

A.I. Nº - 124157.0368/13-3
AUTUADO - MARCOPOLO S.A.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METR
INTERNET - 24. 02. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-01/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Vícios formais do procedimento. Autoridade fiscal incompetente: agente de tributos – fiscalização de estabelecimento efetuada pela fiscalização do trânsito de mercadorias. Inexistência de qualquer termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: não foi lavrado nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22.6.13, acusa falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado do Rio Grande do Sul], relativo a produtos destinados a uso/consumo do destinatário, nas vendas realizadas para o Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 20.822,78, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 35/45) assinalando que a operação em testilha reflete a venda de um ônibus Volare W8 com capacidade para 19 passageiros mais um auxiliar, NCM 8702.1000-ex 02, para Wellington Fontes dos Santos, através da Nota Fiscal 13427.

Alega que, de acordo com a tabela TIPI, anexa, os produtos devem ser enquadrados na posição 8702.10.00 ex-02 – veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluindo o motorista com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³.

Chama a atenção para a cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/08, alegando que, de acordo com esse protocolo, a substituição tributária somente se aplica às operações com os produtos descritos no anexo único daquele acordo, acrescido pelo Protocolo ICMS 49/08, com efeitos a partir de 1.6.08, e, analisando-se o anexo único do referido protocolo, verifica-se que os produtos objeto da operação em lide não se enquadram no rol do citado anexo, haja vista que este, em sua posição 72, se refere a carroçarias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabinas, ao passo que a posição efetivamente ocupada pelo produto objeto da Nota Fiscal em questão é da posição 8702.1000 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.

Destaca a diferença: o protocolo aplica-se às carroçarias para veículos, já a TIPI menciona o veículo automóvel completo, carroçaria mais chassi. Aduz que o veículo Volare W8 é um ônibus completo, composto de carroçaria e chassi.

Com isso, conclui que os produtos vendidos pelo seu estabelecimento não estão sujeitos à substituição tributária, pois não se enquadram na situação descrita na norma veiculada pelo Protocolo ICMS 41/08.

Assinala que, conforme consta no campo “Informações Complementares” da Nota Fiscal, o produto goza de alíquota zero de IPI, conforme NCM 8702.02.1000 ex-02.

Aduz que caso a operação fosse de venda somente da carroçaria (sem o chassi) o enquadramento recairia na posição 87.07, conforme tabela TIPI – carroçarias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabinas.

Faz ver que a operação objeto da autuação não se refere a carroçarias para os veículos das posições 87.01 a 87.05, conforme prevê o anexo único do Protocolo ICMS 41/08, e sim a veículo automóvel 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 (ônibus completo sob encomenda de fabricação do autuado).

Aduz que esse entendimento foi corroborado em decisão da 3ª Junta no julgamento do Auto de Infração 124157.0290/12-6, lavrado contra sua empresa por esse mesmo autuante, tendo no julgamento atuado como relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos.

Argumenta que, no caso em tela, independentemente de o chassi ser adquirido pela impugnante ou entregue por cliente particular para montagem da carroçaria sob encomenda do mesmo, o veículo será enquadrado na posição de produto final, ou seja, o cliente entrega o chassi à Marcopolo, ato contínuo ocorre o processo de industrialização, e depois o veículo é entregue completo (chassi mais carroçaria) ao cliente, pois a classificação da encomenda a ser dada pela empresa será a que corresponder ao produto que sair do estabelecimento depois de concluída a industrialização.

Transcreve os Pareceres Normativos CST 206/70 e 378/71, dizendo que eles regulamentam e expressamente condizem com as alegações da empresa neste caso.

Diz que sua empresa fabrica e comercializa ônibus com o insumo de chassi, que pode ser fornecido e/ou de propriedade do cliente, sendo que nessa operação de industrialização por encomenda de ônibus a empresa recebe o chassi do cliente e efetua a fabricação e montagem da carroçaria, resultando em um processo industrial de fabricação de ônibus, ou seja, um veículo automotor para o transporte de passageiros, e, depois de concluído esse processo, emite-se o documento fiscal de venda do veículo completo, ônibus, descrevendo no corpo da Nota o componente recebido para a fabricação do ônibus, no caso, o chassi.

Acentua que na remessa do ônibus ao cliente encomendante a mercadoria que é objeto da saída do seu estabelecimento é ônibus, e não partes isoladas, como chassis, carroçarias e/ou componentes mecânicos.

Apela para a observância do princípio da verdade material. Cita doutrina. Aponta decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda acerca desse princípio.

Pede que se declare insubsistente o Auto de Infração, por erro no enquadramento legal da suposta infração e por dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposta.

O autuante prestou informação falando da qualificação do autuado. Quanto ao enquadramento, observa que o Convênio ICMS 51/00 disciplina a substituição tributária do ICMS nas operações interestaduais com veículos automotores efetuadas por meio de faturamento direto para consumidor final, e no seu bojo estão respaldadas as afirmações e os motivos que culminaram com a lavratura deste Auto. Transcreve trecho do citado convênio. Diz que o texto aprovado na Lei 7.014/96 e “regulamentado pelo Decreto 6.284/97, posteriormente alterado pelo Decreto 13.780/12”, coaduna com o enunciado do Convênio 51/00 no que pese o tratamento tributário dispensado à operação de venda com veículos novos destinados ao consumidor. Transcreve o art. 10 da supracitada lei, o art. 370 do RICMS/97 e os arts. 295 e 332 do RICMS/12. Transcreve também o art. 911 do RICMS/97, trechos dos arts. 40 e 41 da Lei 7.014/96.

Quanto às alegações do autuado, o fiscal contrapõe que a Marcopolo efetuou venda de produção do seu estabelecimento de um micro ônibus completo, NCM 87021000, para o Sr. Wellington Fontes dos Santos, através do DANFE 13427, sendo que a responsabilidade pela revisão técnica e entrega do

produto ficou a cargo da empresa baiana Peça Fácil Veículos Peças e Serviços Ltda., conforme consta em nota de rodapé do referido DANFE.

Considera que o produto descrito na operação se enquadra perfeitamente no regime de substituição tributária, somando-se ao fato de que há a participação da concessionária Peça Fácil Veículos para revisar e entregar o mesmo, conforme previsto no § 1º, incisos I e II do referido convênio *[sic]*.

Conclui ponderando que o objeto da presente demanda está amparado no Convênio ICMS 51/00, e não, como preferiu entender o autuado, no Protocolo ICMS 41/08, desprezando os registros tipográficos de descrição dos fatos e da infração constantes no Auto.

Opina pela manutenção do lançamento.

VOTO

Existem neste caso dois vícios procedimentais que afetam a legalidade do lançamento, não admitindo contemporização.

As questões que suscito de ofício dizem respeito à inobservância do devido procedimento fiscal, pois é meu dever, como julgador, atentar para a observância da estrita legalidade do lançamento tributário. O lançamento tributário é um ato administrativo vinculado, isto é, regrado por lei, de modo que deve ser feito como a lei manda, não dando margem a discricionariedade por parte da autoridade fiscal lançadora.

A primeira questão é quanto à competência legal para lavrar Autos de Infração. Prevê o art. 42 do RPAF que compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos “estabelecimentos” optantes pelo simples nacional (inciso I), em relação aos quais a competência é dos agentes de tributos estaduais (inciso II).

Observe-se que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4).

Porém “fiscalização de mercadorias em trânsito” ocorre, obviamente, é quando as mercadorias estão em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal desenvolvida está diante da constatação efetiva de mercadorias em trânsito, situação em que, havendo alguma infração, a competência para a autuação é dos agentes de tributos.

Porém, se as mercadorias alguma vez no passado transitaram mas no momento da ação fiscal não se encontram mais em trânsito, alguma infração a ser objeto de autuação fica a cargo das autoridades competentes para a fiscalização de estabelecimentos, que são os auditores fiscais.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, mas sim o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito. Se as mercadorias não estão em trânsito, a autoridade competente para proceder ao lançamento é aquela lotada na fiscalização de estabelecimentos.

No presente caso, trata-se de renovação de lançamento: um Auto de Infração anterior havia sido anulado em virtude de representação da Procuradoria Fiscal (fls. 19/29). O referido Auto foi anulado por conter inúmeros erros, tanto de ordem material quanto formal. Quando o primeiro Auto foi lavrado, as mercadorias estavam em trânsito. Agora, não estão mais.

Ocorre que o presente Auto, lavrado em substituição a procedimento fiscal anterior, foi lavrado por agente de tributos. As mercadorias objeto deste lançamento não se encontravam em trânsito por ocasião da presente ação fiscal. Por conseguinte, a autuação foi efetuada por autoridade incompetente para a prática do ato, nos termos do art. 42 do RPAF.

O segundo vício consiste em que não foi lavrado nem termo de início, nem termo de apreensão.

Como não se trata de mercadorias em trânsito, a autoridade fiscal – a autoridade fiscal competente – teria de comportar-se como se comportam os fiscais de estabelecimento. O art. 196 do CTN prevê que os prepostos do fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, “na forma da legislação aplicável”. A regra jurídica aplicável a esse caso, na Bahia, está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB (com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99) e no art. 28 do RPAF. Tendo em vista que o art. 29 do RPAF enumera, taxativamente, as hipóteses em que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, deduz-se, “a contrario sensu”, que em todas as demais situações não contempladas no citado dispositivo é obrigatória a lavratura do aludido termo. A jurisprudência preponderante neste Conselho relativamente à falta de Termo de Início de Fiscalização é pela nulidade do procedimento: Resoluções nº 1893/95, 2518/95, 2845/95, 461/96, 1835/95, 426/95 e 5595/96.

Não foi lavrado nenhum termo que formalmente desse início ao procedimento fiscal: nem Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem Termo de Início de Fiscalização, nem Termo de Apreensão.

Represento ao órgão competente no sentido de, segundo as praxes da fiscalização, determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos. É evidente que se o interessado, antes do início de nova ação fiscal, sanar as irregularidades porventura existentes, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0368/13-3**, lavrado contra **MARCOPOLO S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de fevereiro de 2014

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR