

A. I. Nº - 281078.0006/14-2
AUTUADA - HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.12.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-05/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. a) VENDA DIRETA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES PARA CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 51/00. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Provado nos autos que os veículos foram entregues aos consumidores finais através de concessionárias localizadas na Bahia, que procederam às revisões técnicas firmadas por funcionários de filiais localizadas neste Estado. Enquadramento legal correto da operação. Demonstrado que o estabelecimento remetente integra grupo econômico da montadora de veículos e prevê no seu contrato social o desenvolvimento da atividade de importação de automóveis e peças. b) RETENÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO A TÍTULO DE DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (DIFAL); c) RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Infrações sem impugnação específica. Não acolhida a arguição de nulidade do feito. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/09/2014, para exigir ICMS no valor original de R\$ 2.705.675,76, acrescido de multa de 60%, com as seguintes imputações:

“Infração 01: Deixou 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. A empresa deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do ICMS - ST 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. Esta infração está demonstrada nos Anexos 1, 2 e 3. Enquadramento: Cláusula primeira e segunda do Conv. ICMS 51/00, e alterações posteriores. Multa aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96”. Valor exigido: R\$ 1.790.268,90.

“Infração 02: Deixou 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia. A empresa deixou de efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto devido pela diferença de alíquota nas operações interestaduais de vendas de veículos novos destinados ao ativo imobilizado, infringindo o que dispõe a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 132/92. Esta infração está demonstrada nos Anexos 4 e 5. Enquadramento: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira, sexta, sétima e oitava do Convênio ICMS nº 132/92 e alterações posteriores. Multa aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96”. Valor exigido: R\$ 45.940,15.

“Infração 03: 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 contribuinte localizados no Estado da Bahia. A empresa efetuou a retenção a menor e o consequente recolhimento do ICMS ST devido nas operações interestaduais de

transferência e veículos novos, para suas filiais localizadas neste Estado, infringindo o que dispõe o Convênio 132/92. Foram emitidas notas fiscais complementares com destaque de ICMS ST, entretanto, ainda assim houve diferença de ICMS ST a ser cobrada. Ressaltamos que todas as notas fiscais complementares foram consideradas para efeito de cálculo, conforme pode ser verificado no Anexo 6. Anexamos, por amostragem, Nfes e respectivas notas fiscais complementares. Esta infração está demonstrada nos Anexos 6 e 7. Enquadramento: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas terceira, sexta, sétima e oitava do Convênio ICMS nº 132/92 e alterações posteriores. Multa aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.” Valor exigido: R\$ 869.466,71.

Consta ainda no corpo do Auto de Infração que (...) “no campo ‘dados adicionais’ das NFes os nomes dos vendedores envolvidos nas operações de vendas diretas a consumidor final. Que para comprovar que os vendedores identificados no campo dados adicionais das NFEs são funcionários das concessionárias filiais neste estado, anexamos documentos expedidos pelo INSS relativos aos vínculos empregatícios de vendedores das concessionárias filiais da Hyundai Caa do Brasil neste Estado. Anexamos também os documentos de licenciamento dos veículos e certificado de garantia, fornecidos pelos adquirentes dos veículos, com os carimbos de entrega técnica do veículo zero realizada por uma concessionária localizada neste Estado.”

O contribuinte foi notificado do lançamento através do Correios, via AR (aviso de recebimento), em 27/10/14 e ingressou com defesa administrativa em 26/11/2014, através de petição subscrita por advogada com procuração nos autos. Defesa e procuração (substabelecimento) foram juntadas às fls. 544/556 e fls. 596, respectivamente.

Na peça impugnatória a autuada citou as três infrações que foram objeto da autuação e afirmou que a autoridade fiscal incorreu em equívoco na capitulação do lançamento ao considerar que as operações da recorrente estão acobertadas pelo Convênio 51/00, uma vez que há vedação legal e constitucional que legitime a autoridade fiscal a exigir o ICMS-ST nas operações interestaduais de venda a consumidor final não contribuinte de ICMS. Afirmou que houve a retenção na etapa anterior da integralidade do imposto estadual incidente nas subseqüentes saídas até e inclusive a promovida pelo primeiro estabelecimento varejista e que a multa aplicada é totalmente ilegal/inconstitucional.

Ao se debruçar sobre a infração 1, a impugnante argumentou que as normas legais invocadas no Auto de Infração não são aplicáveis ao caso concreto e não dão amparo às exigências fiscais em causa, que não encontra respaldo no suscitado Convênio 51/00, porquanto este aplica-se, exclusivamente, às operações de saída de veículo nacional e/ou importados das montadoras ou importadoras, com destino a consumidor. Citou trechos do Convênio ICMS 51/00, e afirma ser uma distribuidora/concessionária de veículos autorizada da marca Hyundai, que adquire os veículos das montadoras para vendas aos consumidores, operação não abrangida pelas regras do Convênio ICMS 51/00. Entende que o A.I. incorre na falta da adequada motivação legal do ato administrativo guerreado.

Ressaltou, ainda, que o auto de infração deverá conter a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, reafirmando que o dispositivo legal invocado não disciplinava os fatos geradores do auto de infração o que o torna viciado por ausência de motivação legal adequada e compatível com a exigência feita. Pede a anulação do feito.

A impugnante esclareceu, mais à frente, que o procedimento adotado por ela está em conformidade com o que estabelece a Constituição Federal para o ICMS nas operações interestaduais, destacando-se o regramento das operações de venda a não contribuinte do imposto localizado em outro Estado. Transcreveu o art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea b da Constituição Federal, afirmando que o dispositivo é plenamente aplicável ao caso da autuada quando destina seus veículos ao Estado da Bahia. Dessa forma, afirma que nas operações de venda direta a consumidor final, não contribuinte de ICMS e localizado em outro Estado, aplica-se tão somente a alíquota interna do Estado de origem da mercadoria. Entende a impugnante que

as operações indicadas no auto não têm a incidência do ICMS-ST (ICMS - Substituição Tributária), por destinarem-se a não contribuintes do tributo, devendo ser cancelado o crédito tributário ora constituído e as penalidades relacionadas visto que a sua conduta, na prática, encontraria amparo na norma constitucional mencionada e na legislação complementar.

A autuada destacou em seguida que as vendas de veículos objeto da autuação ocorreram no Estado de São Paulo, com mera remessa do produto para o Estado da Bahia. Por expressa imposição legal contida no art. 301, do RICMS do Estado de São Paulo, a recorrente recebeu o produto já com a retenção do ICMS devido. Portanto, considerando que as notas objeto da autuação, representam operações realizadas no Estado de São Paulo, a inexistência de destaque do ICMS nas referidas notas revelou-se acertada, decorrente das normas impositivas da legislação paulista. Por fim, afirmou que a simples entrada da mercadoria no Estado da Bahia não caracteriza fato gerador da exação guerreada.

Com relação à multa aplicada, a impugnante citou o art. 150, inciso IV, para afirmar que o “caput” do artigo da norma constitucional em análise dispõe que a administração tributária deverá respeitar não só os princípios insculpidos no seu bojo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte existentes nas demais disposições da Carta Magna. Enfatizou que a multa não pode ter caráter confiscatório, logo seria perfeitamente cabível sua redução em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, a autuada requereu que seja reconhecida a procedência integral dos argumentos narrados na inicial, para que seja anulado o auto de infração, com o cancelamento da cobrança efetiva, e declaração da improcedência do lançamento, seja pela motivação legal, ou pelos demais argumentos que demonstraram não ter sido configurada qualquer infração às disposições legais e regulamentares da legislação aplicada.

Também requereu, em pedido subsidiário, a redução da multa aplicada a percentuais condizentes com a situação concreta. Protestou, ao final, pela produção de provas em direito admitidas e pela realização de diligência ou perícia visando a comprovação das alegações efetuadas, sob pena da violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

A informação fiscal foi prestada pela autuante em 02/03/2015, através da peça juntada às fls. 617 a 623 dos autos.

Após fazer uma síntese dos argumentos defensivos, a autuante informou que os trabalhos de auditoria fiscal foram desenvolvidos dentro das normas legais do Convênio ICMS n.º 81/93 e dos Convênios 51/00 e 132/92 relativos às mercadorias (veículos automotores) enquadradas na Substituição Tributária comercializadas com este Estado, conjuntamente com a Lei Complementar n.º 87/96, Lei Estadual n.º 7.014/96 e RICMS/BA.

Ressaltou que a autuada argumenta matéria de ordem constitucional, questionamentos de normas legais pertinentes à matéria tributária, mas, em momento algum negou a ocorrência dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto, limitando-se a abordar questões de ordem jurídica.

Informou que o auto de infração foi lavrado cumprindo todas as formalidades legais, que as infrações foram devidamente fundamentadas com planilhas contendo os cálculos dos demonstrativos de débitos, conforme anexos 1 a 7, inseridos às folhas 12 a 531 do PAF.

Disse que a infração 1 é totalmente procedente e foi corretamente tipificada, tendo em vista que a impugnante realizou operações interestaduais com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor final localizado neste Estado sem qualquer destaque de imposto, infringindo o que dispõe o Convênio ICMS 51/00. Discorreu que consta nas NFes emitidas pela HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA, CNPJ:03.518.732/0002-47, destinadas à CONSUMIDORES FINAIS situados neste Estado, no campo DADOS ADICIONAIS, os nomes dos vendedores envolvidos nas operações de VENDAS DIRETAS A CONSUMIDOR FINAL. Para comprovar que os vendedores identificados no campo DADOS ADICIONAIS das NFes são funcionários das

concessionárias filiais neste Estado, anexou documentos expedidos pelo INSS relativos a vínculos empregatícios de vendedores das concessionárias da HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA filiais neste Estado, conforme dados constantes do cadastro da Previdência Social - INSS.

Anexou também, na peça informativa, os documentos de LICENCIAMENTO DOS VEÍCULOS e os CERTIFICADOS DE GARANTIA, fornecidos pelos adquirentes dos veículos, com os carimbos de ENTREGA TÉCNICA, das concessionárias HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA filiais neste Estado que efetuaram as entregas dos veículos. Reafirmou que as OPERAÇÕES DE VENDAS DIRETAS A CONSUMIDOR FINAL foram realizadas sem qualquer destaque de imposto, conforme documentos acostados às folhas 23 a 481 do PAF.

Quanto à alegação defensiva de que a autuação não encontraria respaldo no Convênio 51/00, porque este seria aplicável, exclusivamente, às operações de saída de veículo nacional e/ou importados das montadoras ou importadoras, com destino à consumidor final, informou que a empresa é uma filial que está inscrita na RECEITA FEDERAL com a atividade econômica: 45.11-1-03 - Comércio por atacado de automóveis, camionetas e utilitários novos e usados. (Extrato da Situação Cadastral na Receita Federal à folha 558 do PAF). Ademais a empresa autuada é uma das 171 filiais da HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA, CNPJ: 03.518.732/0001-66, sociedade limitada que tem como sócios CAO FAMILY PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ: 08.456.887/0001-39, com 144.931.981 cotas e IZABELA MOLON LUCHESI DE OLIVEIRA ANDRADE, CPF: 250.983.108-90, com 1 cota; A CAO FAMILY PARTICIPAÇÕES S/A, tem como código e descrição de atividade econômica principal 64.62-0-00 HOLDINGS DE INSTITUIÇÕES NÃO FINANCEIRAS, situada no mesmo endereço da matriz da HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA, localizadas na Av. Ibirapuera, nº 2822, a primeira no 2º andar e a segunda no 1º andar. (http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp)

Ressaltou alguns aspectos do Contrato Social da empresa HYUNDAI CAO DO BRASIL LTDA, tais como: a CLÁUSULA SEXTA que dispõe que a administração da sociedade é exercida pelo administrador Dr. Carlos Alberto de Oliveira Andrade, CPF: 040.341.394-04, que também é sócio da CAO MONTADORA DE VEÍCULOS LTDA, CNPJ: 03.471.344/0001-77.

A CLÁUSULA TERCEIRA do Contrato Social que estabelece que a sociedade terá os seguintes objetivos sociais:

- a) *A representação e distribuição, no território nacional, dos produtos da marca Hyundai, especialmente dos veículos automotores de passeio e de carga, peças de reposição e acessórios;*
- b) *A exploração da distribuição, revenda e comércio em geral de veículos de passeio e de carga, novos e usados da marca Hyundai;*
- ...
- f) *A importação e exportação de veículos de passeio e de carga, peças e acessórios;*

Destacou também a CLÁUSULA OITAVA do Contrato Social, nos seguintes termos:

CLAUSULA OITAVA - A sociedade poderá prestar aval, fiança, caução ou garantias em favor de empresas interligadas, coligadas ou controladas ao GRUPO CAO. (Folha 570 do PAF)

Declarou que outra questão que deve ser ressaltada é que a RECEITA FEDERAL conceitua como equiparados a estabelecimento industrial: "os estabelecimentos em que o adquirente e o remetente dos produtos sejam empresas controladoras, controladas ou coligadas, interligadas ou interdependentes".

(http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/1999/Inf_Gerais/Conceito_de_Estabelecimento_Industrial_e_Equiparado_a_Industrial.htm)

Aduziu ainda que o Convênio ICMS, 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, dispõe na sua CLÁUSULA SEGUNDA que: "*Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os*

correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente".

Entende, com base nessa norma que as regras positivadas da substituição tributária estabelecem que a cada operação interestadual, deverá ser efetuada a retenção e recolhimento do ICMS ST em favor do Estado destinatário.

Mais à frente enfatizou novamente que a infração 1 refere-se às operações interestaduais de vendas diretas de veículos novos a consumidores finais localizados neste Estado, sem qualquer destaque de imposto, havendo infração às disposições do Convênio 51/00. Disse não proceder a alegação defensiva de que o enquadramento normativo da infração não se aplica ao caso concreto, por não ser a autuada importadora ou montadora. Sustenta a manutenção da exigência fiscal pois o estabelecimento remetente é uma distribuidora de automóveis do GRUPO CAO A, que adquire os veículos das montadoras do mesmo grupo para efetuar operações de vendas interestaduais de veículos novos a consumidores finais, cujo sócio administrador, é proprietário da CAO A MONTADORA DE VEÍCULOS LTDA, sendo, portanto, empresas do mesmo grupo empresarial (GRUPO CAO A).

Quanto à transcrição efetuada pelo contribuinte do art. 155 da Constituição Federal, para afirmar que o inciso VII, alínea b, do referido artigo, estabelece o tratamento tributário nas operações que destinam bens a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outro Estado, sustenta assim ser essa situação jurídica aplicável à empresa autuada, quando destina seus veículos ao Estado da Bahia. A autuante refuta, dizendo que este dispositivo constitucional trata das regras gerais com relação aos impostos da competência dos estados, porém, o inciso XII, alínea b, do referido artigo estabelece caber à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária, conforme transcrição abaixo:

...

XII- cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

A autuante, discorreu que a Lei Complementar 87/96, no seu artigo nono, estabelece que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos estados interessados. Que nos termos do artigo 100, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CTN), os Convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Para dar um regramento às operações interestaduais de vendas diretas de veículos novos a consumidores finais, os Estados acharam por bem celebrar o Convênio ICMS 51/00, que estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor. Que o Convênio 51/00 criou uma repartição do imposto incidente sobre a operação de faturamento direto a consumidor final, de forma que parte do imposto passasse, em qualquer hipótese, a ser recolhido ao Estado de destino do veículo.

Disse que nos termos de sua Cláusula Segunda do citado Convênio, um percentual da base de cálculo deve ser considerada para apuração do ICMS devido ao Estado de origem, e a parcela remanescente para o cálculo do imposto a ser recolhido ao Estado de destino. Enfatizou ainda que no citado Convênio restou consignada a obrigatoriedade de participação das concessionárias na entrega dos veículos, o que configura a situação descrita na infração 1. Declarou que os fatos que ensejaram a exigência fiscal foram plenamente comprovados através das cópias dos CERTIFICADOS DE GARANTIA e outros documentos comprobatórios de que a entrega dos veículos foi realizada por concessionárias localizadas neste Estado, conforme documentos juntados às fls. 23 a 405 do PAF.

Ressaltou, por fim, que a infração 1 é legal e legítima visto que fora comprovado que as operações de vendas por meio de faturamento direto a consumidor final são tipicamente operações de VENDA DIRETA, enquadradas no Convênio ICMS N° 51/00, combinado com o Convênio ICMS N° ICMS 81/93.

Ainda no mérito, afirmou que embora a impugnante, no início da defesa, tivesse citado as três infrações do auto de infração, não foram apresentadas argumentações que viessem a contestar as infrações 2 e 3. Sustenta, portanto, que esses itens são também procedentes.

No tocante à alegação de que a multa aplicada não pode ter caráter confiscatório, declarou que esta discussão foge da competência estabelecida para o Órgão Julgador Administrativo, conforme preceitua o art. 167, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto N° 7.629/99, norma transcrita na peça informativa.

Salientou que as multas aplicadas são as previstas na Lei 7.014/96 (Lei do ICMS), no art. 42, inc. II, alínea “e”, que prescreve a penalidade de 60% na hipótese de imposto devido por substituição tributária não retido pelo sujeito passivo.

Disse ainda não caber ao auditor autuante analisar a correspondência entre a punição e a gravidade da infração. Que a noção de justiça foi estabelecida pelo legislador quando da determinação da proporcionalidade das sanções em relação aos fatos tipificados como irregulares. Além disso, a própria norma concede o benefício da redução das multas aplicadas quando do reconhecimento do débito fiscal pelos contribuintes, conforme dispõe o art. 45 da Lei 7.014/96, norma também transcrita na peça informativa.

Ao concluir a informação fiscal a autuante ratificou todos os termos contidos na exigência fiscal, solicitando ao CONSEF que julgue TOTALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 3 (três) infrações, todas elas relacionadas à exigência de ICMS pelo regime da substituição/antecipação tributária, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

A empresa autuada integra o grupo CAO A composto por empresas que fabricam, comercializam e prestam serviços no Brasil relacionados com veículos e peças da marca coreana Hyundai.

A presente lide tributária gravita, principalmente, em torno da aplicabilidade ou não das disposições do Convênio ICMS 51/00, nas operações objeto do lançamento fiscal.

O Convênio ICMS 51/00, por sua vez, estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos, efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor.

No referido Convênio está disposto que:

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 n° 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte:

CONVÊNIO

1 - Cláusula primeira. *Em relação às operações com veículos automotores novos, constantes nas posições 84.29.59, 84.33.59 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.*

Parágrafo único. 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. (Antigo parágrafo único renomeado pelo Convênio ICMS nº 58, de 05.06.2008, DOU 06.06.2008)

§ 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. (Parágrafo acrescentado pelo Convênio ICMS nº 58, de 05.06.2008, DOU 06.06.2008)

No caso concreto, conforme consta da peça acusatória (Auto de Infração), a impugnante realizou operações interestaduais com veículos automotores novos, efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor final localizado neste Estado, sem qualquer destaque de imposto, infringindo o que dispõe o Convênio ICMS 51/00.

Nas NFes (notas fiscais eletrônicas) emitidas pela HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA, CNPJ:03.518.732/0002-47, destinadas a CONSUMIDORES FINAIS situados neste Estado, consta no campo DADOS ADICIONAIS, os nomes dos vendedores envolvidos nas operações de VENDAS DIRETAS A CONSUMIDOR FINAL. Para comprovar que os vendedores identificados no campo DADOS ADICIONAIS das NFes são funcionários das concessionárias filiais neste Estado, a autuante anexou documentos expedidos pelo INSS, que comprovam os vínculos empregatícios de vendedores das concessionárias da HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA junto às filiais da empresa localizadas neste Estado, conforme dados constantes do cadastro da Previdência Social.

Foram também anexados os documentos de LICENCIAMENTO DOS VEÍCULOS e os CERTIFICADOS DE GARANTIA, fornecidos pelos adquirentes dos veículos, com os carimbos de ENTREGA TÉCNICA, das concessionárias HYUNDAI CAO A filiais neste Estado que efetuaram as entregas dos veículos (documentos acostados às folhas 23 a 481 do PAF).

Verifico, por sua vez, que o estabelecimento autuado, uma filial localizada em São Paulo, está inscrita na RECEITA FEDERAL com a atividade econômica: 45.11-1-03 - **Comércio por atacado de automóveis, camionetas e utilitários novos e usados.** (Extrato da Situação Cadastral na Receita Federal à folha 558 do PAF). Esse estabelecimento é uma das 171 (cento e setenta e uma) filiais da HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA, CNPJ: 03.518.732/0001-66, sociedade limitada que tem como sócios CAO A FAMILY PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ: 08.456.887/0001-39, com 144.931.981 cotas e IZABELA MOLON LUCHESI DE OLIVEIRA ANDRADE, CPF: 250.983.108-90, com 1 cota. A CAO A FAMILY PARTICIPAÇÕES S/A tem como código e descrição de atividade econômica principal 64.62-0-00 HOLDINGS DE INSTITUIÇÕES NÃO FINANCEIRAS, situadas no mesmo endereço da matriz da HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA, localizadas na Av. Ibirapuera, nº 2822, a primeira no 2º andar e a segunda no 1º andar, conforme consta do site da Receita Federal no endereço (http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp)

Importante destacar alguns aspectos do Contrato Social da empresa HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA, tais como: a CLÁUSULA SEXTA, que dispõe que a administração da sociedade é exercida pelo administrador Dr. Carlos Alberto de Oliveira Andrade, CPF: 040.341.394-04, que também é sócio da CAO A MONTADORA DE VEÍCULOS LTDA, CNPJ: 03.471.344/0001-77.

A cláusula terceira do Contrato Social estabelece que a sociedade terá os seguintes objetivos sociais:

- a) A **representação e distribuição**, no território nacional, dos produtos da marca Hyundai, especialmente dos veículos automotores de passeio e de carga, peças de reposição e acessórios;*
- b) A **exploração da distribuição, revenda e comércio em geral de veículos de passeio e de carga, novos e usados da marca Hyundai;***

...

- f) A **importação e exportação de veículos de passeio e de carga, peças e acessórios;***

Já a cláusula oitava do Contrato Social, está escrita nos seguintes termos:

CLÁUSULA OITAVA - A sociedade poderá prestar aval, fiança, caução ou garantias em favor de empresas interligadas, coligadas ou controladas ao GRUPO CAO A. (Folha 570 do PAF)

Ressalto, conforme destacou a autuante, que a Receita Federal conceitua como equiparados a estabelecimento industrial: **"os estabelecimentos em que o adquirente e o remetente dos produtos sejam empresas controladoras, controladas ou coligadas, interligadas ou interdependentes"**.

Por sua vez, o Convênio ICMS 81/93 cujas normas também incidem sobre as operações objeto da autuação, e que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, dispõe na sua Cláusula Segunda que: *"Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente"*.

É com base principalmente nessa norma que as regras positivadas da substituição tributária estabelecem que a cada operação interestadual, deverá ser efetuada a retenção e recolhimento do ICMS ST em favor do Estado destinatário.

Não procede, portanto, a alegação defensiva de que o enquadramento normativo da infração não se aplica ao caso concreto, por não ser a autuada importadora ou montadora. Observo que no próprio contrato social juntado pela defesa (*CLÁUSULA TERCEIRA, LETRA f*º) a empresa também se dedica à atividade de importação de veículos de passeio e de carga, peças e acessórios. Não pode prosperar, portanto, a alegação de nulidade do feito levantada pelo sujeito passivo.

A exigência fiscal se sustenta, pois o estabelecimento remetente é uma distribuidora de automóveis do GRUPO CAO A, que adquire os veículos das montadoras do mesmo grupo para efetuar operações de vendas interestaduais de veículos novos a consumidores finais, cujo sócio administrador, é proprietário da CAO A MONTADORA DE VEÍCULOS LTDA, sendo, portanto, empresas do mesmo grupo empresarial (GRUPO CAO A).

Por sua vez a Lei Complementar 87/96, dando cumprimento ao que está estabelecido na Constituição da República, estabelece no seu artigo nono que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos estados interessados. Nos termos do artigo 100, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CTN), os Convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos.

Para dar um regramento às operações interestaduais de vendas diretas de veículos novos a consumidores finais, os Estados acharam por bem celebrar o Convênio ICMS 51/00, que estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor.

O Convênio ICMS 51/00, em verdade, criou uma repartição do imposto incidente sobre a operação de faturamento direto a consumidor final, de forma que parte do imposto passasse, em qualquer hipótese, a ser recolhido ao Estado de destino do veículo.

Nos termos de sua Cláusula Segunda do citado Convênio, um percentual da base de cálculo deve ser considerada para apuração do ICMS devido ao Estado de origem, e a parcela remanescente para o cálculo do imposto a ser recolhido ao Estado de destino.

No caso concreto o Convênio ICMS 51/00 estabelece que ao estado de origem (São Paulo), cabe o percentual 45,08% da parcela do imposto incidente na operação de venda direta de veículos. Já ao estado de destino (Bahia), caberia o percentual de 54,92%, totalizando, assim, 100% do ICMS da operação, cálculo este que está em conformidade com o que foi efetuado pela autuante e em concordância com os demonstrativos anexados às fls. 14/22 dos autos.

Observo ainda que no citado Convênio ICMS 51/00, restou consignada a obrigatoriedade de participação das concessionárias na entrega dos veículos, o que configura a situação descrita na infração 1.

Assim os fatos que ensejaram a exigência fiscal foram plenamente comprovados através das cópias dos CERTIFICADOS DE GARANTIA, firmados por funcionários com vínculo empregatício junto às filiais da CAO A estabelecidas na Bahia, e outros documentos comprobatórios de que a entrega dos veículos foi realizada por concessionárias localizadas neste Estado, inclusive os Certificados de Registro e Licenciamento dos Veículos no DETRAN da Bahia, conforme documentos juntados às fls. 23 a 405 do PAF.

Ainda no mérito, a impugnante, no início da defesa, citou as três infrações do auto de infração, mas, não foram apresentadas argumentações que viessem contestar, de forma detalhada, as infrações 2 e 3. Portanto esses itens devem ser declarados também procedentes, por inexistência de impugnação específica.

No tocante à alegação de que a multa aplicada não pode ter caráter confiscatório, esta discussão foge da competência estabelecida para o Órgão Julgador Administrativo, conforme preceitua o art. 167, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por sua vez, as multas aplicadas são as previstas na Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS), no art. 42, inc. II, alínea “e”, que prescreve a penalidade de 60% na hipótese de imposto devido por substituição tributária, não retido pelo sujeito passivo. A própria norma legal concede o benefício da redução das multas aplicadas quando do reconhecimento do débito fiscal pelos contribuintes, conforme dispõe o art. 45 da Lei nº 7.014/96, norma também transcrita na peça informativa.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281078.0006/14-2**, lavrado contra **HYUNDAI CAO A DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.705.675,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA