

A. I. N° - 130577.0073/14-5
AUTUADO - SAN MARINO ÔNIBUS LTDA.
AUTUANTE - GRAÇA HELENA SOUZA CARDOSO
ORIGEM - IFMT – DAT METRO
INTERNET - 25/02/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No caso concreto, os ônibus apreendidos e discriminados nos DANFES espelhos da notas fiscais eletrônicas que acobertavam a operação e que serviram de suporte da autuação não estão incluídos entre os itens elencados 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 epígrafe, lavrado em 04/07/2014, exige ICMS no valor de R\$94.457,15, mais multa, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração - **55.28.02.** Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

Consta na “Descrição dos Fatos”: “Falta de retenção e recolhimento do imposto referente às mercadorias (CARROCERIAS PARA ÔNIBUS) constantes no PROTOCOLO 41/2008, dos DANFES N°s 61384, 61388, 61385, 61394, 61387, 61386, 61393, 61395 e 61389, emitidos em 25/06/2014.

O autuado, por meio de advogado, procuração à fl. 88, apresenta impugnação, fls. 29 a 51, contestando o lançamento, fundamentada nas razões a seguir resumidas.

Depois de tecer comentários acerca do instituto da Substituição Tributária, destaca que o recolhimento por substituição tributária impõe exatamente a transferência da sujeição passiva do tributo devido por fatos geradores futuros. Revela que o adquirente da mercadoria o consumidor final, não haverá fato gerador futuro de ICMS, que justifique a exigência de recolhimento do imposto por substituição tributária. Arremata frisando ser exatamente o caso das operações realizadas através das notas fiscais eletrônicas espelhadas nos DANFES nº 61384, 61385, 61386, 61387, 61388, 61389, 61393, 61934 e 61395, que culminaram na lavratura do Auto de Infração.

Afirma que realizou operação de venda dos ônibus de sua produção à empresa COOPSTECS - Cooperativa dos Permissionários do Subsistema de Transporte Especial Complementar de Salvador destinados ao transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo municipal, conforme dados dispostos no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ e no

Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA, conforme comprova o documento, fl. 63.

Observa que os ônibus adquiridos por seu cliente são bens destinados ao ativo fixo da empresa, utilizados para a consecução de seu objeto social que é o transporte de passageiros, comprovando que a adquirente das mercadorias constantes nas notas fiscais eletrônicas objeto da autuação é consumidora final dos produtos. Assevera não haver qualquer possibilidade de os bens adquiridos serem destinados à revenda, pois tal atividade não está elencada no objeto social da empresa adquirente.

Diz comprovar que a adquirente das mercadorias é consumidora final pelo fato de que os ônibus comercializados já saem de seu estabelecimento pintados e adesivados nas cores da empresa adquirente, com a logomarca “STEC - Sistema de Transporte Especial Complementar”, não havendo qualquer interesse na revenda dos bens. Pondera que a empresa adquirente das mercadorias não é contribuinte do ICMS, conforme dados informados no SINTEGRA, fl. 63.

Cita que a adquirente das mercadorias é empresa cujo objeto social é o transporte de passageiros, portanto, consumidora final dos produtos e não contribuinte do ICMS. Nesse sentido, absolutamente correta a tributação destacada nos documentos fiscais, por ter seguido criteriosamente o quanto determina o art. 155, inciso II, §2º, inciso VII, alínea “b”, da CF/88. Diz que recolheu o ICMS na alíquota interna de 17% devida ao Estado do Rio Grande do Sul, não cabendo qualquer exigência de recolhimento por substituição tributária no caso.

Registra que a substituição tributária se aplica apenas nos casos em que o adquirente da mercadoria é contribuinte do imposto. Por não ser o caso em análise, há evidente ilegalidade na exigência fiscal levada a termo no Auto de Infração, pelo que deve o mesmo ser anulado.

Requer seja reconhecido que a destinatária das mercadorias, COOPSTECs é consumidora final dos produtos comercializados, e não é contribuinte do ICMS, conforme comprovam os documentos anexos, e, portanto, as operações realizadas com as notas fiscais eletrônicas espelhadas nos DANFES arrolados no Termo de Ocorrência não estão sujeitas à substituição tributária exigida, declarando nulo o Auto de Infração, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o art. 150, §7º, da Constituição Federal, o art. 6º, §1º, da Lei Complementar nº 87/96, e ao disposto na Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 41/2008.

Observa que os produtos comercializados através dos supra referidos DANFES são Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano, cor branca, com capacidade para 23 pessoas, com carrocerias montadas sobre chassis Agrale. Frisa que são veículos acabados, cuja Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH é 8702.10.00 - Ex02, de acordo com o imposto pela Tabela de Produtos NCM anexa, e da Seção XVII da Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados - TIPI, fls. 74 a 82, que trata acerca da classificação do Material de Transporte.

Explica que no caso dos veículos apreendidos atuou na condição de “Encarroçadora”, promovendo o processo de industrialização do veículo, que passa pela montagem da carroceria, pintura, adesivagem, montagem de componentes interno e externos, sobre os chassis adquiridos da empresa Agrale, que nessa condição são tratados como insumos do processo produtivo que resulta no produto final, Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano. Prossegue ponderando que os produtos comercializados são Ônibus destinados ao transporte de 23 passageiros e um motorista, sendo impossível descaracterizar os produtos como veículos acabados, pois os produtos já possuem inclusive registro junto ao DETRAN, o que se comprova pelas referências aos Códigos RENAVAM - Registro Nacional de Veículos Automotores junto ao órgão.

Diz que os veículos também estão devidamente certificados pelo Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, conforme comprova o Certificado de Adequação à Legislação de Trânsito - CAT nº 0693/08, fl. 84.

Reafirma que os produtos comercializados são Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano completos, compostos por chassis, carroçaria e outros elementos de pintura, acessórios e adesivação, e não pura e simplesmente a carroceria, como quer fazer crer o Autuante.

Assevera que a classificação fiscal do produto NCM/SH 8702.10.00 - Ex02 está baseada nas disposições do art. 96 do Código de Trânsito Brasileiro, onde o produto comercializado está classificado como Ônibus. Diz ainda que o Parecer Normativo CST nº 206/70, fl. 72, esclarece que a oposição de carroçarias sobre chassis para a formação de um veículo completo caracteriza a operação industrial de montagem, conforme definido no artigo 1º, § 2º, inciso III do Regulamento aprovado pelo Dec. nº 61.514, de 12 de outubro de 1967, resultando disso os efeitos e obrigações fiscais atribuídos aos contribuintes, uma vez ocorrido o fato gerador. Acrescenta que o referido Parecer Normativo impõe ainda, que “em qualquer das modalidades, o produto será classificado não na posição correspondente à carroçaria, mas na referente ao produto final, depois de montado (ônibus, caminhão, camioneta, furgão, etc.)”.

Frisa ser impossível considerar apenas a carroceria do veículo para fins de tributação, pois o produto comercializado é o veículo completo, composto, além da carroceria, pelo chassis, motor, peças, pintura e adesivagem. Arremata sustando ficar claro que o produto comercializado é um veículo acabado, destinado ao transporte de mais de 23 pessoas, cuja classificação fiscal NCM/SH é a 8702.10.00 - Ex02, conforme informado nos supra referidos Danfes.

Cita que segundo as informações fiscais apresentadas no Auto de Infração, “deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)”. Assinala que, sob esse fundamento entendeu o autuante que teria incorrido em infração tipificada nas cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo de ICMS 41/08, à qual é aplicada a multa punitiva prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, exigindo no Auto de Infração o ICMS calculado com base de cálculo igual ao valor total das notas fiscais e alíquota de 17%, somado à multa de 60% sobre o valor do imposto devido.

Assegura que não incorreu em qualquer infração, pois o produto comercializado nas Notas Fiscais Eletrônicas apontadas no Auto de Infração não está sujeito ao regime da substituição tributária prevista no Protocolo do ICMS nº 41/08 e nº 49/08.

Observa que o Protocolo de ICMS 41/08 estabelece em sua cláusula primeira que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do referido protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias do protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS.

Diz que da análise o Anexo Único do Protocolo de ICMS nº 41/08, percebe-se que dentre os produtos lá elencados, que dizem respeito apenas às peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, não está disposto o produto comercializado, que se trata de Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano.

Informa que a cláusula primeira do referido Protocolo deixa claro e evidente que o objetivo da norma é submeter ao regime de substituição tributária peças, parte, componentes e acessórios que estarão sujeitos à industrialização e farão parte de um produto final que posteriormente será comercializado pela indústria de veículos, e não o próprio veículo, que é o caso dos bens comercializados.

Revela que a informação trazida nas notas fiscais eletrônicas de venda consta a classificação fiscal do produto NCM/SH 8702.10.00 - Ex02, classificação esta que não se encontra relacionada entre as dispostas no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, e nem é o objetivo principal da tributação ali elencada, ao contrário do que entendeu o Autuante no momento da lavratura do Auto de Infração.

Menciona que o produto carroçaria previsto no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, que visa tributação por substituição de peças, componentes e acessórios para veículos automotores, evidentemente refere-se ao produto carroçaria em seu estado bruto, sem qualquer beneficiamento, destinado a industrialização de veículos.

Afirma que partir do momento em que a carroçaria é alocada sobre o chassis, incluído o motor, anexados os demais acessórios, pintado e adesivado o veículo, evidentemente não se trata mais de uma simples carroçaria, parte ou componente, mas sim de um veículo.

Reproduz trecho emitido pela a Receita Federal do Brasil em Consulta Fiscal nº 184, de 09/07/2008, para assegurar que não pode ser compelida de um lado a seguir as diretrizes específicas da Receita Federal do Brasil, e de outro lado ser autuada em razão deste mesmo motivo pelo Agente Fiscal do Estado da Bahia, que tem entendimento diverso, para que, de uma forma ou de outra, sempre esteja sujeita à penalidades por parte de algum órgão fiscal.

Relata que para incluir os produtos no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária, não pode o Autuante desmembrar o produto, visando desqualificá-lo como ônibus, veículo de transporte completo, para autuar a carroçaria, que é apenas parte que o compõe, independentemente de qual parte do veículo é fabricada pela empresa e quais partes são adquiridas como insumos ou recebidas de terceiros para industrialização.

Frisa que o Auto de Infração não encontra suporte na legislação que rege a matéria e a imposição da cobrança do ICMS por substituição tributária e da multa pretendidas pela fiscalização, pois os produtos comercializados nos DANFES identificados no Auto de Infração são veículos automotores novos da posição NCM8702.10.00 - EX 02, com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igualou superior a 9m³.

Ressalta ficar evidente que não incidiu na conduta típica prevista art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei 7.014/96, no qual se sustenta o Auto de Infração sob exame, pois não é devido o recolhimento de ICMS por substituição tributária no caso em tela, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua ilegalidade e anulado o lançamento vergastado.

Diz que a imposição do recolhimento de ICMS por substituição tributária, que não realiza operações comerciais com os produtos listados no Anexo Único dos Protocolos de ICMS nº 41 e 49/08, acaba por lhe impor um ônus tributário injusto e ilegal, pois não realizou qualquer operação com produto sujeito ao recolhimento de ICMS/ST.

Pugna pelo reconhecimento da ilegalidade e da constitucionalidade do Auto de Infração, posto que busca efetivar a cobrança de tributo sem lastro legal, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o art. 5º, inciso XXII, o art. 150, incisos I, II e IV, da CF/88, o art. 9º, inciso I e o art. 97, inciso III do CTN.

Destaca que as mercadorias apreendidas tratam-se de "Peças e acessórios p/ veículos automotores", condizentes ao modelo "Carroçarias para ônibus", entretanto, pela verificação dos documentos fiscais apresentados, percebe-se na descrição das mercadorias e conforme exaustivamente comprovado nos tópicos anteriores, que se tratam de Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano, veículos completos, composto por chassis, motor, carroçarias, pinturas, adesivagem e demais acessórios, devidamente montados.

Afirma que os veículos comercializados não são entregues por meio de transporte de carga, mas saíram rodando do parque fabril localizado na cidade de Caxias do Sul - RS até a sede do cliente localizada em Salvador - BA, o que obviamente seria impossível se o produto fosse apenas uma carroçaria.

Ressalta que a entrega do veículo em pleno uso ao cliente representa o último estágio de testes e verificação de qualidade dos produtos, pois o próprio cliente, acompanhado por seu representante, realiza a viagem de entrega da mercadoria, de modo a certificar a qualidade do ônibus adquirido, tanto é assim, que no Auto de Infração e no Termo de Ocorrência Fiscal

lavrados consta como transportador a empresa adquirente dos veículos. Acrescenta que as informações constantes nas notas fiscais de vendas, fotos dos produtos comercializados, fls. 65 a 68, atestam que as mercadorias autuadas são ônibus e não carroçarias, conforme consta no Auto de Infração.

Diz ficar evidente que o valor das operações comerciais expressas nas notas fiscais de venda, R\$104.952,39, em cada um dos nove documentos fiscais objetos da autuação, que somam o valor total de R\$944.571,51, não estão elencadas unicamente as carroçarias, conforme faz crer o Auto de Infração vergastado, mas também os chassis, motores e demais acessórios e produtos que compõem os veículos vendidos. Continua citando que se fosse possível ao autuante desmembrar o produto e atuar apenas a carroçaria, mercadoria sujeita à substituição tributária com fundamento, não poderia determinar como base de cálculo do ICMS/ST o valor total da operação, que evidentemente compreende custos e partes que não corresponde à carroçaria autuada, mas deveria considerar como base de cálculo apenas o valor referente à mercadoria sujeita à substituição.

Lembra que a legislação tributária impõe limitações à interpretação extensiva de conceito e forma, de modo a alcançar com a tributação, através da substituição tributária, as mercadorias não expressamente previstas nas normas legais, consoante previsão do art. 110 do CTN.

Frisa que o Auto de Infração é nulo, por força do quanto dispõe o art.18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Requer que seja reconhecida e declarada da nulidade do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, em razão do evidente erro no objeto autuado, que claramente fere o disposto no art. 110 do CTN.

Explica que a função administrativa, à qual cabe a satisfação direta e imediata do interesse público por meio da prestação de serviços públicos, de serviços sociais, do exercício de atividades de regulação e de fomento, da realização de obras públicas. Continua mencionando que no exercício da função administrativa, a Administração adota providências materiais e, também, jurídicas.

Destaca que os atos e procedimentos administrativos integram as atividades-meio, e o agente administrativo responsável pela realização destes atos e procedimentos só pode agir de acordo com o que a lei ordena. Para enfatizar essa tese, reproduz conceituação da vinculação do ato administrativo da lavra do jurista, Celso Antônio Bandeira de Mello.

Afirma que, com base na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é uma objetividade absoluta e o comportamento, além de ser exigido, é exatamente especificado. Frisa que o agente da administração que de outra forma agir estará inquinando seu ato de vícios que resultarão, inevitavelmente, na invalidação do mesmo e, consequentemente, de seus efeitos. Arremata ponderando que os atos administrativos praticados com vícios não podem subsistir, sob pena de afronta a todo o arcabouço jurídico que rege o atuar da Administração Pública.

Diz restar evidenciado que o Auto de Infração está eivado de vício que o contamina em sua integralidade, eis que as mercadorias comercializadas são destinadas a empresa consumidora final, não contribuinte do ICMS, portanto, não se enquadram na situação fática que permite a exigência do recolhimento do imposto por substituição tributária, à medida que não há possibilidade de haver operação posterior sujeita à incidência do ICMS.

Reafirma que as mercadorias vendidas, veículos automotores novos da posição NCM 8702.10.00 - EX 02, com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igualou superior a 9m³, não estão elencadas dentre aquelas sujeitas ao recolhimento de ICMC/ST, tendo, como efeito necessário, a nulidade do Auto de Infração lavrado.

Registra que a autuação afronta, diretamente, ao Princípio da Legalidade Tributária, expresso no art. 97, inciso III, do CTN.

Reafirma a ilegalidade do Auto de Infração aqui combatido, eis que o mesmo, como resultado da inobservância da CF/88, da Lei Complementar nº 87/96, e do Protocolo ICMS 41/08, pretende efetivar tributação e penalização sem lastro legal, o que deve ser reconhecido neste julgamento, com a anulação e arquivamento do ato fiscal aqui hostilizado.

Destaca que, diferentemente dos atos de direito privado, cuja nulidade ou anulabilidade precisa ser decretada judicialmente, a própria Administração Pública pode e deve desconstituir seus próprios atos que contenham alguma espécie de vício, suprimindo os efeitos por eles produzidos. Afirma que nesse sentido, pacificou o STF com a Súmula 473.

Observa que a invalidação produz eficácia retroativa, desconstituindo os efeitos produzidos pelo ato maculado, eis que o reconhecimento do vício e consequente anulação do ato é uma ação meramente declaratória de um vício preexistente.

Requer seja declarado nulo o Auto de Infração, para, aplicando a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, determinar sua anulação e arquivamento, eis que restou demonstrada sua ilegalidade, sob pena de afronta ao art. 9, inciso I, ao art. 97, inciso III, e ao art. 110, todos do CTN.

Conclui requerendo que sejam reconhecidas as nulidades existentes no Auto de Infração para, aplicando o quanto prevêem o art. 18, inciso IV, alínea “a”, e o art. 20 do RPAF-BA/99 e a Súmula nº 473 do STF.

O autuante presta informação fiscal, fls.106 a 108, articulando as considerações a seguir sintetizadas.

Observa inicialmente que o autuado em sua defesa alega que a operação de venda de veículo automotor novo com passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³ está amparada por uma visão de não pagar o ICMS por conta de substituição tributária.

Afirma que ao questionar a ação fiscal o impugnante esqueceu de verificar a descrição constante no DANFE que gerou a infração, conforme podemos verificar com mais detença a descrição constantes nos referidos documentos.

Assevera não existir dúvida alguma quanto a questão. Diz que o autuado para elidir a imposição do pagamento do imposto e das cominações legais faz sofisma 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, ao afirmar que existe *“ilegalidade na exigência de recolhimento de substituição quando a mercadoria se destina a consumidor final.”*

Destaca que a tese vislumbrada pelo autuado não encontra respaldo legal, pois a legislação é bem clara quanto ao assunto que possui inclusive um convênio respaldando a ação fiscal e é bem claro quanto ao assunto quando exige o crédito fiscal relativo ao produto.

Esclarece que a hipótese de incidência de qualquer tributo, como o ICMS em particular, é a descrição legal de um acontecimento capaz de gerar a obrigação tributária. Diz que a obrigação tributária nasce, cria-se, instaura-se por força de Lei. Assinala que o direito positivo fez a escolha da nomenclatura preferida para designar o acontecimento descrito em lei como determinante do nascimento da obrigação tributária, ou seja: o fato gerador.

Relata que o autuado descreve diversas citações sem relação alguma com a verdadeira ação fiscal e sem, contudo, contestar o fator determinante do crédito reclamado que foi a falta de recolhimento do imposto para na qualidade de substituto.

Destaca que o autuado, depois de tecer essas descabidas alegações querendo fazer crer que o automóvel em questão destinava-se ao consumidor final, não adentra no mérito dos motivos

determinantes da autuação, sem citar qualquer dispositivo legal que tenha sido aplicado de forma equivocada pelo preposto fiscal.

Para corroborar seu argumento reproduz a ementa do Acórdão do julgamento pela 2ª JJF do Auto de Infração de nº 124157.0800/09-4.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente cabe ressaltar a divergência que emerge dos autos em relação à identificação da mercadoria apreendida, objeto da autuação, eis que o autuante na acusação fiscal se reporta como sendo um tipo de mercadoria, distinta da que se refere o autuado em sede de defesa.

No Termo de Ocorrência Fiscal nº 1300577.0097/14-1, fls. 04 e 05, e no Auto de Infração identificam as mercadorias apreendidas como sendo “Carrocerias para Ônibus”, constantes no PROTOCOLO 41/2008, dos DANFES nºs 61384, 61388, 61385, 61394, 61387, 61386, 61393, 61395 e 61389. Por seu turno, o impugnante identifica as mercadorias apreendidas são Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano, cor branca, com capacidade para 23 pessoas, com carrocerias montadas sobre chassis Agrale, cuja Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH é 8702.10.00 - EX 02, fl. 76.

Como se depreende da divergência em relação à especificação das mercadorias objeto da acusação fiscal, afigura-se imprescindível a correta identificação das mercadorias para o deslinde da matéria, ora em lide, haja vista que, dessa decisão, emergirá o alcance, ou não, da operação com as mercadorias apreendidas aos ditames do Protocolo ICMS 41/2008.

Ao compulsar os DANFES objeto da autuação, fls. 08, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22 e 24, constato que as mercadorias apreendidas estão descritas como “Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano: ...”, conforme consta do campo “DESCRÍÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇOS”. O código NCM informado é “8702.1000 - Ex02” (vide campo “NCM/SH”), o qual se refere a “Veículos automóveis para transporte de dez pessoas ou mais, incluindo o motorista - com motor de pistão, de ignição por compressão (diesel ou semidiesel)”, conforme tabela TIPI, fl. 76.

Verifico no Auto de Infração que a base de cálculo apurada decorreu da totalização do valor integral de cada uma das operações constantes dos DANFES nºs 61384, 61388, 61385, 61394, 61387, 61386, 61393, 61395 e 61389, arrolados no Termo de Ocorrência Fiscal, mesmo esses fazendo referência a Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano, distintamente da acusação fiscal que identifica as mercadorias como sendo “Carrocerias para Ônibus”.

Assim, consoante a situação fática acima enunciada resta induvidoso que a mercadoria objeto da apreensão foi “veículo automotor novo da posição NCM 8702.10.00 - Ex02 (com volume interno de habitáculo, destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³), conforme consta nos DANFES, espelhos das Notas Fiscais Eletrônicas que acobertavam a circulação das mercadorias apreendidas.

Com fundamento nesta inequívoca constatação fática, fica patente a inadequação da acusação fiscal, nos termos em que foi erigida em fazer incidir o Protocolo ICMS 41/2008, pois seu alcance normativo abrange, tão-somente, componentes de veículo automotor, mas nunca o produto já industrializado, conforme se depreende do teor da ementa e da cláusula primeira do aludido protocolo.

Convém ressaltar que, ao contrário da argumentação articulada pelo defensor, nas operações com peças partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008, independente da condição do adquirente, quando destinados à integração ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo do destinatário, é devida a antecipação pelo remetente da parcela relativa ao imposto correspondente ao diferencial de alíquotas. É o que se depreende nitidamente dos parágrafos 1º e 3º do aludido protocolo, *in verbis*:

“PROTOCOLO ICMS 41, DE 4 DE ABRIL DE 2008

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autoparças.

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

[...]

§ 3º O disposto no caput aplica-se, também, às operações com os produtos relacionados no §1º destinados à:
I - aplicação na renovação, recondicionamento ou beneficiamento de peças partes ou equipamentos;
II - integração ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo do destinatário, relativamente ao imposto correspondente ao diferencial de alíquotas.

Assim, evidenciado nos autos que as mercadorias apreendidas não se constituem de “Carrocerias para Ônibus”, como veiculada na acusação fiscal, uma vez que, conforme discriminado nos DANFES que sustentam a autuação, foram incorporadas no produto final tendo sido objeto de industrialização mediante sua alocação em chassis, incluído o motor, incorporados os demais acessórios, pintado e adesivado. Ou seja, o veículo motorizado pronto e acabado, evidentemente não mais se trata de uma simples carroceria, parte ou componente, mas sim de um veículo automotor.

Saliento que inexiste previsão de retenção do ICMS por substituição tributária para os ônibus apreendidos, por possuírem volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista superior a 9 m³, consoante expressamente previsto na cláusula primeira do Convênio ICMS 132/92,

Em suma, resta descaracterizada a exigência fiscal pelo descabimento da incidência do ICMS substituição tributária sobre a venda dos veículos apreendidos, ou seja, conforme constam nos DANFES nºs 61384, 61388, 61385, 61394, 61387, 61386, 61393, 61395 e 61389, “Ônibus Spectrum City Agrale MA 15.0 Urbano com capacidade para 23 passageiros (volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista, igual ou superior a 9m³”. Eis que, não estão compreendidos na substituição tributária regida, tanto pelo Convênio ICMS 41/2008, como pelo Convênio ICMS 132/92.

Nestes termos, concluo pela insubsistência da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130577.0073/14-5**, lavrado contra **SAN MARINO ÔNIBUS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA