

A. I. Nº - 213080.0013/13-0
AUTUADO - COMIL CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 02/10/2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A operação objeto do presente lançamento de ofício é de venda, pelo impugnante, para comprador localizado no Estado da Bahia, de carroceria posicionada na NCM/SH sob o código 87021000, devidamente especificado na posição 72 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, razão qual incidem os seus comandos. Afastada a preliminar de nulidade. Ajustada a base de cálculo da operação para aplicação do percentual de 56,9%, a título de margem de valor agregado (MVA), nos termos da Legislação aplicável e do referido Protocolo, apenas na operação tributada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 06 de fevereiro de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 33.975,00, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado.

Consta da descrição da autuação, que teria sido violado o artigo 10 da Lei nº 7.014/96, bem como o Convênio ICMS 132/92, Cláusulas primeira, terceira, sexta e sétima.

Informa, ainda, a autuante, que se trata de mercadoria oriunda de Estado signatário do referido Convênio, desacompanhadas do comprovante de pagamento do imposto devido por substituição tributária, relativo à operação acobertada pelos “DANFE’s 314.348 e 314.350”.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 23 a 29, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o mesmo, diante de ter havido um equívoco da Fiscalização Fazendária, ao pretender exigir o ICMS da Substituição Tributária, pela venda de veículos (ônibus) para o Estado da Bahia.

Informa que a Substituição Tributária sobre veículos está prevista por acordo onde todos os entes federados são signatários. No entanto, esse Estado através de sua fiscalização fazendária, cometeu o equívoco, em não observar detalhes que apresenta e que servem como justificativa de que a empresa COMIL ÔNIBUS S/A nada deve a título de ICMS referente a “ST”, a esse Estado, como pretende exigir.

Alega que possui o ATO DECLARATÓRIO Nº 38/2000 da Secretaria da Receita Federal que anexa, onde determina que os veículos produzidos estejam enquadrados na classificação fiscal da Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados “TIPI”, no “Ex 02” do código

87.02.10.00, e que a classificação fiscal onde a empresa autuada está enquadrada não é alcançada pela “ST”, pois produz veículos com capacidade de “volume interno de habitáculo” superior a 9m³ (nove metros cúbicos).

Indica que a possibilidade de instituição da “ST”, para veículos, como pretende a Bahia é para a classificação no código da “TIPI” 87.02.10.00, mas para o “Ex 01”, onde o “volume interno de habitáculo” deve ser não inferior a 6m³ (seis metros cúbicos) e não superior a 9m³ (nove metros cúbicos).

Dessa forma, entende ter demonstrado, de forma cabal, que a empresa autuada não é devedora de quaisquer importâncias de ICMS referente a “ST”, a esse Estado da Bahia.

Alega, ainda, que faltou a abertura de Processo Administrativo Tributário, onde se compilariam documentos para apresentar à empresa caso exigisse, que se configura em cerceamento de defesa patente, pois a autuante em nenhum momento indica, ao contribuinte, onde estariam os referidos dados e documentos analisados, para que pudesse ter acesso.

Passa, a seguir, a discorrer sobre o Processo Administrativo Tributário, o qual entende não diferir do Processo Judicial, ou seja, as partes devem ser cientificadas de seus conteúdos, proporcionando assim, o contraditório e a ampla defesa, sob pena de cerceamento. No caso, sequer há Processo Administrativo Tributário, citando e transcrevendo entendimento doutrinário.

Dessa forma, resta indubitosa a necessidade de Fisco provar o que alega, além do que com base no princípio da publicidade dar conhecimento dos atos e documentos que se utilizou para constituir o crédito tributário. Todavia, alega que sequer processo Administrativo existe restando, cabalmente, provado o cerceamento de defesa, haja vista o não acesso aos documentos que teriam dado causa ao embasamento do lançamento tributário.

Dessa forma, pede a improcedência do lançamento.

Informação fiscal prestada às fls. 96 a 98 pela autuante, inicialmente, traz à baila uma questão legisferante, isto é, a competência tributária de cada ente para a cobrança dos seus tributos. O IPI, como é sabido, é um imposto de competência Federal e as suas normas de exonerações tributárias aplicam-se, unicamente, aos fatos geradores deste tributo. Se o legislador Federal exigiu que para a faixa de tributação prevista na NC 87-2 houvesse uma prévia manifestação da SRF certificando que o veículo cumpre as normas exigidas pelo órgão, não atrela benefício de qualquer sorte no âmbito da legislação dos Estados e do Distrito Federal. Para que isto ocorra, é necessário que haja ato volitivo do ente estadual manifestando-se neste sentido (e isto é o que se chama de competência legislativa). O Convênio ICMS 132/92 não traz em seu bojo nenhuma regra restritiva ou desonerativa da tributação na modalidade Substituição Tributária para os veículos comercializados pela Autuada, o que, salvo melhor entendimento, coloca os veículos no campo de incidência do imposto estadual.

Entende, pois, que as alegações da autuada não são pertinentes e não contém elementos contundentes que consigam colocar por terra a pretensão de cobrança originada pelas peças processuais componentes do processo (anexa o capítulo 87 da TIPI).

Quanto às ilações que dizem respeito à forma processual adotada para a cobrança do imposto, esclarece que foram cumpridos todos os ritos previstos no Regulamento Processual Adjetivo do Estado da Bahia em vigor, não vislumbrando qualquer vício.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado.

Inicialmente, embora feche a peça defensiva, analisarei a alegação trazida naquela peça, acerca de eventual cerceamento de defesa.

Analisando-se as peças processuais, observo que à fl. 03, consta o Termo de Ocorrência Fiscal, lavrado em 28 de janeiro de 2013, o qual procede a apreensão das mercadorias arroladas neste lançamento, relatando o motivo da retenção da mercadoria no Posto Fiscal.

Verifico, também, que o lançamento foi realizado em 06 de fevereiro de 2013, em observância ao disposto no artigo 31-A do RPAF/99, especialmente o seu § 7º que determina que “*A lavratura do Termo de Apreensão será seguida, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração*”. Isso significa dizer que a norma legal foi seguida.

Constato, de igual forma, que após a lavratura do Auto de Infração, a empresa autuada foi devidamente comunicada do fato, consoante intimação de fl. 20, encaminhada para o seu endereço comercial através de Aviso de Recebimento dos Correios, e recebido em 29 de abril de 2013, na forma do documento de fl. 20-A, e que resultou na interposição da impugnação administrativa, encaminhada via SEDEX sob o número SA 124588411 BR, a qual traz como anexos, não somente a cópia da intimação de lavratura do Auto de Infração (fl. 75), como, de igual forma, cópia do próprio Auto e Demonstrativo de Débito (fls. 76 a 78), e na qual não somente aborda a autuação, como a contestação.

Quanto à alegada violação à ampla defesa esta é, sem dúvida, não só uma garantia que decorre do conceito de Estado Democrático de Direito, como, ao mesmo tempo, um elemento caracterizador deste mesmo conceito e, a nível prático, um de seus sustentáculos fundamentais.

Juridicamente, a ampla defesa é a garantia individual, derivada dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, segundo o qual não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição; e consagrada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A garantia constitucional da ampla defesa se reveste de singular importância quando conjugada com as garantias do contraditório e do devido processo legal, sendo que tal conjugação impõe ao Estado que, quando pretenda, por iniciativa própria ou alheia, intervir na esfera particular de determinado indivíduo, o faça através de um método pré-estabelecido

A administração Tributária, no exercício de sua atividade típica, deve observar os princípios em referência, sujeitando a constituição do crédito tributário à observância de todos os princípios e todas as limitações decorrentes das garantias da ampla defesa e do devido processo legal.

A propósito, assim se posiciona Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, Editora Malheiros; p. 465): “*Em sentido amplo, tal expressão designa o conjunto de atos administrativos tendentes ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma relação jurídica pertinente à relação fisco-contribuinte. Em sentido estrito, a expressão processo administrativo fiscal designa a espécie de processo administrativo destinada à determinação e exigência do crédito tributário.*”

No caos presente 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, tendo o sujeito passivo atacado a matéria, objeto da autuação, com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir qualquer cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, por estarem presentes os elementos de validade do lançamento, insculpidos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, não posso dar guarida a tal argumentação, adentrando no exame do mérito do mesmo.

A este respeito, a autuação reporta-se a cobrança da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado.

A imputação ao sujeito passivo, reitere-se, é relativa a falta de retenção do imposto pelo remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação à mercadoria (veículo tipo ônibus completo), enquadrada no regime de substituição tributária conforme Convênio ICMS 132/92 combinado com os Protocolos ICMS 41/08 e 49/08, referente às Notas Fiscais Eletrônicas nº 314.348 e 314.350, sem recolhimento do ICMS-ST.

Da análise das peças processuais, constato que a operação objeto do lançamento se refere à operação de venda de ônibus completo, inclusive com número de chassi e de motor, combustível, potência, etc. Sendo assim, o entendimento já sedimentado neste órgão julgador é de que não é cabível a substituição tributária estabelecida pelo Protocolo ICMS 41/2008, relativo às operações com peças, partes, componentes e demais produtos listados no Anexo Único (acrescido pelo Prot. ICMS 49/08), uma vez que não se trata de venda somente da carroceria das posições 87.01 a 87.05.

Por outro lado, entendo que tal mercadoria, de igual forma, não está sujeita à substituição tributária prevista no Convênio ICMS 132/92, por se tratar de veículo com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, **igual ou superior a 9m**, enquanto que o citado acordo interestadual prevê em suas cláusulas exigência relativa a: *“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”*, norma foi recepcionada na legislação baiana, conforme artigo 353, inciso II, item 18, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, vigente até o mês de março de 2012:

“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 (Convênios ICMS 52/95 e 121/95 - Convênios 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):

CLASSIFICAÇÃO DESCRIÇÃO DO PRODUTO

NBM/SH

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

8702.90.90 Outros veículos automóveis para transporte de 10 pessoas ou mais, incluindo o motorista, com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, superior a 6m³, mas inferior a 9m³

8703.21.00 Automóveis com motor explosão, de cilindrada não superior a 1000cm³

8703.22.10 Automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 1000cm³, mas não superior a 1500cm³, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a 6, incluído o condutor, exceto: carro celular.

8703.22.90 Outros automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 1000cm³, mas não superior a 1500cm³, exceto: carro celular

8703.23.10 Automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 1500cm³, mas não superior a 3000cm³, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a 6, incluído o condutor, exceto: carro celular, carro funerário e automóveis de corrida

8703.23.90 Outros automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 1500cm³, mas não superior a 3000cm³, exceto: carro celular, carro funerário e automóveis de corrida.

8703.24.10 Automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 3000cm³, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a 6, incluído o condutor, exceto: carro celular, carro funerário e automóveis de corrida

8703.24.90 Outros automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 3000cm³, exceto: carro celular, carro funerário e automóveis de corrida.

8703.32.10 Automóveis com motor diesel ou semidiesel, de cilindrada superior a 1500cm³, mas não superior a 2500cm³, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a 6, incluído o condutor, exceto: ambulância, carro celular e carro funerário.

8703.32.90 Outros automóveis c/motor diesel ou semidiesel, de cilindrada superior a 1500cm³, mas não superior a 2500cm³, exceto: ambulância, carro celular e carro funerário.

8703.33.10 Automóveis c/motor diesel ou semidiesel, de cilindrada superior a 2500cm³, com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a 6, incluído o condutor, exceto: carro celular e carro funerário.

8703.33.90 Outros automóveis c/motor diesel ou semidiesel, de cilindrada superior a 2500cm³, exceto: carro celular e carro funerário.

8704.21.10 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., chassis c/motor diesel ou semidiesel e cabina, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.21.20 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., c/motor diesel ou semidiesel com caixa basculante, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.21.30 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., frigoríficos ou isotérmicos c/motor diesel ou semidiesel, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.21.90 Outros veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton. c/motor diesel ou semidiesel, exceto: carro-forte p/ transporte de valores e caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.31.10 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., c/motor a explosão, chassis e cabina, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.31.20 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., c/motor explosão/caixa basculante, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.31.30 Veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., frigoríficos ou isotérmicos c/motor explosão, exceto: caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

8704.31.90 Outros veículos automóveis para transporte de mercadorias, de peso em carga máxima não superior a 5 ton., com motor a explosão, exceto: carro-forte para transporte de valores e caminhão de peso em carga máxima superior a 3,9 ton.

Já a nova legislação regulamentar que baseou a autuação (Decreto 13.780/12), com vigência a partir de 01 de abril de 2012, em seu artigo 289, remete para o seu anexo 01, item 42.1 o tratamento tributário da substituição tributária para veículos automotores novos (automóveis de passageiros, jipes, ambulâncias, camionetas, furgões, "pick-ups" e outros veículos): 8702.10.00; 8702.90.90; 8703.21.00; 8703.22.10; 8703.22.90; 8703.23.10; 8703.23.90; 8703.24.10; 8703.24.90; 8703.32.10; 8703.32.90;

8703.33.10; 8703.33.90; 8704.21.10; 8704.21.20; 8704.21.30; 8704.21.90; 8704.31.10; 8704.31.20; 8704.31.30; 8704.31.90.

Observo que a citada mercadoria não está compreendida na substituição tributária regida pelo Convênio ICMS 132/92, tendo em vista que, a exigência prevista no mencionado Convênio, apesar de se referir à mesma NBM/SH-8702.10.00, diz respeito à *“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”*, enquanto que a mercadoria objeto da autuação tem volume interno de habitáculo superior a 9m³.

Dessa forma, a princípio, o lançamento deveria ser julgado improcedente. Todavia, ao analisar o Protocolo ICMS 41/2008, alterado pelo Protocolo ICMS 49/2008, do qual os Estados da Bahia e do Rio Grande do Sul são signatários, fica cristalino que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no seu Anexo Único, fica 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.

Esta cobrança de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 41/2008, é cabível, tendo em vista que a citada mercadoria se encontra listada no Anexo Único do mencionado acordo interestadual, já que se trata de venda de peças, partes e componentes para veículos automotivos, no caso carroceria. Ou seja: contrariamente à operação sustentada pela defendente, a operação objeto da autuação é de venda de carroceria.

Pelo exposto, em razão da mercadoria inserida na Nota Fiscal Eletrônica cujo DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) ensejou a autuação ora apreciada (314.348), constante à fl. 11 está compreendida na substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 41/2008, motivo pelo qual é devida à substituição tributária.

Importante ressaltar a existência de precedentes em tal entendimento, a exemplo dos Acórdãos CJF 0362-12/11 e CJF 0167-12/12, prolatados pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos quais os ilustres Conselheiros Rodrigo Lauande Pimentel e Carlos Henrique Jorge Gantois proferiram os votos condutores dos referidos Acórdãos, sendo acompanhados de forma unânime.

Todavia a base de cálculo adotada pela autuante para a constituição do crédito tributário encontra-se equivocada, razão pela qual, neste momento, de ofício, faço o devido ajuste. Isto por que o documento de fl. 12 computado pela mesma para a apuração da base de cálculo, refere-se à operação de devolução simbólica de insumo utilizado em industrialização por encomenda, operação esta amparada por suspensão de impostos como o ICMS e IPI.

Dessa forma, o seu valor deve ser expurgado da planilha de fl. 13. De igual forma, entendo equivocada a MVA de 30%, ao invés de 56,90%, combinado com a Cláusula Segunda, §2º, II e §3º, II do Protocolo ICMS 41/08 (referente ao cálculo do MVA-ST), razão pela qual o cálculo deve ser feito segundo os seguintes valores:

105.000,00 (valor declarado na nota fiscal) x 1,569 (equivalente a 56,90%) = 164.745,00 x 0,17 (equivalente a 17,00%) = 28.006,65 (valor do ICMS devido) – (15.750,00) crédito fiscal = 12.256,65 (valor do ICMS a pagar).

Em razão de tais argumentos, voto no sentido de que o presente lançamento seja julgado procedente em parte, diante do ajustamento realizado na base de cálculo.

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, razão pela qual voto no sentido de que o lançamento seja julgado procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213080.0013/13-0**, lavrado contra **COMIL CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.256,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA