

A. I. N° - 213080.0056/13-1
AUTUADO - CIFERAL INDÚSTRIA DE ÔNIBUS LTDA
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 03.06.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0096-02/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CARROCERIA PARA ÔNIBUS). RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. No caso concreto, trata-se de produto (ônibus) não compreendido entre os especificados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, atribuindo ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/06/2013, exige o valor de R\$11.050,00, acrescido da multa de 60%, sob acusação de que o contribuinte procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008), conforme Termo de Ocorrência Fiscal e documentos às fls. 06 a 08.

Em complemento consta: *Mercadoria tributada (carrocera de ônibus) constante no DANFE n° 049.244, produto elencado na Substituição Tributária conf. Conv. ICMS 132/92 sem a retenção e/ou GNRE do imposto devido pela operação conforme preceitos do ICMS/BA., Decreto n° 6.284/97.*

Foi dado como infringido o artigo 10 da Lei n° 7.014/96 c/c as Cláusulas Segunda e Terceira do Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo 49/08, com aplicação da multa no percentual de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei n° 7.014/96.

O autuado, através de advogados, dentro do prazo regulamentar, em sua defesa às fls. 17 a 25, destaca a tempestividade de sua defesa, fez uma síntese da autuação, dizendo que em 10/06/2013, a mercadoria transportada tinha como destino a empresa Boa Viagem Transportes Ltda, CNPJ n° 16.082.018/0001-10, localizada no município de Lauro de Freitas, e impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Aduz que o documento fiscal citado na peça acusatória acobertava a circulação de “ônibus Torino com capacidade para 39 passageiros + 2 auxiliar, NCM 8702.1000-EX 02”, e que de acordo com a Tabela TIPI tal produto deve ser enquadrado na posição citada, qual seja “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”.

Discordou do entendimento da fiscalização de que as mercadorias estejam enquadradas no Protocolo ICMS 41/08, e transcreveu a Cláusula Primeira e seu parágrafo 1º, para argüir que o produto objeto da autuação não se enquadra nos produtos arrolados no Anexo Único do referido Protocolo.

Afirma que a operação em questão reflete a operação de compra e venda de "*ônibus Torino com capacidade para 41 passageiros + 2 auxiliar, NCM 8702.1000-EX 02*", realizada pela impugnante Ciferal Indústria de Ônibus Ltda., para a empresa Boa Viagem Transportes Ltda., documentada através do DANFE nº 049.244 (doc.fl. 08).

Assim, entende que conforme 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 Ex 02 – Com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igualou superior a 9 m³".

Transcreveu a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008, para arguir que a substituição tributária instituída pelo referido Protocolo aplica-se somente às operações com os produtos descritos no Anexo Único (Acrescido pelo Prot. ICMS 49/08, efeitos a partir de 01.06.08).

No caso, analisando o Anexo Único do referido Protocolo, observa que os produtos objeto das operações fiscalizadas não se enquadram nos produtos arrolados no anexo, isto porque, o anexo refere, em sua posição 72 o seguinte produto: "Carrocerias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05. incluídas as cabines".

Por outro lado, sustenta que a posição dos produtos constantes nos documentos fiscais, são 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. igualou superior a 9m³.

Desta forma, sustenta que o protocolo aplica-se às carrocerias para veículos, enquanto que a TIPI menciona o veículo automóvel completo (carroceria + chassi).

Assevera que o produto vendido pela empresa não está sujeito à substituição tributária, por se tratar de um ônibus, Torino, completo vendido pela Ciferal, composto de carroceria e chassi, e não de carroceria, como entendeu a fiscalização.

Chama a atenção de que consta no campo "informações Complementares" do DANFE nº 049.244 que o produto goza de alíquota zero de IPI conforme NCM 87.02.1000 - "EX 02", e que caso a operação fosse de venda somente da carroceria (sem o chassi) o enquadramento fiscal seria 87.07, conforme Tabela TIPI: 87.07 – *Carrocerias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabines*.

Repete que a operação em questão não é operação com "carrocerias para os veículos das posições 87.091 a 87.05", mas sim, com "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 9 m³ (ônibus completo sob encomenda de sua fabricação).

Aduz que corroborando com seu entendimento, a 3^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF decidiu pela improcedência do Auto de Infração nº 124157.0290/12-6, em nome de Marcopolo S/A.

Assim, assevera que independente do chassis ser adquirido pela impugnante ou entregue por cliente particular para montagem da carroceria sob encomenda do mesmo, o veículo será enquadrado na posição de produto final (chassis completo + carroceria), conforme foi regulamentado nos Pareceres Normativos CST nº 206/70 e 378/71.

Esclarece que o seu estabelecimento tem como operação a fabricação e comercialização de ônibus com o insumo de chassis que pode ser fornecido e/ou de propriedade do cliente, sendo que a operação de industrialização resulta em veículo automotor para o transporte de passageiros.

Diz que no caso deve prevalecer a verdade material, transcrevendo trechos de lições de professores de direito tributário, e da jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 148.038, sobre o este tema.

Por fim, pede a nulidade da autuação por erro no enquadramento legal e por dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposta, e no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 63 a 65, a autuante inicia trazendo à baila uma questão legisferante, isto é, a competência tributária de cada ente para a cobrança dos seus tributos.

Diz que o IPI é um imposto de competência Federal e as suas normas de exonerações tributárias aplicam-se, unicamente, aos fatos geradores deste tributo. Assevera que 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. Entende que para que isto ocorra, é necessário que haja ato volitivo do ente estadual manifestando-se este sentido dentro de sua competência legislativa. Frisa que 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 pelo autuado, o que, no seu entendimento, coloca os veículos no campo de incidência do imposto estadual.

Por conta disso, aduz 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, e diz que à guisa apenas de informação, anexou ao presente o Capítulo 87 da TIPI em 08 laudas.

Além disso, informa ter juntado à sua informação, cópia de decisão da [2^a] Junta de Julgamento Fiscal que julgou caso idêntico, através do Acórdão JJF 0220-041/13 procedente a autuação (fls. 74 a 80).

Nestas condições, manteve a ação fiscal em sua inteireza, protestando pela procedência do Auto de Infração combatido.

Às fls. 86 a 93, o patrono do autuado manifesta-se sobre a informação fiscal, dizendo que a alegação da autuante não merece prosperar, pois o produto vendido enquadrado na EX 02 da NCM 87.02.1000, não está sujeito à substituição tributária, por entender que não se enquadra na norma veiculada pelo Protocolo 41/2008.

Reitera que o produto em questão é enquadrado na NCM 87.02.1000 EX 02, pois em 20/04/2000 foi realizada consulta formal à Receita Federal do Brasil, requerendo enquadramento na citada NCM, cuja resposta diz que veio através do Ato Declaratório SRF nº 039 de 25/05/2000. Acostou ao processo cópia do referido processo às fls. 95 a 99.

Com base nisso, reafirma que o produto fabricado e objeto da autuação, não é uma operação de “carrocerias para os veículos das posições 87.01 a 87.05”, e sim, uma operação de “Veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluindo o motorista Ex 02 – com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9 m³” (ônibus completo sob encomenda de sua fabricação).

Assim, diz que no caso em tela, independentemente do chassis ser adquirido pela empresa ou entregue por cliente particular para montagem da carroceria sob encomenda do mesmo, o veículo será enquadrado na posição de produto final, ou seja, o cliente entrega o chassis à Ciferal, ato contínuo, ocorre o processo de encarroçamento, e após, o veículo é entregue completo ao cliente.

Destaca, mais uma vez, os Pareceres Normativos CST nº 206/70 e 378/71 da Receita Federal e as consultas às Receitas Estaduais do Rio Grande do Sul (docs. fls. 105 a 111).

Acostou ainda ao processo cópia do Acórdão nº 0037-03/13, da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, tendo como autuado o contribuinte Marcopolo S/A, que trata da mesma matéria discutida neste processo, sendo julgado improcedente a autuação (fls. 113 a 116).

Aduz que a interpretação da SEFAZ/Bahia de que o produto fabricado pela impugnante não está enquadrado na Ex 02 do código 8702.100.00, fere o princípio constitucional da segurança jurídica ao contribuinte. Transcreve lições de tributaristas sobre este princípio.

Concluindo que houve erro no enquadramento legal bem como na evidente dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposto, requer a nulidade da autuação, ou a declaração da insubsistência do Auto de Infração.

VOTO

O presente processo exige ICMS sob alegação de que o autuado efetuou a retenção a menos do referido imposto e o seu conseqüente 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, pois a operação objeto da autuação diz respeito à operação de venda que realizou para a empresa Boa Viagem Transportes Ltda., acobertada pelo DANFE 049.244, referente a “ônibus completo TORINO com capacidade para 39 passageiros + 2 auxiliar” “NCM/SH 87.02.1000 EX 02”.

Fundamenta sua tese defensiva no fato de que o Protocolo ICMS 41/2008, em sua cláusula primeira, estabelece que a substituição tributária instituída pelo referido protocolo somente é aplicada às operações com os produtos descritos no Anexo Único, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, verificando-se que o produto objeto da operação fiscalizada não se enquadra nos produtos arrolados no anexo, haja vista que consta na posição NCM 72 o seguinte produto: “Carroçarias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabines”. Ou seja, sustenta que o produto objeto da autuação não está sujeito à substituição tributária, por se tratar de um ônibus, Torino, completo vendido pela Ciferal, composto de carroceria e chassi, conforme consta no campo “informações Complementares” do DANFE que o produto goza de alíquota zero de IPI conforme NCM 87.02.1000 - “EX 02”, e que caso a operação fosse de venda somente da carroceria (sem o chassi) o enquadramento fiscal seria 87.07, conforme Tabela TIPI: 87.07 – *Carrocerias para os veículos automóveis das posições 87.01 a 87.05, incluídas as cabines*.

O autuante, por seu turno, manteve o seu procedimento fiscal, sustentando que operação interestadual com mercadorias elencadas no regime de substituição tributária, na forma do Protocolo ICMS nº 41/08, alterado pelo Protocolo 49/08, através do DANFE que acobertou o transporte da mercadoria, contemplando carroçaria montada sobre chassis para ônibus NCM/SH 8707.

Cumpre lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Saliento que o Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo nº 49/08, estabelece que nas operações interestaduais com **peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados** no Anexo Único, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

Já o Convênio 132/92, dispõe que nas operações interestaduais com **veículos novos classificados nos códigos da NCM indicados no Anexo II**, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado.

Portanto, se depreende claramente, que as duas normas pactuais tratam de mercadorias diferentes. O Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo nº 49/08, cuida de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, enquanto o Convênio 132/92 diz respeito à operações de saídas com veículos novos relacionados no Anexo II.

Assim é que a própria legislação do ICMS do Estado da Bahia, também inseriu as referidas mercadorias no regime de substituição tributária, fazendo a separação entre as duas espécies, conforme se observa nas disposições do art. 353, II, 18 e 30 do RICMS-BA/97, abaixo reproduzido:

“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 (Convs. ICMS 52/95 e 121/95 - Convs. 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):

[...]

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;”

Analizando os elementos que instruem o PAF, constatei que o remetente está localizado no Estado do Rio de Janeiro, unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 49/08, e no DANFE nº 049.255, consta na descrição do produto: **“ÔNIBUS URBANO SOB ENCOMENDA COM CARROCERIA DE NOSSA FABRICAÇÃO OPCIONAIS CONFORME CARACTERÍSTICAS SEGUINTEs:**

Carroceria Especial

Tipo Produto: TORINO;

Cores: branco-vermelho-cinza;

Capacidade: 39 passageiros + 2 auxiliar + 51 passageiros em pé;

Ano de fabricação: 2013; ano modelo: 2013;

NÚMERO: BUSUCAUNDA355811CIFE;

NRO RENAVAM: 416621;

Marca/modelo: M.BENZ/MPOLO/TORINO U;

Chassi marca/modelo: MERCEDES BENZ DO BRASIL/OF_1721_EURO_V;

Chassi NRO: 9BM384078DB891921;

Motor: 9249998U1039516;

Potência: 208CV.

A questão deve ser dirimida levando-se em conta a NCM/SH que consta nos documentos fiscais, qual seja, 87.02.1000.

Pelo acima enunciado, resta evidente que a questão central a ser dirimida nos autos é se a mercadoria apreendida trata-se de carroçaria para veículo - NCM/SH 87.07, fl. 56, ou ônibus (Veículo automóvel para transporte de dez ou mais pessoas incluindo o motorista) - NCM/SH 8702.10.00.

Convém salientar que o produto carroçaria para automóveis na forma literalmente elencada no Anexo Único no Protocolo ICMS 41/2008 diz respeito ao produto em seu estado de “componente parte ou peça” original, ou seja, sem beneficiamento algum. No caso em comento, os documentos constantes nos autos permitem concluir-se que a carroçaria foi montada no chassi para ônibus, e, portanto, nada mais é do que o próprio ônibus. Assim, resta claro que a

mercadoria apreendida está de acordo com a discriminação constante do DANFE, ou seja, referem-se a um veículo automotor - ônibus.

No que diz respeito ao fato alegado na informação fiscal de que a montagem foi realizada no chassi enviado pelo encomendante, a meu ver, em nada descharacteriza a natureza física da mercadoria apreendida, qual seja, um ônibus urbano fabricado sob encomenda.

Logo, entendo que não deve prosperar o argumento do autuante de que as mercadorias apreendidas são carroçarias, por não restar dúvida alguma de que se trata de uma operação de saída de um produto acabado, no caso, o veículo. Portanto, não é cabível a substituição tributária instituída pelo Protocolo ICMS 41/2008, relativo às operações com peças, partes, componentes e demais produtos listados no Anexo Único (alterado pelo Prot. ICMS 49/08), uma vez que não se trata de venda somente da carroceria das posições 87.01 a 87.05.

Além do mais, constato também que o produto discriminado nos DANFE, não está sujeito à substituição tributária, prevista no Convênio ICMS 132/92, 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 se depreende da descrição no corpo e nas Informações Complementares dos referidos documentos fiscais, inclusive consignando a alíquota zero de IPI.

Nestas circunstâncias, no caso concreto, o veículo com capacidade para 39 passageiros + 2 auxiliar (volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³), não está compreendido na substituição tributária regida, tanto pelo Convênio ICMS 41/2008, como pelo Convênio ICMS 132/92, por conseguinte, resta descharacterizada a exigência fiscal.

Quanto a decisão através do Acórdão JJF 0220-04/13, fls.74 a 80, apesar de constar na ementa que é oriundo da 2^a JJF, verifico que é da 4^a JJF, e não há prova de que no citado processo o produto foi uma carroceria e não um ônibus, razão que me leva a não acompanhar tal decisão.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **213080.0056/13-1**, lavrado contra **CIFERAL INDÚSTRIA DE ÔNIBUS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR