exigir a re

na condição de sujeito passivo por substituição, em relação à operação de venda de carrocerias de ônibus, constante dos DANFE's nº. 12614 e 12755, elencadas na substituição tributária conforme Protocolo ICMS 49/08, destinadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia sem recolhimento do ICMS-ST.

O autuado, preliminarmente, argüiu a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que não é sujeito passivo ao recolhimento de ICMS por substituição tributária ao Estado da Bahia, pois não realizou venda para contribuinte localizado no Estado da Bahia, sendo que a nota fiscal emitida trata-se de remessa por conta e ordem de terceiro, conforme se verifica na natureza da operação informada nas notas fiscais.

Realmente, da análise das peças processuais, se verifica que os documentos fiscais a que se reporta a acusação fiscal (DANFE's nº. 12614 e 12755), constantes às fls. 7 e 8 dos autos, apesar de constarem como destinatários Prefeituras dos Municípios baianos de Tapiramutá e Jussiapé, não consignam operação de venda do emitente, ora autuado, mas, sim de "REMESSA P/ CONTA E ORDEM" de "CARROCERIA DE ONIBUS CITY CLASS IVECO 70C 16 ESCOLAR", tendo sido gravado no "Campo Adicionais", a exemplo do DANFE nº. 12614, as seguintes informações complementares:

ICMS NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. # IPI NÃO OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR. "O VEÍCULO DESCRITO NESTA NOTA FISCAL FOI FABRICADO DE ACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DA NBR 14022: 2006 E SUAS ALTERAÇÕES E/OU DA NBR 15570:2008 E SUAS ALETRAÇÕES E/OU DA ABNT 15320:206 E SUAS ALTERAÇÕES." REMESSA POR CONTA E ORDEM DA EMPRESA IVECO LATIN AMERICA LTDA, ROD. MG 238, KM 73,5 – SETE LAGOAS – MG CEP: 35.701-482, CNPJ 01.844.555/0005-06 I.E.: 6727174170154, IMPOSTOS DESTACADOS EM NOSSA NF 12348 DE 29/03/2010 E NA NF IVECO 37821 SÉRIE 38 DE 31/03/2010 FATURADO PELA PRÓPRIA IVECO. / CARROCERIA DE ÔNIBUS CITY CLASS IVECO 70C 16 ESCOLAR TIPOI: CIY CLASS COR: AMARELA CAPACIDADE: 28 N. CARROCERIA: BUSMBABFNA403455SANM RENAVAN: 415775 MARCA/MODELO: IVECO/70C 16 CITY CLASS E ANO DE FABRICAÇÃO: 2010 CHASSI MARCA/MODELO: CHASSI IVECO 70C 16 375DEE N. CHASSI: 93ZL68B01A8413130" N. MOTOR: 7064981

Já em suas razões de defesa, o autuado anexa, como prova de suas alegações, às fls. 52 a 57 dos autos, todos os documentos fiscais envolvidos na operação, como passamos a descrever:

. DANFE nº. 12348, de 29/03/2010, emitido pela SAN MARINO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA (RS), contra IVECO LATIN AMÉRICA LTDA (MG), operação sob natureza "INDUSTRIAL. EFET. P/ OUT. EMPR.", relativa à "CARROCERIA DE ÔNIBUS CITY CLASS IVECO 70C 16 ESCOLAR", no valor de R\$ 64.700,00 e ICMS de R\$ 7.764,00;

. DANFE nº. 37821, de 31/03/2010, emitido pela IVECO LATIN AMÉRICA (MG), contra PREFEITURA MUNICIPAL DE TAPIRAMUTA (BA), operação sob natureza "VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO A NÃO CONTRIBUINTE", relativa à "IVECO CITY CLASS 70C16" (ÔNIBUS, 0 KM), no valor de R\$ 123.000,00, sem tributação de ICMS e IPI;

. DANFE nº. 12614, de 08/04/2010, emitido pela SAN MARINO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA (RS), contra TAPIRAMUTÁ PREFEITURA (BA), operação sob natureza "REMESSA P/ CONTA E ORDEM", relativa à "CARROCERIA DE ONIBUS CITY CLASS IVECO 70C 16 ESCOLAR" no valor de R\$ 123.000,00, sem tributação de ICMS e IPI;

Logo, restou comprovado que as operações objeto deste Auto de Infração se tratam de "Remessa por conta e ordem de terceiro" e, como tal, o emitente dos citados documentos fiscais não configura no pólo passivo da suposta obrigação tributária a qual se reporta o lançamento de ofício, estando, assim, configurada a ilegitimidade do sujeito passivo e, conseqüentemente a nulidade do Auto de Infração, visto que as carrocerias consignadas nos DANFE's de nºs 12614 e 12755 foram, efetivamente, vendidas pela empresa Iveco Latin América Ltda (MG), através dos DANFE's de nº 37821 e 37630, (dados adicionais – fl. 53) quando das vendas de ÔNIBUS (carroceria, chassis e motor).

Do exposto, acolho a preliminar de nulidade argüida pelo patron Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0860/10-0**, lavrado contra **SAN MARINO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR