

**PROCESSO** - A. I. Nº 099883.0415/19-8  
**RECORRENTE** - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0035-05/20-VD  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/08/2021

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0116-12/21-VD

**EMENTA:** ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES REGIDAS POR ACORDO INTERESTADUAL. IMPOSTO RETIDO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA MVA. Operações com autopeças, regidas pelo Protocolo ICMS 41/2008. Não atendidas pelos contribuintes envolvidos nas operações, objeto da autuação, as condições estabelecidas na legislação interna do Estado da Bahia, Unidade da Federação de destino das mercadorias, especialmente no que se refere à prévia autorização do fisco para a utilização da MVA original. Procedimento formal corretivo só efetuado após a ação fiscal. Impossibilidade de o contribuinte autuado aplicar margem de agregação menor nas operações interestaduais de remessa de autopeças. Dedução, na fase de julgamento, dos valores de ICMS já retidos nas notas fiscais emitidas pela empresa remetente das mercadorias. Redução de ofício do valor autuado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada em face da decisão proferida pela 5ª JJF, que julgou Procedente em Parte, em decisão unânime o Auto de Infração, lavrado em 22/06/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 36.022,15, em decorrência do cometimento da seguinte infração abaixo descrita:

***Infração 01** – Procedeu retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, nas vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo 41/2008).*

*No campo “**Descrição dos Fatos**” foi acrescentado que houve: “Erro na aplicação da MVA das mercadorias autopeças e acessórios listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, produtos destinados à empresa SOTREQ S/A SOTREQ SALVADOR, I.E. 106.818.088 – Salvador –Ba. O destinatário não tem contrato de fidelidade junto à Inspetoria de sua circunscrição, conforme art. 289, § 21 e art. 332, III, “g”, I. Mercadorias constantes dos DANFes nºs 256851, 256903, 256904, 256905, 256906, 256907, 256911, 246912, 256913, 256914, 256915 e Dacte nº 002434936 (cópias reprográficas às fls. 15 a 29)”.*

A recorrente apresentou defesa fls. 51 a 54, o autuante a Informação Fiscal, fls. 89 a 91, em sessão do dia 30/04/2020, 5ª JJF julgou Procedente em Parte, em decisão unânime, fls.99 a 105, com base no voto a seguir transcrito.

### VOTO

*“O Auto de Infração em lide, foi lavrado no trânsito de mercadorias para exigência de imposto em razão do recolhimento a menor do ICMS-ST (substituição tributária), nas operações interestaduais de remessa de mercadorias regidas pelo Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com autopeças.*

*O contribuinte, localizado no Estado de São Paulo, signatário do acordo interestadual, utilizou as MVAs originais na formatação da base de cálculo do ICMS-ST, correspondente aos percentuais de 59,88% (cinquenta e nove e oitenta e oito centésimos por cento), para as operações tributadas à alíquota de 4% (quatro por cento),*

e 54,88% (cinquenta e quatro e oitenta e oito centésimos), para as operações tributadas à alíquota de 7% (sete por cento).

Ocorre que o referido Protocolo ICMS dispõe no §8º da Cláusula segunda que: “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 autorização prévia do fisco**”.

O contribuinte destinatário das mercadorias, a empresa SOTREQ S/A, localizada em Salvador, inscrição estadual nº 106818088 e suas filiais, somente obtiveram autorização do fisco baiano para receber mercadorias de seu fornecedor, ora autuado, com a utilização das MVAs originais, estabelecidas em percentuais menores, através do Processo nº 24009620195, Parecer datado de 18/06/2019, ratificado pela autoridade fazendária superior em 27/06/2019 (doc. 5, fl. 85/verso, deste PAF).

Ocorre que o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2019, data da ocorrência dos fatos geradores, no posto fiscal Honorato Viana, no território do Estado da Bahia. Portanto, à data da ocorrência dos fatos geradores não havia ainda a prévia autorização do fisco da Bahia para que as operações de vendas, regidas pelo Protocolo ICMS 41/08, fossem tributadas com a MVA original.

Vejamos então as disposições normativas acerca da questão em exame:

#### **REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA (DEC. Nº 13.780/2012)**

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, (g.n.)

#### **PROTOCOLO ICMS 41, DE 4 DE ABRIL DE 2008**

**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.

(...)

§ 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;

Nova redação dada à alínea “b” do Inciso I do § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 50/16, efeitos a partir de 29.08.16.

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.

**Redação anterior dada à alínea “b” do Inciso I do § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 50/16, efeitos até 28.08.16.**

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, desde que seja autorizado pelo fisco de localização do estabelecimento destinatário.

**Redação anterior dada à alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 103/14, efeitos até 31.10.15;**

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.

**Redação dada ao § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 61/12, efeitos até 01.02.15.**

§ 2º A MVA-ST original é:

*I - 33,08% (trinta e três inteiros e oito 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 - 59,60% (cinquenta e nove inteiros e sessenta centésimos por cento) nos demais casos.*

**Redação original, efeitos até 31.07.12.**

§ 2º A MVA-ST original é:

*I - 26,50% (vinte e seis inteiros e cinquenta 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;*

**Redação anterior dada à alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 83/08, efeitos de 01.11.08 a 31.07.12.**

*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.*

**Redação anterior dada à alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 49/08, efeitos de 01.06.08 a 31.10.08.**

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

**Redação original da alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda, efeitos até 31.05.08.**

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

*II - 40,00% (quarenta 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 autorização prévia do fisco**. (grifos nossos)

As disposições normativas acima transcritas, revelam que a utilização das MVAs originais, em valor inferior às MVAs ordinárias, previstas no Anexo I do RICMS/12, é, em verdade, um benefício fiscal condicionado. Em não sendo atendido pelos contribuintes envolvidos na operação, as condições estabelecidas na legislação interna da Unidade da Federação de destino das mercadorias, especialmente no que se refere à prévia autorização do fisco para a utilização da MVA original, não pode o contribuinte utilizar essa margem de agregação nas operações de remessa de autopeças.

Neste caso, deveria o remetente das mercadorias ter aplicado a MVA de 101,11 %, nas operações tributadas à alíquota interestadual de 4% e a MVA de 94,82%, nas operações tributadas à alíquota interestadual de 7%, conforme cálculos efetuados na planilha anexada no Auto de Infração, inserida à fl. 11 dos autos.

Todavia, há um erro na apuração do imposto, efetuada pelo agente autuante, que necessita ser corrigida de ofício. No caso em exame, no ato de lançamento do imposto, a fiscalização não procedeu à dedução do ICMS-ST que já se encontrava retido nas notas fiscais, implicando em cobrança em duplicidade no que se refere ao tributo já antecipado pelo contribuinte autuado, ainda que em valor inferior ao efetivamente devido. Em decorrência, o Demonstrativo de apuração do ICMS-ST (doc. fl. 11), deve ser retificado, para incluir uma coluna contendo a dedução do ICMS já retido nas notas fiscais, por se tratar de parcela do imposto de responsabilidade do contribuinte autuado, localizado em outra Unidade da Federação, mas que possui inscrição estadual no Estado da Bahia, sob o nº 085.725.184, na condição de contribuinte substituto por força das disposições do Protocolo ICMS 41/2008. O novo Demonstrativo de apuração do imposto passa a ter a seguinte configuração aritmética, após dedução do ICMS-ST já retido nas notas fiscais:

NF	VALOR	IP	TOTAL	MVA	B CÁLCULO	ICMS	CRÉDITO	VALOR LANÇADO	ICMS- ST/NF	VALOR JULGADO
2569851	37.417,92	5.612,69	43.030,61	2,0111	86.538,86	15.576,99	1.496,72	14.080,28	<b>10.886,80</b>	3.193,48
2569903	8.784,59	901,79	9.686,38	2,0111	19.480,28	3.506,45	351,38	3.155,07	<b>2.562,41</b>	592,66
2569903	521,12	62,53	583,65	1,9482	1.137,07	204,67	36,48	168,19		168,19
2569904	6.712,61	577,05	7.289,66	2,0111	14.660,24	26.638,84	268,49	2.370,35	<b>1.851,32</b>	519,03
2569904	98,63	4,93	103,56	1,9482	201,76	36,32	6,90	29,42		29,42
2569905	21.344,01	1.707,54	23.051,55	2,0111	46.358,97	8.344,61	853,77	7.490,84	<b>5.578,10</b>	1.912,74

2569906	4.753,86	380,30	5.134,16	2,0111	10.325,31	1.858,56	190,15	1.668,41	<b>1.287,39</b>	381,02
2569907	12.660,33	1.288,77	13.949,10	2,0111	28.053,04	5.049,55	506,41	4.543,14	<b>3.762,65</b>	780,49
2569907	1.051,70	126,20	1.177,90	1,9482	2.294,78	413,06	73,62	339,44		339,44
2569911	796,16		796,16	2,0111	1.601,16	288,21	31,85	256,36	<b>197,27</b>	59,09
2569912	1.983,81	221,57	2.205,38	2,0111	4.435,24	798,34	79,35	718,99	<b>718,99</b>	0,00
2569912	1.815,82	117,12	1.932,94	1,9482	3.765,75	677,83	127,09	598,48	<b>248,37</b>	350,11
2569913	1.056,83	121,05	1.177,88	2,0111	2.368,83	426,39	42,27	384,12	<b>296,71</b>	87,41
2569914	541,97	66,73	608,70	2,0111	1.224,16	220,34	21,68	198,66	<b>153,50</b>	45,16
2569915	211,65		211,65	2,0111	425,65	76,61	8,47	68,14	<b>52,44</b>	15,70
<b>TOTAIS</b>	<b>99.751,01</b>	<b>11.188,27</b>	<b>110.939,28</b>		<b>222.871,10</b>	<b>64.116,77</b>	<b>4.094,63</b>	<b>36.069,89</b>	<b>27.595,95</b>	<b>8.473,94</b>

*Face ao acima exposto e considerando especialmente as disposições da legislação tributária contidas no art. 289, § 21 do RICMS/12, c/c a Cláusula Segunda, § 2º, inc. I, letra “b” e § 8º do Protocolo ICMS 41/2008, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor principal de **R\$8.473,94**, acrescido da multa de 60% (sessenta por cento), com a inclusão dos ajustes no débito, por documento fiscal, através do abatimento do ICMS já retido pelo regime de substituição tributária, conforme detalhado na planilha acima.”*

Inconformada com a decisão de piso a autuada interpôs Recurso Voluntário às fls. 113 a 120, nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, reeditando todas alegações da sua defesa e apresentando em grau de recurso a saber.

Aduz a recorrente recebeu a intimação informando sobre o julgamento da JF nº 0035-05/20, que julgou PROCEDENTE EM PARTE, o Auto de Infração, sob argumento de que não estariam presentes os requisitos para aplicação da MVA em menor percentual.

Reitera que, a condição de contribuinte substituto da recorrente nas operações interestaduais com autopeças destinadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia decorre de Termo de Acordo Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, que teve início em 20/09/2013 e se encontra prorrogado até 31/07/2020. Cumpre-se, portanto, requisito para fruição do Protocolo ICMS 41/08.

Em seu recurso, a Recorrente cita os mesmos fatos já apresentados em sede defesa, não apresentando nenhum fato novo ou prova documental.

Por fim requer o recebimento do presente Recurso, bem como a apreciação do inteiro teor, a fim de que seja extinto os débitos tributários consignados no Auto de Infração e sanadas quaisquer dúvidas acerca da legalidade de seus procedimentos.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela recorrente no sentido de modificar a decisão de piso, relativo à utilização dos requisitos para aplicação da MVA FIDELIDADE em menor percentual, regido pelo Protocolo ICMS 41/08.

Verifica-se que, a recorrente ingressou com um pedido de autorização MVA FIDELIDADE-Protocolos ICMS 70/15 e 71/15, através do Processo nº 240.096/2019-5 em 17/06/2019, para reconhecer o contrato de fidelidade firmado entre a requerente e o seu revendedor SOTREQ S.A.

Verifica-se ainda que, em 18/06/2019 foi exarado um parecer intermediário pelo deferimento que só foi ratificado pela autoridade fazendária superior em 27/06/2019, através do Parecer Final nº 24904/2019.

Ocorreu que, o Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2019, mesma data da ocorrência dos fatos geradores. Portanto, verifica-se com clareza que diante da data da ocorrência dos fatos geradores, o Parecer Final nº 24904/2019, ainda não tinha sido ratificado pela autoridade fazendária superior.

Portanto, não pairam dúvidas que a recorrente não estava autorizada pelo fisco da Bahia para realizar operações de vendas tributadas com a MVA FIDELIDADE, original regidas pelo Protocolo ICMS 41/08.

Diante de tais considerações, concluo em manter a decisão de piso.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## VOTO DIVERGENTE

Peço licença ao Nobre Relator para divergir, respeitosamente.

A boa-fé do Sujeito Passivo neste caso há de ser preservada, sempre atentando para que, diante de benefícios sinalagmáticos e por prazo certo, o atendimento aos requisitos (interpretando-se de forma estrita, “literal”, é verdade, mas não de modo razoável) não pode dar azo ao seu afastamento (inteligência do art. 178 do CTN).

A posição jurídica de contribuinte substituto da recorrente nas operações interestaduais com autopeças destinadas a contribuinte localizado no Estado da Bahia decorre de Termo de Acordo, Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, que teve início em 20/09/2013, e foi prorrogado até 31/07/2020. A mora da Administração Pública em aprovar sua prorrogação não pode ser entendida como “descumprimento de condição”.

Ante o exposto, considero que foi cumprido satisfatoriamente o requisito para fruição do Protocolo ICMS 41/08. O Recurso Voluntário há de ser PROVIDO, julgando-se IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **099883.0415/19-8**, lavrado contra **CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.473,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Antonio Dijalma Lemos Barreto, Ildemar José Landin e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS