

N.F. Nº - 099883.0585/19-0
NOTIFICADO - MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.02.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATO DEFIDELEDADE E CONTRATO DE CONCESSÃO. PEÇAS AUTOMOTIVAS. PROT. ICMS 41/08. Apenas o contrato de fidelidade está submetido à exigência de ser autorizado mediante acordo com o fisco da localização do estabelecimento destinatário para se usufruir do benefício de utilizar-se a MVA reduzida. Independe do 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/12. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo Trânsito de Mercadorias, lavrada em 07/08/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.728,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$5.237,05, perfazendo um total de R\$13.965,46, 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 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

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

“Em hora e data acima referido constatamos as seguintes irregularidades: Erro na aplicação da MVA as mercadorias autopeças e acessórios listadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/08, produtos destinados à Empresa RODOBENS VEÍCULOS COMERCIAIS BAHIA S.A. IE. 050.772.144 – 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 nos DANFES de nºs. 1193760 e 1193519. Lançamento referente ao TFD de nº. 1905990178, lavrado para a transportadora MERCURIO CARGAS E ENCOMENDAS EXPRESSAS LTDA, Inscrição Estadual 064.703.571.”

Anexo aos autos encontram-se: o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 5101992 (fl. 15) emitido na data de 12/08/2019, referentes à transportadora a TNT MERCÚRIO CARGAS E ENCOMENDAS; Termo de Fiel Depositário – TFD de n. 1905990178, lavrado na data de 07/08/2019 em nome da transportadora TNT MERCÚRIO CARGAS E ENCOMENDAS, assinado pelo transportador (fl. 03); cópia dos documentos habilitação do motorista e do seu “crachá” (fl. 04 os DANFES de nºs. 1193760 e 1193519, localizados às folhas 11 a 14, emitidos todos na data de 02/08/2019 pela MERCEDES-BENZ. Há de registrar a existência do Registro da Notificação Fiscal – Trânsito (fl. 17).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 05).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representantes manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 69 a 73), e documentação comprobatória às folhas 74 a 92, protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 19/08/2019.

Em seu arrazoado, esclarece que apesar da empresa se encontrar em situação de regularidade fiscal perante esta Unidade da Federação, foi surpreendida com a lavratura da Notificação Fiscal de nº 0998830585/19-0, segundo o qual haveria suposto erro no cálculo da Margem de Valor Agregado - MVA nas Notas Fiscais nºs. 1193760 e 1193519. Acrescenta que de acordo com a referida Notificação Fiscal, não teria Contrato de Fidelidade celebrado com a destinatária da mercadoria, sua concessionária RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A., o que lhe impossibilitaria de aplicar o cálculo do MVA-ST com o percentual 36,56% decorrente do atendimento ao percentual de fidelidade previsto pelo Protocolo ICMS 41/2008.

Alega que o referido protocolo, em sua Cláusula Primeira, § 4º, inciso I, dispõe que o regime de que trata será estendido ao estabelecimento de fabricante de veículos automotores para atendimento do índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei Federal 6.729/79 (Lei Ferrari), sendo que nestes casos não carecem de autorização da Unidade Fazendária para que o contribuinte possa dispor do referido regime.

Registra que uma vez que a Notificada possui, e já comprovou possuir, Contrato de Fidelidade com sua concessionária RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A., comprovando assim o atendimento ao índice de fidelidade de compra e não de distribuição efetuada de forma exclusiva, resta claro que a Autoridade Fiscal equivocou-se ao entender que a operação da Notificada com a sua concessionária “RODOBENS” seria realizada de maneira exclusiva, e como tal, careceria de autorização da Unidade Fazendária para aplicação do percentual de MVA-ST de 36,56%.

Finaliza ao exposto pedindo-se pelo reconhecimento da total improcedência da presente notificação, em virtude da inexistência de equívoco que dê suporte à sua lavratura, e consequente anulação do débito dela oriunda.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº. 0998830585/19-0, lavrada em 07/08/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.728,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$5.237,05, perfazendo um total de R\$13.965,46 em decorrência do cometimento da infração (55.28.01) de 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 artigo art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08, *mais a multa tipificada* no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Em sua defesa, a Notificada afirma que possuindo Contrato de Fidelidade celebrado com a destinatária da mercadoria, sua concessionária RODOBENS VEÍCULOS COM.BAHIA S.A. aplicou a MVA-ST de 36,56%, nos termos da cláusula 2ª, § 2º, inciso I, alínea “a” do Protocolo ICMS 41/2008, não havendo, portanto, erro na utilização da Margem de Valor Agregado.

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 Protocolo de ICMS de n. 41/08.

As operações interestaduais com essas mercadorias, realizadas entre os Estados da Bahia e do Estado 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 ajustada = [(1+ MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- 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;

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 1 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

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 se trata o art.8º da Lei Federal de nº. 6.729, de 28 de novembro de 1979.

A Lei Federal de nº. 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" 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.

Em sua impugnação a Notificada alega que "possui, e já comprovou possuir, Contrato de Fidelidade com sua concessionária RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A., comprovando assim o atendimento ao índice de fidelidade de compra e não de distribuição efetuada de forma exclusiva", no entanto, revolvendo os autos deste Processo Administrativo Fiscal não consta apensado esta comprovação citada pela Notificada em sua defesa.

Em alternativa, acontece que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, do Estado da Bahia, Decreto de nº. 7.629, de 09/07/1999, traz em seu derradeiro artigo 180, o comando para que sejam aplicadas subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal as normas do Código de Processo Civil.

Em regra, a prova que será utilizada pelas partes e pelo juiz é produzida no próprio processo. No entanto, a admissão de uma prova emprestada – produzida em outro processo – pode ser justificada pela necessidade de otimização, racionalidade e eficiência da prestação jurisdicional, sendo aceita até como homenagem à economia processual, ao não se repetir atos e procedimentos.

Esta situação, já comumente utilizada, foi regularizada através do artigo 372 do Código de Processo Civil (NCPC/2015) o qual trouxe a possibilidade de o magistrado validar o empréstimo, dispondo que "*o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório*".

Nesta seara, conforme verifiquei em julgado de processual tributário realizado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em seu Acórdão 3402-004.290 (publicação em 17/07/2017),

ficou-se estabelecido naquele julgamento, que é admitida a prova emprestada para basear auto de infração se cumprido dois requisitos de admissibilidade cumulativamente, quais seja: i) que a prova tenha sido originalmente produzida sob o crivo do contraditório; e ii) que o sujeito passivo da obrigação tributária, cujos interesses são postos em análise pela prova emprestada no processo administrativo, tenha participado do referido contraditório original, ou melhor, *seja parte no processo do qual a prova foi transladada*.

Destarte, em recente julgamento realizado por esta 6^a Junta de Julgamento Fiscal, na data de 17.09.2020, em relação à Notificação Fiscal de nº. 1305770568/18-7, lavrada na data de 04/09/2018, de idêntico assunto e teor, tendo como Notificada a mesma empresa deste procedimento, a Empresa MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA., sendo relatado o acórdão pelo presente relator, cuja a empresa cotejada na nota fiscal, naquela notificação, foi a mesma empresa presente neste procedimento, a RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A., entendo ter-se cumprindo, portanto, os requisitos de admissibilidade recomendados supracitados.

A Notificada trouxe, naquela ocasião, àqueles autos a comprovação da relação jurídica existente com a Empresa RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A. mediante contrato de concessão de distribuição (Concessão de Revenda) acostados aqueles autos às fls. 19 a 30, assinado em 07/06/1999 (fl. 28) com a signatária RIO-BAHIA VEÍCULOS S.A., doravante denominada RODOBENS CAMINHÕES BAHIA (Termo Aditivo assinado em 03/09/2008 – fl.29) no qual chamou-se a atenção aos dizeres da Cláusula 19 – PRODUTOS CONCORRENTES onde “proíbe-se ao CONCESSIONÁRIO negociar produtos concorrentes ou similares” onde nenhum elemento material ou pessoal poder-se-ia ser utilizado para venda de qualquer outra marca sem o devido consentimento prévio da Notificada. A Cláusula 8, desta concessão, “PEÇAS E ACESSÓRIOS” estabelecia que: o CONCESSIONÁRIO é obrigado a manter permanentemente em estoque um sortimento de peças de reposição adquiridas exclusivamente e obrigatoriamente da FÁBRICA (MERCEDES-BENZ DO BRASIL S.A.).

É forçoso reconhecer, que mesmo não constando nos autos deste procedimento a comprovação da relação jurídica existente com a Empresa RODOBENS VEÍCULOS COM. BAHIA S.A. e a Empresa MERCEDES-BENZ DO BRASIL S.A., e, não se acostando a estes autos como prova emprestada de fato, esta faticamente existe estabelecida sob a égide do Contrato de Concessão de Distribuição presente no processo em relação à Notificação Fiscal de nº. 1305770568/18-7 já julgado por esta Junta Fiscal. Acrescento que, a comprovação desta relação existente, é fundamental para não se proceder em incoerência na solução desta lide.

Isto posto, no mérito a Notificada assevera que consoante ao que dispõe o inciso I, alínea “a”, do § 2º da Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/2008 que utilizou-se da MVA/ST original de 36,56 %, ou seja, enquadrando-se na remessa de *peças, componentes e acessórios para veículos de estabelecimento 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*, uma vez que a concessão já abrange o índice de fidelidade. Entendo, por conseguinte, que a Notificada o fez corretamente, tendo em vista a existência de relação jurídica entre ela e o destinatário das mercadorias em fulcro ao supracitado Contrato de Concessão vigente entre as duas empresas.

Para essa aferição verifiquei, através do Portal Estadual da NF-e, as Notas Fiscais de nºs. 1193760 e 1193519, as quais continham produtos importados e nacionais, e constatei que a Notificada utilizou a MVA ajustada para a alíquota interestadual de 4%, produtos de origem estrangeira, no percentual de 59,88%, e para a alíquota de 7%, para os itens de origem nacional, a Notificada utilizou-se da MVA ajustada de 54,88% ou seja, as margens ajustadas derivadas dos casos da MVA original diminuta de 36,56%.

Diferentemente do Notificante, e equivocadamente, este utilizou para a lavratura desta notificação os percentuais de 101,11%, para alíquota de 4%, e de 94,82% para a alíquota de 7%, sem considerar a existência do benefício trazido pelo contrato de concessão, ou seja, as margens ajustadas derivadas dos demais casos da MVA original majorada de 71,78% sem qualquer tipo de benefício de redução, considerando a existência de erro na aplicação da MVA.

Concluo, portanto, que a lavratura da Notificação Fiscal não se lastreou na legislação fiscal vigente, sendo indevida a lavratura em relação ao proceder-se a retenção a menor do ICMS pelo sujeito passivo por substituição, voto pela IMPROCEDÊNCIA a Notificação Fiscal em demanda.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **IMPROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº **099883.0585/19-0** lavrada contra **MERCEDES-BENZ DO BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR