

PROCESSO - A. I. N° 099883.0365/19-0
RECORRENTE - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0194-05/19
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/12/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0339-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES REGIDAS POR ACORDO INTERESTADUAL. IMPOSTO RETIDO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO NA MVA. Aplicação irregular da MVA FIDELIDADE em momento anterior à apresentação do contrato de fidelidade, conforme exigido pela legislação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0194-05/19 proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 08/06/2019 no valor histórico de R\$ 32.828,39, abordando a seguinte infração:

***Infração 01 – 55.28.01** – 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 auto peças 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 Inspeção de sua circunscrição, conforme art. 289, § 21 e art. 332, III, “g”, 1. Mercadorias constantes dos Danfes listados a página 01 deste PAF (cópias reprográficas às fls. 12 a 35)”.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 formação 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 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, através do Processo nº 24009620195, parecer datado de 18/06/2019, ratificado pela autoridade fazendária superior em 27/06/2019 (doc. 5, fl. 78 deste PAF). Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado em 08/06/2019, data da ocorrência dos fatos geradores, no posto fiscal. Portanto, à data da ocorrência dos fatos geradores não havia ainda a prévia autorização do fisco da Bahia para que as operações de venda, 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. N° 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 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. 06 dos autos.

Todavia, no caso em exame, a cobrança do imposto efetuado no trânsito mercadorias 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. 06), 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 | VLR LANÇADO | ICMS-ST/NF | VLR JULGADO |
|---------------|------------------|-----------------|-------------------|--------|-------------------|------------------|-----------------|------------------|------------------|-----------------|
| 2557378 | 1.659,90 | 83,00 | 1.742,90 | 1,9482 | 3.395,52 | 611,19 | 116,19 | 495,00 | 369,70 | 125,30 |
| 2557379 | 442,70 | 46,76 | 489,46 | 2,0111 | 984,35 | 177,18 | 17,70 | 159,48 | 123,16 | 36,32 |
| 2557383 | 1.042,82 | 52,14 | 1.094,96 | 1,9482 | 2.133,20 | 383,98 | 73,00 | 310,98 | 232,26 | 78,72 |
| 2557384 | 1.399,78 | 109,19 | 1.508,97 | 2,0111 | 3.034,69 | 546,24 | 56,00 | 490,24 | 378,27 | 111,97 |
| 2557385 | 1.659,90 | 83,00 | 1.742,90 | 1,9482 | 3.395,52 | 611,19 | 116,19 | 495,00 | 369,70 | 125,30 |
| 2557386 | 2.363,06 | 118,15 | 2.481,21 | 1,9482 | 4.833,89 | 870,10 | 165,41 | 704,69 | 526,31 | 178,38 |
| 2557387 | 2.747,50 | 137,38 | 2.884,88 | 1,9482 | 5.620,32 | 1.011,66 | 192,32 | 819,34 | 611,94 | 207,40 |
| 2557388 | 1.181,53 | 59,08 | 1.240,61 | 1,9482 | 2.416,96 | 435,05 | 82,71 | 352,34 | 263,15 | 89,19 |
| 2557380 | 4.845,83 | 242,29 | 5.088,12 | 1,9482 | 9.912,68 | 1.784,28 | 339,21 | 1.445,07 | 1.079,27 | 365,80 |
| 2557381 | 10.938,60 | 875,10 | 11.813,70 | 2,0111 | 23.758,53 | 4.276,54 | 437,54 | 3.839,00 | 962,24 | 2.876,76 |
| 2557382 | 11.799,40 | 943,95 | 12.743,35 | 2,0111 | 25.628,15 | 4.613,07 | 471,97 | 4.141,10 | 3.195,36 | 945,74 |
| 2557389 | 3.494,00 | 350,51 | 3.844,51 | 2,0111 | 7.731,69 | 1.391,70 | 139,77 | 1.251,93 | 966,62 | 285,31 |
| 2557390 | 203,12 | 10,16 | 213,28 | 1,9482 | 415,51 | 74,79 | 14,22 | 60,57 | | 60,57 |
| 2557390 | 3.891,07 | 241,87 | 4.132,94 | 2,0111 | 8.311,76 | 1.496,12 | 155,64 | 1.340,48 | 1.079,00 | 261,48 |
| 2557391 | 7.136,16 | 570,90 | 7.707,06 | 2,0111 | 15.499,67 | 2.789,94 | 285,44 | 2.504,50 | 1.932,53 | 571,97 |
| 2557392 | 613,74 | 73,65 | 687,39 | 1,9482 | 1.339,17 | 241,05 | 42,96 | 198,09 | | 198,09 |
| 2557392 | 12.147,09 | 909,65 | 13.056,74 | 2,0111 | 26.258,41 | 4.726,51 | 485,95 | 4.240,56 | 3.420,25 | 820,31 |
| 2557393 | 626,04 | | 626,04 | 2,0111 | 1.259,03 | 226,63 | 25,04 | 201,59 | 155,12 | 46,47 |
| 2557394 | 5.322,92 | 411,17 | 5.734,09 | 2,0111 | 11.531,83 | 2.075,73 | 212,91 | 1.862,82 | 1.437,29 | 425,53 |
| 2557395 | 10.204,63 | 657,89 | 10.862,52 | 2,0111 | 21.845,61 | 3.932,21 | 410,26 | 3.521,95 | 2.715,17 | 806,78 |
| 2557396 | 11.190,81 | 699,90 | 11.890,71 | 2,0111 | 23.913,41 | 4.304,41 | 447,63 | 3.856,78 | 2.974,34 | 882,44 |
| 2557397 | 351,58 | 35,63 | 387,21 | 2,0111 | 778,72 | 140,17 | 14,07 | 126,10 | 97,37 | 28,73 |
| 2557451 | 1.091,60 | 163,74 | 1.255,34 | 2,0111 | 2.524,61 | 454,43 | 43,66 | 410,77 | 317,61 | 93,16 |
| TOTAIS | 96.353,78 | 6.875,11 | 103.228,89 | | 206.523,23 | 37.174,18 | 4.345,79 | 32.828,39 | 23.206,66 | 9.621,73 |

Face ao acima exposto e considerando especialmente as disposições da legislação, 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\$ 9.621,73**, 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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Afirma que o montante de tributo declarado resulta da utilização de base de cálculo ajustada de acordo com o Protocolo ICMS 41/08 e que detém a condição de substituta tributária nas operações interestaduais com autopeças em decorrência do Termo de Acordo – Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, com início em 20/09/2013 e prorrogado até 31/07/2020, cumprindo assim requisito para fruição do Protocolo invocado.

Diz que não há no Auto de Infração dispositivo legal que obrigue a apresentação do contrato de fidelidade, como alegado pelo autuante na descrição dos fatos, deduzindo que teria sido usada a alínea “b”, do inciso I, do § 2º da Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, com a redação conferida pelo Protocolo ICMS 70/15, cuja utilização é evidenciada no parecer final do pedido de apresentação de contrato de fidelidade, no campo “assunto”.

Observa que atualmente, a obrigatoriedade de apresentação do contrato está condicionada à vontade de cada Fisco, conforme nova redação do Protocolo ICMS 41/08 com as alterações introduzidas pelo Protocolo ICMS 51/16, do qual a Bahia também é signatária, contudo, destaca que o RICMS/BA não menciona obrigatoriedade da apresentação de contrato de fidelidade, tratando apenas como pré-requisito para fruição do regime de ST a existência de um acordo firmado entre destinatário e remetente, reproduzindo o art. 289, § 21 do Regulamento.

Sustenta assim que possui inscrição estadual que permite o envio de autopeças para destinatários localizados neste Estado sob o regime de recolhimento antecipado do ICMS-ST, em virtude do Termo de Acordo mencionado; que a existência de contrato de fidelidade foi informada ao Fisco antes do início das operações, em 2013, conforme consta no pedido de concessão do Termo de Acordo; e que desde a data de apreciação do pedido até junho deste ano não teria havido qualquer solicitação de apresentação do contrato por parte do Fisco e que, quando solicitada, a documentação foi fornecida e aceita conforme parecer final mencionado.

Defende que não há motivos para acatar a interpretação onerosa da legislação exarada pelo autuante porque a redação do art. 289 do RICMS/BA, que instrumentaliza o Protocolo ICMS 41/08 não traz expressa apresentação de contrato de fidelidade como obrigação acessória, descaracterizando assim a infração.

Conclui requerendo que seja provido o recurso para extinguir os débitos tributários exigidos.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 22/11/2023.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Conforme relatado, o Auto de Infração recai sobre operações da recorrente com autopeças e acessórios listados no anexo único do Protocolo ICMS 41/08 e que possuem como destinatário a SOTREQ S/A SOTREQ SALVADOR, I.E. 106.818.088. A recorrente insiste que cumpriu com os requisitos para aplicação da MVA FIDELIDADE de acordo com o que dispõe o aludido protocolo.

A 2ª CJF deste CONSEF já examinou o PAF da mesma recorrente em relação a operações com o mesmo destinatário, em idêntico período, com o acórdão respectivo recebendo a seguinte ementa:

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF 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.*

O voto vencedor foi assim proferido:

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.*

Verifica-se que, no presente caso, a recorrente defende a mesma tese, colacionando inclusive o mesmo Parecer Final nº 24904/2019. No entanto, aqui a autuação ocorreu em 08/06/2019, antes mesmo do pedido de autorização, efetivado em 17/06/2019, de maneira que deve receber o mesmo tratamento.

Assim, me alinho ao entendimento acima transcrito e **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **099883.0365/19-0**, 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\$ 9.621,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS