

A. I. Nº - 297856.0406/15-5
AUTUADO - AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTES - JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS e GERALDO CAMPOS BAHIENSE
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/04/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-01/16

EMENTA: ICMS. EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (tratores, máquinas e implementos agrícolas - acessórios, partes e peças automotivas). FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. O autuado comercializa mercadorias relacionadas no Protocolo ICMS 41/08, cuja distribuição é efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade; sujeitam-se à incidência do ICMS - ST e se encontram, igualmente, beneficiadas pela redução da base de cálculo do Convênio ICMS 52/91. Após as razões defensivas, a acusação é elidida parcialmente, mediante comprovação dos fatos. Os ajustes necessários resultam na diminuição do débito, inicialmente exigido. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 11/06/2015, exige ICMS no valor de R\$273.239,51 com multa de 60%, em razão de a irregularidade a seguir descrita: *"Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.*

Consta ainda: *"conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 - Quadro Resumo - Demonstrativo do Débito, conforme Protocolo ICMS 41/08 e suas alterações - quadro ICMS ST Retido a Menor, exercícios 2011, 2012 e 2013 (pág. 10). E demonstração analítica nos relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Retido a Menor, relativos aos exercícios 2011, 2012 e 2013, (pág. 12 a 17)".*

O sujeito passivo ingressa com impugnação (fls. 28/42). Procuração e substabelecimento (fls. 44/48). Diz que se trata de empresa com filial em Jundiaí, no Estado de São Paulo e se dedica à montagem, importação, venda e exportação de tratores agrícolas e industriais, de máquinas e implementos agrícolas, bem como de aparelhos, instrumentos sobressalentes e acessórios (partes e peças). Disse que celebrou com empresas localizadas na Bahia, contratos de concessões de direito de distribuição de seus produtos com condição de exclusividade, bem como para prestação de serviços de assistência técnica, além do uso das marcas "MAASAEY FERGUSON" e "MAXION", de sua propriedade.

Pontua que tais contratos, celebrados nos termos da Lei nº 6.729/79 (Lei Ferrari) - que regulamenta a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre - estabelecem metas de vendas e objetivos a serem atingidos pelas concessionárias como condição para manutenção do contrato.

Diz que as operações interestaduais de venda de autopeças, tais como aquelas realizadas nos moldes contratuais descritos acima, pela filial da impugnante em São Paulo às suas concessionárias da Bahia, estão sujeitas ao regime de ST do ICMS, cabendo ao autuado o dever de

realizar o pagamento antecipado, nos termos do Protocolo ICMS 41/2008, do qual ambos os Estados são signatários.

Destaca sua surpresa com a lavratura do Auto de Infração para exigir supostas retenções a menor de ICMS/ST em tais remessas; sublinha que as operações autuadas, na maioria (24 de 25 notas fiscais), trata, exclusivamente, de bens classificados na Nomenclatura Comum sob código NCM nº 8433.90.90 (Partes de outras máquinas e aparelhos /colheita, etc.) - o qual consta no anexo único do protocolo acima citado.

Assevera que, em tais caso, a fiscalização aplicou de forma acertada as Margens de Valor Agregado Ajustadas - MVAs específicas para os casos de saída de fabricante de veículos automotores, máquinas e equipamentos agrícolas, cuja distribuição é efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade (Protocolo ICMS 41/2008, Cláusula Segunda, §2º, I, "a"). No entanto, o fisco deixou aplicar ao caso a redução de base de cálculo prevista na cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91.

Traduz os termos do convênio, aduzindo que haverá redução da base de cálculo em operações de remessa de máquinas e implementos agrícolas, de modo que a carga tributária efetiva seja equivalente a 4,1%, para as remessas interestaduais originadas da região sudeste para destinatário na região nordeste (inciso I, "a"), ou 5,60%, no caso de operações internas (Inciso II).

Reitera que a referida redução de base de cálculo prevista na supracitada cláusula é aplicável ao presente caso, uma vez que os bens classificados na posição 8433.90.90 estão incluídos no item 14.17 do anexo II do Convênio ICMS 52/91. Afirma que não existe o valor supostamente recolhido a menor, uma vez que tal diferença se refere à aplicação de redução de base de cálculo prevista no aludido Acordo. Pede a improcedência ou cancelamento integral do crédito tributário.

Discorre sobre a aplicabilidade da redução de base de cálculo, uma vez que tais operações se referem às remessas interestadual de autopeças de máquinas e implementos agrícolas, classificadas na NCM 8433.90.90 e incluídas no anexo II do referido convênio.

Exemplifica com a Nota Fiscal nº 125.694, emitida em 04/01/2011 (DOC 03), que acoberta a venda interestadual de bens classificados na NCM 8433.90.90 para contribuinte localizado no Estado da Bahia (JARAGUA BAHIA MAQS. E IMPLS. AGRÍCOLAS LTDA.). No campo "Dados Adicionais" consta a redução da base de cálculo.

Diz que também o RICMS BA recepcionou o Convênio ICMS 52/91, no seu art. 266; que o Acordo tem como matriz a descrição da mercadoria no rol taxativo dos seus anexos e que a redução se aplica em todas as etapas da cadeia, não estando condicionada a uma operação específica. Transcreve a Resposta à Consulta Tributária 1479/2013, de 05.02.2014, do Estado de São Paulo e regra do RICMS/SP, que regulamenta a mencionada redução da base de cálculo.

Recompõe os cálculos do ICMS-ST, na expectativa de mostrar a inexistência de ICMS retido a menos, ao contrário do que entendeu a fiscalização. Tomou como base a mesma nota fiscal nº 125.694, observando que o valor do ICMS/ST - R\$29,75, conforme "*Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor*", se deve ao montante da redução de base de cálculo do referido convênio, não considerado pelo fiscal. Acorde a tabela nº 01 - fl. 38.

Esclarece que a MVA considerada (coluna "E") é exatamente aquela aplicada pela fiscalização, que, acertadamente, levou em consideração o §2º da 2ª Cláusula - Convênio ICMS 52/91 (Contrato de distribuição exclusiva/fidelidade). Explica que o fator da redução da base de cálculo referente ao convênio (coluna "F") pode ser encontrado ao dividir a alíquota efetiva aplicável às operações internas no Estado de Destino (Bahia) que, de acordo com o dispositivo (inciso II da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 52/91) é de 5,6% - pela alíquota nominal aplicável no Estado de destino (17%):

$\frac{\text{Red. B.Cálculo (RBC)} = \text{Alíq. Efet. Destino (5,6\%)}}{\text{Alíquota Nominal de Destino (17\%)}} = 0,32941 \text{ (32,941\%)}$

Quanto ao cálculo da base de cálculo reduzida do ICMS ST, esclarece que foi empregada pela seguinte fórmula:

B.Cálculo Reduzida ICMS/ST = Vlr. operação + IPI + IVA-ST) x Fator Redução B.Cálculo

Assim, os cálculos ficam o seguinte:

B.Cálculo Reduzida ST = $(132,19 + 5,29 + 41,70\%) \times 32,941\% = R\$64,17$ (vide coluna "G")

Por outro lado, pontua que o valor do ICMS a ser retido por ST será obtido através da seguinte fórmula:

Cálculo do ICMS ST = (B.Cálculo Reduzida da ST x Alíq Interna de 17%) - ICMS Operação Própria

Onde encontra:

Cálculo do ICMS ST = $(R\$64,17 \times 17\%) - R\$5,42 = R\$5,49$ (Coluna "J")

Destaca que tal cálculo é aplicável em casos em que a redução da base de cálculo define uma carga tributária final efetiva, a exemplo que acontece no Convênio ICMS 52/91, sendo utilizado nos moldes expostos pela Consultoria Tributária da SEFAZ/SP na resposta à Consulta Tributária nº 2464/2013, de 03/04/2014.

Salienta que no DOC 04 demonstra o cálculo de ICMS/ST de todas as notas fiscais, objeto da autuação, com os valores retidos, antecipadamente, à título de ICMS ST sobre as vendas autuadas, garantindo que não há saldo devedor retido a menor. Pede improcedência do Auto de Infração.

Diz que em relação à Nota Fiscal nº 277.758, a fiscalização se equivocou com relação aos casos de contratos de distribuição exclusiva (fidelidade). Aduz que se trata de bens classificados na posição NCM 4016.9 (Obras de Borracha Vulcanizadas Não endurecidas - Vedação) e NCM 7320 (Molas de Aço), ambos constantes da relação do anexo único do Protocolo ICMS 41/2008, sujeitando-se também à MVA específica, aplicável aos contratos de exclusividade/fidelidade. Reitera a improcedência, também em relação a tais itens.

Finaliza, pedindo a improcedência do Auto de Infração; requer que os seus advogados sejam previamente intimado da inclusão do presente processo na pauta de julgamento do CONSEF, a fim de que façam a sustentação oral de suas razões (art. 163 do Decreto nº 7.629/99 - RPAF/99).

Os Auditores Fiscais prestam Informação (fls.73/75), contestando os argumentos da defesa.

Quanto à aplicabilidade da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, informam que em face à legislação (Cláusula Segunda do Convênio ICMS 52/91 e no art. 266 do RICMS-BA), diante do entendimento da DITRI (Pareceres nºs 30064/2012, 19448/2014 e 5398/2015) de que o benefício da redução da base de cálculo deve ser aplicado na substituição tributária em operações interestaduais, nos casos em que o produto seja elegível ao benefício, dentro das exigências das duas normas citadas, submetem-se ao posicionamento da SEFAZ-BA sobre a matéria.

Transcrevem trecho do Parecer nº 19448/2014: "... O Decreto Estadual nº 13.780/2012 (Convênio ICMS 52/91), artigo 266, inciso I, alínea "b", estabelece o benefício fiscal da redução da base de cálculo do imposto para as saídas implementos agrícolas arrolados no Anexo II do Convênio ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 5,60 % (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento), para as operações internas, e equivalente a 7,0 % (sete por cento), para as saídas interestaduais destinadas a contribuinte do imposto. Ressalve-se que o benefício acima referido contempla exclusivamente os implementos arrolados no Anexo II do Convênio ICMS 52/91 e empregados na atividade agrícola ... considerando a informação inserta na petição apresentada (de que os produtos comercializados estão arrolados no Anexo II do Convênio ICMS 52/91 e se destinam exclusivamente à atividade agrícola), o posicionamento é no sentido de que o varejista ora Consulente poderá calcular substituição tributária incidente nas entradas de tais mercadorias com aplicação do percentual de redução previsto no RICMS-BA/12, art. 266, inciso I, alínea "b". ..."

Quanto à aplicação da margem de valor agregado - MVA admitem que deva ser indicado o percentual do Protocolo ICMS 41/2008 (cláusula segunda, §2º, inciso I) e a alegação da defesa é procedente. Refizeram o levantamento fiscal, acostando novos demonstrativos aos autos, fls.

76/142, alterando e reduzindo a exigência para R\$34.436,04.

O contribuinte volta a manifestar-se (fls. 147/149). Requer que lhe seja facultado acesso aos cálculos do crédito supostamente remanescente em formato Excel, bem como lhe seja concedido prazo suplementar para manifestação a respeito dos cálculos. Explica que foram relacionadas cerca de 386 Notas Fiscais, que, por sua vez, incluem vários itens, de diferentes NCMs – cada um deles sujeito a um tratamento tributário específico.

Ressalta que procurou ter acesso à planilha em formato Excel, porém, foi informado pelos funcionários da SEFAZ/BA que o documento encontrava-se em computador do funcionário responsável pela lavratura do Auto de Infração, o qual, no entanto, estava de férias na época. Diz que houve uma sensível redução do crédito tributário e o valor remanescente pela fiscalização importa em menos de 10% do valor originalmente constituído.

Relaciona alguns dos erros constantes do lançamento original que ainda persistem: *"(i) alguns Itens relacionados nas Notas Fiscais nºs 128.518, 129.715 (constantes de fls. 77 do Relatório) incluem itens classificados na posição NCM 8433.90.90 ("Partes de Outras Máquinas e Aparelhos p/ Colheita Etc.") e, no entanto, a Fiscalização continua a não levar em conta a redução de base de cálculo prevista na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 52/91 – a qual, efetivamente, se aplica, conforme reconheceu expressamente o despacho que determinou o reprocessamento do crédito tributário original; e (ii) a Fiscalização deixou de aplicar a Margem de Valor Agregado específica prevista no Convênio ICMS 41/2008 para os contratos de fidelidade, conforme, por exemplo, ocorre com a Nota Fiscal nº 307.345, que inclui mercadoria classificada na posição NCM 85.11, que consta do Item 39 do Anexo I do referido Convênio".*

Pede que sejam corrigidos os equívocos apontados.

Em nova informação fiscal (fls. 153/155), os Auditores ressaltam que a planilha no formato MS-Excel foi anexada durante a informação; com relação às notas fiscais de números 128.518 e 129.715, dizem que não existem itens com NCM 8433.90.90 sem a redução da base de cálculo do ST.

Frisam que aplicaram em todo produto com NCM arrolada nos anexos do Convênio ICMS 52/91, a redução da base de cálculo prevista na Cláusula Segunda do citado Convênio. Dizem que a MVA ajustada a ser utilizada na base de cálculo é de 33,08%, segundo prescrição do Protocolo ICMS 41/2008 (cláusula segunda, § 2º, Inciso I) e que ao combinar esse enquadramento com o ainda vigente § 3º, Inciso III, da mesma cláusula, resulta na MVA de 53,92%, considerando que a alíquota interestadual utilizada pela autuada na emissão da citada Nota Fiscal nº 307.345 foi de 4%, em conformidade com a Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. Dizem que procede a alegação da defesa em relação às notas fiscais emitidas no ano de 2013.

Explicam que o Anexo I, mencionado pela defesa, foi revogado pelo Protocolo ICMS 49/2008, efeitos a partir de 01/06/2008. Esse mesmo protocolo acrescentou o Anexo Único ao Protocolo ICMS 41/2008, incluindo o citado NCM 85.11 no item 53.

Concluem que embora as alegações equivocadas tenham sido refutadas, acolhem os acertos do autuado e elaboram um novo levantamento fiscal nos exercícios 2011 e 2012, com a exclusão da apuração do ano 2013 (fls. 157 e 158, em papel, apenas a primeira e a última folhas). Juntam o CD (fl. 159) com o quadro resumo e a versão integral do demonstrativo de apuração e concordam com a abertura do novo prazo para manifestação do autuado (fls. 156/158).

O autuado junta comprovante de recolhimento (fl. 164), em relação ao valor do débito remanescente (fl. 171). Constam extratos do SIGAT relacionado ao pagamento do débito remanescente.

VOTO

O lançamento de ofício constitui crédito tributário, no valor de R\$273.239,51, considerando que o autuado deixou de efetuar a retenção do ICMS e o seu conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados neste Estado, conforme determina o Protocolo ICMS nº 41/2008, e as suas alterações.

Cumpra lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

O Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, prevê na sua Cláusula primeira: *“Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subsequentes”*.

Assim é que na própria legislação do ICMS do Estado da Bahia (art. 10 da Lei nº 7.014/96, art. 353, II, 30 do RICMS-BA/97, Anexo 1 ao RICMS-BA/12 - Decreto nº 13.780/12) foram inseridas as referidas mercadorias no regime de substituição tributária.

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que o remetente está localizado no Estado de São Paulo, na cidade de Jundiaí, unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 41/08, inscrito como contribuinte substituto no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, dedicando-se à montagem, importação, venda e exportação de tratores agrícolas e industriais, de máquinas e implementos agrícolas, aparelhos, instrumentos sobressalentes e acessórios (partes e peças), tendo celebrado com empresas localizadas na Bahia, contratos de concessões de direito de distribuição dos seus produtos com condição de exclusividade, nos termos da Lei nº 6.729/79 (Lei Ferrari), que regulamenta a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores.

Relação dos produtos, objeto da presente autuação, encontra-se assentada no levantamento fiscal (fls. 10 a 17), com o NCM/SH 8433.90.90 (Partes de outras máquinas e aparelhos/colheita, etc.).

O autuado, nas diversas vezes em que interveio nos autos, impugnando a exigência, admitiu que as peças estão sujeitas ao ICMS - ST (Protocolo ICMS 41/2008, cláusula segunda, §2º, I, "a"), acusando o Fisco, contudo, de não aplicar, ao caso em concreto, a redução de base de cálculo prevista na cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91; questiona a não aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA específica, prevista no Convênio ICMS 41/2008, para os contratos de fidelidade, além da falta de redução da base de cálculo, em face à mercadoria classificada na posição NCM 85.11, constante do item 39 do Anexo I do referido Convênio.

Em tempo, os Auditores Fiscais admitem que não aplicaram a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, art. 266 do RICMS-BA, além de Pareceres da DITRI. Refizeram o levantamento fiscal e acostaram novos demonstrativos aos autos, alterando a exigência, num primeiro momento para R\$34.436,04 (fls. 76/142); na alteração final, a exigência ficou reduzida para R\$2.834,04, conforme demonstrativos colados aos autos, fls. 156/158, mídia CD, fls. 159.

Com efeito, os contribuintes do ICMS que efetuarem operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, bem como, com máquinas e implementos agrícolas contam com tratamento tributário diferenciado da redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações realizadas com esses bens, conforme incentivo concedido pelo *Convênio ICMS 52/1991*, incorporado à legislação desse Estado pelo artigo 266 do RICMS/2012, de forma que a carga tributária sobre eles incidente seja menos onerosa, favorecendo, o incremento do parque industrial e do setor agrícola do Estado.

O referido Convênio ICMS trás, ainda, em seus anexos a lista de produtos, com os respectivos códigos e descrição na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado (NCM/SH), que farão jus ao tratamento tributário diferenciado: Anexo I: lista as máquinas, aparelhos e

equipamentos industriais beneficiadas; e Anexo II: lista as máquinas e implementos agrícolas beneficiados.

Como essa redução de base de cálculo está amparado por Convênio ICMS celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), o tratamento fiscal diferenciado alcançará tanto as operações internas como também as operações interestaduais, como ocorre no presente caso.

Dessa forma, percebe-se que as mercadorias relacionadas no Protocolo ICMS 41/08, além de sujeitarem-se à incidência do ICMS - ST encontram-se, igualmente, beneficiadas pela redução da base de cálculo do Convênio ICMS 52/91. Verificou-se que as mercadorias (peças e acessórios) listadas pelos Auditores, discriminadas nos anexos do Protocolo ICMS 41/08, estão alcançadas pelo regime de substituição tributária (Protocolo ICMS 41/08), mas também têm direito à redução de base de cálculo aludida (Convênio ICMS 52/91).

Após os ajustes necessários, redução da base de cálculo, inclusão das mercadorias, segundo sua classificação na NCM/SH, determinação da MVA ajustada, conforme a cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, o valor remanescente do Auto de Infração importa em R\$979,59 (2011); R\$61,52 (2012) e R\$1.792,93 (2013), totalizando R\$2.834,04, conforme demonstrativo às, fls. 156/158, que acolho por corresponder à verdade material dos fatos.

Diante do exposto, o Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297856.0406/15-5**, lavrado contra **AGCO DO BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.834,04**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, I, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2016.

JOSÉ BIZERRA LMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR