

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0005/13-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0075-05/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0209-12/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS VEÍCULOS NOVOS DESTINADOS A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Apesar das operações estarem sujeitas ao regime de substituição tributária de veículos novos, conforme trata o Convênio 132/92 e o faturamento ter sido realizado diretamente ao consumidor final pela montadora, não ficou demonstrado nos autos que os automóveis foram entregues através das concessionárias, neste Estado, não constando, inclusive, os documentos fiscais nos autos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0075-05/14, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2013, exige ICMS no valor de R\$103.009,27 pelo cometimento da seguinte infração à legislação tributária deste Estado: *"Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. A empresa deixou de efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento nas operações de vendas de veículos novos destinadas a consumidor final localizado no Estado da Bahia, infringindo o que dispõe o Convênio ICMS 51/00, combinado com a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93. Esta infração está demonstrada no Anexo 1"*. Enquadramento legal: Cláusula primeira e segunda do Convênio ICMS 51/00, e alterações posteriores.

O autuado apresentou defesa (fls. 23/38), atacando inicialmente a decadência dos fatos geradores do imposto ora exigido nos termos dos artigos 156, V e 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, pelo fato de terem sido constituídos em lapso temporal superior a cinco anos das suas ocorrências, conforme minuciosamente analisa.

Quanto ao fato apurado pela fiscalização, alega não ter sido a concessionária intermediária para a entrega do veículo. Disse que as vendas de veículos consubstanciadas nas notas fiscais guerreadas não ocorreram no Estado da Bahia, mas sim, no Estado de São Paulo, cuja forma de celebração do negócio se deu desde o deslocamento físico do consumidor ao estabelecimento do autuado localizado em território paulista. No entanto, como os consumidores (pessoas físicas) em questão residem no Estado da Bahia, obviamente os veículos adquiridos foram remetidos às cidades constantes da nota fiscal, sendo certo que a forma desta remessa indicará se há ou não a incidência do ICMS baiano.

Analizando as determinações da Cláusula Primeira com seus §§ 1º e 2º do Convênio do ICMS 51/00 (venda direta ao consumidor final), sustenta que no presente caso a fiscalização não apresentou qualquer prova acerca da existência de concessionária, localizada no Estado da Bahia, com suposta incumbência de realizar a entrega dos veículos objeto da autuação. Sendo assim, não há como presumir a necessária intermediação de concessionária estabelecida na Bahia para efetuar a

cobrança com amparo no Convênio ICMS 51/00, mesmo porque são corriqueiras as diversas vendas de veículos para consumidores residentes em outros Estados, nas quais a remessa do automóvel para outra localidade ocorre custeada pelo próprio consumidor. E nesta linha, ressalta de que Colegiado já se manifestou sobre a matéria através de do AI nº 297895.0213/01-7 que foi julgado improcedente.

Portanto, considerando o recolhimento integral do ICMS, por substituição tributária, ocorrido na forma prevista no art. 301, do RICMS, de Convênio do ICMS 132/92, bem como, o faturamento diretamente ao consumidor final (pessoa física), sem qualquer intermediação de concessionária estabelecida no Estado da Bahia na entrega dos veículos, afastam-se as disposições do Convênio ICMS 51/00, não havendo o que se falar em repartição do imposto com este Estado. E sobre tal aspecto apresenta ampla análise sobre o tema.

Reclama quanto à multa que entende confiscatória e desproporcional e requer a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal (fls. 40/46), rebatendo as alegações de defesa apresentadas, bem como, esclarece alguns aspectos do Auto de Infração. Informa que a empresa é inscrita como substituto tributário no Estado da Bahia. No entanto, teve a inscrição cancelada em 08/06/2004 por não cumprimento de obrigações acessórias. Estava inscrita no Estado com o Código de Atividade Econômica nº 4512901- Representantes comerciais e agentes do comércio de veículos automotores, realizando operações de vendas para consumidor final neste Estado, sem observar o que dispõe o Convênio ICMS 51/00, combinado com a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93.

Após discordar sobre a matéria de decadência aventada pelo impugnante, diz restar que o lançamento de ofício trata sobre operações de vendas para consumidor final realizadas com o Estado da Bahia, sem a observância do que dispõe o Convênio ICMS 51/00, combinado com a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93. Esclarece que não procedem as alegações de que as vendas ocorreram fisicamente no Estado de São Paulo pois, apesar da autuante fazer tal afirmação não apresenta qualquer prova do fato. Ademais, anexou em meio magnético os arquivos de notas fiscais do SINTEGRA que acobertaram as operações de vendas à consumidor final (fl. 15 do PAF) onde constam nos campo destinatário e CPF/CNPJ, os nomes e CPFs dos destinatários pessoas físicas e respectivos CPF, comprovando que as operações de vendas por meio de faturamento direto á consumidor final são tipicamente operações de VENDA DIRETA, enquadradas no Convênio ICMS 51/00, combinado com o Convênio ICMS 81/93. E acrescenta: “*a próprio autuado admite que os veículos foram remetidos às cidades às cidades dos destinatários das notas fiscais, situadas neste Estado, e como o produto “veículo” não é um bem que se entrega porta a porta, fica evidente que ocorreu o envolvimento de uma concessionária da HYUNDAI CACOA localizada neste Estado*”.

Ataca todos os argumentos jurídicos trazidos pelo impugnante a respeito do tratamento tributário nas operações que destinam bens à consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outro Estado, assim como, sobre o percentual da multa aplicada.

Ratifica o lançamento fiscal.

A 5ª JJF prolate a seguinte Decisão em relação à infração ora em questão, após rejeitar as arguições de decadência do crédito tributário.

[...]

No que tange a análise central do mérito, a Cláusula primeira do convênio 51/00 não deixa dúvidas quanto às condições necessárias para a aplicação desse acordo, quando é taxativo ao afirmar que o disposto no aludido Convênio somente se aplica se atendida as condições previstos em seu §1º da Cláusula primeira.

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.

Renumerado o parágrafo único para § 1º pelo Conv. ICMS 58/08, efeitos a partir de 25.06.08.

§ 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.

Acrescido o § 2º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 58/08, efeitos a partir de 25.06.08.

No presente caso, verifico que, apesar das operações estarem sujeitas ao regime de substituição tributária de veículos novos, conforme trata o Convênio 132/92 e o faturamento ter sido direto ao consumidor efetuado pela montadora, não ficou demonstrado nos autos que os automóveis destinados aos consumidores finais, foram entregues através das concessionárias, neste estado, envolvidas nas operações, não constando, inclusive, os documentos fiscais nos autos.

Fica evidente que não há elementos que demonstrem terem sido os veículos entregues pela concessionária estabelecida no estado da Bahia, quanto se verifica a afirmação do autuante de que: O próprio autuado admite que os veículos foram remetidos às cidades dos destinatários das notas fiscais, situadas neste Estado, e como o produto "veículo" não é um bem que se entrega porta a porta, fica evidente que ocorreu o envolvimento da uma concessionária da HYUNDAI CAO localizada neste Estado.

Assim, a aludida presunção de entrega pelas concessionárias não pode servir de elemento material para suprir a condição necessária prevista para a aplicação do Convênio 51/00, ou seja, que os veículos foram entregues aos consumidores finais através de uma revendedora neste estado.

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

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

O Convênio ICMS 51/00, alterado pelo Convênio ICMS nº 58/08 e motivador da presente autuação, ao disciplinar as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor, dispõe:

O Ministro de Estado da Fazenda, os Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação e o Gerente de Receita dos Estados e do Distrito Federal, na 99ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Foz do Iguaçu, PR, no dia 15 de setembro de 2000, considerando a modificação a ser implementada no processo de faturamento de veículo automotor novo por parte da montadora e do importador; considerando a participação da concessionária na operação de circulação com veículo novo quando faturado diretamente pela montadora ou pelo importador ao consumidor; e tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte CONVÊNIO:

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.

§ 3º A partir de 1º de julho de 2008, o disposto no § 2º aplica-se também às operações de arrendamento mercantil (leasing).

Anteriormente à edição do Convênio ICMS 58/08, efeitos a partir de 26/06/2008 (editado visando principalmente dirimir dúvidas a respeito das operações de leasing) o § 1º acima transcrito continham as determinações do anterior Parágrafo único. Os §§ 2º e 3º foram acrescentados pelo Convênio ICMS 58/08.

Traçadas essas linhas, a sucumbência do Estado decorreu da falta de provas, nos autos, de que nas operações de vendas realizadas houve a participação de uma concessionária da empresa autuada estabelecida neste Estado da Bahia já que sem esta intervenção, as determinações do

Convênio ICMS 51/00 não são aplicáveis.

Ao analisar as peças processuais, não merece reparo a Decisão recorrida. Não existe nos autos qualquer prova de que o impugnante realizou vendas diretas dos seus veículos à um consumidor final através de uma concessionária. Ao contrário, o que se constata é que a autuante quando solicitou a prorrogação da fiscalização ao Sr. Inspetor Fazendário assim se posicionou: *verificamos que no campo informações complementares nas NFes, constam o nome do vendedor (grifo) da filial com CNPJ: 03.518.732/0063/69, situada neste Estado. Analisamos o SPED contábil, entretanto ainda não encontramos uma conta detalhada que possa comprovar que operações foram realizadas pela filial de Salvador. Faz-se necessário uma maior investigação, intimando a empresa para apresentar o detalhamento de algumas contas com a finalidade de comprovar que as vendas foram realizadas efetivamente pela filial de Salvador. Dessa forma, entendemos que a cobrança do ICMS ST deve ser realizada com base no Convênio 132/92. Solicitamos uma pesquisa das importações realizadas pelas referidas empresas e também uma pesquisa junto ao DETRAN-BA solicitando as informações das notas fiscais utilizadas para emplacar os veículos envolvidos nessas operações de vendas para consumidor final de São Paulo para o Estado da Bahia.”. Ou seja, nas notas fiscais analisadas somente consta, pelo que informa a autuante, apenas o nome de um vendedor que afirma ela ser funcionário de estabelecimento do impugnante situado neste Estado. Tal fato, embora possa ser tomado como indício, não é prova da transação.*

Quanto as cópias dos e-mails apresentados pela fiscal como prova para constituição do presente lançamento fiscal (fls. 47/73) eles, apenas, confirmam as intimações feitas (termo de Início e Prorrogação de Fiscalização), bem como, a solicialção da tabela de preços praticada pela HYUNDAI CACOA.

Já em relação às notas fiscais estas não se encontram apensadas aos autos. A autuante apresentou em CD (fl. 15) alguns arquivos em formato TXT, cópias de notas fiscais em condições completamente ilegíveis para qualquer pessoa que não tenha contato com o controle interno do SINTEGRA ou mesmo das NF-e. Esta foi a prova que disse ser das notas fiscais. Mesmo com a maior dificuldade para se obter alguma informação, nelas não se consegue verificar qualquer vínculo da venda direta ao consumidor com qualquer concessionária da empresa localizada neste Estado, nem, inclusive, com os adquirentes listados no levantamento fiscal.

Por fim, o fato da fiscal entender que “*como o produto “veículo” não é um bem que se entrega porta a porta, fica evidente que ocorreu o envolvimento de uma concessionária da HYUNDAI CACOA localizada neste Estado*”, esta presunção é inservível para sustentar a autuação.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281078.0005/13-8**, lavrado contra **HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS