

A. I. N° - 213080.0016/13-0
AUTUADO - CAIO-INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 22/05/2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0057-06/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS, E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO AO ESTADO DA BAHIA, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Verifica-se uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração, situação que seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, é foi ultrapassada a questão de nulidade, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste. Veículos automotivos com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³ não estão amparados pelo regime da substituição disposto pelo Convênio ICMS 132/92. Infração subsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/03/2013, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$26.400,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 49/2008). Lançado ICMS no valor de R\$16.500,00, com enquadramento no art. 10 da Lei n° 7.014/96, c/c cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/2008, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 16 a 24 nos termos que passo a expor:

Diz à defendente que é pessoa jurídica em que exerce a atividade industrial, dedicando-se à fabricação de carrocerias para ônibus, conforme se verifica por meio de seus atos constitutivos (docs. anexos). Em seguida, aduz que, ao realizar operação de venda de veículo automotor novo da posição NCM 8702.10.00 - EX 02 (com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³) para a empresa CAPITAL TRANSPORTES URBANOS LTDA (CNPJ n° 04.921.069/0001-09), sociedade empresária estabelecida no Estado da Bahia, foi submetida à fiscalização por parte dos Srs. Agentes Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo sido surpreendida com as conclusões levadas a cabo pela ação fiscal correspondente, que resultaram na lavratura do Auto de Infração em questão, no valor de R\$26.400,00, isso em razão de supostamente ter deixado “*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 no Estado da Bahia*”.

Todavia, diz que tal entendimento não merece prosperar, conforme aduz que adiante será demonstrado, devendo assim ser integralmente cancelada a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração ora impugnado.

Destaca, em relação ao mérito, o Convênio ICMS 132/92, onde dispõe sobre substituição tributária em operações com veículos automotores, em sua Cláusula primeira, é especificado que apenas nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, constantes do seu Anexo II, fica atribuída 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, sendo que, no referido anexo, consta o código NBM/SH 8702.10.00, ora sob análise, porém fazendo menção 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*”. Grifo acrescido.

Ocorre que, diz o defendente, no presente caso, o produto/mercadoria objeto da transação consiste em veículo automotor novo da posição NCM 8702.10.00 - EX 02 (**com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³ - conforme consta do anexo desenho Padrão STP – Salvador**), descrição não prevista no Convênio ICMS 132/1992, uma vez que tal norma jurídica prevê apenas a 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*”.

Destaca que, uma vez que no caso concreto o veículo objeto da fiscalização conta com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³, este não está compreendido na substituição tributária regida pelo Convênio ICMS 132/92, sendo improcedente a exigência fiscal.

Observa que o produto discriminado no DANFE nº 0153.228 / Série 2, se enquadra na posição NCM 8702.10.00 – 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 nas Informações Complementares do referido documento fiscal, inclusive consignando a alíquota zero de IPI.

Assim sendo, tendo em vista que a descrição contida no Anexo II do Convênio ICMS 132/92 difere de forma patente da descrição do produto objeto da operação autuada, diz que não há que se falar na aplicação de tal acordo interestadual ao presente caso, e conseqüentemente em ICMS devido pela Defendente, na condição de substituta tributária, ao Estado da Bahia, sendo improcedente a exigência fiscal.

Destaca alguns Acórdãos, que à luz do seu entendimento, diante de cenário fático bastante semelhante ao do caso em tela, em diversas oportunidades exarou entendimento no sentido de que operações que envolvam veículos que não apresentem as características constantes do Anexo II do Convênio ICMS 132/92, não se encontram sujeitas ao regime da substituição tributária.

Afora tudo o quanto até aqui exposto, registra ainda o necessário cancelamento / redução da multa aplicada no presente caso com fundamento no artigo 42 da Lei nº 7.014/1996, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do ICMS cobrado. Isso porque, muito embora tal multa tenha sido inserta no Auto de Infração em referência em razão do suposto descumprimento – por parte da ora Defendente – de obrigação acessória, relativa à retenção do ICMS (dada a sua suposta condição de substituto tributário), conforme anteriormente demonstrado, não se deu a incidência do ICMS (correspondente ao diferencial de alíquotas) sobre as operações realizadas pela ora Defendente, do que decorre que não ocorreu de forma nenhuma descumprimento de obrigação tributária acessória pela ora Defendente, razão pela qual não há

que se cogitar a aplicação da aludida multa.

Diz que, ainda que se pudesse cogitar acerca da hipótese de aplicação da multa no caso concreto, o que se admite apenas a título de argumentação, é de toda forma imperativa, por razões de justiça fiscal e nos termos do artigo 23 do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/1999), que dispõe no sentido de que compete às Juntas de Julgamento Fiscal “reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, má-fé, fraude ou simulação e não tenham implicado falta de recolhimento de tributo”, dada a não ocorrência de dolo, má-fé, fraude ou simulação por parte da ora Defendente (que realizou a aludida operação de venda com amparo no direito acima demonstrado), a redução da multa aplicada, o que desde já também se requer.

Em razão de tudo quanto foi exposto, considerada a absoluta insubsistência da autuação, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o Auto de Infração ora impugnado é manifestamente insubsistente, devendo ser considerada improcedente a exigência fiscal.

Diante do exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, que resultou na lavratura do Auto de Infração em questão, espera e requer a Defendente seja acolhida a presente Defesa, para que seja total e definitivamente cancelado o débito fiscal reclamado.

Requer, por fim, nos termos dos artigos 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/1999) e 143 Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/1981), que todas as intimações relativas ao processo administrativo em referência sejam dirigidas diretamente, por via postal, ao endereço da ora Defendente, vale dizer, na Rodovia Marechal Rondon, s/nº, km 252,2, Zona Industrial, CEP 18.607-810, Botucatu, SP.

O Fiscal autuante em sua informação fiscal às fls. 74 a 76, contesta as razões de defesa da forma que passa a expor, destacando, inicialmente, alguns questionamentos preliminar do defendente na forma a seguir descritos:

Diz que o requerente alega que ao realizar a operação de venda de veículo automotor novo da posição NCM 8702.10.00 EX 02 (com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³) alega que não está amparado pela tributação e prossegue que tal entendimento não pode prosperar e cita o Convenio ICMS 132/92.

Aduz que, ao questionar a ação fiscal o requerente esqueceu-se de verificar com mais detença a descrição constante no DANFE que gerou a infração: “*Carroceria Apache VIP-SC S/C CHASSI VOLVO B (...) para 27 passageiros sentados*”. Diz que a cláusula primeira que foi citada e grifada pelo autuado na fls. 18 é clara quanto à questão “*fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção do e recolhimento do imposto*”. Continua dizendo que, o anexo II é bem claro quando assevera: “*destinado a passageiros de motorista superior a 6m³ mas inferior a 9m³*”.

Observa, então, que não existe nenhuma dúvida quanto a questão: o autuado, para elidir a imposição do pagamento do imposto e das cominações legais está a fazer sofismo semântico – querendo fazer crer que a verdade dos fatos pode ser contestada por uma simples interpretação, pelo seu ponto de vista, ou seja, quer transformar em inverdade uma constatação factual e material. Enfim a descrição constante no documento fiscal é bem claro quanto a questão.

Diz que, o autuado descreve diversas citações sem nenhuma relação com a verdadeira ação fiscal e sem, contudo, contestar o fator determinante do crédito reclamado que foi a falta de recolhimento do imposto na qualidade de substituto. Observa que, ao fazer crer que o automóvel em questão destinava-se ao transporte de menos de 10 pessoas, não adentra no mérito dos motivos determinantes da autuação, sem citar nenhum dispositivo legal que tenha sido aplicado de forma equivocada pelo preposto fiscal.

Para corroborar o alegado apresenta a decisão do CONSEF sobre o Auto de Infração nº 124157.0800/09-4 pela 2ª JJF, que descreve a ementa.

Ante o exposto, à luz da insuficiência de elementos probatórios por parte da requerente nos autos, não há como sustentar os argumentos do Autuado quanto a ilegitimidade e quanto ao paciente do tributo devido, devendo o presente Auto de Infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

VOTO

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter deixado de proceder à retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, em vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme descrito na descrição dos fatos, referente a mercadorias tributadas – *carrocerias de ônibus* – constantes nos DANFE's n^{os} 153228 (fl. 6), 150097 (fl. 7) e 150071 (fl. 8), com enquadramento no art. 10 da Lei 7.014/96, combinado com as cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08.

Da análise das peças que compõe o presente processo, vê-se que os produtos objeto da autuação - *carrocerias de ônibus* - não se relacionam a peças, componentes e acessórios para veículos automotores no que depreende os termos do Protocolo ICMS 41/08, e sim, que os produtos transacionados estariam enquadrados no Convênio ICMS 132/92, que se relaciona a veículos automóveis para transportes. Em sendo assim, o que se constata no presente PAF é a pretensão de exigência de ICMS ST retido e não recolhido ao Estado da Bahia, referente às mercadorias enquadradas no Convênio ICMS 132/92.

Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração, situação que seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão de nulidade, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste, podendo ser decidido em favor do sujeito passivo.

Trata-se na realidade de operação de venda de veículo novo automotor – carrocerias – da posição NCM 8702.10.00 – EX 02, com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³, da CAIO INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, para CAPITAL TRANSPORTES URBANOS LTDA, estabelecida neste Estado.

O Convênio ICMS 132/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com veículos automotores, especifica em sua Cláusula Primeira que apenas acoberta operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, constantes do seu Anexo II.

No referido anexo, consta de fato o código NBM/SH 8702.10.00 na forma descrita do campo próprio dos DANFE's (fls. 6/8), objeto da presente autuação, porém faz menção 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”*.

Ocorre que, como bem destaca o sujeito passivo na sua defesa, o produto/mercadoria da operação sob análise consiste em veículo automotor novo da posição NCM 8702.10.00 - EX 02, com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, **igual ou superior a 9m³**, descrição não prevista no Convênio ICMS 132/92, portanto não acobertada pelo regime da substituição tributária.

Assim sendo, tendo em vista que a descrição contida no Anexo II do Convênio ICMS 132/92 não contempla veículos automóveis com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³, não há que se falar na aplicação de tal acordo interestadual ao presente caso, por conseguinte o regime de substituição tributária na operação, sendo

improcedente a exigência fiscal.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.0016/13-0**, lavrado contra **CAIO-INDUSCAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARROCERIAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMEZ RUIZ - JULGADORA