

PROCESSO - A. I. N° 232195.0465/19-7
RECORRENTE - MAN LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0063-02/20-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0129-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NO CAD-ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS DE MERCADORIAS A EMPRESAS SITUADAS NA BAHIA, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE IMPOSTO A MENOS. Operações interestaduais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Remessa por fabricante de veículos automotores para contribuinte destinatário que não possuía autorização da SEFAZ para aplicação da MVA/FIDELIDADE prevista no art. 289, § 21 do RICMS/BA. Aplicado a MVA original no cálculo do ICMS-ST previsto na Cláusula segunda, § 2º, inc. I do Protocolo ICMS 41/08. Afastada as preliminares de nulidade. Mantida a decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/09/2019, para exigir do ICMS em decorrência da seguinte infração:

***INFRAÇÃO 01 – 55.28.01** – Proceder a retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008) - R\$ 34.164,23. Multa de 60%,*

Consta na descrição dos fatos:

“Substituição Tributária. Mercadoria: autopeças. Falta de observância ao estabelecido no art. 289, § 21, do Decreto Estadual de nº 13.780/12, no que concerne à AUTORIZAÇÃO a ser dada pelo titular da Inspeção Fazendária do domicílio fiscal do contribuinte para adoção da MVA-ST original na definição da base de cálculo da substituição tributária. Destinatários das mercadorias: Bravo Caminhões Empreendimentos Ltda., inscrição estadual nº 40.395.360. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através de ‘Regime Sumário de Apuração’ (...). DANFE’s nº 522.327, 522.328, 522.332, 522.333, 522.339, 522.340, 522.341, 522.429, 522.440, 522.441, 522.888, 522.889, 522.890, 522.891, 522.892, 522.893, 522.894, 522.895, 523.203, 523.214 e 523.215, emitidos por MAN Latin América Indústria e Comércio de Veículos Ltda. CNPJ: 06.020.318/0007-06. Lançamento referente ao TFD nº 1905988955, lavrado para a transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, inscrição estadual 063.235.120”.

Na decisão proferida (fls. 140/147) foi apreciado que:

O auto de infração em análise imputa ao sujeito passivo uma única infração, objeto de impugnação por parte da autuada.

Trata-se de auto de infração lavrado na fiscalização de mercadorias em trânsito, decorrente da apreensão das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas, cujos DANFE’s já foram relacionados no relatório, conforme Termo de Fiel Depositário – TFD, fls. 16 e 17, encaminhadas à transportadora das mercadorias através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e.

Verifico que consta no Termo de Fiel Depositário a informação de que a ação fiscal ocorreu no estabelecimento da transportadora, antes da entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário.

Cabe inicialmente abordar as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, concernentes a dois pontos específicos que implicariam na falta de requisitos essenciais para a constituição do crédito tributário.

A primeira arguição refere-se à ausência de intimação dirigida à autuada, dando-lhe ciência da autuação como exige o RPAF/99, no art. 39, inc. VII.

A segunda, diz respeito a ausência de memória de cálculo, que se constitui no demonstrativo do débito tributário, em relação a cada fato, requisito também exigido no art. 39, inc. IV e art. 41, inc. II, todos do mesmo diploma regulamentar.

Quanto a primeira arguição, a considero superada em razão da autuada ter comparecido aos autos apresentando tempestivamente sua defesa, abordando com detalhes e propriedade a acusação, demonstrando conhecimento pleno da infração, de forma que não houve ofensa ao direito da ampla defesa e do contraditório.

Quanto a ausência de memória de cálculo, verifico que foi juntado aos autos o Resumo para Constituição de Crédito Tributário, fls. 05 e 06, além do Resumo do Demonstrativo Cálculo Semi Elaborado – UMF, fls. 07 a 15, onde constam todos os elementos considerados no cálculo do imposto exigido na autuação, como: número da nota fiscal, data da emissão, valor das mercadorias, base de cálculo, MVA, alíquota, crédito de ICMS, valor recolhido e valor a constituir. Assim, também considero que os dois demonstrativos suprem perfeitamente a exigência do RPAF/99 acima citada.

Superadas as preliminares, cabe adentrar no mérito da acusação que se refere a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, (...) relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”, conforme exposto na peça inaugural do processo.

No campo descrição dos fatos, o autuante esclarece que a cobrança do ICMS-ST, deve-se a “Falta de observância ao estabelecido no art. 289, § 21, do Decreto Estadual de nº 13.780/12, no que concerne à AUTORIZAÇÃO a ser dada pelo titular da Inspeção Fazendária do domicílio fiscal do contribuinte para adoção da MVA-ST original na definição da base de cálculo da substituição tributária”.

A defesa sustenta que realizou a retenção e o recolhimento do ICMS-ST de forma correta, observando o disposto na Cláusula segunda, § 1º do Protocolo ICMS 41/08, adotando a MVA ajustada, calculada segundo a fórmula: $MVA \text{ ajustada} = [(1 + MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$.

Complementa seus argumentos, informando que a destinatária das mercadorias é uma concessionária devidamente autorizada, para atuar no Estado da Bahia, conforme estipulado no Contrato de Concessão e de Uso da Marca, demonstrando a fidelidade da mesma na aquisição de veículos e peças, conforme art. 82 da Lei Federal nº 6.729/79.

A questão central da lide consiste então, na determinação do valor do ICMS-ST a ser retido e recolhido pela autuada na qualidade de responsável tributário, no caso das remessas de autopeças para uma de suas concessionárias, estabelecida na Bahia, procedente do Estado de São Paulo, sede da matriz, sendo que a divergência de entendimento entre a Fiscalização e o sujeito passivo deve-se ao percentual da MARGEM DE VALOR AGREGADO – MVA, a ser aplicada no caso.

Verifico que a autuada é inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia desde 07/12/2007, na condição de SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, exercendo a atividade econômica CNAE 29.49-2-99 – FABRICAÇÃO DE OUTRAS PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE, sendo que a matriz estabelecida no Estado de São Paulo exerce a atividade econômica CNAE 29.20-4-01 – FABRICAÇÃO DE CAMINHÕES E ÔNIBUS, segundo consulta no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ nº 06.020.318/0001-10.

**CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA**

| | | |
|--|---|--------------------------------|
| NUMERO DE INSCRIÇÃO 06.020.318/0001-10 MATRIZ | COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL | DATA DE ABERTURA 18/04/2002 |
| NOME EMPRESARIAL MAN LATIN AMERICA INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA | | |
| TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) ***** | | PORTE DEMAIS |
| CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 29.20-4-01 - Fabricação de caminhões e ônibus | | |

A autuação exige o ICMS-ST integral, adotando para o cálculo a MVA-ST original, prevista no Anexo 1 ao RICMS/2012, 94,82% aplicada no caso de a alíquota interestadual ser 7%, ou 101,10% para as alíquotas de 4%, conforme demonstrativo, sendo o imposto exigido, calculado no montante de R\$ 34.164,23.

A autuada efetuou os cálculos do ICMS-ST utilizando a MVA ajustada, conforme previsão contida na Cláusula segunda do Protocolo ICMS 49/2008, ou seja, utilizou a fórmula prevista no § 1º: $MVA \text{ ajustada} = [(1 + MVA-ST \text{ original}) \times (1 - ALQ \text{ inter}) / (1 - ALQ \text{ intra})] - 1$, que aplicando os valores de $MVA-ST \text{ original} = 36,56\%$; $ALQ \text{ inter} = 7\%$; $ALQ \text{ intra} = 18\%$, estabeleceu a MVA ajustada de 54,88%, para as operações com alíquota interestadual de 7%, e para as demais com as alíquotas de 4%, 54,88%, conforme constato do exame dos

valores constantes nas cópias das notas fiscais apensadas.

O Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, celebrado entre os Estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e o Distrito Federal, determina na Cláusula primeira, que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do protocolo, 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.

Com efeitos a partir de 01/05/2011, o Protocolo ICMS 05/2011, introduziu o § 1º, cuja redação vigente transcrevo:

§ 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.

Por sua vez, o Protocolo ICMS 53/2011, introduziu o § 4º, com efeitos a partir de 01/08/2011, estabelecendo a diferenciação entre os estabelecimentos industriais responsáveis tributários pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, in verbis.

§ 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.

Cabe pontuar, que o dispositivo transcrito estabelece uma clara diferenciação entre os estabelecimentos fabricantes de veículos automotores e os fabricantes de veículos, máquinas agrícolas ou rodoviários, quando promoverem saídas para estabelecimento distribuidor, visando atender índice de fidelidade.

A base de cálculo do imposto, encontra-se definida na Cláusula segunda:

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", (...).

§ 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.

O § 6º da Cláusula segunda, teve sua última redação alterada para produzir os efeitos a partir de 01/02/2020, sendo que a redação anterior, vigente na época dos fatos, foi dada pelo Protocolo ICMS 61/16, in verbis:

§ 6º Nas operações destinadas aos Estados do Paraná, do Rio Grande do Sul e de São Paulo a MVA-ST original a ser aplicada é a prevista na legislação interna destes Estados para os produtos mencionados no Anexo Único deste protocolo.

Dessa forma, ficou o Estado da Bahia excluído da obrigatoriedade de adotar como a MVA-ST original, a MVA interna, sendo, portanto, aplicada para o cálculo da MVA-ajustada aquela determinada no protocolo, ou seja, no percentual de 36,56%, devendo-se observar o § 7º do citado dispositivo:

§ 7º Na hipótese da “ALQ intra” ser inferior à “ALQ inter” deverá ser aplicada a “MVA – ST original”.

No caso em discussão, as operações são procedentes de São Paulo, cuja alíquota interestadual é 7%, e a alíquota interna adotada na Bahia para as mercadorias é 18%.

Portanto, segundo ditame do dispositivo transcrito, para as operações arroladas na autuação, deve ser adotado a MVA de 36,56%, por ser esta a MVA – ST original, nos casos previstos na Cláusula segunda, § 2º, inc. I, alínea “b”, ou seja na “saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade”.

Oportuno registrar, que o Protocolo ICMS 50/16, acrescentou o § 8º à Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/2008, produzindo efeitos a partir de 29/08/2016, cuja redação, transcrevo:

§ 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.

Assim, o Regulamento do ICMS da Bahia, vigente a partir de 2012, alterou a redação anterior do § 21 do art. 289, através do Decreto nº 18.801, de 20/12/2018, com efeitos de 01/01/2019 a 31/12/2019, estabelecendo que para o cálculo da MVA ajustada nas saídas interestaduais de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único dos Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, 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, somente será adotada a MVA-ST original (MVA nas operações internas), se o destinatário estiver autorizado pelo titular da inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal.

As alterações no Protocolos ICMS 41/08, modificaram apenas a Cláusula segunda, § 2º, inc. I, alínea “b” dos mesmos, para exigir a autorização do fisco de localização do estabelecimento destinatário, nas citadas operações, ou seja, a exigência de autorização somente se aplica à “saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade”.

No presente caso, tratando-se de operações promovidas por estabelecimento fabricante de ônibus e caminhões, para utilizar no cálculo da MVA ajustada, o percentual de 36,56% como MVA original, há necessidade da citada autorização do Fisco, visto que a redação da Cláusula segunda, § 2º, inc. I, alínea “b” assim determina, consoante art. 289, § 21 do RICMS/2012.

Verifico que a destinatária obteve a AUTORIZAÇÃO – MVA FIDELIDADE – PROTOCOLOS ICMS 70/2015 e 71/2015, mediante Parecer 37574/2019, a partir de 21/10/2019.

Assim sendo, na data de ocorrência dos fatos, 02/08/2019, a autuada não tinha a autorização exigida no § 8º, da Cláusula segunda do citado protocolo.

Dessa forma, para o cálculo da MVA ajustada, deveria o remetente ter adotado o percentual de 71,78%, prevista no inc. II, § 2º da Cláusula segunda, cujo cálculo correto seria conduzido conforme a seguir:

MVA-ST original = 71,78% = 0,7178, que corresponde a margem de valor agregado prevista na Cláusula segunda, § 2º, inc. II do Protocolo ICMS 41/08.

1. ALQ inter = 7% = 0,07 – coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

2. ALQ intra = 18% = 0,18 – coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da Unidade Federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias;

3. MVA ajustada = $[(1+0,7178) \times (1 - 0,07) / (1 - 0,18)] - 1$;

4. MVA ajustada = $[1,7178 \times 0,93 / 0,82] - 1$;

5. MVA ajustada = $[1,7178 \times 1,1341] - 1$;

6. MVA ajustada = 1,9482 – 1;

7. MVA ajustada = 0,9422 = 94,82%

Ou seja, a MVA ajustada a ser utilizada nas operações, conforme as normas citadas, é de 94,82% para as alíquotas interestaduais de 7% e 101,10% para as operações cuja tributação ocorreu com a alíquota de 4%, como procedeu a fiscalização.

Do exame dos fatos, constato que o contribuinte, em vez disso, adotou uma MVA menor e conseqüentemente efetuou a retenção do ICMS-ST devido à menor.

Quanto ao argumento defensivo de que a cobrança consubstanciada no lançamento, exige o ICMS-ST, sem considerar o imposto retido, conforme destacado nas notas fiscais arroladas no levantamento, que somado,

importa em R\$ 26.478,61, verifico ter pertinência, haja vista que o valor exigido no lançamento corresponde ao valor integral do ICMS-ST, calculado conforme RESUMO DO DEMONSTRATIVO CALC. SEMI ELABORADO – UMF.

Considerando que o contribuinte calculou e reteve parte do ICMS-ST, ora exigido, valor este, conhecido pelo agente fiscal, na época da operação fiscal, deveria este valor ter sido abatido do montante a ser lançado no auto de infração, de modo não ocorrer a possibilidade de cobrança em duplicidade.

Portanto, considero devido o montante de R\$ 7.685,62.

Acerca do pedido para que as intimações relacionadas ao presente processo sejam encaminhadas para endereço da sede administrativa da autuada, localizada em São Paulo, conforme indicado, informo não haver qualquer óbice para o seu cumprimento, pois a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo são efetuadas nos termos do art. 108 do RPAF/99, em sintonia com o estabelecido no art. 127 do Código Tributário Nacional.

Pelo exposto, voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 157/166) por meio dos advogado(a)s Denis Eduardo da Silva OAB/SP nº 290.149 e Michelle Assali OAB/SP nº 213.765 inicialmente discorrem sobre os fatos, julgamento em primeira instância que deve ser reformado conforme passou a expor.

NULIDADE. Preliminarmente suscita nulidade do Auto de Infração por estar eivada de vícios insanáveis e ausência de requisitos essenciais, como: **i)** Ausência de ciência da lavratura da autuação; **ii)** Ausência do Termo de Apreensão; **iii)** Ausência do Termo de Ocorrência Fiscal ou outro documento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação; e **iv)** Inobservância do procedimento legal, por a autoridade fiscal que lavrou o AI ser incompetente.

Para reforçar seu posicionamento, transcreve ementas de decisões proferidas pela Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF/Bahia (JJFs nºs 0026-04/20; 0049-04/20; 0183-06/20 e 0133-06/20).

Argumenta que as ementas possuem a mesma natureza/acusação fiscal e os atos fiscalizatórios foram efetuados por servidor fiscal que não possui competência legal, visto que é cadastrado na condição de substituto tributário e não é optante do Simples Nacional o que conduz a nulidade dado os vícios insanáveis nos termos dos artigos 18, I, IV “a”, 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA.

MÉRITO: Esclarece que nas operações de venda de autopeças a estabelecimentos concessionários/adquirentes localizados no Estado da Bahia realizou a retenção e o recolhimento do ICMS/ST de forma correta, efetuando o cálculo do percentual do MVA Ajustado, conforme disposto na cláusula segunda, parágrafo 1º do Protocolo ICMS 41/08.

Salienta que o destinatário da mercadoria (Bravo Caminhões) é concessionária autorizada conforme contrato de concessão para revender caminhões e peças da marca Volkswagen e prestar Assistência Técnica, indicado na Cláusula V, item “3”, que indica legitimidade para efetuar “*A aquisição de material de assistência técnica, peças originais de reposição ou peças originais recondiçionadas, será feita de acordo com as normas estabelecidas pela CONCEDENTE*”.

Frisa que a Concessionária Bravo Caminhões possui autorização prevista no § 21, do art. 289 do RICMS/BA, mediante autorização exarada no Parecer nº 37574/2019 - Processo nº 512.091/2019-4 da SEFAZ/BA que credencia a destinatária do direito de aplicar a MVA-Fidelidade.

Ressalta que não houve prejuízos para o erário e a manutenção da autuação se mostraria uma punição injusta e ilegal, visto que a operação praticada preenche os requisitos legais, visto que a destinatária da mercadoria atende aos requisitos de fidelidade da Concessionária na aquisição de veículos e peças, constante no art. 8º da Lei nº 6.729/79 e utilizou MVA legal.

Requer provimento do recurso e indica endereço para encaminhamento de intimação (fl. 166).

VOTO

No Recurso Voluntário interposto o recorrente suscitou diversas nulidades do Auto de Infração sob alegação de vícios insanáveis e ausência de requisitos essenciais: **i)** Ausência de ciência da lavratura da autuação; **ii)** Ausência do Termo de Apreensão; **iii)** Ausência do Termo de Ocorrência Fiscal ou outro documento da ocorrência do fato à época da autuação; e **iv)** Inobservância do procedimento legal, por a autoridade fiscal que lavrou o Auto de Infração ser incompetente.

Quanto a ciência da autuação, Termo de Apreensão e de Ocorrência, constato que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 27/09/2019 e Termo de Fiel Depositário (TFD) de nº 1906000147 contra o transportador das mercadorias (Patrus Transportes Ltda), conforme documentos de fls. 4, 16 e 17. O estabelecimento autuado requereu a transferência das mercadorias apreendidas constantes do Termo de Apreensão nº 232195.0465/19-7, documentos acostados às fls. 48 e 49 chancelados pelo Fiel Depositário (Patrus Transportes) e o estabelecimento autuado (Man Latin) que foi deferido pelo Inspetor Fazendário (fl. 50) conforme Termo de Liberação (fl. 63).

Pelo exposto, tendo o transportador sido cientificado da apreensão das mercadorias por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 27/09/2019 (fl. 16/17), o estabelecimento autuado protocolou defesa no dia 24/10/2019 (fl. 64) dentro do prazo (sessenta dias) e conforme apreciado na decisão recorrida o autuado compacereu “... aos autos apresentando tempestivamente sua defesa, abordando com detalhes e propriedade a acusação, demonstrando conhecimento pleno da infração, de forma que não houve ofensa ao direito da ampla defesa e do contraditório”.

Portanto, considerando o princípio da informalidade do processo administrativo fiscal (art. 2º do RPAF/BA) e da garantia de ampla defesa e contraditório, não houve prejuízo, nem preterição do direito de defesa (art. 18) motivo pelo qual ficam rejeitadas estas nulidades suscitadas.

Relativamente a nulidade suscitada sob alegação de que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente, observo que trata se de Auto de Infração lavrado no Trânsito de Mercadorias por Agente de Tributos, cuja previsão é contida no art. 42, II do RPAF/BA, que estabelece:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Observo que a decisões carreadas ao processo (JJFs nºs 0183-06/20 e 0133-06/20) tratam de Autos de Infração lavrado em estabelecimento “*não optante do Simples Nacional e Empresa do Regime Normal*”, que não servem de paradigma para a situação presente de procedimento decorrente da fiscalização de mercadorias em trânsito, exercida por agente de tributos que tinha competência legal. Fica rejeitada.

Além disso, ressalte se que no julgamento dos Embargos de Declaração da ADI nº 4.233/2023, o plenário do STF acolheu parcialmente e modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade anteriormente publicada, “... *modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhe efeitos ex tunc, a partir da data da publicação do acórdão embargado.*”

Considerando o julgamento no dia 20/11/2023, conclui se que tendo a decisão de mérito publicada no DJE 29/04/2021 (ATA nº 70/2021. DJE nº 80) a produção dos efeitos são a partir do dia 29/04/2021. Portanto, os atos administrativos dos agentes de tributos do Estado da Bahia efetuados na data da autuação em 02/08/2019 são válidos.

No MÉRITO o recorrente reapresentou os argumentos da impugnação inicial de que efetuou venda de autopeças a estabelecimento concessionário da Volkswagen, aplicando porcentual de MVA previsto na cláusula segunda, parágrafo 1º do Protocolo ICMS 41/08.

Observo que conforme apreciado na decisão recorrida o Protocolo ICMS 50/16, acrescentou o § 8º, Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/2008, com efeitos a partir de 29/08/2016:

§ 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 (grifo nosso).

Por sua vez o § 21 do art. 289, instituído por meio do Dec. nº 18.801/2018, com efeitos de 01/01/2019, “*estabeleceu que para o cálculo da MVA ajustada nas saídas interestaduais de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único dos Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, 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, somente será adotada a MVA-ST original (MVA nas operações internas), se o destinatário estiver autorizado pelo titular da inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal” (grifo nosso).

Constato que embora o sujeito passivo tenha juntado com a defesa o CONTRATO DE CONCESSÃO firmado entre a Man Latin e a Bravo Caminhões às fls. 111 a 129, o Parecer nº 37.574/2019, que concedeu a AUTORIZAÇÃO – MVA FIDELIDADE – PROTOCOLOS ICMS 70/2015 e 71/2015, só foi deferido em 21/10/2019, conforme cópia acostada às fls. 167/168.

Consequentemente, tendo as Notas Fiscais-es de nºs 522.327, 522.328, 522.332, 522.333, 522.339, 522.340, 522.341, 522.429, 522.440, 522.441, 522.888, 522.889, 522.890, 522.891, 522.892, 522.893, 522.894, 522.895, 523.203, 523.214 e 523.215, sido emitidos por MAN Latin América Indústria e Comércio de Veículos Ltda. em 23/09/2019 (fls. 27 a 45) destinando mercadorias a Bravo Caminhões e Empreendimentos Ltda, e ação fiscal desencadeada em 27/09/2019 conforme TFD nº 1905988955, lavrado contra a transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, Inscrição Estadual nº 063.235.120 (fl. 16), restou comprovado que no momento da ação fiscal o destinatário não preenchia o requisito legal que autorizasse a aplicação do MVA/FIDELIDADE que só veio a ser deferido em 21/10/2019.

Portanto, restou caracterizada a infração, por não ter a autorização prevista no § 8º, da Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/2008, o que culminou na correção da MVA ajustada aplicável nas operações objeto da autuação, de 94,82% para as alíquotas interestaduais de 7% e 101,10% para as operações cuja tributação ocorreu com a alíquota de 4%, como procedeu a fiscalização.

Ressalte se que tendo sido exigido o valor integral do ICMS-ST de R\$ 34.164,23, na decisão recorrida foi deduzido do montante lançado no auto de infração o que foi lançado nas NFes para evitar cobrança em duplicidade, o que implicou na redução do débito para para R\$ 7.685,62.

Por fim, quanto ao pedido de que as intimações sejam encaminhadas para endereço da sede administrativa da recorrente, localizada no município de São Paulo (fl. 166), observo não haver impedimento, porém o art. 108, § 2º do RPAF/BA (art. 127 do CTN) prevê que a intimação pode ser feita por meio eletrônico, para contribuinte credenciado pela SEFAZ, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), que no caso é o indicado nos dados cadastrais da inscrição como contribuinte substituto (IE 075.932.837 – fl. 18).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232195.0465/19-7**, lavrado contra **MAN LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 7.685,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS