

**N. F. Nº** - 218905.0204/19-9**NOTIFICADO** - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**NOTIFICANTE** - WALTER SENA RIBEIRO**ORIGEM** - IFMT METRO – POSTO FISCAL HONORATO VIANA**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 21/12/2023**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0251-02/23NF-VD**

**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. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Lavrada em 04/06/2019, a Notificação Fiscal exige ICMS de R\$17458,78, em decorrência de destaque e retenção a menos do ICMS, devido a erro na aplicação da alíquota 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 41/2008). Enquadramento legal: Arts. 15, 16, 16-A e 34, XII e XV da Lei 7.014/96. Multa de 60% (Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96)

O Notificado impugna o lançamento às fls. 54 a 57. 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 Inspetora Rosy Mery Tavares de Oliveira.

Acrescenta que, mesmo tendo regularizado a situação, foi intimado a efetuar o pagamento do débito apurado na Notificação Fiscal.

Informa estar apresentando parecer exarado por autoridade da SEFAZ-BA, bem como material DOS FUNDAMENTOS

Justifica que o tributo declarado na documentação fiscal resulta da utilização de base de cálculo ajustada de acordo com o Protocolo ICMS 41/08, dada à sua 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 citado Protocolo.

Afirma que o Notificante alega não lhe ter sido 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. Como não consta na Notificação Fiscal 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 clausula 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 clausula segunda do Protocolo ICMS 41/08, o § 8º cujo teor transcreveu.

Conclui que a redação da alínea “b” da clausula segunda, auxiliada pelo § 8º 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 Notificante, 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 Notificante 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 na presente Notificação Fiscal e sanadas quaisquer dúvidas acerca da legalidade de seus procedimentos.

Considerando que a Impugnação apresenta dados que deviam ser apreciados pelo autor do feito, o PAF foi baixado em diligência para tanto (fl. 84).

O Notificante, ao prestar Informação, fls. 86 a 89, informa que a Notificada 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 da referida Notificação Fiscal nº 218905.0204/19-9, emitido em 04/06/2019, 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 da referida Notificação, contrato de fidelidade junto a inspetoria fazendária de seu domicilio fiscal, para se. Beneficiar da MVA-ST original na definição da base de cálculo da antecipação tributária, como se vê no SISTEMA DE CONTROLE DE PARECERES TRIBUTÁRIOS – PARECER FINAL, QUE FOI RATIFICADO O PARECER FINAL EXARADO NESTE PROCESSO: 27/06/2019 PELA INSPETORA /COORDENADORA ROSY MERY TAVARES DE OLIVEIRA (pag. 81), – esta autorização, 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 lavrada a Notificação Fiscal.

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 domicilio fiscal, afirmando que está provado que não o tinha, no momento em que foi lavrada a Notificação Fiscal. Afirma que o que contribuinte possuía era um contrato de distribuição com o destinatário para comercializar com exclusividade, no Estado da Bahia, deixando de observar a Cláusula quinta, parágrafo único do TERMO DE ACORDO. Após a ação fiscal deu entrada na Inspectoria de sua circunscrição fiscal, solicitando esta autorização em 17/06/2019, deferida e ratificada em 27/06/2019.

Seguindo, reproduz parte do TERMO DE ACORDO ENTRE A SEFAZ e a Autuada (Cláusula quinta), parte dos PROTOCOLOS ICMS 41/2008, 97/2010, 70/2015 e 50/2016

Conclui, pedindo a Procedência Total da Notificação Fiscal.

**VOTO**

A presente Notificação Fiscal acusa o contribuinte de ter procedido a menos 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.

Em sua defesa, o Notificado afirma que, de acordo com o inserido na Notificação 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 caso, ressalto 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 e segunda 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+ 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”.

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 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”.*

Da leitura dos citados dispositivos, verifica-se que, diferentemente do entendimento da defendant, 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 Inspetoria Fiscal de seu domicílio fiscal, para tal fim.

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

Assim, comprovado que o sujeito passivo não cumpriu os requisitos previstos na legislação para fruição dos benefícios estabelecidos nos Protocolos ICMS 41/2008 e 97/2010, devem ser aplicadas as MVAs indicadas no Anexo I do RICMS-BA, como procedeu a fiscalização.

Voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **218905.0204/19-9**, lavrada contra **CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.458,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR