

N.F. Nº - 210320.0081/19-7
NOTIFICADO - TOYOTA DO BRASIL LTDA
NOTIFICANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATO DE FIDELIDADE E CONTRATO DE CONCESSÃO. PEÇAS AUTOMOTIVAS. PROT. ICMS 41/08. Apenas o contrato de fidelidade está submetido à condicionante normativa de uma vez apresentado pelo destinatário baiano ao fisco da Bahia, a adoção da MVA reduzida ser admitida somente após ter ocorrido a autorização do Estado. Independe de consentimento fazendário quando a hipótese alude a contrato de concessão, sob a égide da Lei Federal 6.729/79, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Inteligência da cláusula segunda, §§ 2º (alíneas a e b) e 8º, do Prot. ICMS 41/08, c/c o art. 289, § 21 do RICMS-BA. Notificação Fiscal. Instância única. **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 10.04.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 13.475,66, mais multa de 60%, no valor de R\$ 8.085,40, perfazendo um total de R\$ 21.561,06, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.28.01 – Proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“ Nesta data no exercício das minhas Funções Fiscalizadoras de Mercadoria em Trânsito detectei a seguinte irregularidade: a empresa reteve o ICMS em valor inferior ao estabelecido em acordo ou Protocolo ICMS 41/08 referente a substituição Tributária Total, antes da entrada no território do Estado da Bahia mercadorias autopeças, constantes nos DANFES abaixo relacionados, e planilha de cálculo anexo, procedentes de outra unidade da federação, S, infringindo o art. 332, inciso III, alínea g, do RICMS-Ba, Dec. 13.780/2012 c/c a cláusula 2ª, § 2º inciso I, “a” do protocolo ICMS 41/2008, requisito que determina que os destinatários das mercadorias estejam autorizados pelo titular da Inspetoria Fiscal de seu Domicílio, porém, conforme verificado no Sistema SEFAZ – CPT os mesmos não estão autorizados. A empresa utilizou MVA a menor, porém não possui índice de contrato de FIDELIDADE AUTORIZADO PELA INSPETORIA registrado no cadastro da SEFAZ-BA. (...) Lançamento referente ao TFD no. 1905961453, lavrado para a transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, Inscrição Estadual 063.235.120” (grifei).

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos, cópias: do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nºs. 5092973, 5091257 e 5091258, 5092974 (fls. 8 e 26 e 43, 57), referentes à Transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA; o documento do motorista (fl. 04); o Termo de Fiel Depositário nº 19059614353; o Termo de Liberação das

Mercadorias datado de 10.05.2019 (fl.69); 40 DANFES localizados entre às folhas de nº 10 a 61, objetos da notificação procedentes de São Paulo.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 06).

Há de registrar a existência do Registro da Notificação Fiscal – Trânsito (fl. 62) e da Intimação da Lavratura emitida pela DAT METRO datada de 26/04/2019, (fl. 63), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Não constei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada através do Avisto de Recebimento (AR).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 71 a 79), e documentação comprobatória às folhas 80 a 134, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC COMÉRCIO na data de 10.05.2019 (fl. 17).

Em seu arrazoado a Notificada alega nos FATOS que tem por objeto social a fabricação, comercialização, importação e a exportação de veículos automotores, bem como de suas partes, peças, componentes e acessórios. Em ato contínuo, realiza vendas de autopeças de concessionária autorizada em todas as unidades federadas estando sujeito, portanto, ao recolhimento do ICMS no regime de substituição tributária, na qualidade de contribuinte substituto.

Alega que nestas operações de venda de autopeças, a impugnante sujeita-se à incidência do ICMS por substituição tributária no Estado da Bahia, nos termos do Protocolo ICMS 41/2008 e que neste sentido, a impugnante calcula e recolhe o imposto devido por substituição tributária, cuja base de cálculo é adicionada da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada, calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = [(1+ MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, onde o MVA/ST original é de 36,56% nos termos da Cláusula segunda do referido Protocolo ICMS, e contra a Notificação Fiscal insurge-se uma vez que utilizou a MVA original correta para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária, não havendo o que se falar em recolhimento do ICMS/ST a menor.

Afirma no DIREITO que realiza operações de venda interestadual de autopeças para o Estado da Bahia, sujeitando-se a recolher o ICMS sob o regime de substituição tributária, nos termos do protocolo ICMS 41/2008, com utilização da MVA/ST original de 36,56% para cálculo da MVA/ST ajustada uma vez que todos os destinatários das notas fiscais são concessionárias autorizadas da marca.

Destaca, neste item, ainda, o cerceamento de defesa uma vez que o argumento central utilizado pelo Fisco Estadual no lançamento que originou o crédito tributário em questão é de que “(...) A empresa utilizou MVA a menor, porém não possui índice de contrato de FIDELIDADE AUTORIZADO PELA INSPETORIA registrado no cadastro da SEFAZ-BA, tendo deixado de apresentar a indispensável descrição circunstanciada dos fatos, tal como exige a legislação de regência, inferindo que a validade do ato administrativo depende da existência de exata e fundamentada descrição dos fatos, da indicação do fundamento legal violado e do demonstrativo do crédito tributário pelo qual está sendo imputada a infração, sob pena de nulidade.

Enfatiza, no contínuo DIREITO, da relação da necessidade de autorização do Fisco Estadual para a utilização da MVA/ST original e o Protocolo ICMS 41/2008, o qual buscou alguma indicação de suposta violação alegada deparando-se com o §21 do artigo 289 do Decreto 13780/2012 – RICMS/BA (não indicado no enquadramento legal da notificação fiscal), que prevê que, nas saídas interestaduais de peças 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 36,56%. Ocorre que, segunda a norma, para fazer jus quanto a utilização da MVA/ST original de 36,56% o contribuinte substituído (destinatário) deverá ser autorizado pela Inspetoria Fazendária.

Assevera que consoante ao que dispõe o inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/2008 que existe a possibilidade da utilização da MVA/ST original de 36,56 % em duas hipóteses e que somente é exigido a autorização da Inspetoria Fazendária na alínea "b" deste inciso I, ou seja, no caso de saída de estabelecimento fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cujas distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, enquadrando-se a Notificada na alínea "a" uma vez que fabrica veículos automotores.

Expõe a finalidade do Protocolo ICMS 41/2008 qual seja a distinção da operação realizada por montadora e por atacadista, neste sentido o contrato de finalidade de compra serve como ferramenta para garantir e comprovar que a venda de partes, peças, componentes e acessórios são realizada por uma montadora e destinada a uma concessionária autorizada da marca e não a um atacadista comum, onde o percentual de MVA utilizado é o máximo (71,78%). Neste sentido a Notificada destaca que possui contrato de fidelidade de compra com todas as concessionárias de rede autorizada localizada no Estado da Bahia, inclusive com a destinatária das mercadorias objeto da presente notificação fiscal, a saber, Guebor Comercial Distribuidora LTDA. – CNPJ nº 15.137.417/0001-78 (doc.5).

Finaliza solicitando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto da Notificação Fiscal de nº. 210320.0081/19-7 nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional – CTN e o conhecimento da presente Impugnação, com o julgamento totalmente IMPROCEDENTE.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 210320.0081/19-7, lavrada em 10.04.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 13.475,66, mais multa de 60%, no valor de R\$ 8.085,40, perfazendo um total de R\$ 21.561,06, decorrente do cometimento da infração 55.28.01 - proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08. Multa prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

Em sua defesa, a Notificada, Empresa TOYOTA DO BRASIL LTDA, afirma que tem Contrato de Fidelidade celebrado com a destinatária da mercadoria, a Empresa GUEBOR – COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA (fls. 94 a 127), e que em virtude deste contrato aplicou a MVA-ST de 36,56%, nos termos da cláusula 2ª, § 2º, inciso I, alínea "a" do Protocolo ICMS 41/2008.

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifico que as mercadorias objeto deste lançamento, oriundas do Estado de São Paulo, estão enquadradas no item 1, do Anexo 1 do RICMS/BA - PEÇAS, COMPONENTES E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS, compostos por diversos NCMS, averiguadas constarem no Convênio ICMS 142/18 e Protocolos de ICMS 41/08.

As operações interestaduais com essas mercadorias, realizadas entre os Estados da Bahia e de São Paulo, são disciplinadas pelo Protocolo ICMS 41/08. A seguir, transcrevo o disposto nas cláusulas primeira §§ 1º e 4º e segunda §§ 1º e 8º, 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".

§ 1º O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

(...)

§ 4º O regime previsto neste protocolo será estendido, de modo a atribuir a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto pelas saídas subsequentes de todas as peças, partes, componentes e acessórios conceituados no § 1º, ainda que não estejam listadas no Anexo Único, na condição de sujeito passivo por substituição, ao estabelecimento de fabricante:

I - de veículos automotores para estabelecimento comercial distribuidor, 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;

II - de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, para estabelecimento comercial distribuidor, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, desde que seja autorizado mediante acordo com o fisco de localização do estabelecimento destinatário.

(...)

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 " $MVA \text{ ajustada} = [(1 + MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$ ", 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;

b) saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade

II - 71,78% (setenta e um inteiros e setenta e oito centésimos por cento): nos demais casos.

(...)

"§ 8º A critério da unidade federada de localização do estabelecimento destinatário poderá, para atendimento da alínea "b" do inciso I do §2º desta cláusula, ser exigida a autorização prévia do fisco.

Incontestavelmente, o aludido legislador interestadual *abre a possibilidade* de, nas situações em que haja contrato de fidelidade, conforme o previsto na cláusula segunda, § 2º, inciso I, alínea "b", utilizar-se da MVA diminuta, onde a sua aplicabilidade ficar-se-á condicionada à autorização do fisco de destino. Neste sentido, assim estabelece também a norma regulamentar do Estado da Bahia, precisamente em seu art. 289, § 21 do RICMS-BA, com a redação aplicável aos fatos geradores afetados pelo lançamento:

"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." Grifei (Nota: A redação atual do § 21 do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19).

O Cliente da Notificada, cuja a operação foi cotejada na Notificação Fiscal, é a Empresa GUEBOR-COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA. Esta possui relação jurídica de concessionária com a autuada, conforme contrato de concessão de distribuição juntado aos autos às fls. 94 a 127, no qual chama-se a atenção o item 3.1.2 (fl. 103), do Anexo I, da Cláusula 3 – OBRIGAÇÕES DO DISTRIBUIDOR, onde o distribuidor se compromete a “não adquirir quaisquer PRODUTOS da MARCA ou similares de outros fornecedores que não a TOYOTA, assim como não colocar à venda ou simplesmente manter em exposição em seu estabelecimento quaisquer veículos automotores novos de outras marcas”.

Neste mesmo Anexo I, na cláusula dos OBJETIVOS E COMPROMISSO, estabelece-se ao DISTRIBUIDOR, no item IX a sua exclusividade perante a TOYOTA, onde este deve “exceto nos casos previstos no presente instrumento, o DISTRIBUIDOR não pretende – e concorda que não poderá fazê-lo – promover ou colocar à venda, ou mesmo manter em exposição, nos estabelecimentos em que estiver exercendo a REVENDA dos PRODUTOS, quaisquer outros produtos, não compatíveis com a concessão, veículos automotores novos de outras marcas, ou mesmo da MARCA, mas não fornecida pela TOYOTA, a menos que obtenha o prévio, específico e expresso consentimento da TOYOTA, que não estará em nenhuma hipótese obrigada a fazê-lo”.

Há de lembrar que a cláusula segunda, §1º, inciso I, alínea “a” do Protocolo ICMS 41/08, traz uma outra situação de hipótese para a utilização da MVA original reduzida, na qual não se depende de autorização do fisco de destino, nos casos em que haja saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender o “índice de fidelidade” de compra, satisfazendo-se o que trata o art.8º da Lei Federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979.

A Lei Federal 6.729, apelidada de Lei Ferrari, dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Conceitualmente, a concessão comercial pressupõe uma empresa disposta a escoar sua produção (concedente), por meio de empresários que atuam de forma individual e independente (concessionários), em áreas previamente estabelecidas (áreas operacionais), formando, no todo, a rede de distribuição. Há, nessa lógica contratual, a presunção de exclusividade recíproca, no sentido de que a concedente não colocará bens diretamente no mercado estabelecido como a área operacional do concessionário, e este não comercializará bens de outra marca. Estamos, por conseguinte, perante um caso singular de *representação "erga omnes" conferida por lei*, de tal modo que, uma vez assinada pelos "representantes legais" qualquer dos dois tipos ou graus de convenções, nenhuma empresa produtora, assim como nenhuma entidade ou empresa distribuidora, poderá se insurgir contra o que foi convencionado.

Do deslindado, nota-se que o cliente da Notificada está sob a disciplina da Lei Federal de nº 6.729, que dispõe sobre “a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre” (sic.), cujo o art. 8º tem a seguinte dicção:

Art. 8º Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores que dela faz parte, podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.

No mérito, a Notificada assevera que consoante ao que dispõe o inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/2008, que existe a possibilidade da utilização da MVA/ST original de 36,56% em duas hipóteses, e que somente é exigida a autorização da Inspeção Fazendária na alínea “b” deste inciso I, ou seja, no caso de saída de estabelecimento fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cujas distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, enquadrando-se a Notificada na alínea “a”, uma vez que fabrica veículos automotores.

Note-se que, pelo Prot. ICMS 41/08, não há exigência de autorização com o fito do destinatário usar a MVA menor, se entre este e o remetente da mercadoria houver relação jurídica de concessão, nos moldes da lei federal atrás mencionada, no qual se preveja ou se possa prever índice de fidelidade.

Ressalte-se que o requisito a ser observado, de que esteja autorizado pelo titular da Inspeção Fiscal de seu domicílio fiscal, para fruição do benefício de se utilizar-se da MVA menor, previsto na cláusula 2ª, § 1º, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS 41/2008, refere-se à distribuição a ser efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade.

Portanto, não há necessidade do destinatário alcançado pela ação de trânsito, a Empresa GUEBOR-COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA., solicitar autorização do fisco baiano para poder utilizar a margem de agregação minorada, visto que não possui contrato de fidelidade, e sim contrato de concessão junto à notificada, podendo esta, nestes casos, independente de prévia aquiescência do Estado da Bahia, praticar a MVA que praticou.

Conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas normas, tendo em vista que a Notificada poder-se-ia utilizar-se da MVA original de 36,56%, para o cálculo da MVA ajustada.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **210320.0081/19-7**, lavrada contra **TOYOTA DO BRASIL LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR