

A. I. N° - 124157.0290/12-6
AUTUADO - MARCOPOLLO S.A.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 25/02/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0037-03/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No caso concreto, trata-se de produto não compreendido entre os especificados na cláusula primeira do Convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores, atribuindo ao importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/01/2012, exige ICMS no valor de R\$ 12.230,00, 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 (Convênio ICMS n° 132/92). Consta na “Descrição dos Fatos” que se trata de veículo novo, tipo ônibus completo, com carroceria Marcopolo NCM/SH 87021000, acobertado pela nota fiscal n° 013.415, produto elencado na substituição tributária, conforme Convênio anteriormente citado, sem a retenção do imposto devido ou o comprovante de pagamento – GNRE, referente ao ICMS diferença de alíquotas do veículo destinado ao ativo imobilizado. Consta ainda, que o termo de apreensão foi lavrado em substituição ao de n° 124157.0745/09-3 que foi julgado nulo pela 1ª JJF, conforme Acórdão n° 0107/01-10 de 05.05.10, com recomendação para renovação do procedimento.

Foram dadas como infringidas as Cláusulas Primeira, Terceira, Sexta, Sétima e Oitava do Convenio 132/92, com aplicação da multa no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou defesa às fls. 25 a 31, sustentando que o Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista que o fato 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 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 referida norma somente é aplicada às operações com os produtos descritos no Anexo Único, acrescido pelo Protocolo ICMS 49/08.

Alega que da análise deste Anexo verifica-se que o produto objeto da operação em comento 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 cabinas”.

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), sendo o produto Volare V6 um 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”, mas sim, operação com “Veículos automóvel para transporte de dez pessoas ou mais, incluído o motorista...”, sendo ônibus completo, fabricado sob encomenda.

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. 61 a 68, esclarecendo inicialmente, que se trata de uma ação fiscal referente renovação do feito para atender a orientação emanada pela 1ªJF do CONSEF, ancorado no acórdão JJF nº 0107/01, conforme fls.13/17.

Afirma que a operação em discussão envolve mercadorias tributáveis elencadas na substituição tributária nos termos do Convênio ICMS 132/92, e o autuado descumpriu exigência da legislação pertinente, ao deixar de proceder à retenção do ICMS/ST e efetuar o respectivo recolhimento do imposto através de GNRE. Reforça este argumento transcrevendo os arts. 370 e 373 do RICMS/BA, bem como, o Convênio ICMS 132/92 e o anexo II onde diz constatar a NCM 87021000 descrito para o produto apreendido.

Conclui afirmando que a autuada não acostou ao PAF nenhum elemento contendo fatos novos com vista a modificar seu entendimento sobre o texto legal de que pelos fatos narrados o contribuinte teria a obrigação de realizar a antecipação tributária do ICMS/ST, o que caracterizou o ilícito fiscal. Finaliza requerendo a manutenção e procedência da autuação.

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 para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Convênio ICMS nº 132/92). Consta na “Descrição dos Fatos” que se trata de veículo novo, tipo ônibus completo, com carroceria Marcopolo NCM/SH 87021000, acobertado pela nota fiscal nº 013.415, produto elencado

na substituição tributária, conforme Convênio citado, sem a retenção do imposto devido ou o comprovante de pagamento – GNRE, referente ao ICMS diferença de alíquotas do veículo destinado ao ativo imobilizado.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo recorrente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que no lançamento de ofício inexistiu erro no enquadramento legal ou dissonância entre a verdade material dos autos, como alega o defendente, tendo o sujeito passivo atacado à matéria, objeto da autuação, com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir qualquer cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, o autuado aduz que, no caso concreto, a operação é de venda de ônibus completo sob encomenda, documentada através da nota fiscal de saída nº 13.415, cujo documento fiscal consigna “ônibus completo Volare V6 com capacidade para 24 passageiros + 1 auxiliar”.

Destaca que, conforme a Tabela TIPI, o produto da impugnante 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”. Aduz ainda que, o próprio campo “Informações Complementares” da Nota Fiscal 13.415 consigna que o produto goza de alíquota zero de IPI, portanto o produto vendido não estaria sujeito à substituição tributária.

Já o autuante diz que o produto comercializado pelo autuado através da nota fiscal eletrônica, cujo código NCM 8702100 embasa a sua interpretação de que o produto comercializado está inserido na substituição tributária. Aduz ainda 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.

Da análise das peças processuais, especialmente do DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) nº 013.415, verifico que se trata de operação interestadual de venda de produção do estabelecimento do emitente, Marcopolo S.A., localizado no Estado do Rio Grande do Sul, para o destinatário Djalma B. de Souza ME, localizado no Estado da Bahia, relativo a um “ônibus completo Volare V6 com capacidade para 24 passageiros + 1 auxiliar”, com NCM/SH 87.02.1000 EX 02, que descreve “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**”.

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**.*(grifo nosso).

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

Observo que cabe razão ao autuado quando afirma que não está sujeito à substituição tributária, prevista no Convênio ICMS 132/92, pois o produto discriminado na Nota Fiscal nº 13.415 se enquadra na posição NCM 87.02.1000 – EX 02, sob a descrição de “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**”, conforme descrito no corpo e nas Informações Complementares do referido documento fiscal, inclusive consignando a alíquota zero de IPI.

É válido registrar que, de fato, o citado acordo interestadual dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com veículos automotores, especificando em sua cláusula primeira, através do seu Anexo II, os códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH em que atribui ao importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado.

No referido anexo, consta o código NBM/SH 8702.10.00, ora sob análise, porém inerente apenas aos “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**”.

Logo, no caso concreto, o veículo com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³, não está compreendido na substituição tributária regida pelo Convênio ICMS 132/92, sendo improcedente a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0290/12-6**, lavrado contra **MARCOPOLO S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR