

N. F. Nº - 218905.0188/19-3
NOTIFICADO - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
NOTIFICANTE - WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/11/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0274-02/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS-ST. Destinatário da mercadoria não possuía contrato de fidelidade firmado junto a inspetoria de sua circunscrição para fazer jus a aplicação do percentual da MVA prevista na Clausula Segunda, § 2º, I, “b” do Protocolo ICMS 41/08. Constatada a inexistência da solicitação e autorização da Sefaz-BA. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 03/06/2019, no Posto Fiscal Honorato Viana, para exigir um crédito tributário no valor histórico de R\$ 8.797,31, acrescido de multa e demais acréscimos legais, perfazendo um total de R\$ 14.075,69, em decorrência do cometimento da infração **52.01.04** “*destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota*”.

O enquadramento Legal são artigos 15, 16, 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei nº 7.014/96.

Tipificação da multa: art. 42, inciso II, alínea “f” Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos a “venda de mercadoria (peças para veículos) para contribuinte do Estado da Bahia sem contrato de fidelidade, origem Estado de São Paulo, DANFES nº 2553281, 2553282, 2553283, 2553284, 2553285, 2553286. Lançamento referente ao TFD nº 1905975110, lavrado para a transportadora TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA, Inscrição Estadual nº 064.251.680”.

Foram juntados aos autos: demonstrativo de débito, Termo de Fiel Depositário – TFD, memória de cálculo, consulta de pareceres tributários, DACTE, DANFES das notas fiscais de nº 2553281 a 2553286, dentre outros documentos.

Consta nos autos (fls. 20/35) Requerimento de Liberação de Mercadoria Apreendidas, com anexos comprobatórios da representação legal.

O contribuinte ingressou com defesa (fls. 38/41), através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da impugnação da Notificação Fiscal.

Dos Fatos

Esclareceu que em 03/06/2019, a Superintendência de Administração Tributária - SAT lavrou a Notificação Fiscal em epígrafe, no valor de R\$ 14.075,69, sob a premissa de que a Impugnante havia transportado mercadorias com destaque de ICMS a menor, em notas fiscais que amparavam

o trânsito de mercadoria com destino ao Estado da Bahia, devido a erro na aplicação da alíquota.

Conforme a descrição dos fatos da lavratura, teria ocorrido o trânsito das mercadorias sem a apresentação do contrato de fidelidade firmado entre a Impugnante e a Sotreq S.A., suposto pré-requisito para fruição dos benefícios estabelecidos no Protocolo ICMS nº 41/08.

Chamou atenção que a Impugnante era contribuinte substituto tributário nas vendas para adquirentes localizados no Estado da Bahia, conforme estabelecido em Termo de Acordo firmado com o Governo do Estado. Nesta condição, para fins de recolhimento do tributo devido, aplicava-se em suas operações as regras referentes à base de cálculo estabelecida pelo Prot. ICMS nº 41/08.

Informou, que em paralelo a lavratura da Notificação Fiscal, o Fisco teria barrado o trânsito das mercadorias, para surpresa da Impugnante, que prontamente buscou saber quais os motivos para apreensão, sendo informada de que a legislação da Bahia teria passado a solicitar apresentação do contrato de fidelidade, e a falta do mesmo configurava o cometimento de infração.

Desse modo, para atestar a sua regularidade, a Impugnante protocolou na Sefaz um pedido de apresentação da documentação solicitada, através do processo nº 24009620195, o qual foi apreciado e deferido em 18/06/2019, sendo posteriormente ratificado em 27/06/2019.

Entretanto, ainda que regularizado o ocorrido, a Inspeção de Fiscalização de Grandes Empresas do Setor Comércio e Substituição Tributária - IFEP, intimou a Impugnante a efetuar o pagamento do débito apurado na Notificação Fiscal supracitada, sob pena de eventuais encargos incidentes.

Ciente da lavratura da Notificação Fiscal desde 23/07/2019 (Doc. 02), a Impugnante apresentou, tempestivamente, o Parecer exarado por autoridade da SEFAZ-BA, bem como material comprobatório suficiente para saneamento das irregularidades alegadas.

Dos Fundamentos

Reiterou que na Notificação Fiscal em epígrafe, o Notificante teria aduzido que as Notas Fiscais emitidas pela Impugnante (Doc. 03) continha irregular destaque de ICMS, ocasionado por erro na aplicação de alíquota.

No entanto, era necessário justificar que o montante do tributo declarado na documentação fiscal resultava da utilização de base de cálculo ajustada de acordo com o Protocolo ICMS nº 41/08.

Alertou que era imprescindível fixar que a condição de substituto tributário da Impugnante, nas operações interestaduais com autopeças destinadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia, decorria do Termo de Acordo (Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013), que teria iniciado em 20/09/2013 e se encontrava prorrogado até 31/07/2020 (Doc. 04). Cumprindo-se, portanto, o requisito para fruição do mencionado Protocolo.

Entretanto, o Notificante teria alegado na descrição dos fatos presentes na Notificação, a não apresentação do contrato de fidelidade estabelecido entre a remetente e a adquirente das mercadorias transportadas, Sotreq S.A., motivo este que invalidaria o cálculo de ICMS efetuado pela Impugnante.

Como não constava na Notificação Fiscal o dispositivo legal que obrigava a apresentação do contrato de fidelidade, teria deduzido que o Notificante utilizou como fundamento para autuação a redação da alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da cláusula segunda, do Prot. ICMS nº 41/08, dada pelo Prot. ICMS nº 70/15, vigente à época, a saber:

A alínea “b” do Inciso I do parágrafo segundo da cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, de 4 de abril de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Cláusula segunda

§ 2º

/.....

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”.

A utilização do Prot. ICMS nº 70/15 pelo Fisco da Bahia seria evidenciada no Parecer Final do pedido de apresentação de contrato de fidelidade (Doc. 05). A observar, o campo “Assunto”:

Notava-se, porém, na atual redação do Prot. ICMS nº 41/08, consultada em 31/07/2019, trecho

SS	
GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA	
PARECER FINAL	
Processo nº:	2400&620195
Categoria:	Procedimento Administrativo Fiscal
Tipo:	Autorização
Assunto:	MVA FIDELIDADE- PROTOCOLOS 70/15 e 71/15

diverso do trazido pelo dispositivo:

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.

Tal redação teria passado a vigorar em 29/08/2016, com a publicação do Prot. ICMS nº 50/16, o qual o Estado da Bahia também seria signatário.

Além da alteração anterior, o Prot. ICMS nº 50/16 acrescentou à cláusula segunda do Prot. ICMS nº 41/08 o § 8º:

Cláusula segunda

(...)

§ 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.

Sendo assim, a redação da alínea “b” da cláusula segunda, auxiliada pelo § 8º da mesma cláusula, previa a obrigatoriedade da apresentação do contrato de fidelidade condicionada à vontade do Fisco de cada unidade federada signatária.

Alegou que o RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, ao dispor sobre os regimes de substituição tributária nas operações com autopeças, não mencionava obrigatoriedade de apresentação de contrato de fidelidade, apenas tratava 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.

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.

Desse modo, deveriam ser considerados os seguintes fatos:

I - A Impugnante possuía inscrição estadual, em virtude do supracitado Termo de Acordo que permitia o envio de autopeças para destinatários localizados no Estado da Bahia, sob o regime de recolhimento antecipado do ICMS-ST;

II - A existência de contrato de fidelidade já havia sido informada ao Fisco antes do início das operações, em 2013, conforme constava no pedido de concessão de Termo de Acordo (Doc. 06);

III - Desde a data de apreciação do pedido até início de junho/2019, não teria ocorrido qualquer tipo de solicitação por parte do Fisco para apresentação do referido contrato, e, quando solicitada, a documentação teria sido prontamente fornecida e aceita, consoante parecer final já indicado na impugnação.

Sendo assim, restavam claros os equívocos cometidos pelo Notificante, ao se valer de dispositivo legal ultrapassado para imputar penalidade ao Contribuinte, extrapolando a aplicação dos artigos 105 e 144 do Código Tributário Nacional:

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, (...)

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Seguindo este raciocínio, não existia qualquer previsão legal que permitisse ao Notificante atribuir ultratividade a dispositivo legal anterior ao vigente, para onerar o contribuinte com a majoração de obrigações acessórias.

O mesmo entendimento seria ventilado pelo Jurista e Professor Paulo Caliendo, em sua obra “Curso de Direito Tributário”, cujo trecho da doutrina reproduziu.

Por fim, reiterou que retomada a linha temporal das alterações do Prot. ICMS nº 41/08, não haveria motivos para acatar a interpretação onerosa da legislação exarada pelo Notificante, uma vez que a redação atual do art. 289 do RICMS/BA, instrumentalização do Prot. ICMS nº 41/08, não trazia de forma expressa a exigência da apresentação do contrato de fidelidade como obrigação acessória, logo, restando, portanto, descaracterizada a infração.

Do Pedido

Diante do exposto, requeria a Impugnante o recebimento da peça defensiva, bem como a apreciação de seu inteiro teor, a fim de que fosse extinto o débito tributário consubstanciado na Notificação Fiscal e sanadas quaisquer dúvidas acerca da legalidade de seus procedimentos.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre registrar que a defesa foi exercida dentro do prazo regulamentar. O lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente atendem as formalidades legais e não se inserem em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do lançamento.

O contribuinte compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o direito de ampla defesa, abordando os aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, sustentam suas teses defensivas, tendo exercido, sem qualquer restrição, o contraditório no processo administrativo fiscal.

Trata-se de Notificação Fiscal lavada durante operação realizada no trânsito de mercadorias, cujo contribuinte procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Com base na descrição dos fatos e demais documentos trazidos aos autos, verifica-se que foram comercializados produtos constantes no Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08, destinados a empresa SOTREQ S/A, a qual não possuía contrato de fidelidade firmado junto a inspetoria de sua circunscrição, na forma do disposto pelo art. 289, § 21 e art. 332, III, “g”, 1, do RICMS-BA:

RICMS-BA

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.***

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

I - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo.

O enquadramento Legal da lavratura são os artigos 15, 16, 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas Segunda e Terceira do Protocolo ICMS 41/08, que preveem:

Protocolo ICMS 41/08

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. (...)

§ 2º A MVA-ST original é:

I - 36,56% (trinta e seis inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento), tratando-se de:

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. (...)

Cláusula terceira O valor do imposto retido corresponderá à diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula segunda e o devido pela operação própria realizada pelo contribuinte que efetuar a substituição tributária.

Na impugnação apresentada, o sujeito passivo alegou que o montante do tributo declarado nos documentos fiscais resultava da utilização de base de cálculo ajustada de acordo com o Protocolo ICMS nº 41/08; e que possuía a condição de substituto tributário nas operações interestaduais com autopeças, destinadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia, na forma do Termo de Acordo entabulado com a Sefaz-BA, através do Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, vigente desde 20/09/2013 e prorrogado até 31/07/2020.

Como destaque, consta nos autos (fl. 6) a relação de Pareceres Tributários solicitados junto à Sefaz-BA pelo destinatário das mercadorias, o contribuinte SOTREQ S/A, dentre os quais não se

identifica a autorização prevista pelo art. 289, § 21, do RICMS-BA, vigente a época dos fatos.

Por não terem sido trazidas questões preliminares ao debate, passo a analisar os elementos e provas presentes no processo, nos quais verifica-se que, como alegado, o sujeito passivo possuía Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia, entabulado através do mencionado Parecer GETRI/DITRI nº 23436/2013, o qual lhe atribuía a condição de substituto tributário nas operações interestaduais com autopeças, destinadas à contribuintes localizados no Estado da Bahia.

No entanto, o referido Termo de Acordo não eximia os envolvidos na operação em análise de observar os comandos regulamentares previsto na legislação deste Estado (289, § 21, do RICMS-BA), que dispõe “*somente será adotada a MVA-ST original para o cálculo da MVA ajustada, prevista na alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda dos Prots. ICMS 41/08 e 97/10, se o destinatário estiver autorizado pelo titular da inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal*”.

Para fazer jus a aplicação do percentual da MVA prevista pela Clausula Segunda, § 2º, I, “b” do Protocolo ICMS 41/08, além da existência de Contrato de Fidelidade firmado entre as partes, o destinatário (SOTREQ S/A) era obrigado a estar autorizado pela Sefaz para proceder dessa forma, fato que não foi comprovado nos autos.

Consultando as bases de dados da Sefaz-BA, confirma-se a ausência da referida autorização:

Visualizador de Rotativo

1 de 3

ENC - Informações do Contribuinte

crystal

Processos Tributários

Inscrição Estadual:	198.618.398	CNPJ/CPF:	34.131.336/0017-81
Razão Social:	MOTRBO S.A.		

Número do Processo:	09079420118	Data de Cadastro:	14/10/2011		
Pavão:	0390/2011	Situação:	INDEFERIDO	Data de Criação:	16/05/2011
Tip:	Ação Judicial - Depósito de Valores REXB Art 103 (2, 1 e 3)				
Evento:	EXISTENTE - Depósito de valores Art 103 (2, 1 e 3) aprovado pelo decreto 13.780/12, para recolhimento do REXB Autuação Tributária sob o da 1ª de não subjugação. PELA INDEFERIMENTO.				
Número do Processo:	09041220115	Data de Cadastro:	22/10/2011		
Pavão:	12144/2011	Situação:	DEFERIDO	Data de Criação:	29/05/2011
Tip:	Ação Judicial - Depósito de Valores REXB Art 103 (2, 1 e 3)				
Evento:	EXISTENTE - Depósito de valores Art 103 (2, 1 e 3) aprovado pelo decreto 13.780/12, para recolhimento do REXB Autuação Tributária sob o da 1ª de não subjugação. PELA DEFERIMENTO.				
Número do Processo:	11077730118	Data de Cadastro:	06/06/2011		
Pavão:	20131/2011	Situação:	DEFERIDO	Data de Criação:	09/06/2011
Tip:	Ação Judicial - Condicionamento EPT				
Evento:	Condicionamento de EPT - Período iniciado em 1º de out. de 2011 do REXB Ba. - Condicionamento em caráter intermitente, a partir do mês de Janeiro de 2011. - DEFERIDO.				
Número do Processo:	0401901045	Data de Cadastro:	11/01/2011		
Pavão:	0111/2011	Situação:	DEFERIDO	Data de Criação:	14/01/2011
Tip:	Ação Judicial - Revisão de EPT REXB Art 103 (1)				
Evento:	Ação Judicial para revisão de EPT - Período iniciado em 1º de out. de 2011. Período final: 31/12/2011. PELA DEFERIMENTO.				
Número do Processo:	06069370114	Data de Cadastro:	06/06/2011		
Pavão:	20161/2011	Situação:	DEFERIDO	Data de Criação:	24/10/2011
Tip:	Requisição - Condição de Procedimento Fiscal				
Evento:	Requisição - Condição de procedimento fiscal. - DEFERIMENTO.				
Número do Processo:	34217730118	Data de Cadastro:	16/06/2011		
Pavão:	34217/2011	Situação:	INDEFERIDO	Data de Criação:	17/10/2011
Tip:	Revisão - REXB				
Evento:	Pedido de revisão de valores REXB Art 103. Contribuinte solicita suspensão definitiva para fins de Estudo Socioeconômico de natureza de avaliação. Pela INDEFERIMENTO do pedido em termos de praxe.				
Número do Processo:	01179420118	Data de Cadastro:	26/10/2011		
Pavão:	34217/2011	Situação:	DEFERIDO	Data de Criação:	01/10/2011
Tip:	Cálculo Fiscal - Recurso				
Evento:	Recurso de cálculo fiscal de REXB Art 103 DEC 13/80/12 no valor de R\$146.719,44 - PELA DEFERIMENTO.				

