

A. I. N° - 207968.0625/10-6
AUTUADO - STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - ASTÉRIO EDUARDO BRITO DANTAS
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 23. 12. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0393-01/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VEÍCULO AUTOMOTOR. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Na venda direta ao consumidor final, o imposto é compartilhado entre o Estado onde está localizado a montadora e/ou o importador e o Estado onde está localizada a concessionária que faz a entrega do veículo, conforme previsão estatuída no Convênio ICMS 51/00. No caso da lide, a venda foi realizada diretamente para pessoa física não havendo participação de concessionária, descabendo, portanto, a exigência do imposto com fundamento no Convênio ICMS 51/00. Já o Convênio ICMS 132/92 não prevê a substituição tributária na venda direta ao consumidor com a participação das concessionárias. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/06/2010, exige ICMS no valor de R\$ 44.705,10, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de 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. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que o autuado deixou de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS, conforme determinam os Protocolos [Convênios]ICMS n° 51/00, 58/08 e Convênio ICMS 132/92. Há ainda o registro de que o autuado informou no DANFE n° 9156, que o ICMS foi recolhido antecipadamente, entretanto, o Convênio n° 132/92, cláusula primeira, estabelece que não se aplica a substituição tributária (retenção do ICMS) nas transferências da empresa importadora, conforme ocorreu com o DANFE n° 583. Documentos anexos comprovam a irregularidade fiscal.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 39 a 48), apresentando inicialmente um breve relato dos fatos. Esclarece que é importadora e distribuidora exclusiva no Brasil dos veículos da marca Porsche, adquirindo-os diretamente do fabricante situado na Alemanha, sendo a efetiva importadora. Ou seja, aquela que deu início ao negócio jurídico que se concretizou com a importação por conta e ordem realizada pela empresa comercial importadora Cisa Trading situada no Estado do Espírito Santo, conforme declaração de importação (doc. 2).

Diz que a Cisa Trading efetua o desembaraço aduaneiro, recolhe todos os impostos, inclusive o ICMS incidente sobre a importação, sempre por conta e ordem da impugnante. Posteriormente, fatura como outras saídas os veículos importados do estabelecimento impugnante, estabelecido no Estado do Espírito Santo, com destaque do imposto devido na operação (doc. 3). Após, a impugnante efetua a transferência do veículo para filial situada no Estado de São Paulo, mediante a emissão de nota fiscal com destaque do ICMS da operação própria tributária, (doc. 4), este último relativo às operações subseqüentes, util

agregado de 30%, prevista no Convênio ICMS nº 132/92 (doc. 5), ratificado por todos os Estados da Federação.

Esclarece que já na propriedade do veículo e após a mercadoria ter ingressado em seu estoque, o estabelecimento impugnante - que se trata de filial estabelecida em São Paulo -, realiza a limpeza do veículo, no caso, com a retirada de uma resina protetora, e o disponibiliza para posterior operação de venda no mercado interno, cujo adquirente pode ser um consumidor final ou um revendedor, localizados em São Paulo ou outro Estado da Federação.

Registra que na operação de venda do veículo para consumidor final, não contribuinte do imposto, ou, ainda, para integrar ativo imobilizado do contribuinte situado noutro Estado, emite nota fiscal de saída contendo a informação de que o ICMS já foi recolhido antecipadamente ao Estado de origem, no caso, o Estado de São Paulo, em decorrência do regime de substituição tributária, procedimento este que foi adotado no caso em comento, conforme nota fiscal da operação (doc. 6). Contudo, alega que não obstante a regularidade da operação, foi autuado por suposta falta de pagamento do ICMS, na condição de substituto tributário, com fundamento nos Protocolos n. 51/00, 58/08 e Convênio nº 132/92.

Reproduz a descrição dos fatos do Auto de Infração e afirma que a operação objeto do Auto de Infração em lide não se refere a “*transferências da empresa importadora*”, tal como aludiu o autuante, mas de operação de venda do veículo a pessoa física não contribuinte do imposto domiciliada no Estado da Bahia.

Salienta que a retenção do ICMS foi realizada no momento em que o veículo foi transferido do estabelecimento de Cariacica – ES para o estabelecimento em São Paulo, e se refere ao imposto incidente na operação subsequente, qual seja, a operação de revenda realizada pela filial de São Paulo no mercado varejista.

Assevera que, se eventualmente algum Estado poderia questionar qualquer operação fiscal em relação à transferência, certamente não seria o Estado da Bahia, pois nas circunstâncias da operação como ocorreu, o veículo sequer foi transferido para estabelecimento no Estado da Bahia, pelo contrário, houve uma venda a consumidor final, sendo todo o imposto recolhido para São Paulo, conforme determina a legislação tributária em vigor.

Prosseguindo, diz que se não bastasse a absurda cobrança conforme demonstrará, a Fiscalização apreendeu temporariamente o veículo, para lhe coagir ao pagamento do tributo, o que é inadmissível e vai de encontro ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sumulado, sendo causa inclusive de abertura de representação para fins de averiguação de excesso e abuso de poder. Reproduz a Súmula 323 do STF.

Consigna que somente depois de alguns dias após a apreensão do veículo houve a efetiva lavratura do Auto de Infração e o veículo foi, então, liberado e entregue ao adquirente pessoa física, não contribuinte do imposto, no caso, o senhor Milton Falcão de Carvalho. Já com relação a exigência do ICMS, alega que não restou alternativa senão apresentar impugnação, ante a ilegalidade da cobrança pelo Fisco da Bahia, conforme diz passa a argumentar.

Aduz que, conforme se verifica dos documentos acostados aos autos, a operação contemplada no Auto de Infração ora guerreado refere-se à venda de veículo que realizou para pessoa física não contribuinte do imposto domiciliada no Estado da Bahia.

Assevera que se trata de operação interestadual de venda de veículo para não contribuinte do ICMS, sendo o ICMS decorrente desta operação de competência do Estado de São Paulo, inexistindo qualquer complemento ou diferença a ser recolhido para o Estado da Bahia, consoante o artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição Federal, cujo teor transcreve.

Afirma que a incoerência da acusação fiscal salta aos olhos, pois o F foi recolhido ao Estado de São Paulo e que está fora de sua competência.

venda foi realizada para pessoa física domiciliada no Estado da Bahia, não revendedora de veículos e muito menos contribuinte do imposto, não havendo qualquer transferência do veículo a estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Sustenta que se algum Estado pode questionar a incidência ou não do ICMS – ST na transferência seria o Estado de São Paulo, o que não ocorreu, pois recebeu o ICMS – ST sobre a base de cálculo correta.

Alega que, relativamente às operações interestaduais envolvendo veículos, o Convênio ICMS nº 132/92 estipula regras específicas de substituição tributária, sendo que, a cláusula primeira do referido Convênio trata da regra geral de substituição tributária e determina a responsabilidade pelo recolhimento antecipado do ICMS ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante, cujo teor reproduz.

Diz que, no caso concreto, o ICMS-ST foi recolhido no momento em que realizou a transferência do veículo para sua filial estabelecida no Estado de São Paulo, de acordo com o disposto no Convênio ICMS nº 132/92.

Afirma que a exceção prevista no § 3º da Cláusula primeira - cujo teor transcreve-, não se aplica ao caso em comento, tendo em vista que a operação de transferência não se deu entre os estabelecimentos da importadora Cisa Trading, mas entre os estabelecimentos da revendedora do veículo, de modo que o ICMS-ST foi regularmente recolhido com base na disposição final do supracitado item 1 do § 3º da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 132/92. Acrescenta que, em conformidade com a Cláusula segunda do referido Convênio a substituição tributária prevista na Cláusula primeira também se aplica, no que couber, a estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado, o que também fundamenta o procedimento que adotou ao efetuar o recolhimento do tributo ao Estado de São Paulo.

Ressalta que tal dispositivo versa sobre a possibilidade de cobrança antecipada de ICMS do destinatário contribuinte do imposto que receber a mercadoria oriunda de outro Estado, em operação interestadual, no caso específico a Stuttgart em São Paulo que recebeu a mercadoria de sua filial no Espírito Santo. Portanto, de acordo com o Convênio ICMS nº 132/92, só se admite a substituição tributária na hipótese em que a mercadoria, oriunda de outro Estado, é destinada para revendedor, contribuinte do ICMS, e nunca para pessoa física para uso próprio, pois a intenção do legislador é antecipar o recolhimento do imposto na comercialização da mercadoria por contribuintes nas operações subseqüentes ocorridas presumidamente dentro do Estado de destino, sendo essa é a essência da substituição tributária.

Sustenta que se verifica a ilegalidade da cobrança pela Fiscalização, uma vez que a operação em análise envolve veículo automotor novo e está sujeita ao regime de substituição tributária, conforme Convênio nº.132/92, cujo ICMS foi regularmente recolhido ao Estado de São Paulo, com base na documentação que apresenta, encontrando fundamento de validade na legislação tributária em vigor, inclusive na Constituição Federal, de modo que o Auto de Infração deve ser cancelado.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, que todas as intimações sejam encaminhadas aos advogados Rafael Correia Fuso, OAB/SP nº 174.928 e Dolina Sol Pedroso de Toledo, OAB/SP nº 219.932, no endereço do escritório em São Paulo/SP, na Avenida Paulista, nº 1.842, Torre Norte, 12º andar, CEP 01310-923, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 95 a 100, afirmando que o impugnante faz menção a documentos que supostamente teriam sido emitidos, contudo, verdadeiramente não foram. Diz que o impugnante se qualifica como filial, porém, em verdade, é a matriz da STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, com o CNPJ nº 01.306.024/0001-36. Consigna que o aut a operação, no entanto, se contrapõe ao documento apresentado às várias alegações e afirmações do autuado não condizem com a realidade.

Infração, além de interpretações da legislação de forma parcial e unilateral, tentando demonstrar regularidade em operação irregular, em relação a legislação do ICMS.

Esclarece que o Auto de Infração foi lavrado após verificação da operação de venda direta ao consumidor, de veículo novo importado, realizada pela STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, CNPJ nº 01.306.024/0001-36, com endereço no Estado de São Paulo, conforme DANFE constante à fl. 09 dos autos.

Diz que o veículo foi objeto de importação efetuada por filial do autuado, sediada no Estado do Espírito Santo, através da prestadora de serviços CISA TRADING S.A., operação por conta e ordem da empresa STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, conforme admite o autuado na peça de defesa à fl. 40, e a Declaração de Importação nº 10/0950464-0, (fls. 11 e 64). Assevera que o importador jurídico e de fato é a filial da STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, com endereço no Espírito Santo, sendo este quem efetivamente promoveu a importação do veículo, objeto da autuação.

Observa que, após o desembaraço, a prestadora de serviço Cisa Trading emitiu a Nota Fiscal-e nº 2325, para a filial da STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, com endereço no Estado do Espírito Santo, indicando como natureza da operação “*outras saídas de mercadoria ou prestação*”. Já a filial do autuado, emitiu a NF-e nº 583, de transferência para a STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, CNPJ nº 01.306.024/0001-36 (matriz), com endereço em São Paulo-SP, tendo como natureza da operação “*6409- Transferência Merc.Subst. Trib.*”, com valores destacados nos campos de “*VALOR DO ICMS*” e “*VALOR ICMS SUBSTITUIÇÃO*”.

Manifesta o entendimento de que a Cláusula primeira do Convênio nº 132/92, atribuí ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas saídas subseqüentes, situação admitida pelo autuado, à fl. 45 dos autos.

Ressalta que no “*caput*” dessa cláusula, não há exclusões, nem restrições, pelo contrário, há amplitude da aplicabilidade da norma em relação ao destinatário, diferentemente do alegado pelo autuado. Já no §3º da mesma cláusula, constam as exceções, na qual se observa que não se aplica esta norma quando o veículo for transferido entre estabelecimentos da empresa fabricante ou importador, indicando que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento que realizar a operação interestadual. Salienta que esta norma se amolda com a situação fática ora em discussão, haja vista que a filial da importadora STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA. transferiu para sua matriz, localizada em São Paulo, em 09/06/2010, o veículo, objeto da autuação, contudo, equivocadamente efetuou retenção do ICMS em desacordo com o prescrito no §3º da Cláusula primeira do Convênio n. 132/92, a qual transcreve.

Reitera que a filial do Espírito Santo não estava obrigada a efetuar retenção na transferência para a matriz de São Paulo, e se o fez, foi em desacordo com a legislação.

Registra que o autuado, em sua defesa, tenta erroneamente atribuir a Cisa Tranding S/A esta fase de tributação(fl. 46), comprovando mais um equívoco incorrido pelo impugnante, pois, conforme demonstrado, a filial não deveria ter efetuado a retenção e recolhimento do ICMS, haja vista que tal obrigação é do autuado ao efetuar a operação de venda interestadual.

Diz que o RICMS/BA reforça o referido Convênio, nos artigos 373 e 374, quando reafirmam a obrigatoriedade da retenção e recolhimento do ICMS em operações interestaduais, pelo remetente que efetuar a operação interestadual, não restando dúvidas, quanto a obrigatoriedade do autuado. Reproduz os referidos artigos.

Continuando, quanto à alegação defensiva referente à Cláusula segunda, diz que há de se verificar que é o reforço da primeira, não havendo divergência de redação ou de conteúdo, mas uma complementação da Cláusula primeira.

No que concerne às alegações defensivas referentes a direitos prejudicados em decorrência de apreensão de mercadorias, consigna que nos artigos 940 a 947 do procedimento para apreensão de mercadorias, bens e documentos, liberação destes e quais os requisitos necessários para ser indicado f

objeto de apreensão. Acrescenta que o Termo de Apreensão além de documento indispensável na fiscalização do trânsito de mercadorias, a apreensão da mercadoria constitui a prova material da infração a legislação do ICMS.

Com relação à alegação do impugnante referente aos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, lembra que no inciso XII do mesmo parágrafo, a Constituição Federal remete a lei complementar, definir seus contribuintes; dispor sobre substituição tributária; disciplinar o regime de compensação do imposto; fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços. Observa que, seguindo a determinação da Constituição Federal, a Lei Complementar 87/96 foi aprovada para disciplinar as disposições constitucionais relativas ao ICMS, inclusive sobre substituição tributária, conforme o artigo 9º que reproduz, onde consta a previsão legal para Convênios e Protocolos, fato este, também admitido pelo autuado em determinado momento de sua defesa.

Relativamente à alegação defensiva referente ao local da operação, invoca e transcreve parte do texto do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, para contestar tal argumentação. Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de irregularidade por ter deixado de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS, conforme determinam os Protocolos ICMS nº 51/00, 58/08 e Convênio ICMS 132/92, na venda de um veículo automotor realizada para pessoa física não contribuinte do imposto domiciliada no Estado da Bahia.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o impugnante alega que a autuação é insubsistente, em razão de ser importador e distribuidor exclusivo no Brasil dos veículos da marca Porsche, adquirindo-os diretamente do fabricante situado na Alemanha, sendo o efetivo importador, isto é, aquele que deu início ao negócio jurídico que se concretizou com a importação por conta e ordem realizada pela empresa comercial importadora Cisa Trading situada no Estado do Espírito Santo, conforme declaração de importação, acostada os autos.

Afirma que a Cisa Trading efetua o desembaraço aduaneiro, recolhe todos os impostos, inclusive o ICMS incidente sobre a importação, sempre por conta e ordem do importador e, posteriormente, fatura como outras saídas os veículos importados do estabelecimento da empresa importadora, estabelecido no Estado do Espírito Santo, com destaque do imposto devido na operação. Após, o veículo é transferido pelo estabelecimento da empresa impugnante localizado no Estado do Espírito Santo para a filial situada no Estado de São Paulo, mediante a emissão de nota fiscal com destaque do ICMS da operação própria e do ICMS-ST-substituição tributária, sendo este último relativo às operações subseqüentes, utilizando-se da margem de valor agregado de 30%, prevista no Convênio ICMS nº 132/92, ratificado por todos os Estados da Federação.

Registra que na operação de venda do veículo para consumidor final, não contribuinte do imposto, ou, ainda, para integrar ativo imobilizado do contribuinte situado noutro Estado, emite nota fiscal de saída contendo a informação de que o ICMS já foi recolhido antecipadamente ao Estado de origem, no caso, o Estado de São Paulo, em decorrência do regime de substituição tributária, procedimento este que foi adotado no caso em comento, conforme nota fiscal da operação (doc. 6). Contudo, alega que não obstante a regularidade da operação, foi autuado por suposta falta de pagamento do ICMS, na condição de substituto tributário, com fundamento nos Protocolos n. 51/00, 58/08 e Convênio n. 132/92.

Salienta que a retenção do ICMS foi realizada no momento em que o estabelecimento de Cariacica – ES para o estabelecimento em São]

incidente na operação subsequente, qual seja, a operação de revenda realizada pela filial de São Paulo no mercado varejista.

Assevera que, se eventualmente algum Estado poderia questionar qualquer operação fiscal em relação à transferência, certamente não seria o Estado da Bahia, pois nas circunstâncias da operação como ocorreu, o veículo sequer foi transferido para estabelecimento no Estado da Bahia, pelo contrário, houve uma venda a consumidor final, sendo todo o imposto recolhido para São Paulo, conforme determina a legislação tributária em vigor.

Assevera que se trata de operação interestadual de venda de veículo para não contribuinte do ICMS, sendo o ICMS decorrente desta operação de competência do Estado de São Paulo, inexistindo qualquer complemento ou diferença a ser recolhido para o Estado da Bahia, consoante o artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição Federal, cujo teor transcreve.

Afirma que a incoerência da acusação fiscal salta aos olhos, pois o Fisco baiano exige ICMS que já foi recolhido ao Estado de São Paulo e que está fora de sua competência tributária. Reitera que a venda foi realizada para pessoa física domiciliada no Estado da Bahia, não revendedora de veículos e muito menos contribuinte do imposto, não havendo qualquer transferência do veículo a estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Ressalta que tal dispositivo versa sobre a possibilidade de cobrança antecipada de ICMS do destinatário contribuinte do imposto que receber a mercadoria oriunda de outro Estado, em operação interestadual, no caso específico a Stuttgart em São Paulo que recebeu a mercadoria de sua filial no Espírito Santo. Portanto, de acordo com o Convênio ICMS nº. 132/92, só se admite a substituição tributária na hipótese em que a mercadoria, oriunda de outro Estado, é destinada para revendedor, contribuinte do ICMS, e nunca para pessoa física para uso próprio, pois a intenção do legislador é antecipar o recolhimento do imposto na comercialização da mercadoria por contribuintes nas operações subsequentes ocorridas presumidamente dentro do Estado de destino, sendo essa é a essência da substituição tributária.

Noto também que o autuante contesta os argumentos defensivos, esclarecendo que o Auto de Infração foi lavrado após verificação da operação de venda direta ao consumidor de veículo novo importado, realizada pela STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, CNPJ nº 01.306.024/0001-36, com endereço no Estado de São Paulo, conforme DANFE constante à fl. 09 dos autos.

Observa que após o desembaraço, a prestadora de serviço Cisa Trading emitiu a Nota Fiscal-e nº 2325, para a filial da STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, com endereço no Estado do Espírito Santo, indicando como natureza da operação “*outras saídas de mercadoria ou prestação*”. Já a filial do autuado, emitiu a NF-e nº 583, de transferência para a STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA, CNPJ nº 01.306.024/0001-36 (matriz), com endereço em São Paulo-SP, tendo como natureza da operação “*6409- Transferência Merc.Subst. Trib.*”, com valores destacados nos campos de “*VALOR DO ICMS*” e “*VALOR ICMS SUBSTITUIÇÃO*”.

Manifesta o entendimento de que a Cláusula primeira do Convênio nº 132/92, atribui ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas saídas subsequentes, situação admitida pelo autuado na própria peça de defesa.

Observo que a discussão se cinge ao fato de estar ou não obrigado o autuado, na qualidade de revendedor de veículo importado faturado diretamente para consumidor final localizado neste Estado, de efetuar a retenção e recolhimento do imposto com fundamento no Convênio ICMS nº 51/00 e Convênio 132/92, conforme exige a autuação.

Em sendo assim, cabe-me analisar as disposições das referidas normas pactuais, no intuito de identificar se são aplicáveis ou não ao caso em exame.

Passo então a análise do Convênio ICMS 51/00, cujo teor reproduzo p
melhor compreensão da lide:

“Cláusula primeira. Em relação às operações com veículos automotores novos, constantes nas posições 8429.59, 8433.59 e no capítulo 87, excluída a posição 8713, da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH, em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora ou pelo importador, observar-se-ão as disposições deste convênio.

§ 1º O disposto neste convênio somente se aplica nos casos em que:

I - a entrega do veículo ao consumidor seja feita pela concessionária envolvida na operação;

II - a operação esteja sujeita ao regime de substituição tributária em relação a veículos novos.

§ 2º A parcela do imposto relativa à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição é devida à unidade federada de localização da concessionária que fará a entrega do veículo ao consumidor.

(...)

Cláusula segunda *Para a aplicação do disposto neste convênio, a montadora e a importadora deverão:*

I - emitir a Nota Fiscal de faturamento direto ao consumidor adquirente:

a) com duas vias adicionais, que, sem prejuízo da destinação das demais vias prevista na legislação, serão entregues:

1. uma via, à concessionária;

2. uma via, ao consumidor;

b) contendo, além dos demais requisitos, no campo “Informações Complementares”, as seguintes indicações:

1. a expressão “Faturamento Direto ao Consumidor - Convênio ICMS Nº. 51/00, de 15 de setembro de 2000”;

2. detalhadamente as bases de cálculo relativas à operação do estabelecimento emitente e à operação sujeita ao regime de sujeição passiva por substituição, seguidas das parcelas do imposto decorrentes de cada uma delas;

3. dados identificativos da concessionária que efetuará a entrega do veículo ao consumidor adquirente;

II - escriturar a Nota Fiscal no livro próprio de saídas de mercadorias com a utilização de todas as colunas relativas a operações com débito do imposto e com substituição tributária, apondo, na coluna “Observações” a expressão “Faturamento Direto a Consumidor”.

(...)

Parágrafo único. *A base de cálculo relativa à operação da montadora ou do importador que remeter o veículo à concessionária localizada em outra unidade federada, consideradas a alíquota do IPI incidente na operação e a redução prevista no Convênio ICMS 50/99, de 23 de julho de 1999, e no Convênio ICMS 28/99, de 09 de junho de 1999, será obtida pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados sobre o valor do faturamento direto a consumidor, observado o disposto na cláusula seguinte:*

Cláusula sexta *O transporte do veículo do estabelecimento da montadora ou do importador para o da concessionária far-se-á acompanhado da própria nota fiscal de faturamento direto ao consumidor, dispensada a emissão de outra nota fiscal para acompanhar o veículo.”*

A leitura do texto acima transcrito, permite concluir que nas operações novos, em que ocorra faturamento direto ao consumidor pela montadora, as disposições do Convênio ICMS 51/00 somente são aplicáveis nos casos

ao consumidor seja feita pela concessionária envolvida na operação e a operação esteja sujeita ao regime de substituição tributária em relação a veículos novos.

Ora, no presente caso, conforme os documentos acostados aos autos, a venda foi realizada diretamente pelo autuado sendo a entrega feita ao comprador pessoa física sem a participação de concessionária, significando dizer que as disposições do Convênio ICMS 51/00 não são aplicáveis. Já o Convênio 132/92, estabelece em sua Cláusula primeira:

“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, indicados no Anexo II, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas até e inclusive à promovida pelo primeiro estabelecimento revendedor varejista ou entrada com destino ao ativo imobilizado.”

Conforme o dispositivo acima reproduzido a responsabilidade do fabricante e do importador pela retenção e recolhimento do ICMS está adstrita ao imposto devido nas subseqüentes saídas promovidas, inclusive pelo primeiro estabelecimento revendedor.

No caso em exame, apesar de ter havido uma operação anterior, ou seja, a operação de importação ter sido realizada através do estabelecimento filial do autuado sediado no Estado do Espírito Santo com posterior transferência para o Estado de São Paulo, a operação posterior de venda realizada pelo estabelecimento autuado(matriz), ocorreu diretamente para pessoa física localizada no Estado da Bahia, inexistindo, portanto, participação de concessionária na negociação e, conseqüentemente, ocorrência de saídas subseqüentes, uma vez que a nota fiscal que acoberta a operação fora emitida em nome do adquirente -pessoa física - e a mercadoria entregue diretamente pelo autuado.

Nessa situação, as condições indispensáveis para caracterizar a efetiva intermediação da concessionária, e se configurar, na forma prevista no aludido Convênio, ou seja, saídas subseqüentes não foram atendidas, portanto, sendo inaplicáveis as disposições do Convênio ICMS 132/92, ao presente caso.

Diante do exposto, considero insubsistente a infração.

Com relação às alegações defensivas referentes a direitos prejudicados em decorrência de apreensão da mercadoria, observo que o autuante agiu em conformidade com a legislação do ICMS, valendo observar que o art. 28, inciso IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 determina que:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;”.

No que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações sejam encaminhadas aos advogados Rafael Correia Fuso, OAB/SP nº 174.928 e Dolina Sol Pedroso de Toledo, OAB/SP nº. 219.932, no endereço do escritório em São Paulo/SP, na Avenida Paulista, nº 1.842, Torre Norte, 12º andar, CEP 01310-923, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207968.0625/10-6**, lavrado contra **STUTTGART SPORTCAR SP VEÍCULOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR