

PROCESSO	- A. I. N° 1241570800/09-4
RECORRENTE	- SAN MARINO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0365-02/10
ORIGEM	- IFMT – METRO
INTERNET	- 06/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PEÇAS PARA VEÍCULOS). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imposto devido por substituição tributária em operações com peças e acessórios para veículos destinados ao Estado da Bahia. NCM/SH previsto no anexo único do Protocolo 41/08, modificado pelo Protocolo 49/08. Correta aplicação do percentual de 56,9%, a título de margem de valor agregado (MVA), nos termos da Legislação aplicável e dos referidos Protocolos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão re-corida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0365-02/10, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que imputou ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração:

“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)

Enquadramento: Cláusula primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo 49/08.

Tipificação: Art. 42, inciso II, alínea ‘e’ da Lei nº 7.014/96

Multa aplicada: 60%”

Houve apresentação de Defesa (fls. 16 a 32), de uma informação fiscal exemplar (fls 58 a 67) da lavra do Sr. Antônio José dos Santos e, em seguida, nova manifestação do contribuinte (fls 74 a 90), rebatendo todos os pontos da peça do Auditor Fiscal.

Em termos, o presente PAF foi a julgamento pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que proferiu o seguinte voto (fls. 93 a 95), *in verbis*:

“VOTO

O presente processo exige ICMS sob alegação de que o autuado não efetuou a retenção do referido imposto e o seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme determina o Protocolo ICMS nº 49/2008.

O autuado, por ocasião de sua peça defensiva, alegou que as mercadorias objeto da autuação não estão enquadradas no Protocolo 41/08 e 49/08.

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que na Nota Fiscal nº 000010192, folha 09 dos autos, o produto é “Carroceria de ônibus Spectrum Road 330 Volkswagem”, código 1323138005, classificação NCM n. 87021000, estando o remetente localizado no Estado do Rio Grande do Sul, unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 49/08.

Verifico que o Protocolo ICMS 49/08, que alterou o Protocolo ICMS 41/08, dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros. O § 1º do Protocolo ICMS 49/08, estabelece que o disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes e acessórios, listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por es-

tabelecimento de industrial ou comercial de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos, agrícolas e rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios.

Constato que no Anexo Único do citado Protocolo, está incluído o código NCM consignado na Nota Fiscal nº 000010192, folhas 09, conforme quadro abaixo do Anexo Único:

ITEM	DESCRIÇÃO	NCM/SN
72	<i>Carroceria para veículos Automóveis, posição 8701 a 8705, incluídas as cabines</i>	87-07

Logo, entendo que a infração restou caracterizada, uma vez a mercadoria objeto da autuação está relacionada no item 72 do Anexo Único do Protocolo ICMS 49/08 e estando o remetente localizado no Rio Grande do Sul, signatário do referido protocolo, deve o remetente efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.”

Irresignado com tal Decisão, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário (104 a 120) para a reforma do julgamento da 1ª Instância.

Preliminarmente, alega nulidade do Auto de Infração pela inobservância dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis à espécie. Indica que foi ferido o princípio da vinculação do ato administrativo. Cita doutrina de Clarissa Sampaio Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello. Afirma que “*Os atos administrativos praticados com vícios não podem subsistir, sob pena de afronta a todo o arcabouço jurídico que rege o atuar da Administração Pública*”. Em socorro a sua tese de ato nulo, transcreve os artigos 145 do Código Civil de 1916, 166 do Código Civil de 2002 e 110 do Código Tributário Nacional.

Aponta ainda, como preliminar, que o procedimento foi enquadrado como “*operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo*” (ICMS 41/08), concluindo que “*tal capitulação está equivocada, pois não há previsão de enquadramento do produto comercializado pela Impugnante no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08*”, pois o produto comercializado pela impugnante não estaria relacionado entre as NCM relacionadas no referido protocolo.

Afirma que na própria nota fiscal (fl 09), consta à classificação do produto o NCM/SN 87021000, classificação que não se encontraria relacionada entre as dispostas no Anexo Único do Protocolo 41/08. Propala que essa situação afronta o princípio da legalidade. Cita e transcreve os arts. 150, I da CF/88 e 9º do CTN para aduzir que “*Resta completamente demonstrada, portanto, não só a ilegalidade, mas também a inconstitucionalidade do Auto de Infração*”.

No mérito, indica que não houve a ocorrência da conduta típica que fundamentaria o presente Auto de Infração.

Inicia sua argumentação falando sobre a competência tributária para a instituição do ICMS na CF, analisando o seu o art. 155.

Após adentra o enquadramento da infração. Transcreve as normas imputadas do Protocolo de ICMS 49/2008 e alega, mais uma vez, que “*o produto comercializado pela Impugnante não está elencada dentre os indicados no Anexo Único do Protocolo ICMS 49/08*”, apontando que a classificação NCM/SN 87021000, referente à mercadoria comercializada pelo recorrente, não está relacionada no citado protocolo. Diante desse fato, aduz que o Auto de Infração foi erroneamente lavrado e que o Impugnante não é o sujeito passivo quanto ao recolhimento de ICMS por substituição tributária.

Ainda como argumentos de sua tese, cita o inciso LIV do art. 5º da Carta Magna, apontando que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” e, o inciso IV do art. 150 da Constituição, lembrando que é vedado aos Entes da Federação “*utilizar tributo, com efeito, de confisco*”. Neste sentido, apóia-se na lição de Ives Gandra da Silva Martins.

Arremata sua defesa dizendo que “*a Impugnada tenta impor a Impugnante um tributo do qual está não é devedora, pois, está não se enquadra nas disposições dos Protocolos 41/08 e 49/08 que obrigam a retenção de ICMS por substituição tributária, e caracteriza, peremptoriamente, a prática de confisco*”.

Por fim, pede em sede de preliminar, a anulação do Auto de Infração diante da ilegalidade e inconstitucionalidade e, no mérito, o provimento do presente recurso por não incidir na conduta típica do art. 42, inciso II, alínea ‘e’ da Lei nº 7.014/96, pois, o produto comercializado não está sujeito a recolhimento de ICMS por antecipação.

Após o processamento do recurso, o PAF foi encaminhado a PGE/PROFIS para análise e elaboração de Parecer opinativo. Nesta feita, a ilustre procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão guerreado.

Ressalta que as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidades da legislação tributária estadual não poderão ser apreciadas por esta Câmara de Julgamento Fiscal, em face ao disposto no art. 167, II do RAPAF/99.

Comenta que a argüição preliminar de nulidade do Auto de Infração deve ser rechaçada, pois, entende que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual. Fala que o lançamento atende todos os requisitos do art. 39 do RPAF/99.

Quanto à alegação sobre o NCM/SH da mercadoria produzida pelo recorrente, afirma que o “*documento fiscal colacionado nos autos demonstra que a mercadoria (carroceria de ônibus Spectrum Road 330 Volkswagen, código 1323138005, classificação NCM nº 87021000) está relacionada no item 72 do anexo Único do Protocolo ICMS 49/08*”.

Aponta também, que o remetente está localizado no Estado do Rio Grande do Sul e que este é signatário do referido Protocolo, o quê gera o dever do remetente em proceder à retenção e o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia.

Por fim, opina pelo Não Provimento do Recuso Voluntário.

VOTO

A Decisão recorrida manteve os termos do Auto de Infração lavrado contra o recorrente, a qual alega no Recurso Voluntário interposto, como preliminar, a nulidade do procedimento, por ferir os princípios da vinculação do ato administrativo e da legalidade tributária.

Entendo que ambos os princípios foram observados, não merecendo nenhum reparo o julgamento de 1ª Instância. Pela análise dos autos, vejo que todos atos foram corretamente praticados pela autoridade fiscal, com respeito ao disposto no art. 39 do RPAF/99, o que demonstra a observância ao princípio da vinculação do ato administrativo.

Vale ressaltar que, no presente PAF, houve total consideração ao direito de defesa e do contraditório, conforme preceitua o art. 18 do citado Regulamento.

Quanto à legalidade tributária, entendo que o enquadramento da infração e a tipificação da conduta estão embasadas em normas vigentes e aplicáveis ao caso. Portanto, comungo da opinião da PGE/PROFIS de que as argüições de nulidade deve ser rechaçada.

Em face ao disposto nos artigos 167, I do RAPAF/99 e art. 125, I do COTEB, não enfrento a argüição de inconstitucionalidade elaborada pelo recorrente, pois falece competência ao CONSEF neste sentido.

Em relação ao mérito, o recorrente alega, em síntese, que o seu produto comercializado não está elencado dentre os indicados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, não estando sujeito a recolhimento de ICMS por antecipação, desconfigurando a subsunção ao preceito do art. 42, inciso II, alínea ‘e’ da Lei nº 7.014/96 e, consequentemente, restar improcedente o Auto de Infração.

Entretanto, não compartilho desse ponto de vista.

Primeiramente, entendo como devida à exação, pois, por força do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo de 49/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no seu Anexo Único, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas que celebraram este protocolo, do qual a Bahia e

Rio Grande do Sul são signatários, ficando 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 (cláusula primeira). Devendo o imposto ser recolhido por GNRE.

Já em relação ao argumento de que o produto comercializado não estaria elencado no Protocolo ICMS 41/98, não o acato. Foi claramente demonstrado na informação fiscal (fls 58 a 67) e consignado na Decisão de 1º grau (fls. 93 a 95), que o referido protocolo relaciona no item 72 do seu Anexo Único à mercadoria “*Carroceria para veículos Automóveis, posição 8701 a 8705, incluídas as cabinas*”.

Ora, o NCM/SH que consta na nota Fiscal de nº 000010192 (fl. 09), referente ao produto “Carroceria de ônibus Spectrum Road 330 Volkswagem” é o de número 87021000, entendo que esta mercadoria está enquadrada dentro do intervalo apontado no Protocolo ICMS 41/08, e, portanto, sua comercialização está sujeita as regras previstas neste diploma legal e na legislação do Estado da Bahia pertinente ao fato gerador.

Assim sendo, não há como acolher a tese defensiva de que a sua mercadoria não estaria abrangida pela norma tributária que determina a sujeição passiva por substituição, relativamente a operações interestaduais realizadas pelo recorrente com contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Nesse sentido, entendo corretíssima a Decisão da 2ª JJF.

Por fim, devo ressaltar que a apuração da base de cálculo do imposto devido, com aplicação de MVA-ST de 56,90% foi corretamente calculada no demonstrativo de débito de fl. 03 Adoto essa conclusão, pois, o demonstrativo de débito está de acordo com os preceitos do art. 61, II, ‘a’ do RICMS (referente à base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição), combinado com a Cláusula Segunda, §2º, II e §3º, II do protocolo 41/08 (referente ao cálculo do MVA-ST), como também o disposto no anexo 88 do RICMS (cálculo do sobre margens de valor adicionado (MVA) para antecipação ou substituição tributária).

Diante do tudo exposto, alinho-me ao Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 124157.0800/09-4, lavrado contra SAN MARI NO ÔNIBUS E IMPLEMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$31.024,30, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS