

A. I. N° - 232400.0001/12-8
AUTUADO - HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRÔNICA E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - NILCÉIA DE CASTRO LINO e SUELY CRISTINA TENÓRIO M. RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27.09.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0218-02/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA INTESTADUAL, DESTINADA A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RETENÇÃO A MENOS. Confirmada a condição de substituto tributário do sujeito passivo, bem como a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento menos do imposto exigido. Mantidas as exigências. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/03/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$190.835,63, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Deixou de proceder à retenção 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. Total do Débito (valor histórico): R\$187.783,83;
- 2- Procedeu à 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. Total do Débito (valor histórico): R\$3.051,80.

O autuado apresenta defesa, às fls. 81 a 91, arguindo que é tradicional empresa do ramo industrial e comercial de produtos eletrônicos, especialmente eletro-acústicos, suas partes, peças e acessórios, realizando ainda a exportação e importação das mesmas mercadorias, bem como matérias-primas, partes, peças e componentes, máquinas, aparelhos e equipamentos industriais aplicáveis na industrialização dos produtos referidos anteriormente.

Argumenta que, em face de suas atividades comerciais, está sujeita a incidência do ICMS próprio e, com relação a algumas das mercadorias, ao ICMS de substituição tributária.

Afirma que no dia 27 de março, após cumprir notificações para envio de documentos, recebeu intimação acerca da lavratura do auto de infração nº 2324000.0001/12-8, no valor atualizado de R\$352.287,03 (trezentos e cinquenta e dois mil duzentos e oitenta e sete reais e três centavos), sob o fundamento de que teria deixado *"de proceder a retenção 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."* (doc. 02)

Acrescenta que, conforme colocado no item anterior, a Impugnante seria responsável, desde o ano de 2008, na qualidade de substituta tributária de ICMS, nas saídas internas e interestaduais de algumas mercadorias por ele fabricadas e cujo destinatário seja do ramo automotivo nos Estados signatários do Protocolo 41/081, cujo parágrafo primeiro da cláusula primeira assim passou a dispor:

"§ 1. O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes e acessórios, listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivos, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de

industrial ou comercial de veículos automotores terrestres, bem como veículos, máquinas e equipamentos agrícolas e rodoviários, ou de peças, partes, componentes e acessórios."(grifo nosso).

Aduz que o primeiro ponto a ser destacado é que, tão logo publicado o referido protocolo ICMS 41/08, a Impugnante impetrou mandado de segurança para reconhecer o direito a realizar as saídas sem a retenção e recolhimento do ICMS de substituição tributária, Mandado de segurança nº 001/1 080044232-0, sendo que obteve liminar e sentença concedendo a segurança, vide decisões em anexo (doc. 04). Tanto a sentença como ao acórdão afastaram o regime da substituição tributária dos autopropulsados sob o mesmo fundamento: a substituição tributária depende de Convênio e de lei estadual e não simplesmente de Protocolos.

Assim, a defesa afirma que, amparada por decisão judicial, estava desobrigada a reter e recolher o ICMS de substituição tributária decorrente do protocolo 41/08, fundamento que, por si só, extingue o auto de infração.

Argumenta que não bastasse a concessão da segurança na ação mandamental, ainda assim realizou as saídas de produtos destinados ao uso automotivo com o recolhimento do ICMS/ST.

Contudo, alega que produz e comercializa produtos eletro-acústicos, que podem ou não ser utilizados em auto propulsados, apresentou, em 06 de agosto de 2008, consulta formal à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, protocolada sob n. 14030812008-0, na qual afirma que levou a sua dúvida quanto aos casos de retenção e recolhimento do ICMS/ST em razão das saídas de seus produtos cujos destinatários não tinham atividade principal o setor automotivo, assim denunciando, de boa-fé, a forma como realizava as saídas:

"5. A Consulente, com base no referido Protocolo, realiza as saídas de suas mercadorias em operações interestaduais destinadas aos contribuintes situados no Estado da Bahia (assim como aos demais Estados signatários do protocolo n.O 41/08), observando, através de pesquisa no SINTEGRA, se o ramo de atividade do destinatário da mercadoria é ou não ligado ao setor automotivo, realizando as operações da seguinte forma:

- a) mercadorias exclusivamente da linha automotiva: saída com o destaque do ICMS de substituição tributária e recolhimento do respectivo imposto ao Estado da Bahia;*
- b) mercadoria que poderá ou não ser utilizada em automotores, cujo destinatário são contribuintes vinculados ao ramo automotivo: saída com o destaque do ICMS de substituição tributária e recolhimento do respectivo imposto ao Estado da Bahia;*
- c) mercadoria destinada a contribuintes Bahianos que não são vinculadas ao setor automotivo: a saída se dá sem a substituição tributária, já que somente há substituição tributária se o uso for especificamente automotivo.*

Argüi que muito embora a legislação seja clara no sentido de que as operações com peças, partes e acessórios listados no anexo único do referido Protocolo, desde que de uso especificamente automotivo, devam ser submetidas ao regime da substituição tributária, a Consulente vem sofrendo indagações em alguns postos fiscais do Estado da Bahia acerca das operações de venda de seus produtos para contribuintes da Bahia que não são do ciclo econômico automotivo, em razão da operação relatada no item "c".

Acrescenta que a consulente seja respondido através da presente consulta se os procedimentos por si adotados estão de acordo com o previsto no protocolo n.o 41/08, ou seja, se verificado através do SINTEGRA que o destinatário da mercadoria situado no Estado da Bahia não se trata de contribuinte do ramo automotivo, não há que se sujeitar tal operação ao regime da substituição tributária". (doc. 05).

Salienta que em resposta à consulta formulada, o parecer foi no sentido de que a retenção e o recolhimento seriam devidos, ainda que a mercadoria tivesse a mesma NCM. Segue trecho do parecer nº 1507/2008:

"Conforme as disposições expressas tanto no Protocolo 41/2008 quanto no regulamento do ICMS, a retenção será cabível tão somente quando as mercadorias se destinarem ao uso automotivo. Caso o produto adquirido não tenha tal finalidade, apesar de possuir a mesma NCM dos produtos destinados àquele uso, deverá haver, no documento fiscal, a informação do fornecedor de que o mesmo não tem fim automotivo."

Assinala que a Impugnante, receosa por industrializar uma mesma mercadoria que pode ser usada ou não em automotivos, consultou a fiscalização, informando o seu procedimento (consulta à atividade do destinatário) e a resposta da Consulta foi no sentido de que as saídas exclusivamente para fins automotivos é que estão sob o regime da substituição tributária.

Acrescenta que no mesmo sentido da resposta da consulta, que lhe dava o respaldo para não realizar a retenção e o recolhimento do ICMS às mercadorias cujo destinatário não tinha como atividade o setor automotivo, que procedeu a Impugnante, inclusive consignando na Nota Fiscal que a mercadoria era destinada ao uso profissional e não seria utilizada em veículos automotores, conforme notas fiscais por amostragem: nº 319.544; nº 319.510; nº 317.343; nº 317.339; nº 317338; nº 317.357; nº 317.336, nº 317.335 (doc. 06).

Assevera ainda que todas as saídas (com ou sem ICMS/ST) estão devidamente consignadas nas Notas Fiscais (uso automotivo ou uso profissional), como exemplo, vide NF 319.511, cujo destaque do ICMS/ST está fundamentado no uso automotivo.

Aduz assim, que os valores lançados no auto de infração, ora impugnado, decorrem justamente das saídas de mercadorias não destinadas ao uso automotivo, razão pela qual deve ser cancelado o lançamento contra a impugnante, na medida em que não é responsável pelo ICMS/ST da operação.

Diante disso, assinala a defesa que (a) seja com base na resposta da Consulta, na qual a Impugnante esclarece justamente o procedimento por si adotado nas saídas destinadas à Bahia e cuja solução da consulta é no sentido de que somente para fins automotivos é que a mercadoria se sujeitaria ao regime da substituição tributária; (b) considerando, também, que em todas as Notas Fiscais de saídas a Impugnante consignou a destinação (uso automotivo ou profissional) e recolheu o ICMS/ST apenas nas remessas com destino ao uso automotivo; (c) e, por fim, o Estado da Bahia tinha conhecimento do procedimento adotado pela Impugnante, o qual foi objeto de parecer em sentido favorável, não cabe a exigência contida no auto de lançamento.

Alinha, pelo sabor ao argumento, ainda que se admitisse que os valores autuados teriam decorrido de entradas de mercadorias destinadas ao uso automotivo e sem o destaque do ICMS/ST por parte da Impugnante, o que se admite apenas para fins de argumentação, a própria legislação do ICMS do Estado da Bahia previa que o destinatário (substituído) seria responsável pelo recolhimento, acaso não realizado pelo substituto em operação interestadual. Veja-se o disposto no art. 372, I, h combinado com art. 125 do RICMS/BA vigente à época:

'Art. 372 - Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

I - o ICMS a ser retido será calculado nos termos do acordo interestadual;

II - o adquirente ficará obrigado a efetuar a complementação do imposto, caso o remetente tenha feito a retenção em valor inferior ao devido, na hipótese do parágrafo único do art. 357;

III - não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos do item 01 da alínea "i" do inciso II do art. 125."

'Art. 125 - O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos Parágrafos 7º e 8º:

i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no parágrafo 1º;"

Afirma, assim, que os destinatários tenham recebido as mercadorias, para fins automotivos, deverá realizar a cobrança do ICMS/ST próprios destinatários, com base na legislação estadual da Bahia.

Entende que esses (destinatários), por sua vez, poderão comprovar se utilizarão ou não em autopropulsados e, ainda, se fizeram o recolhimento antecipado ou se tributaram normalmente, através da apropriação do ICMS referente à entrada e destacado na Nota Fiscal de venda e o débito do ICMS em razão da posterior saída.

Argui que a impugnante sem a responsável pelos valores lançados, que seja deferida a realização de prova pericial para fins de (a) comprovar o destino/uso das mercadorias; (b) comprovar como foi realizada a saída e recolhimento do imposto pelo destinatário Baiano.

A defesa alega, com base no art. 145 do Regulamento do Processo Administrativo fiscal, requerer a Impugnante diligência fiscal para comprovar o uso das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais pelos destinatários baianos. Outrossim, elabora desde logo os quesitos para a produção de prova pericial, ressalvando o direito de apresentação de quesitos suplementares:

Diga o Sr. Perito qual a atividade das contribuintes destinatárias das Notas Fiscais elencadas no auto de infração (conforme cadastro SINTEGRA à época das operações)?

(b) Diga o Sr. Perito se a Impugnante fazia a retenção e o destaque do ICMS/ST nas saídas de mercadorias para fins automotivos?

(c) Esclareça se, nas Notas Fiscais que deram azo ao auto de infração, estava consignado que as mercadorias não se destinavam para fins automotivos?

Conclui que ante o exposto, requer seja julgada procedente a presente Defesa Administrativa, para cancelar a exigência fiscal contida no Auto de lançamento 232400.0001112-8, pelos fundamentos expostos, inclusive a multa em sua totalidade.

Os autuantes, às fls. 207 a 213 dos autos, afirma que, com base no Protocolo ICMS 41/08, realiza as saídas de suas mercadorias em operações interestaduais destinadas aos contribuintes situados no Estado da Bahia, observando, através de pesquisa no SINTEGRA se o ramo de atividade do destinatário da mercadoria é ou não ligado ao setor automotivo, realizando as operações da seguinte forma:

a) mercadorias exclusivamente da linha automotiva: saída com o destaque do ICMS de substituição tributária e recolhimento do respectivo imposto ao Estado da Bahia;

b) mercadoria que poderá ou não ser utilizada em automotores, cujos destinatários são contribuintes vinculados ao ramo automotivo: saída com o destaque do ICMS de substituição tributária e recolhimento do respectivo imposto ao Estado da Bahia;

c) mercadoria destinada a contribuintes baianos que não são vinculados ao setor automotivo: a saída se dá sem a substituição tributária, já que somente há substituição tributária se o uso for especificamente automotivo.

Afirma que, muito embora a autuada convicta de que seus procedimentos estão de acordo com a legislação formulou consulta à Sefaz-BA a fim de obter resposta se os procedimentos por si adotados estão de acordo com o Protocolo 41/08. Em resposta à consulta formulada, Parecer 1507/2008, o parecer foi no sentido de que a retenção e o recolhimento seriam devidos tão somente quando as mercadorias se destinarem ao uso automotivo. Caso o produto não tenha tal finalidade, mesmo que tenha a mesma NCM dos produtos destinados àquele uso, deverá fazer constar no documento fiscal a informação do fornecedor de que o mesmo não tem fim automotivo.

Trouxe ao processo as Notas Fiscais nº 319.544, nº 319.510, nº 317.343, nº 317339, nº 317338, nº 317336, nº 317335 (doc 06).

Entende que o presente Auto de Infração foi lavrado em obediência ao que determinam o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia em consonância com o Protocolo 41/08 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Assinala que no período fiscalizado, a Impugnante realizou operação de venda de mercadorias para diversos contribuintes do Estado da Bahia conforme relatório anexo às fls 214 a 226. Na coluna TIPO DO CALCULO do referido documento, observamos os campos MVA, DIFAL, NÃO CALCULAR, onde podemos notar que fizemos muitas marcações em “Não calcular” por se tratar

de Contribuintes que embora tenham adquirido mercadorias relacionadas no Protocolo 41/08 ficaram excluídos do cálculo do ICMS ST por não serem do setor automotivo, com base em pesquisa realizada nos sistemas de cadastro da Sefaz BA.

Afirma que o cálculo foi feito levando em consideração os Contribuintes do Setor Automotivo, anexamos às fls. 227 a 291 relatórios com a Inscrição Estadual e Atividade Econômica de todos os Contribuintes, bem como os extratos da situação cadastral dos que foram incluídos no cálculo do ICMS ST:

I - Documento 01 – fls 227 a 252 – Todos os Contribuintes tem como Atividade Econômica Principal : 4530703 - Comercio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; 453701 – Comercio por atacado de peças e acessórios novos para veículos automotores;

II - Documento 02 – fls 253 a 259 –Contribuintes que tem como Atividade Econômica Secundaria : 4530703 - Comercio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores;

III - Documento 03 - fls 260 a 291 – Incluímos no calculo os Contribuintes listados os quais estão cadastrados no sistema da Sefaz com Atividades Econômicas diversas do setor automotivo, possuindo cada um per si uma particularidade que resta ao final demonstrado que atuam no segmento automotivo, senão vejamos:

a) Razão Social – STILLOCAR EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA – Nome de Fantasia: STILLOCAR – Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4789099 Comércio varejista de outros produtos não especificados. Não fosse só o fato da Autuada em algumas operações de vendas fazer a retenção do ICMS ST, CFOP 6401, o que evidencia o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo, ex: NF 1002, de 17/04/2009, NF 3600, de 15/05/2009, fls. 262 a 263 , também o nome é revelador!!! O nome que a empresa escolhe para ser reconhecida serve também para divulgação dos produtos que ela comercializa e é também pelo nome devidamente registrado que uma pessoa jurídica se individualiza, ganha notoriedade, especificidade e exerce suas atividades.

b) Razão Social – I R ELETROS ELETRONICOS E ACESSORIOS LTDA – Nome de Fantasia: SHOP CAR - Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4753900 Comércio varejista de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo. O nome que a empresa escolheu para ser reconhecida e identificada, SHOP CAR, serve também para divulgação dos produtos que comercializa. Anexamos às fls. 269 a 271, de três fontes diferentes extraídas da internet, publicações classificando a Shop Car na Categoria Peças, Acessórios e Serviços – Acessórios para veículos. Ademais, como se pode comprovar às fls. 265 a 268, a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401, retenção de ICMS ST, tais como NF 68516, de 24/11/2010, NF 69250, de 26/11/2010, NF 317340, de 01/08/2008, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo.

c) Razão Social – ALPHA SOM COMERCIO E SERVIÇOS LTDA – Nome de Fantasia : ALPHA SOM -- Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4520007 Serviço de Instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores, condição que o inclui nas exceções expressas na lista de serviços com fornecimento de mercadoria prevista na Lei Complementar 116/03, Art. 1º, § 2º, conforme ITEM 14.01 da lista de serviços anexa, ficando sujeito ao ICMS. Anexamos também, às fls. 273 e 274 os recolhimentos de ICMS Simples Nacional e ICMS Antecipação Parcial realizados pelo Contribuinte, a fim de comprovar a sua condição de contribuinte do ICMS. Ademais, como se pode comprovar às fls.275 a 278 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 588, de 13/04/2009, NF 2847, de 07/05/2009, NF 10376, de 29/07/2009, dentre muitas outras. Para não restar dúvida anexamos também publicação da internet reportando a Alpha Som como empresa prestadora de serviço de instalação, vendas e projetos de som automobilístico, fls279.

d) Razão Social CLVC AUDIO CAR LTDA – Nome de Fantasia : CLVC AUDIO CAR – Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4753900 Comercio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo. Os comentários feitos anteriormente a respeito da Razão Social e Nome de Fantasia também se aplicam a este caso. Se o nome de fantasia serve para divulgação da empresa e para identificar os seus produtos, o impacto desse nome junto ao mercado consumidor justifica a sua escolha. Assim é que ,a mensagem nada subliminar e muito literal que o nome AUDIO CAR traduz é Equipamentos de Áudio para Carros. Ademais, como se pode comprovar às fls. 281 a 284 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com cfop 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 1245, de 23/04/2009, NF 5882, de 15/06/2009, NF 4406, de 026/05/2009, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo.

e) Razão Social – M B DE JESUS SOM AUTOMOTIVO – Nome de Fantasia – ELETRO TRIO - Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4789099 Comercio varejista de outros produtos não especificados, mas como não afirmar com segurança que comercializa acessórios para carros automotores se a Razão Social escolhida já revela a atividade pretendida? Ademais, como se pode comprovar às fls 286 a 289 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 325409, de 17/10/2008, NF 331004, de 15/12/2008, NF 314600, de 09/07/2008, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo. Pesquisamos também na internet , fls 290 e 291 , e vimos que a empresa possui pagina na Rede Social Orkut onde se auto proclama Eletro Trio – Som Automotivo e divulga a seguinte Nota: A Eletro Rio virou Eletro Trio, a mais nova Empresa de Som e Acessórios Automotivos de Santo Antonio de Jesus.

Considera demonstrado que a fiscalização agiu em conformidade com a legislação vigente, incluindo no cálculo do ICMS ST apenas as vendas destinadas a contribuintes do setor automotivo, concordando inteiramente com o teor da resposta da Consulta feita pela Autuada no sentido de que as disposições do Protocolo 41/08 estão sob o regime da substituição tributária apenas nas saídas para fins automotivos.

Acrescenta ter sido realizada a consulta as Notas Fiscais nº 319.544, nº 319.510, nº 317.343, nº 317339, nº 317338, nº 317336, nº 317335 (doc 06) que a AUTUADA arrola no intuito de demonstrar que as mercadorias constantes das mesmas eram destinadas ao uso profissional e não seria utilizada em veículos automotores e constatamos que:

- a) NF 319544 – Destinatário : VALQUIRES CALDA DO NASCIMENTO – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 01, fls 233, logo, ICMS ST devido.*
- b) NF 319510 – Destinatário : CLVC AUDIO CAR LTDA – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 03, fls 280 a 284 ,logo, ICMS ST devido.*
- c) NF 317339 – Destinatário : JORGE PAULO PEREIRA NUNES – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 01, fls 230 , logo, ICMS ST devido.*
- c) NF 317343 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;*
- e) NF 317338 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;*
- f) NF 317337 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;*
- g) NF 317336 – este documento fiscal destina-se a Contribuinte do Estado de Minas Gerais e, portanto, não foi incluído no calculo do ICMS ST;*
- h) 217335 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;*

Conclui que, como as justificativas apresentadas pela Autuada no sentido de impugnar o lançamento fiscal não se amparam em argumentos legal suficientes para desconstituir o crédito tributário, mantém na íntegra o lançamento fiscal consignado no Auto de Infração 232400.0001/12-8, modelo 3, de 22/03/2012, contra HARMAN DO BRASIL INDUSTRIA ELETRÔNICA E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 88.315.379/0001-70, I.E 077.785.181.

Por fim, entende devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal, na forma prevista na legislação em vigor por isso ratificamos a autuação e solicitamos deste Conselho o julgamento PROCEDENTE do Auto de Infração 232400.0001/12-8, modelo 3, de 22/03/2012, contra HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRÔNICA E PARTICIPAÇÕES LTDA.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora imputando, traz a exigência de 02 infrações, já devidamente relatadas e ora resumidamente reproduzidas: 1 - Deixou de proceder à retenção 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; 2 - Procedeu à 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.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo,

modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligencia) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia. Cabe observar que em relação ao pedido de perícia todas os quesitos levantados pelo impugnante estão plenamente respondidos nos autos, pois na análise do mérito foi esclarecida a destinação das notas fiscais, os fins, ou melhor, o destino das mercadorias, bem como a retenção ou o destaque do imposto nas saídas das mercadorias.

O Auto de Infração foi lavrado em obediência ao que determina à Lei 7014/96, Regulamento do ICMS do Estado da Bahia e o Protocolo 41/08 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Verifico não caber, no presente caso, a interpretação trazida pelo sujeito passivo, quanto à aplicação do art. 372, I, II e art. 125, II, i, 1, do RICMS/BA, reproduzidos em sua defesa. A condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é atribuída pelo o Protocolo 41/08, com arrimo no art. 10 da Lei 7014/96, o qual determina que a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessada.

Assim, existindo acordo interestadual e estando o remetente na condição de contribuinte substituto inscrito como tal no Estado da Bahia, cabe a ele, nessa condição, a responsabilidade de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária.

O § 1º do art. 125 do RICMS/BA, combinado com o art. 372, determinavam condições específicas para exigir o imposto devido ao contribuinte substituído, caso não fosse possível alcançar ou exigir tal imposto do substituto tributário, nas operações interestaduais, o que não é o caso presente. Assim, antes de tal revogação não era possível alcançar ou transferir ao substituído a responsabilidade do imposto devido pelo substituto, sem o atendimento do aludido parágrafo, o que não ocorreu no presente caso.

Com a revogação desse dispositivo (§ 1º do art. 125), através da Alteração nº 139 (Decreto nº 12444, de 26/10/10. DOE de 27/10/10), efeitos a partir de 27/10/10, já estava em vigor o inciso XV do art. 6º da Lei 7014/96, acrescentado pela Lei nº 11.899, efeitos a partir de 31/03/10, só permitindo alcançar o contribuinte substituído por solidariedade, atendida a condição de que o substituto tributário, previsto por acordo interestadual, não esteja inscrito (ou inativo), como tal, no Estado da Bahia.

Assim, tanto antes como após a revogação do § 1º do art. 125 do RICMS/BA (abrangendo todo o período fiscalizado), não há como o Substituto Tributário, sujeito passivo da presente relação jurídico-tributária, se eximir da obrigação determinada pelo Protocolo 41/08, de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, transferindo tal obrigação, inclusive pela retenção a menos ora reclamada na segunda infração, aos adquirentes das mercadorias em lume.

A questão seguinte se resume em saber se o imposto era ou não devido por substituição tributária, tendo em vista o fato de que o Protocolo 41/08, indica a obrigação de fazer a substituição tributária nos casos tão somente em que as mercadorias se destinarem ao uso automotivo. Caso o produto adquirido não tenha tal finalidade, deverá haver, no documento fiscal, a informação do fornecedor de que o mesmo não tem fim automotivo, conforme, inclusive, resposta à consulta formulada pelo autuado, Parecer 1507/2008, da Gerencia de Tributação.

A exigência, constante do presente Auto de infração, atribui aos adquirentes participantes do setor automotivo, portando, a destinação das mercadorias ao uso automotivo, conforme relatório às fls. 227 a 291, indicando a Inscrição Estadual e Atividade Econômica de todos os Contribuintes, bem como os extratos da situação cadastral dos que foram incluídos no cálculo do ICMS ST, relatado pelo autuante, conforme segue na sua íntegra:

I - Documento 01 – fls 227 a 252 – Todos os Contribuintes tem como Atividade Econômica Principal : 4530703 - Comercio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores; 453701 – Comercio por atacado de peças e acessórios novos para veículos automotores;

II - Documento 02 – fls 253 a 259 –Contribuintes que tem como Atividade Econômica Secundaria : 4530703 - Comercio a varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores;

III - Documento 03 - fls 260 a 291 – Incluímos no calculo os Contribuintes listados os quais estão cadastrados no sistema da Sefaz com Atividades Econômicas diversas do setor automotivo, possuindo cada um per si uma particularidade que resta ao final demonstrado que atuam no segmento automotivo, senão vejamos:

a) Razão Social – STILLOCAR EQUIPAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA – Nome de Fantasia: STILLOCAR – Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4789099 Comercio varejista de outros produtos não especificados. Não fosse só o fato da Autuada em algumas operações de vendas fazer a retenção do ICMS ST, CFOP 6401, o que evidencia o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo, ex: NF 1002, de 17/04/2009, NF 3600, de 15/05/2009, fls. 262 a 263 , também o nome é revelador!!! O nome que a empresa escolhe para ser reconhecida serve também para divulgação dos produtos que ela comercializa e é também pelo nome devidamente registrado que uma pessoa jurídica se individualiza, ganha notoriedade, especificidade e exerce suas atividades.

b) Razão Social – I R ELETROS ELETRONICOS E ACESSORIOS LTDA – Nome de Fantasia : SHOP CAR - Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4753900 Comercio varejista de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo. O nome que a empresa escolheu para ser reconhecida e identificada, SHOP CAR, serve também para divulgação dos produtos que comercializa. Anexamos às fls. 269 a 271, de três fontes diferentes extraídas da internet, publicações classificando a Shop Car na Categoria Peças, Acessórios e Serviços – Acessórios para veículos. Ademais, como se pode comprovar às fls. 265 a 268, a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401, retenção de ICMS ST, tais como NF 68516, de 24/11/2010, NF 69250, de 26/11/2010, NF 317340, de 01/08/2008, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo.

c) Razão Social – ALPHA SOM COMERCIO E SERVIÇOS LTDA – Nome de Fantasia : ALPHA SOM -- Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4520007 Serviço de Instalação, manutenção e reparação de acessórios para veículos automotores, condição que o inclui nas exceções expressas na lista de serviços com fornecimento de mercadoria prevista na Lei Complementar 116/03, Art. 1º, § 2º, conforme ITEM 14.01 da lista de serviços anexa, ficando sujeito ao ICMS. Anexamos também, às fls 273 e 274 os recolhimentos de ICMS Simples Nacional e ICMS Antecipação Parcial realizados pelo Contribuinte, a fim de comprovar a sua condição de contribuinte do ICMS. Ademais, como se pode comprovar às fls.275 a 278 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 588, de 13/04/2009, NF 2847, de 07/05/2009, NF 10376, de 29/07/2009, dentre muitas outras. Para não restar dúvida anexamos também publicação da internet reportando a Alpha Som como empresa prestadora de serviço de instalação, vendas e projetos de som automobilístico, fls279.

d) Razão Social CLVC AUDIO CAR LTDA – Nome de Fantasia : CLVC AUDIO CAR – Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4753900 Comercio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo. Os comentários feitos anteriormente a respeito da Razão Social e Nome de Fantasia também se aplicam a este caso. Se o nome de fantasia serve para divulgação da empresa e para identificar os seus produtos, o impacto desse nome junto ao mercado consumidor justifica a sua escolha. Assim é que ,a mensagem nada subliminar e muito literal que o nome AUDIO CAR traduz é Equipamentos de Áudio para Carros. Ademais, como se pode comprovar às fls. 281 a 284 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com cfop 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 1245, de 23/04/2009, NF 5882, de 15/06/2009, NF 4406, de 026/05/2009, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo.

e) Razão Social – M B DE JESUS SOM AUTOMOTIVO – Nome de Fantasia – ELETRO TRIO - Este contribuinte tem como Atividade Econômica Principal 4789099 Comercio varejista de outros produtos não especificados, mas como não afirmar com segurança que comercializa acessórios para carros automotores se a Razão Social escolhida já revela a atividade pretendida? Ademais, como se pode comprovar às fls 286 a 289 a Autuada enviou várias Notas Fiscais a este Contribuinte com CFOP 6401 retenção de ICMS ST, tais como NF 325409, de 17/10/2008, NF 331004, de 15/12/2008, NF 314600, de 09/07/2008, dentre outras, evidenciando o entendimento de que sabia que se tratava de empresa com atuação no setor automotivo. Pesquisamos também na internet ,fls290 e 291 , e vimos que a empresa possui pagina na Rede Social Orkut onde se auto proclama Eletro Trio – Som Automotivo e divulga a seguinte Nota: A Eletro Rio virou Eletro Trio, a mais nova Empresa de Som e Acessórios Automotivos de Santo Antonio de Jesus.

A consulta realizada pelo autuante, relativas às Notas Fiscais nº 319.544, nº 319.510, nº 317.343, nº 317339, nº 317338, nº 317336, nº 317335 (doc 06) confirmam que a autuada arrola as mesmas no intuito de

demonstrar que as mercadorias constantes dessas eram destinadas ao uso profissional e não seriam utilizadas em veículos automotores, conforme segue que com as pertinentes considerações do autuante:

- a) NF 319544 – Destinatário : *VALQUIMES CALDA DO NASCIMENTO* – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 01, fls 233, logo, ICMS ST devido.
- b) NF 319510 – Destinatário : *CLVC AUDIO CAR LTDA* – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 03, fls 280 a 284 ,logo, ICMS ST devido.
- c) NF 317339 – Destinatário : *JORGE PAULO PEREIRA NUNES* – empresa do setor automotivo conforme demonstrado , Doc. 01, fls 230 , logo, ICMS ST devido.
- c) NF 317343 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;
- e) NF 317338 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;
- f) NF 317337 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;
- g) NF 317336 – este documento fiscal destina-se a Contribuinte do Estado de Minas Gerais e, portanto, não foi incluído no calculo do ICMS ST;
- h) 217335 – este documento fiscal não foi incluído no calculo do ICMS ST;

Assim, diante do exposto, resta reafirmar a condição de substituto tributária do sujeito passivo, previsto no Conv. 41/08, bem como a destinação das mercadorias para o setor automotivo, demonstradas pela atividade desenvolvida pelos adquirentes, comprovada pelo autuante.

Cabe observar, ainda, que a alagação do autuado de que a sua condição de substituto tributário não é admissível, uma vez que o acordo interestadual se trata de Protocolo, tendo em vista decisão judicial entendendo que a condição de substituto só poderia ser atribuída através de Convênio e Lei Estadual, não tem amparo, na medida em que a aludida decisão judicial, além de não constar o autuado como beneficiário da decisão em pauta, ou seja, não é parte e sim a Eletrônica Selenium S.A, ainda que parte fosse, não caberia a extensão de seus efeitos ao sujeito ativo da presente relação jurídico-tributária que é o Estado da Bahia, na medida em que a contenda judicial tem como impetrado o Diretor da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

A título de esclarecimento a substituição tributária interestadual, tem como amparo o § 2º , XII, “a” da Constituição Federal, bem como o art. 9º da Lei Complementar 87/96 e o art. 10 da Lei 7014/96.

Quanto ao parecer da Gerência de Tributação, nada modifica o entendimento exarado no presente voto, na medida em que ficou demonstrado o destino dos produtos em lume para o uso automotivo, cabendo a pertinência tanto da infração 01, como da infração 02.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232400.0001/12-8, lavrado contra **HARMAN DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRÔNICA E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$190.835,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos III, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR