

A. I. Nº - 099883.0383/19-9
AUTUADO - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
AUTUANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-04/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (partes e peças automotivas). RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios, destinadas a atender índice de fidelidade de compra e não havendo contrato e autorização do Inspetor Fazendário do domicílio fiscal do destinatário, a MVA a ser aplicada é a indicada no Anexo I do RICMS. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/06/2019, exige ICMS no valor de R\$35.550,48, em decorrência da retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no estado da Bahia (Protocolo 49/2008), acrescido da multa de 60%, no mês de junho de 2019.

Consta na descrição dos fatos a seguinte informação: *“Em hora e data acima referido contatamos as seguintes irregularidades: Erro na aplicação da MVA das mercadorias autopeças e acessórios, listadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/08, produtos destinados a empresa SOTREQ S/A IE. 106.818.088 – Salvador - BA, o destinatário não tem contrato de fidelidade firmado junto a inspetoria de sua circunscrição conforme art. 289 §21, art. 332, III, g 1 mercadorias constantes dos DANFES”.*

O autuado, às fls. 61 a 64, após transcrever o teor da infração, diz ser contribuinte substituto tributário nas vendas para adquirentes localizados na Bahia, conforme Termo de Acordo firmado com o Governo do estado da Bahia. Nesta condição para fins de recolhimento do tributo devido, aplica as regras referentes à base de cálculo estabelecida pelo Protocolo 41/2008.

Além disso, teve sua mercadoria barrada e prontamente buscou saber os motivos para apreensão das mercadorias e foi informada de que a legislação da Bahia passou a solicitar apresentação do contrato de fidelidade e sua falta foi o motivo da autuação.

Assim, de modo a atestar sua regularidade, protocolou pedido de apresentação da documentação faltante, o que foi apreciado e deferido em 18/06/2019 e posteriormente retificado em 27/06/2019, pela Inspectora Rosy Mery Tavares de Oliveira.

Acrescenta que, mesmo tendo regularizado a situação, foi intimado a efetuar o pagamento do débito apurado no Auto de Infração.

Informa estar apresentando parecer exarado por autoridade da SEFAZ-BA, bem como material comprobatório suficiente para saneamento das irregularidades alegadas.

Após, passa a justificar o tributo declarado na documentação fiscal, asseverando que a condição de substituto tributário nas operações com mercadorias destinadas a contribuinte localizado neste estado decorre do Termo de Acordo – Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, que teve início em 29/09/2013 e se encontra prorrogado até 31/07/2020, cumprindo requisito para fruição do Protocolo acima invocado.

De acordo com o referido Auto de Infração, a impugnante não teria apresentado o Contrato de Fidelidade celebrado com a adquirente da mercadoria, Sotreq S.A, motivo pelo qual invalidaria o cálculo de ICMS por ela efetuado.

Entende que por não constar no Auto o dispositivo que obriga a apresentação do contrato de fidelidade, deduziu que a autuante utilizou como base para a autuação a redação da alínea “b”, do Inc. I, do § 2º, da cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, dada pelo Protocolo ICM 70/15, enquanto vigorava.

Entende que a utilização do Protocolo ICMS 70/15 é evidenciada no Parecer Final do pedido de apresentação de contrato de fidelidade, porém, na atual redação do Protocolo ICMS 41/08, consultada em 31/07/2019, contém outra redação, e a mesma passou a vigorar em 29/08/2016, com a publicação do Protocolo ICMS nº 50/16, o qual o estado da Bahia também é signatário.

Além da alteração anterior, o Protocolo ICMS 50/16 acrescentou, à cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, o § 8º cujo teor transcreveu.

Conclui que a redação da alínea “b” da cláusula segunda, auxiliada pelo § 8 da mesma cláusula, traz a obrigatoriedade da apresentação do contrato, condicionada a vontade do Fisco de cada unidade federada signatária.

Após transcrever o disposto no art. 289 do RICMS/BA, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com autopeças, diz que não menciona obrigatoriedade da apresentação de contrato de fidelidade, apenas trata, como pré-requisito para a fruição do regime de ST, a prévia existência de acordo firmado entre o destinatário e o remetente das mercadorias.

Entende que devem ser considerados os seguintes fatos:

- I. a Impugnante possui inscrição estadual, em virtude do supracitado Termo de Acordo que permite o envio de autopeças para destinatários localizados na Bahia sob o regime de recolhimento antecipado do ICMS-ST;
- II. a existência de contrato de fidelidade já havido sido informada ao Fisco antes do início das operações em 2013, conforme consta no pedido de concessão de termo de Acordo;
- III. desde a data de apreciação do pedido até o início de junho deste ano, não houve qualquer tipo de solicitação por parte do Fisco para apresentação do referido contrato e, quando enfim solicitada a documentação foi prontamente fornecida e aceita consoante parecer final já indicado nesta impugnação.

Por fim, conclui ter restados claros os equívocos cometidos pelo Auditor, ao se valer de dispositivo legal ultrapassado para imputar a penalidade, extrapolando a aplicação dos arts 105 e 144 do Código tributário Nacional.

Após transcrever os citados dispositivos, diz que não existe qualquer previsão legal que permita ao autuante atribuir atividade a dispositivo anterior vigente para onerar o contribuinte com majoração das obrigações acessórias. É ventilado pelo jurista e Professor Paulo Caliendo, em sua obra “Curso de Direito Tributário” (São Paulo, Editora Saraiva)

Requer o recebimento e apreciação de sua impugnação a fim de que seja extinto o débito consubstanciado no presente Auto de Infração e sanadas quaisquer dúvidas acerca da legalidade de seus procedimentos.

O autuante, ao prestar Informação, fls. 98 a 100, informa que a Autuada fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias – mercadorias enquadradas no anexo único do RICMS/BA. Portanto, sujeitas à Substituição tributária, (Auto Peças), Prot. 41/2008 e Prot. ICMS 97/2010, acobertadas pelos DANFES citados na descrição dos fatos do referido Auto de Infração nº 099.8830383/19-9, emitido em 11/06/2019, mercadorias procedente do Estado de São Paulo - SP, que é signatário dos referidos Protocolos, o remetente está inscrito no cadastro do RICMS/BA, como Substituto Tributário tendo como destinatário a empresa Sotreq S/A, Inscrição Estadual nº 106.818.088, situada em Salvador - BA., que não tinha na data da lavratura do referido auto, contrato de fidelidade junto a inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal, para se.

Beneficiar da MVA-ST original na definição da base de cálculo da antecipação tributária, como se vê no INC – INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE pg. Nº 08, esta autorização só foi dada em 17/06/2019, portanto, posterior à ação fiscal.

Justifica que, no exercício legal de suas funções fiscalizadoras, constatou que o ICMS correspondente à Substituição Tributária Total, foi calculado a menor devido a erro na aplicação da MVA-ST original, por este motivo foi lavrado este Auto de Infração.

Faz um resumo das alegações defensivas e, em seguida, posiciona-se quanto à afirmativa do contribuinte de que é possuidora de contrato de fidelidade junto a inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal, afirmando que está provado que não o tinha, no momento em que foi lavrado o Auto de Infração. Afirma que o que contribuinte possuía era um contrato de distribuição com o destinatário para comercializar com exclusividade, no Estado da Bahia. Tanto isto é verdade que deu entrada na Inspeção de sua circunscrição fiscal, solicitando esta autorização em 17/06/2019, e deferido em 02/07/2019, vide pg. nº 101 – INC – Informação do Contribuinte.

Conclui, pedindo a Procedência Total do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter procedido menor a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Consta na descrição dos fatos que: *“Em hora e data acima referido contatamos as seguintes irregularidades: Erro na aplicação da MVA das mercadorias autopeças e acessórios listadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/08, produtos destinados a empresa SOTREQ S/A., IE. 106.818.088-Salvador - BA, o destinatário não tem contrato de fidelidade firmado junto a inspeção de sua circunscrição conforme art. 289 §21, art. 332, III, g 1 mercadorias constantes dos DANFES ...”*

Em sua defesa, o autuado afirma que, de acordo com o inserido no Auto de Infração, não teria Contrato de Fidelidade celebrado com a destinatária da mercadoria, SOTREQ S/A., contudo, no seu entender o RICMS-BA ao dispor sobre os regimes de substituição tributária nas operações com autopeças, não menciona obrigatoriedade de apresentação de contrato de fidelidade, apenas trata como pré-requisito para a fruição do regime de ST a prévia existência de um acordo firmado entre o destinatário e o remetente das mercadorias.

Antes de adentrar na análise específica do presente processo, resalto de 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 art. 9º, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 10, a Lei Estadual nº 7014/96.

Neste contexto, o Protocolo ICMS 41/08, alterado pelo Protocolo ICMS 49/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, estabelece que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no seu Anexo Único e de uso especificamente automotivo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifico que as mercadorias objeto destes lançamentos são peças, componentes e acessórios para veículos, oriundas do Estado de São Paulo, Unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 49/08. A seguir, transcrevo o disposto na cláusula primeira desse citado Protocolo:

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”.

Cláusula segunda: “A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente, ou na falta deste, o preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

§ 1º Inexistindo os valores de que trata o caput, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA ajustada”), calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = $[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$ ”, onde: § 2º A MVA-ST original é:

I - 36,56% (trinta e seis inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento), tratando-se de:

a) saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979;”

A legislação do Estado da Bahia, no seu artigo 289, § 21 do RICMS-BA-2012, a época dos fatos geradores, assim dispunha:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

“§ 21. De acordo com os Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, nas saídas interestaduais de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único dos referidos protocolos, realizadas de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, com destino a estabelecimento localizado na Bahia, deverá ser adotada a MVA-ST original na definição da base de cálculo da antecipação tributária quando o destinatário estiver autorizado pelo titular da inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal.”

Da leitura dos citados dispositivos, verifica-se que, diferentemente do entendimento da defendente, existem dois requisitos a serem observados para fruição do benefício previsto na cláusula 2ª, § 2º, inciso I, alínea “a” do Protocolo ICMS 41/2008, que são: existência de contrato de fidelidade com o destinatário da mercadoria localizado neste estado e que o mesmo esteja autorizado pelo titular da Inspeção Fiscal de seu domicílio fiscal, para tal fim

De acordo com os documentos anexados aos autos e informações prestadas pelo autuante, após consulta no sistema SEFAZ - CPT, constato a inexistência dos citados pré-requisitos, ou seja, inexistência do mencionado contrato e autorização deferida pelo titular da Inspeção Fazendária, como determinado no dispositivo legal acima transcrito.

Assim, inexistindo comprovação de que não foram obedecidos, pelo sujeito passivo, os requisitos previstos na legislação, devem ser aplicadas as MVAs indicadas no Anexo I do RICMS-BA, como procedeu a fiscalização.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **099883.0383/19-9**, lavrado contra **CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.550,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR