

A. I. N° - 092579.0045/24-1
AUTUADO - IRIZAR BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOÃO VITOR PROFETA ALVES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/12/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0266-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTUADO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTO ENQUADRADO REGIME (CARROCERIA PARA ÔNIBUS). FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 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 industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido relativamente ao imposto correspondente ao diferencial de alíquotas, na operação com produto para integração ao ativo imobilizado ou uso consumo do destinatário. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 25/01/2024, para exigir ICMS de R\$ 24.000,00, acrescido da multa de 60%, conforme “MEMÓRIA DE CÁLCULO”, à fl. 4 dos autos, sob a acusação de “*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)*”, conforme documentos às fls. 4 a 64 dos autos.

Consta do campo “Descrição dos Fatos” que:

Trata-se, em questão, de novo lançamento realizado, tendo em vista a nulidade, declarada por meio de decisão judicial no dia 27 de abril de 2021, do PAF n° 213080.0039/13-0.

Prazo de cinco anos para constituição do crédito tributário a contar da decisão definitiva.

Falta de retenção e recolhimento do ICMS ST referente aos DANFEs n° 19.164 e 19.165 de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo do destinatário, tendo em vista a aplicação do PROTOCOLO ICMS 41/08, cláusula primeira, parágrafo 3°, inciso II.

Situação descrita no TOF/TAO n° 213080.0026/13-5.”

O autuado, às fls. 77 a 93 dos autos, apresenta suas razões de defesa pela qual, preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração em razão do crédito tributário estar prescrito, pois o suposto fato gerador se deu em 29 de abril de 2013, tendo se passado onze anos para o Estado da Bahia tentar realizar a cobrança de um suposto ICMS-ST, através de Auto de Infração n° 092579.0045/24-1 que é resultado do Auto de Infração originalmente lavrado sob n° 218905.0569/13-8, declarado nulo por vício material insanável através dos Embargos à Execução Fiscal n° 0328484-12.2015.8.05.0001, por ter se comprovado que o referido Auto de Infração ter inicialmente trazido suposta infração ao Convênio ICMS 132/92 e, posteriormente, ter sido alterado para o Protocolo ICMS 41/08, configurando um claro vício quanto a matéria, visto que o prazo para constituição do crédito tributário é de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, nos termos do art. 173 do CTN.

Assim, uma vez configurado o vício material, confirmado pelo Poder Judiciário, não há falar-se na aplicação do inciso II do artigo 173 do CTN, devendo-se anular o Auto de Infração em epígrafe.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração nº 092579.0045/24-1 em razão de não capitular corretamente a infração, conforme previsto no art. 39, V, do RPAF, eis que o lançamento de ofício traz o enquadramento como sendo a cláusula primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08, deixando de indicar qual seria o item do Anexo Único do Protocolo que estaria enquadrado o produto vendido sob suposta incidência.

No mérito, aduz existem três pontos cruciais, sendo o primeiro: o não enquadramento do produto vendido pela requerente na legislação e consequente não aplicação da substituição tributária do ICMS. O segundo: é a não aplicação da substituição tributária nas vendas para consumidor final, por não haver circulação de mercadoria posteriormente. Já o terceiro ponto é que o Poder Judiciário já cravou através de decisão transitado em julgado que o produto não se enquadra no Protocolo ICMS 41/08 (autos nº 0318667-84.2016.8.05-00001).

Quanto ao primeiro item, esclarece que, apesar do Auto de Infração não trazer o item do Anexo Único ao qual residiria a suposta infração, a legislação vigente na época dos fatos inerente ao item 72 do Anexo Único que trata da substituição tributária o caso de venda com a NCM 87.07. Porém o Estado da Bahia se olvidou que o produto final resultante do acoplamento da carroceria a um chassi é um veículo e não simplesmente uma carroceria, do que cita Parecer Normativo CST nº 206/70, o qual reza que a posição da carroceria sobre chassi resulta em um produto final denominado ônibus e deve ser tributado como tal.

Reitera que o produto adquirido pela empresa Auto Viação Camurujipe Ltda., é tido como ônibus e deve assim ser tributado, com NCM 8702.10.00, "Ex 02", estabelecida pela Receita Federal, constante nas Notas Fiscais nº 19.164 e 19.165, em razão do produto possuir um volume de habitáculo dos passageiros de 59,96 m³ e um volume de habitáculo do condutor de 6,74 m³, o que totaliza 66,70 m³, e não com a NCM 87.07, como considerado pela fiscalização, restando claro que a legislação apontada nos autos não tem qualquer aplicabilidade ao produto vendido. Cita Acórdão JJF nº 0292-04/10, pela improcedência.

Inerente ao segundo tópico, reitera que não se aplica a substituição tributária nas vendas para consumidor final contribuintes do ICMS, eis tratar-se de aquisição de veículo para o ativo permanente da empresa Viação Camurujipe Ltda., inexistindo revenda do produto, cabendo apenas a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS diretamente ao adquirente do produto.

No terceiro item, diz haver decisão judicial favorável ao contribuinte acerca da não aplicabilidade do protocolo ICMS 41/08 ao produto vendido, por ele se enquadrar na NCM 8702.10.00 "Ex. 02", conforme processo nº 0318667-84.2016.8.05.0001, cuja sentença foi transitada em julgado através da 11ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Por fim, requer: *i)* o acolhimento das preliminares com o cancelamento e anulação do Auto de Infração e *ii)* o cancelamento e extinção do mesmo, vez que restou cristalina a não aplicação do Protocolo ICMS 41/08, por falta de previsão legal quanto ao produto vendido e, em razão da decisão do Poder Judiciário transitada em julgado de que o produto não se enquadra no Protocolo ICMS 41/08, do que anexa documentos acerca de suas alegações às fls. 94 a 162 dos autos.

O autuante apresentou informação fiscal, à fl. 167 dos autos, na forma a seguir transcrita:

[...]

Análise de Fiscalização

Da análise da defesa verifiquei que não assiste razão ao contribuinte autuado.

*Incorre em erro material o autuado ao afirmar, na página 79-A, representado pelo ilmo. Sr. Marcelo Henrique, que está prescrito o direito de constituir o crédito tributário. Como bem sabemos, é o instituto da **decadência** que impossibilita a constituição do crédito tributário, sendo totalmente **diferente da prescrição**.*

Quanto a arguição do contribuinte de que não há citação sobre qual item do anexo único se enquadraria a

mercadoria, creio que não deva ser de grande valia, tendo em vista que não há alteração de qualquer preceito para o recolhimento. Busca-se, em verdade, a simplificação da autuação e a eficiência administrativa, não prejudicando o direito à ampla defesa do autuado.

*Ademais, o CONSEF, em decisão anterior, por intermédio do acórdão JJF Nº 0275-04/13, presente nas fls. 53 a 55, julgou a **procedência da autuação realizada anteriormente**, a qual este PAF substitui.*

CONCLUSÃO

*Diante do exposto, **discordo dos argumentos apresentados** e considero a **procedência total** do lançamento, conforme análise feita acima.*

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração, em análise, fora lavrado em 25/01/2024 para exigir o ICMS de R\$ 24.000,00 acrescido da multa de 60 %, conforme “MEMÓRIA DE CÁLCULO” (fl. 4), sob acusação de que o remetente IRAZAR BRASIL LTDA, com CNPJ nº 02.301.582/0001-71, estabelecido no município de Botucatu (SP), deixou de efetuar a retenção e consequente recolhimento do ICMS ST, referente aos DANFES nº 19.164 e 19.165, emitidos em 25/04/2013 (fls.16 e 17), na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo do destinatário, localizado no Estado da Bahia, tendo em vista a aplicação da cláusula primeira, § 3º, II, do Protocolo ICMS 41/08, situação descrita no TOF/TAO nº 213080.0026/13-5 (fls. 12/13), sendo consignado, ainda, como “Descrição dos Fatos” que:

“Trata-se, em questão, de novo lançamento realizado, tendo em vista a nulidade, declarada por meio de decisão judicial no dia 27 de abril de 2021, do PAF nº 213080.0039/13-0.

Prazo de cinco aos para constituição do crédito tributário a contar da decisão definitiva.”

Em suas razões de defesa, o autuado, preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração em razão do crédito tributário se encontrar prescrito, já que o fato gerador se deu em abril de 2013, tendo se passado onze anos para o Estado da Bahia tentar realizar a cobrança do suposto ICMS-ST, cujo lançamento é resultado do Auto de Infração lavrado sob nº 218905.0569/13-8, declarado nulo por vício material insanável através dos Embargos à Execução Fiscal nº 0328484-12.2015.8.05.0001,

Consoante documento, à fl. 23 dos autos, emitido pela PGE no sentido de instar a Secretaria da Fazenda a confirmar a ciência de que a extinção do crédito tributário, constituído através do PAF nº 213080.0039/13-0, se deu em razão do Poder Judiciário ter considerado o citado Auto de Infração nulo, sendo a contagem do prazo decadencial nos termos o art. 173, II, do CTN, ou seja, extingue-se após cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, como se depreende da decisão, a exemplo de:

“O equívoco identificado, portanto, torna a autuação nula, por falta de um dos requisitos essenciais para o seu desenvolvimento válido e regular, qual seja, a correta capitulação da norma legal supostamente infringida pela recorrida.” (fl. 36)

“Desta forma, diante do quanto analisado até aqui, especificamente quanto à acusação fiscal, é imprescindível que o auto de infração contenha de forma clara e objetiva a narração dos fatos e a indicação do fundamento jurídico para a caracterização destes fatos como uma infração tributária (subsunção).

Portanto, demonstrado erro a capitulação do lançamento, e diante da impossibilidade de sanar o erro apontado, deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração, em atenção ao disposto no artigo 142 do CTN e no artigo 18 do RPAF.” (fl. 37)

Diante de tais considerações, inegável tratar-se de nulidade por vício formal e, nos termos do art. 173, inciso II, do CTN, o marco inicial da contagem do prazo decadencial é de 20 de abril de 2021, data que foi proferida a decisão judicial final (fl. 27), tendo o ente tributante o prazo para lançamento do crédito tributário até 19 de abril de 2026. Como o Auto de Infração, em análise, foi lavrado em 25 de janeiro de 2024 e cientificado o sujeito passivo em 13 de março de 2024, não havia ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Inerente à pretensão de nulidade do Auto de Infração nº 092579.0045/24-1 em razão de não capitular corretamente a infração, conforme previsto no art. 39, V, do RPAF, eis que o lançamento de ofício traz o enquadramento como sendo a cláusula primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08, deixando de indicar qual seria o item do Anexo Único do Protocolo que estaria enquadrado o produto vendido sob suposta incidência, igualmente, não vislumbro melhor sorte ao apelante, já que, o próprio defendente demonstra conhecimento de que a acusação se trata de “carroceria p/ Ônibus” (como consta do TOF, fl. 12), tendo, inclusive, à fl. 82 dos autos, quando das razões de defesa, consignado que “*A legislação vigente na época dos fatos no remete ao item 72 do Anexo Único do mesmo Protocolo ICMS, que trata da substituição tributária no caso de venda com a NCM 87.07.*”, em que pese ter refutado no sentido de: “*Porém o Estado da Bahia se olvidou de um detalhe crucial para a questão, pois o produto final resultante do acoplamento (sic) da carroceria a um chassi é um veículo e não simplesmente uma carroceria.*”, numa prova incontestada de que não houve qualquer prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório.

Diante destas considerações, não há de ser reconhecida a pretensão recursal de nulidade da Decisão recorrida, até porque não há nulidade **sem prejuízo** (princípio *pas de nullité sans grief*), pois, para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja prejuízo às partes, o que não ocorreu, eis que, se a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há de cuidar-se de nulidade, cujo princípio os tribunais superiores brasileiros entendem pertinente.

Quanto às razões de mérito, entendo os três pontos abordados conexos e intrínsecos, razão para analisá-los conjuntamente e, de cuja avaliação, vislumbro caber razão ao contribuinte eis que, conforme consta dos DANFE nº 19164 e 19165 (fls. 16 e 17), tratam-se da “NCM/SH 8702.10.00-Ex02 DECR. 3360 08/02/00 – ATO DECLAR. SRF 63 DE 16/08/2000”, constituindo-se de: “CARROCERIA P/ ONIBUS RODOVIÁRIO, CONFORME SEGUINTE CARACTERÍSTICAS: TIPO DO PRODUTO: (...) CARROCERIA (...) CAPACIDADE: 50 PASSAGEIROS + 01 MOTORISTA (...) CHASSI MARCA/MODELO: MERCEDES BENZ/IRIZAR (...) MOTOR (...) POTÊNCIA: 300CV (...)”. Portanto, trata-se de uma operação de venda de ônibus completo, sob NCM/SH 8702.10.00-Ex02, conforme Ato Declaratório SRF 63 de 16/08/2000 (fl. 109) e jurisprudência dominante do CONSEF, como constante dos autos, a exemplo: CJF nº 0004-12/15; CJF nº 0047-11/14; CJF nº 0047-12/15; CJF nº 0076-11/14; CJF nº 0245-11/11; CJF nº 0387-12/13; CJF nº 0179-11/14.

Corroboro com o entendimento de que o produto carroceria para automóveis na forma elencada no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/2008 deve-se aplicar ao produto quando “componente parte ou peça” e não como ínsito nos documentos fiscais onde constam: carrocerias, chassis, motor e, portanto, nada mais é do que o próprio ônibus - veículos automotor.

Em consequência, para solução da lide deve-se observar a NCM/SH que consta nos DANFE, qual seja, 8702.1000-EX02, ou seja, veículo automóvel para transporte de dez ou mais pessoas incluindo o motorista, com volume interno de habitáculo destinado a passageiros e motorista igual ou superior a 9m³, consoante TIPI e Ato Declaratório SRF 63/2000, eis que, no caso em análise, os documentos fiscais atestam a existência de: carroceria para ônibus sobre chassi e motor, portanto, nada mais do que o próprio ônibus, descabendo a exação por não compreender a NCM 8702.1000-EX02 do Anexo II do Convênio ICMS 132/92 para enquadramento na substituição tributária, tanto para retenção do ICMS-ST ou ICMS DIFAL, prevista nas cláusulas primeira e segunda do dito Acordo Interestadual.

Válido registrar que caberia ao fisco o ônus da prova de que os bens consignados no Termo de Ocorrência Fiscal (TOF), à fl. 12 dos autos, efetivamente, tratavam de “Carroceria p/ônibus” e não do produto final denominado ônibus, resultante do acoplamento da carroceria sobre um chassi e motor, consoante DANFE de nº: 19164 e 19165, às fls. 16 e 17 dos autos, de modo a fundamentar a imputação de falta de retenção e recolhimento do ICMS ST de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou uso/consumo do destinatário, nos termos da cláusula primeira, § 3º, II, do Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Do exposto, voto o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **092579.0045/24-1**, lavrado contra **IRIZAR BRASIL LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

