

PROCESSO - A. I. Nº 298629.0001/20-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CKS COMÉRCIO DE VEÍCULOS EIRELI
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0019-04/20
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/01/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO. Autuado efetuou saídas de veículos adquiridos com menos de 12 meses junto às montadoras, com imposto pago por substituição tributária, com base no Convênio ICMS 51/00. Descrição imprecisa do fato. A responsabilidade do autuado pelo pagamento do imposto não se dá por substituição tributária, mas por responsabilidade direta, nos termos do art. 426 e seguintes do RICMS/2012 e do Convênio ICMS 64/06. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão JJF nº 0061-01/21-VD ter julgado Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2020, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 1.178.407,62, em decorrência de uma única infração a seguir descrita:

Infração 01 – 07.02.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Combinado com a Cláusula Primeira do Convênio 64/06.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 20/04/2021, conforme acórdão, fls. 68 a 71, e decidiu pela nulidade do lançamento, em decisão unânime, cujo voto, após relatar a observância de todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do RPAF/99 e reproduzir a acusação, foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O Convênio ICMS 51/00, estabelece a forma como devem ser realizadas as operações com veículos automotores novos, por meio de faturamento direto da montadora para o consumidor. Neste convênio, foi exigida a participação da concessionária na operação, e determinada a apuração da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ao Estado de destino da mercadoria.

Posteriormente, com o objetivo de evitar que empresas desvirtuassem o sentido do Convênio ICMS 51/00, e passassem a adquirir veículos diretamente da montadora, passando-se por consumidor final, mas com objetivo de revenda, conseguindo obter preços mais vantajosos que os encontrados nas próprias concessionárias, devido às promoções destinadas a frotistas, etc., foi celebrado no âmbito do CONFAZ o Convênio ICMS 64/06, estabelecendo responsabilidade às pessoas jurídicas pelo pagamento de ICMS, caso realizasse a venda de veículos antes de 12 (doze) meses da data da sua aquisição junto a montadora.

Assim, esse imposto de responsabilidade direta da pessoa jurídica, deveria ser recolhido para o Estado de localização do novo destinatário e apurado mediante a aplicação da alíquota interna do Estado de destino, sobre o preço de venda sugerido pelo fabricante, que deveria estar expresso na nota fiscal emitida pela montadora, por ocasião da venda direta a consumidor final, deduzido do crédito fiscal constante na nota fiscal emitida pela montadora, conforme previsto na cláusula segunda do Convênio ICMS 64/06.

Para entender o processo de compra e venda que envolve as operações relacionadas neste auto de infração, vamos trazer como exemplo, uma aquisição efetuada pelo autuado em 11/02/2019. Mediante consulta no portal da Nota Fiscal Eletrônica, a partir da chave de acesso indicada no demonstrativo denominado ‘substituição tributária não retida 2019’, em CD à fl. 09, observei que no campo ‘informações complementares’, da nota fiscal nº 795285, emitida em 11/02/2019, pela montadora Renault do Brasil S/A, localizada no Estado do Paraná, consta que a operação foi tributada nos termos do Convênio ICMS 51/00, em razão de se tratar de venda direta a consumidor final. Consta como destinatário o autuado, e como recebedor da mercadoria a concessionária EUROVIA VEÍCULOS S.A., localizado na Rua Elísio Mesquita, 610, Salvador/BA, CNPJ nº 02.671.595/0008-09. Existe ainda a indicação de que, caso ocorresse a alienação do veículo antes de 11/02/2020, deveria ser recolhido o ICMS, tendo como base de cálculo o valor de R\$38.190,00, correspondente

ao preço de venda sugerido ao público. O autuado, por sua vez, emitiu nota fiscal de venda nº 07, referente ao mesmo veículo, na mesma data de aquisição, em 11/02/2019, tendo como destinatário o Município de Bertópolis/MG.

Diante do exposto, concluo que o presente lançamento de ofício não logrou êxito em determinar corretamente a infração cometida pelo contribuinte. Quando o autuado deixou de efetuar o recolhimento do imposto nas saídas dos veículos adquiridos como consumidor final, junto às montadoras, nos termos do Convênio ICMS 64/06, recepcionado nos arts. 426 e seguintes do RICMS, ele deixou de pagar um imposto de sua responsabilidade direta. Para ocorrer nova responsabilidade pela retenção do imposto, seria necessário que a venda do veículo fosse destinada para outro contribuinte, com o objetivo de revenda.

O autuado tem razão em afirmar que o imposto devido por substituição tributária já foi pago pela montadora, por ocasião da venda, nos termos do Convênio ICMS 51/00, e que não teria que efetuar nova antecipação tributária.

Como já dito, a responsabilidade do autuado em pagamento do imposto nos termos dos arts. 426 e seguintes do RICMS, é direta, e seu valor corresponde à aplicação da alíquota interna sobre a diferença entre o preço sugerido pelo fabricante e a base de cálculo adotada pela montadora na venda direta.

Aliado a esse problema, também observei a existência de ilegitimidade ativa para exigência do ICMS, nas situações em que o autuado realizou a venda para pessoas físicas ou jurídicas localizadas em outras Unidades da Federação, como no caso trazido como exemplo neste voto, conforme estabelecido no § 3º da cláusula segunda do Convênio ICMS 64/06, e no § 3º do art. 427 do RICMS. Nesses casos, o imposto deve ser recolhido para a Unidade da Federação onde está localizado o novo adquirente.

*Dessa forma, voto pela NULIDADE do auto de infração, em razão da falta de indicação correta da infração cometida, quando deveria ser a de **realização de operação tributada como não tributada**, exclusivamente em relação às operações com os novos destinatários localizados no Estado da Bahia, e em razão da ilegitimidade ativa em relação às vendas destinadas a outras Unidades da Federação. Sugiro o refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas.”*

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 1ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, inc. I alínea “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Rebeca Brandão de Jesus.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JF desonerou o sujeito passivo, anulando o lançamento do crédito tributário no valor de R\$ 1.178.407,62, fato que justificou a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta instância, restando cabível o presente recurso.

A conduta da autuada, tida como infração à legislação tributária, motivadora do lançamento, foi descrita como “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado*”..

Compulsando os autos, constato que o lançamento é decorrente de uma ação fiscalizatória motivada por comunicação da INSPETORIA FAZENDÁRIA DE INVESTIGAÇÃO E PESQUISA - INFIP, unidade da estrutura da SEFAZ que tem como atribuição, dentre outras, identificar e mapear focos e formas de sonegação fiscal através de técnicas investigativas; identificar as formas de atuação de indivíduos ou grupos de indivíduos que praticam de forma organizada e reiterada ações lesivas ao fisco estadual; e subsidiar a fiscalização mediante informações pertinentes à atuação, localização e caracterização das práticas de sonegação fiscal.

A citada comunicação, fls. 06 e 07, dirigida ao superintendente da Administração Tributária, noticia que empresas localizadas dentro e fora do Estado da Bahia veem adquirindo veículos automotores novos junto a montadoras como se fossem consumidores finais, beneficiando-se indevidamente da modalidade de aquisição denominada venda direta, revendendo-os em prazo inferior a doze meses da aquisição sem o pagamento do ICMS devido nessas operações de revenda, em claro descumprimento à legislação, em especial do Convênio ICMS 64/06.

Na missiva, cita como uma das empresas a ser investigada, a CKS COMÉRCIO DE VEÍCULOS EIRELI, ora autuada, e sugere a sua fiscalização imediata, em razão de tê-la identificado como envolvida na fraude, visando apurar e lançar o ICMS e o IPVA porventura devidos.

Assim, foi promovida a ação fiscal que resultou no presente lançamento, que tem suporte no

demonstrativo analítico, fls. 11 a 16, gravado na mídia - CD, fl. 09.

O sujeito passivo é contribuinte inscrito no Cadastro do ICMS na condição NORMAL e atua na atividade econômica principal de comércio por atacado de automóveis, camionetas e utilitários novos e usados, e secundariamente a atividade de comércio a varejo de automóveis, camionetas, caminhões e utilitários novos e usados; comércio por atacado de reboques, semirreboques, ônibus e micro-ônibus novos e usados, dentre outras.

A autuada, ao defender-se, afirmou que as aquisições dos veículos tiveram o ICMS devido por substituição tributária, retido, portanto, antecipado, não havendo motivo para uma segunda antecipação, com suporte nos artigos 290 e 292 do RICMS/2012, assim como no art. 9º da Lei nº 7.014/96.

Fato é que o lançamento exige o ICMS devido por substituição, que seria de responsabilidade do sujeito passivo por substituição, segundo o entendimento da autoridade fiscal que sustenta a infração com base no disposto no art. 8º inc. II da Lei nº 7.014/96, art. 289 do RICMS/2012, e Cláusula primeira do Convênio ICMS 64/2006.

A narrativa fática e as evidências trazidas aos autos, levam a concluir que a autuada revendeu veículos que havia adquirido de diversas montadoras como se destinados fossem a não contribuintes do imposto, e posteriormente os revendeu num período inferior a doze meses, sem observar as diretrizes do Convênio ICMS 64/06.

Lembro que o citado convênio, celebrado em 07/07/2006, disciplina as operações de venda de veículos autopropulsados, realizadas por pessoas físicas que explora a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, com menos de 12 (doze) meses da aquisição da montadora.

A celebração do convênio se justificou perante a grande frequência de operações de vendas de veículos autopropulsados por pessoa jurídica atuante na atividade de produtor agropecuário, locação de veículos e arrendamento mercantil com menos de 12 (doze) meses da sua aquisição, considerando que essas operações se enquadram nas hipóteses de incidências do imposto previstas na Lei Complementar nº 87/96, e tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional.

O Convênio ICMS 64/06 estabelece nas Cláusulas primeira e segunda:

*Cláusula primeira. Na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa física que explore a atividade de produtor agropecuário ou por qualquer pessoa jurídica, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, **deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente**, nas condições estabelecidas neste convênio.*

Parágrafo único. As pessoas indicadas no caput poderão revender os veículos autopropulsados do seu ativo imobilizado, após transcorrido o período indicado no caput como dispuser a legislação da sua unidade da Federação.

Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto será o preço de venda ao público sugerido pela montadora.

§ 1º Sobre a base de cálculo será aplicada à alíquota interna cabível, estabelecida para veículo novo, por parte do fisco do domicílio do adquirente.

§ 2º Do resultado obtido na forma do § 1º será deduzido o crédito fiscal constante da nota fiscal de aquisição emitida pela montadora.

§ 3º O imposto apurado será recolhido em favor da unidade Federada do domicílio do adquirente, pelo alienante, através de GNRE ou documento de arrecadação próprio do ente tributante, quando localizado em Estado diverso do adquirente, e quando no mesmo Estado, através de documento próprio de arrecadação do ente tributante.

§ 4º A falta de recolhimento pelo alienante não exclui a responsabilidade do adquirente pelo pagamento do imposto que deverá fazê-lo através de documento de arrecadação do seu Estado, por ocasião da transferência do veículo. (Grifo do relator.)

Da intelecção dos dispositivos transcritos e dos fatos apurados pela fiscalização, conclui-se não existir mais ICMS-ST a ser retido e recolhido pelo vendedor dos veículos na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de vendas dos veículos autopropulsados adquiridos das montadoras.

Em verdade, das operações arroladas no presente lançamento, deve-se exigir o imposto devido

nas vendas posteriores as aquisições dos veículos das montadoras.

A realização de operação de venda de veículo autopropulsado realizada antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, tendo sido o veículo adquirido na condição de não contribuinte do imposto, deve o ICMS, neste caso, ser recolhido em favor do Estado do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas no supracitado convênio.

Trata-se portanto de uma operação de venda, onde observando-se o princípio da não-cumulatividade, será considerado como crédito fiscal no cálculo do imposto a ser recolhido, o ICMS constante da nota fiscal de aquisição emitida pela montadora, como dispõe o Convênio ICMS 64/06 e os artigos 426 e 627 do RICMS/2012.

Portanto, a infração a ser caracterizada seria a prática de operação tributada realizada como não tributada, exclusivamente em relação às operações somente com os novos destinatários localizados no Estado da Bahia.

A infração descrita no lançamento não foi essa, pois exige a “retenção do ICMS e o consequente recolhimento”, que a autuada deveria ter efetuado na qualidade de sujeito passivo por substituição, fato que se configura numa incongruência entre os fatos ocorridos e a acusação, implicando em flagrante vício, e assim, impõe-se a nulidade do lançamento, com base no art. 18 inc. IV alínea “a” do RPAF/99, ou seja, estão ausentes os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Adicionalmente, identifiquei outro vício. Refiro-me àquelas vendas realizadas para contribuintes sediados em outras Unidades da Federação, que por óbvio são os sujeitos ativos da obrigação tributária e para onde deveria ser recolhido o ICMS, consoante § 3º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 64/06.

Portanto, resta caracterizada também a ilegitimidade ativa em relação a estas vendas destinadas a outras Unidades Federativas.

Assim, a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente estribada na legislação de regência, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Com fulcro no art. 21 do RPAF/99, recomendo a repetição dos atos a salvo de falhas, objetivando resguardar possíveis créditos em favor do Estado da Bahia.

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 manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298629.0001/20-5**, lavrado contra **CKS COMÉRCIO DE VEÍCULOS EIRELI**. Recomenda-se a repetição dos atos, a salvo de falhas, objetivando resguardar possíveis créditos em favor do Estado da Bahia.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS