

A. I. N° - 213080.0040/13-8
AUTUADO - IRIZAR BRASIL LTDA
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13.11.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0217-04/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Há divergência entre o fato apurado e o enquadramento legal da infração, cerceando, assim, o direito de defesa e acarretando insegurança na determinação da infração. Infração nula, nos termos do art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 29/04/2013, para exigir ICMS no valor de R\$ 108.720,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de *“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 no Estado da Bahia. TAO n° 213080.0027/13-1”*.

O autuado apresenta defesa (fls. 26 a 35) e, após efetuar uma descrição dos fatos, diz que há dois pontos a serem discutidos: a) não enquadramento do produto na legislação citada pela autuante; b) não aplicação da substituição tributária nas vendas a consumidor final.

Referindo-se à aplicação do Convênio ICMS 132/92, inicialmente transcreve a cláusula primeira e o código NBM/SH constante no Anexo II desse citado convênio. Explica que essa norma, que deve ser vista de maneira literal, trata apenas de 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. Frisa que como o produto vendido é enquadrado na NBM/SH 8702.10.00, Ex 02, possuindo habitáculo de 66,70m³ (59,96 m³ para passageiros e 6,74m³ para condutor), não se sujeita ao regime de substituição tributária.

Argumenta que tal situação se comprova pelo Anexo Único do Dec. 7.660/11, item 87.02.10.00, que reproduz. Aduz que a legislação distingue os veículos conforme seu habitáculo, sendo que a autuante não atentou para esse fato, pois as Notas Fiscais Eletrônicas n^{os} 19.164 e 19.165 indicam a condição da exceção.

Quanto à aplicação do regime de substituição tributária nas vendas para consumidores finais, afirma que o caso em análise trata de venda para o Ativo Permanente da empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA na condição de consumidora final do seu produto, o que não comporta substituição tributária, já que esse instituto abrange a cobrança do ICMS desde o início da cadeia até ao consumidor final e, portanto, não há que falar em aplicação de MVA.

Diz que cabe à Bahia apenas a cobrança do ICMS sobre o diferencial de alíquotas diretamente do adquirente, ou seja, 7% para 12% que é a alíquota interna para o produto em questão, conforme art. 13 da Lei 7.014/96, que reproduz.

Reitera que, no caso em análise, não se aplica a substituição tributária nem MVA uma vez que não há operação subsequente, haja vista que o produto será incorporado ao ativo imobilizado da adquirente e à Bahia cabe apenas o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas, a ser exigida do adquirente do produto.

Também sustenta que houve erro quanto à aplicação da alíquota, pois nos casos de mercadorias, bens ou serviços de transporte, a alíquota interna a ser considerada é de 12 % e não 17%, conforme previsto no art. 15, inc. II, da Lei 7.014/96.

Assegura que o Auto de Infração não deve prosperar, pois o Convênio ICMS 132/92 não se aplica ao caso em tela e não é cabível a substituição tributária nas vendas para consumidor final e, além disso, a alíquota aplicada está incorreta. Ao concluir, requer a suspensão do débito e extinção do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 73 a 75), a autuante faz uma síntese da defesa e, em seguida, afirma que o IPI é um imposto de competência Federal e as suas normas de exonerações tributárias são aplicadas unicamente aos seus fatos geradores. Diz que, assim, há exigência, exclusiva, no âmbito da União, para a faixa de tributação prevista na NCM 87-02, com prévia manifestação da SRF certificando que o veículo cumpre as normas exigidas pelo órgão, o que não vincula a benefício no contexto da legislação dos Estados e do Distrito Federal.

Sustenta que a ausência de regra restritiva ou desonerativa da tributação na modalidade substituição tributária, para os veículos comercializados pelo autuado e, diante do Convênio ICMS 132/92, ocorre a incidência do ICMS nas operações em tela, salvo melhor entendimento.

Diz que as alegações do autuado não são pertinentes e não possuem elementos capazes de elidir a pretensão de cobrança originada pelas peças processuais. Para corroborar seus argumentos, junta o Capítulo 87 da TIPI, em 08 laudas.

Ao finalizar, mantém a ação fiscal em sua inteireza e solicita a procedência do Auto de Infração.

Por meio do Acórdão JFJ Nº 0280-04/13 (fls. 88 a 90), a 4ª JFJ julgou o Auto de Infração procedente em parte, sob o argumento de que a espécie dos bens apreendidos (carrocerias para ônibus) estava posicionada na NCM/SH sob o código 87021000, especificada na posição 72 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 e, portanto, sujeita ao regime de substituição tributária. Dessa forma, foi refeita a apuração do imposto devido, com a aplicação da margem de valor adicionado prevista no Protocolo ICMS 41/08, o que reduziu o valor devido para R\$ 36.000,00.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a 4ª JFJ recorreu de ofício de sua decisão. Por seu turno, o autuado interpôs Recurso Voluntário, alegando, dentre outros argumentos, que a decisão da primeira instância tinha alterado o fundamento do Auto de Infração ao incluir novo dispositivo legal para respaldar a exigência fiscal.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº 0198-12/14 (fls. 135 a 141) decidiu pela nulidade do Acórdão JFJ Nº 0280-04/13, por considerar que a primeira instância tinha mudado a discussão da matéria posta na autuação. Dessa forma, foi determinado o retorno do processo à primeira instância para nova decisão, a salvo de falhas.

VOTO

No Auto de Infração em análise, o autuado foi acusado de ter deixado de “proceder a retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.”

O lançamento tributário de ofício, efetuado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, está fundamentado no Termo de Ocorrência Fiscal nº 213080.0027/13-1 (fls. 7 e 8). De acordo com esse referido Termo, as mercadorias apreendidas foram três unidades de “Carrocerias p/ Ônibus”. Por seu turno, o Demonstrativo de Débito de fl. 2 repete que as mercadorias apreendidas eram “Carrocerias p/ Ônibus”. Não resta dúvida, portanto, que as mercadorias apreendidas e que foram o objeto do Auto de Infração em comento eram “Carrocerias p/ Ônibus”, o que, no meu convencimento, coloca por terra a necessidade da realização de diligência. Ademais, a apreensão ocorreu no Posto Fiscal Honorato Viana, consoante Termo de Ocorrência; caso a mercadoria descrita na nota fiscal não correspondesse com a real mercadoria que estava sendo transportada,

haveria de imediato uma inidoneidade do documento fiscal e as consequências tributárias seriam diversas.

Considerando que o Auto de Infração foi fundamentado nas cláusulas primeira, terceira, sexta e sétima do Convênio ICMS 132/92, o qual “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores”, fica clara a desconformidade entre o ilícito tributário descrito e o enquadramento legal utilizado, acarretando cerceamento de defesa e insegurança na determinação da efetiva infração apurada.

Esse equívoco no enquadramento legal da infração é de tal monta que também implica erro na apuração do valor da base de cálculo, pois os critérios previstos no Convênio ICMS 132/92 divergem dos determinados pelo Protocolo ICMS 41/08 – o qual trata da substituição tributária nas operações com carrocerias para ônibus.

Corroborando essa nulidade acima, peço vênica para transcrever trecho do voto divergente proferido pela Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa no Acórdão CJF Nº 0198-12/14:

[...]

Explicando melhor: se o órgão julgador de piso estiver correto e as operações interestaduais efetivamente tinham como objeto “carrocerias para ônibus” (e não, ônibus), constata-se uma desconformidade entre a realidade dos fatos e a descrição, no Auto de Infração, do ilícito tributário e seu enquadramento legal. Nessa hipótese, a Junta de Julgamento Fiscal deveria ter declarado a nulidade do Auto de Infração, e não a sua procedência parcial, haja vista a existência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e insegurança na autuação. A segunda instância de julgamento, constatando esse fato (sem sombra de dúvidas, mediante a realização de diligência), poderia perfeitamente declarar a nulidade do Auto de Infração – com a reforma da Decisão recorrida.

[...]

Saliento que caso uma eventual diligência – que entendo ser desnecessária – viesse a comprovar que as mercadorias apreendidas eram ônibus, ainda assim a decretação da nulidade do lançamento de ofício era imperiosa, pois restaria uma clara desconformidade entre os fatos descritos neste Auto de Infração (apreensão de três “Carrocerias p/ Ônibus”) e a realidade que teria sido apurada (a apreensão de três “Ônibus”).

Em face ao acima exposto, o Auto de Infração em análise padece de vício insanável que, a teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, remete à nulidade do lançamento de ofício.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, deverá a autoridade competente verificar a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213080.0040/13-8, lavrado contra **IRIZAR BRASIL LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA