

N.F. N° - 099883.0394/19-0
NOTIFICADO - FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.10.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0301-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATO DE FIDELIDADE E CONTRATO DE CONCESSÃO. PEÇAS AUTOMOTIVAS. PROT. ICMS 41/08. Apenas o contrato de fidelidade está submetido à condicionante normativa de uma vez apresentado pelo destinatário baiano ao fisco da Bahia, a adoção da MVA reduzida ser admitida somente após ter ocorrido a autorização do Estado. Independe de 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, §2º, do RICMS-BA. Instância única. Notificação Fiscal. **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 19.06.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 11.513,89, mais multa de 60%, no valor de R\$ 6.908,34 perfazendo um total de R\$ 18.422,23 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 nº 7.014/96.

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 das mercadorias auto peças e acessórios listadas no anexo único do Protocolo ICMS 41/08, e Prot. ICMS 97/10, produtos destinados a empresa Fiori Veículo Ltda – Fiori Retiro IE. 120.202.896 – Salvador – Ba, o destinatário não tem contrato de fidelidade firmado junto a inspetoria de sua circunscrição conforme art. 289 § 2, art. 332, III, g1, mercadorias constantes dos DANFE nºs 7565665, 7566468, 7568125, 7568136, 7568240, 7568350, 7568481, 7568957, 7569273, 7569446, 7569783, 7570842, 7571189, 7571244, 7571569, 7571726, 7571978, 757212, 7572387, 7572783, 7572982, 7573235, 7574125, 7574129, 7574228, 7574570, 7555830, 7555831”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos, cópias: do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 949855 (fls. 40 a 42), referentes à Transportadora CEVA Logistics LTDA; 28 DANFES localizados entre às folhas de nºs. 09 a 37, emitidos entre as datas de 01 a 05/06/2019, objetos da notificação procedentes de Minas Gerais.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 09).

Há de registrar a existência do Registro da Notificação Fiscal – Trânsito (fl. 48) e da Intimação da Lavratura emitida pela DAT METRO datada de 16/07/2019, (fl. 49), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 52 a 60), e documentação comprobatória às folhas 61 a 98, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC COMÉRCIO na data de 08.11.2019 (fl. 51).

Em seu arrazoado a Notificada alega nos FATOS que é sociedade empresária que se dedica, entre outras atividades, à “*fabricação de automóveis, camionetas e utilitários*” (CNAE n. 29.10-7-01), produzindo, inclusive, suas partes e peças. No exercício de suas atividades, ela supostamente teria praticado infrações à legislação tributária, em especial às normas previstas no Protocolo ICMS n. 41/08, e segundo a interpretação fazendária, a Impugnante teria recolhido a menor o ICMS-ST devido por ela em relação às autopeças listadas no anexo único do Protocolo ICMS n. 41/08, por ter utilizado a margem de valor agregado (MVA) equivocada para cálculo do imposto devido na condição de substituta tributária.

Acrescenta, todavia, com o devido respeito ao entendimento fazendário, a presente exigência fiscal é descabida, uma vez que a Notificada, nas remessas efetuadas ao Estado da Bahia, observou o disposto no Protocolo ICMS n. 41/08, uma vez que não se encaixa na condição da Cláusula Segunda, § 2º, inc. I, “b”, mas sim na Cláusula Segunda, § 2º, inc. I, “a” do Protocolo.

Assinala, em outras palavras, por ser a Notificada (Fiat Chrysler Automóveis) empresa fabricante de “*veículos automotores*” e as autopeças alienadas para atender índice de fidelidade de compra (cf. art. 8º, da Lei n. 6.729/79), é inaplicável a condicionante prevista no § 8º, da Cláusula Segunda e no art. 289, § 21, do RICMS/12, razão pela qual a MVA adotada nessas operações foi a correta.

Afirma, no DIREITO, a diferença existente entre “*fabricante de veículos automotores*” e “*fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários*”. Essa diferenciação existe e é importante pois, a depender da natureza das atividades desenvolvidas, será o caso de aplicação das disposições da alínea “a”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda ou da alínea “b”, do mesmo dispositivo.

Explica, como se verifica, o Protocolo diferenciou as empresas “fabricantes de veículos automotores”, especificando-as na alínea “a”, de empresas “fabricantes de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários”, regrada segundo a alínea “b” do artigo. Sendo, por conseguinte, a diferença promovida pelo Protocolo é entre aquelas empresas que se dedicam à fabricação de veículos automóveis, tratadas como “*veículos automotores*”, como é o caso da Impugnante, e entre aquelas que se dedicam à produção de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, como ônibus, caminhões, tratores, colheitadeiras, etc., atividades estas que em nada coincidem com aquelas exercidas pela Impugnante.

Ensina, com efeito, que cada uma destas atividades encontra classificação distinta no código CNAE. Enquanto a fabricação de automóveis está classificada no código (29.10-7-01), a atividade de fabricação de veículos agrícolas pode ser encontrada no código n. 28.31-3/00 e a atividade de fabricação de ônibus e caminhões (veículos rodoviários) encontra-se prevista no CNAE 29.20-4/01.

Defende, que partindo dessa distinção, é sabido que a Impugnante é pessoa jurídica que se dedica às atividades de fabricação de automóveis, caminhonetes e utilitários, bem como suas partes e peças (CNAE 29.10-7-01). É evidente, assim, que a MVA do ICMS-ST incidente sobre as autopeças que comercializa é aquela prevista na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS n. 41/08.

Profere, sendo assim, é inaplicável a autorização exigida pelo § 8º da Cláusula Segundo do

Protocolo e pelo art. 289, § 21, do RICMS/12, que se restringe às operações praticadas pelas fabricantes de “veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários”, cuja MVA de 36,56% é aplicável nas operações previstas na alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS n. 41/08. Ou seja, as operações praticadas pela Notificada (Fiat Chrysler Automóveis) não se sujeitam à necessidade de autorização prévia da SEFAZ/BA para aplicação da MVA de 36,56%, conforme entendeu a Autoridade Fiscal quando da lavratura da Notificação ora impugnada.

Assevera, Assim, não subsistir quaisquer dúvidas quanto à correção da aplicação da MVA de 36,56%, conforme expressamente definido pelo Protocolo ICMS n. 41/08 nas operações realizadas pela Impugnante, tendo em vista as atividades a que esta se dedica.

Finaliza requerendo, a procedência desta Impugnação, com o consequente cancelamento da Notificação Fiscal ora questionada, e subsidiariamente, a retificação da Notificação Fiscal para que os valores de ICMS-ST já recolhidos pela Notificada sejam excluídos da exigência fiscal.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

Registrada a presença do defensor da Notificação Fiscal em epígrafe, a Dr Pedro Lucas Debelli Marques, OAB/MG - 110.372, a qual fez sustentação oral, conforme regulamento do CONSEF/SEFAZ.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 0998830394/19-0, lavrada em 19.06.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 11.513,89, mais multa de 60%, no valor de R\$ 6.908,34, perfazendo um total de R\$ 18.422,23, decorrente 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 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 nº 7.014/96.

Em sua defesa, a Notificada, Empresa FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA, afirma que sendo pessoa jurídica que se dedica às atividades de fabricação de automóveis, caminhonetes e utilitários, bem como suas partes e peças (CNAE 29.10-7-01), a MVA do ICMS-ST incidente sobre as autopeças que comercializa é aquela prevista na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/08. Assinala, em outras palavras, por ser a Notificada (Fiat Chrysler Automóveis) empresa fabricante de “veículos automotores” e as autopeças alienadas atendem o índice de fidelidade de compra (cf. art. 8º, da Lei n. 6.729/79), é inaplicável a condicionante prevista no § 8º, da Cláusula Segunda e no art. 289, § 21, do RICMS/12, razão pela qual a MVA adotada nessas operações foi a correta, e não se sujeitam à necessidade de autorização prévia da SEFAZ/BA para aplicação da MVA de 36,56%, conforme entendeu a Autoridade Fiscal quando da lavratura da Notificação ora impugnada.

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifico que as mercadorias objeto deste lançamento, oriundas do Estado de Minas Gerais, 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 nºs. 41/08.

As operações interestaduais com essas mercadorias, realizadas entre os Estados da Bahia e de Minas Gerais, 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 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." Grifei (Nota: A redação atual do § 21 do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19.)

O Cliente da Notificada, cuja a operação foi cotejada na Notificação Fiscal é a Empresa FIORI VEÍCULO LTDA. Esta possui relação jurídica de concessionária com a notificada, conforme contrato de concessão de distribuição juntado aos autos às fls. 92 a 97, no qual chama-se a atenção o item IX.2 da Cláusula IX – PEÇAS E REPOSIÇÃO, ACESSÓRIOS E OUTROS ARTIGOS DESTINADO AO VEÍCULO (fl. 93vs.), onde: "O CONCESSIONÁRIO (como doravante se designará FIORI VEÍCULO LTDA) se obriga a adquirir direta e exclusivamente da FIAT as peças de reposição, acessórios e outros artigos que constem dos catálogos da FIAT."

Ademais a Cláusula IV – DA CONCESSÃO – OUTORGA E OBJETO, em seu item IV.2 estabelece-se a fidelidade e exclusividade da Empresa FIORI VEÍCULO LTDA perante a FIAT AUTOMÓVEIS S.A, onde tem-se: " Ao CONCESSIONÁRIO não é permitido, sem autorização escrita da FIAT, o exercício de atividades que envolvam comércio, a promoção e assistência técnica de quaisquer produtos, principalmente similares ou concorrentes, ressalvado o comércio de veículos usados de outras marcas e recebidos em pagamento do preço de veículos produzidos pela FIAT.

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, no caso 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" (sic.), 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.

No mérito a Notificada assevera que consoante ao que dispõe o inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/2008 que existe a possibilidade da utilização da MVA/ST original de 36,56 % em duas hipóteses e que somente é exigido a autorização da Inspetoria Fazendária na alínea "b" deste inciso I, ou seja, no caso de saída de estabelecimento fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cujas distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, enquadrando-se a Notificada na alíneas "a" uma vez que fabrica veículos automotores.

Note-se que, pelo Prot. ICMS 41/08, não há exigência de autorização com o fito do destinatário usar a MVA menor se entre este e o remetente da mercadoria houver relação jurídica de concessão, nos moldes da lei federal atrás mencionada, no qual se preveja ou se possa prever índice de fidelidade.

Ressalta-se que o requisito a ser observado, de que esteja autorizado pelo titular da Inspetoria Fiscal de seu domicílio fiscal, para fruição do benefício de se utilizar-se da MVA menor previsto na cláusula 2^a, § 1º, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS 41/2008 refere-se à distribuição a ser efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade.

Portanto, não há necessidade do destinatário alcançado pela ação de trânsito a Empresa FIAT VEÍCULO LTDA. solicitar autorização do fisco baiano para poder utilizar a margem de agregação minorada, visto que não possui contrato de fidelidade e sim contrato de concessão junto à notificada, podendo esta, nestes casos, independente de prévia aquiescência do Estado da Bahia, praticar a MVA que praticou.

Conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas normas, tendo em vista que a Notificada poder-se-ia utilizar-se da MVA original de 36,56% para o cálculo da MVA ajustada.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **099883.0394/19-0**, lavrado contra **FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR