

PROCESSO - A. I. N° 269616.0010/07-5
RECORRENTE - FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0186-05/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13/04/2009

2^a CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0045-12/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (VEÍCULOS AUTOMOTORES). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. As mercadorias objeto da autuação (veículos automotores) são enquadradas no regime de substituição tributária, e o Protocolo ICM 132/92 prevê a redução da base de cálculo para limitar a carga tributária final em 12%. No entanto, o Convênio ICMS 129/97 exigia no período de 01/04/02 a 31/12/02, que para usufruir o benefício da alíquota reduzida de 12% estava condicionado a existência de Termo de Acordo a ser firmado entre o destinatário das mercadorias e esta SEFAZ. Comprovada a inexistência do Termo de Acordo, restou caracterizada a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$7.400,75, acrescido da multa de 60%, em razão de ter procedido a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresentou impugnação afirmando, inicialmente, que é contribuinte substituto de ICMS no Estado da Bahia por força das disposições legais contidas no Convênio ICMS 132/92, que estabeleceu a sistemática de substituição tributária para os fabricantes de veículos automotores, com relação a operações futuras de comercialização de veículos realizada pela rede de distribuição autorizada ao consumidor final, nos termos da Lei Federal nº. 6.729/79, ou destinados a contribuintes para integrar o ativo imobilizado. Argumenta que em decorrência do referido Convênio, os Estados, em determinado momento firmaram acordo com as montadoras de veículos para que fosse instituída a substituição tributária no setor, em troca de redução na base de cálculo do ICMS, restrito a uma carga tributária final de 12%. Acrescenta que essa regra desapareceu definitivamente da redação do Convênio ICMS 132/92, e, com as mudanças introduzidas pelo Convênio ICMS 83/96, foram mantidas até 30/09/2002, com base nos convênios ICMS 52/95 (até 31/12/1997); 129/97 (de 01/01/1998 até 30/09/1999) e 50/99 (até 30/09/2002). Assegura que a redução da carga tributária para os veículos automotores foi uma das condições negociadas com o setor produtivo para permitir a introdução da sistemática de substituição tributária, que acarretava às montadoras responsabilidade pela retenção do ICMS devido na etapa subsequente de circularização das mercadorias (veículos) por elas vendidas à sua rede de distribuidores autorizados ou a contribuintes que os destinasse a seu ativo. Transcreve o art. 16 da Lei nº. 7.014/1996 da legislação de ICMS do Estado da Bahia, para corroborar sua tese.

Argumenta que, se o regime de substituição tributária, nos termos da Lei nº 7.014/96, é uma opção

e depende de expressa manifestação do contribuinte substituído, mediante a assinatura de um Termo de Acordo, em que de um lado se situa o contribuinte substituído e de outro o Estado da Bahia, com a obrigação do Estado comunicar o contribuinte substituto da celebração do referido termo, resta evidente que as operações em questão na verdade não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, por falta de adesão do contribuinte do Estado da Bahia. Observa que assim não existiu qualquer comunicação por parte do Estado da Bahia que lhe obrigasse a reter e recolher o ICMS-ST devido em função de eventual diferencial de alíquota devido pelo contribuinte que adquiriu seus veículos para seu ativo. Afirma que ocorreu uma operação normal entre contribuintes, sem a utilização da sistemática do Regime de Substituição Tributária, sendo o ICMS devido na operação interestadual somente ao Estado de São Paulo, portanto indevida a parcela lançada pela fiscalização, tornando a autuação nula de pleno direito.

Destaca que a tributação de ICMS a 17% na sistemática de substituição tributária é modalidade não autorizada pelos Convênios citados nem pela própria legislação do Estado da Bahia.

Requer seja a autuação julgada improcedente.

Os autuantes, em sua informação, observam que o presente Auto de Infração exige diferença de ICMS Substituição Tributária retido a menor em operações de venda de veículos para o Estado da Bahia e que o estabelecimento substituto realizou vendas utilizando alíquota reduzida de 12%, no período de 01/04/02 a 31/12/02, durante o qual tal benefício estava condicionado à existência de Termo de Acordo a ser firmado entre o destinatário das mercadorias e a SEFAZ, o que não ocorreu.

Quanto ao mérito, argumentam:

- que a defesa alega que a perda do benefício da redução implicava na perda do regime de substituição tributária, pois ambos estavam condicionados à assinatura do mencionado Termo de Acordo, acrescentando que “*portanto a operação em tela foi uma operação entre contribuintes normal, sem aplicação da sistemática do Regime de Substituição Tributária sendo o ICMS devido na operação interestadual somente ao Estado de São Paulo sendo indevida a parcela ora lançada pela fiscalização*”;
- que a alegação defensiva trata de evidente inversão do principal pelo acessório e que ao regime de substituição tributária nas operações com veículos novos fora acrescentado o benefício da redução da base de cálculo, e que, no período citado, tal vantagem exigia a manifestação do beneficiário mediante Termo de Acordo;
- que de forma alguma se submeteu o sistema de tributação substituída à opção pela vantagem oferecida - sob as condições constantes do citado termo, e que para confirmar tal entendimento basta se verificar que o regime tributário para veículos, em lide, antecede a previsão do Termo de Acordo e lhe sucede após o período em que lhe fora exigido para fruição do benefício redutor da carga tributária.

Concluem os autuantes mantendo a ação fiscal.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O Auto de Infração cuida da retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Operações realizadas no período fiscalizado de julho a dezembro de 2002.

A defesa concentrou suas argumentações, observando inicialmente sob o aspecto de que se o regime de substituição tributária, nos termos da legislação de ICMS, Lei Estadual nº. 7.014/96, é uma opção e depende de expressa manifestação do contribuinte substituído mediante a assinatura de um Termo de Acordo, em que de um lado situa-se o contribuinte substituído e de outro, o Estado da Bahia, sendo uma obrigação do Estado comunicar o contribuinte substituto, da celebração do referido termo, resta evidente que as operações em questão na verdade não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, por falta de adesão do contribuinte do Estado da Bahia. Logo, não existiu qualquer comunicação por parte do Estado da Bahia que lhe obrigasse a reter e recolher o ICMS-ST devido em função de eventual diferencial de alíquota devido pelo contribuinte que adquiriu seus veículos para seu ativo.

Os autuantes mantiveram o Auto de Infração asseverando que ao regime de substituição tributária nas operações com veículos novos fora acrescentado o benefício da redução da base de cálculo, e que, no período citado tal vantagem exigia a manifestação do beneficiário sob forma, do mencionado Termo de Acordo.

Ressaltaram que de forma alguma se submeteu o sistema de tributação substituída a opção pela vantagem oferecida – sob as condições constantes do Termo de Acordo. Enfatizaram ainda que esse entendimento é confirmado pelo fato de que o regime tributário para veículos, é anterior a previsão do Termo de Acordo e lhe sucede após o período em que fora exigido para fruição do benefício redutor da carga tributária.

Da análise dos elementos que emergem do contraditório instalado nos presentes autos, resta a questão central a ser esclarecida: na ausência do Termo de Acordo firmado entre o destinatário das mercadorias e esta SEFAZ, no período fiscalizado é permitido ao contribuinte substituto, e ora autuado, aplicar nas operações de vendas de veículo automotores para adquirentes do Estado da Bahia, o benefício da redução da carga tributária para 12%.

Constatou que o autuado fora intimado especificamente para apresentar a cópia do Termo de Acordo firmado pelo estabelecimento, Indiana Veículos Ltda., CNPJ 40.606.402/0002-30, na forma prevista no Parágrafo único da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 129/97, e não atendera. fl. 05.

Ao compulsar o art. 16 da Lei nº 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ora questionados, julho a dezembro de 2002, constata-se a imprescindibilidade do Termo de Acordo para a utilização do benefício da redução da carga tributária para 12%, como se depreende da leitura do inteiro teor do § 2º do aludido dispositivo legal, a seguir transcrito.

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

[...]

III - 12% (doze por cento):

[...]

§ 2º Para a aplicação da alíquota de 12% nas operações previstas na alínea "b" do inciso III deste artigo deverão ser observadas as seguintes condições:

I - o contribuinte substituído deverá manifestar-se expressamente pela adoção do regime de substituição ou antecipação tributária, mediante celebração de Termo de Acordo com o fisco estadual, que estabelecerá as condições para operacionalização dessa sistemática de tributação, especialmente quanto à fixação da base de cálculo do ICMS;

II - o contribuinte substituído, não poderá utilizar qualquer crédito fiscal, para compensação de imposto, sob alegação de diferença entre o preço fixado como base de cálculo e o preço efetivamente praticado.”

Portanto, tendo em vista restar evidenciado nos autos, acorde demonstrativos de apuração, fls. 6 e 7, e de débito, fl. 04, que o autuado reteve o ICMS – Substituição a menos em operações de vendas de veículos para o Estado da Bahia utilizando alíquota reduzida de 12%, no período fiscalizado, durante o qual a fruição do aludido benefício estava condicionada a celebração do Termo de Acordo firmado entre o destinatário das mercadorias no Estado da Bahia e esta SEFAZ.

Assim, como o autuado não elidiu a acusação fiscal, vez que não apresentou o supra referido Termo de Acordo, mantenho a infração objeto do presente Auto de Infração em seu valor originalmente lançado.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração“.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente, reitera os argumentos expendidos na defesa e transcreve mais uma vez o art. 16 da Lei nº 7.014/96, destacando o seu § 2º, acrescido posteriormente, com efeitos a partir de 01/04/02 a 31/04/02, período que abrange o fato gerador da autuação.

Sustenta as suas alegações como se segue:

- a legislação estabelecia que para a adoção do regime de substituição era necessária a manifestação expressa do contribuinte substituído, mediante a celebração de um Termo de Acordo com o fisco, que estabelecia as condições da operacionalização dessa sistemática de tributação; dessa forma, sem o termo de acordo não haveria a relação de substituição tributária;
- segundo a referida lei, a alíquota a ser aplicada nas operações com veículos novos era de 12 %;
- de acordo com a citada lei, em vigor à época do fato gerador, somente seria aplicada a sistemática da substituição tributária, com as condições de sua operacionalização, através da celebração de Termo de Acordo com o fisco, à alíquota de 12%;
- o recorrente somente seria considerada contribuinte substituta caso houvesse a efetiva assinatura do Termo entre seu distribuidor e o fisco para a adesão ao regime de substituição tributária, fato que não ocorreu no presente caso;

- é incabível o fabricante de veículos ser intimado a apresentar um Termo de Acordo em que nem parte é, sendo que, caso o referido Termo tivesse sido celebrado, seria entre o contribuinte substituído e o Estado da Bahia, que deveriam possuir cópia do mesmo;
- as operações em questão não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária por falta de opção do distribuidor, contribuinte do Estado da Bahia, a quem cabia exonerar a retenção antecipada efetuada pelo recorrente e cobrar o valor não recolhido do seu distribuidor;
- a operação em tela foi entre contribuintes, normais, sem aplicação da sistemática do Regime de Substituição Tributária, sendo o ICMS devido somente na operação interestadual com aplicação da alíquota de 7 %, em São Paulo, estado sede do recorrente.

Pede a reforma da Decisão recorrida, para julgar improcedente a ação fiscal.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, após tecer considerações sobre as alegações do recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, fundamentando:

- que o autuante, em sua informação fiscal, fez correta leitura da inversão de raciocínio jurídico em que se baseou os argumentos do Recurso Voluntário, como transcreto: “*Trata-se a alegação de evidente inversão do principal pelo acessório. Ao regime de substituição tributária nas operações com veículos novos foi acrescentado o benefício da redução de base de cálculo. No período citado tal vantagem exigia a manifestação do beneficiário sob forma de Termo de Acordo. De forma alguma se submeteu o sistema de tributação substituída à opção pela vantagem oferecida-sob as condições constantes do citado termo*”;
- a regra que fundamentou o trabalho de fiscalização está inserta no Convênio ICMS 132/92, que previa a substituição tributária com veículos automotores, estando ainda prevista a redução da base de cálculo para que a carga tributária para a operação resultasse em 12%. Como bem esclarecido no voto do ilustre julgador da JJF, no período autuado o Convênio ICMS 129/97 exigia a assinatura de termo de acordo entre o destinatário das mercadorias e a SEFAZ. No caso foi intimado o autuado para apresentar o termo de acordo firmado entre a revendedora Indiana Veículos e não foi apresentado.
- por conclusão, diz a procuradora, acatamos o voto do relator de 1ª Instância, que o ponto central dessa autuação é saber que ante a inexistência do citado termo de acordo previsto na cláusula segunda, parágrafo único do supracitado convenio, é permitido ao contribuinte substituto, autuado, aplicar nas operações de vendas de veículos automotores para adquirentes no Estado da Bahia, o benefício da redução de carga tributária. Finalmente, a citada lei 7.014/96, no art. 16, transcrito no citado voto, exige de forma indispensável a existência do famigerado termo de acordo para a aplicação da redução da base de cálculo.

VOTO VENCIDO

Conforme sustentado pelo recorrente, por conveniência recíproca, os estados e as montadoras deliberaram firmar convênio para que fosse instituída a substituição tributária no setor, estabelecendo-se uma redução na base de cálculo, de um lado, e de outro a mudança na sistemática da utilização da base de cálculo presumida, que permitia aos distribuidores o resarcimento da diferença quando da ocorrência de preço de venda a menor ao consumidor final.

Após vários desencontros, foi firmado convênio estabelecendo que o benefício da redução da base de cálculo dependia exclusivamente de celebração de Termo de Acordo com o contribuinte que pretendesse figurar como substituído, cabendo ao Estado comunicar ao contribuinte substituto a relação dos seus distribuidores que aderissem ao regime de substituição tributária.

Evidentemente, o não atendimento dessas condições descaracteriza o regime de substituição tributária, diferentemente do entendimento manifestado pelo fisco no sentido de que a operação objeto da ação fiscal estaria enquadrada nesse regime. Por fim, alegar-se que, apesar de intimado, o autuado deixou de apresentar o termo de acordo firmado com a revendedora não faz o menor sentido, vez que não é possível fornecer algo que, comprovadamente, não existe ou estaria também em poder do Estado, por ser parte integrante do documento.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, reformando a Decisão recorrida, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Divirjo respeitosamente do voto proferido pelo Sr. relator conselheiro Fauze Midlej, quando o mesmo afirma que o regime de substituição tributária, nas operações interestaduais com veículos automotores, regidas pelo Convênio ICMS 132/92, dependiam, para sua eficácia, de um termo de acordo firmado entre o Estado da Bahia e a concessionária revendedora. Esse foi o raciocínio desenvolvido pelo recorrente, ao qual aderiu o relator, mas que está totalmente equivocado.

O referido regime de substituição tributária, desde a sua implantação, sempre foi impositivo e jamais esteve condicionado à adesão do sujeito passivo. Todavia, os Estados, sensíveis às demandas do setor automotivo, acrescentaram à legislação específica, também por meio de Convênios aprovados no CONFAZ, o benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

No período objeto da autuação, que compreende os meses novembro e dezembro do ano de 2002, o benefício encontrava-se regulado pelo Convênio ICMS 129/97. Este convênio condicionava o gozo do benefício à manifestação expressa do beneficiário, sob a forma de termo de acordo, o que equivale a dizer que se o contribuinte substituído não firmasse com o Estado aquele pacto, a substituição tributária seria efetuada com a carga tributária integral, à alíquota de 17%. Foi o que ocorreu no caso em exame, onde as operações promovidas pelo autuado tiveram a base de cálculo indevidamente reduzida, para a carga tributária de 12%, sem respaldo no termo de acordo exigível na legislação.

Do exposto, se deduz que a decisão do Sr. relator teve por fundamento uma incorreta inversão do raciocínio jurídico, pois o que se encontrava condicionado ao pacto não era o regime de substituição tributária, mas o benefício fiscal a ele vinculado.

Diante disso, apresentam-se corretas as conclusões que se encontram expostas no parecer da dota Procuradoria Estadual, visto que o benefício da redução da base cálculo do ICMS, para a sua aplicação, era dependente do cumprimento de um requisito que não foi atendido. Portanto, está correta a exigência fiscal formalizada através deste Auto de Infração.

Assim, considerando o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269616.0010/07-5, lavrado contra **FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.400,75, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos e Mônica Maria Roters.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Fauze Midlej, Eduardo César Gonçalves Braga.

Sala das Sessões do CONSEF 09 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS