

A. I. Nº - 281066.0036/22-2
AUTUADO - CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.
AUTUANTES - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-05/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NO CAD-ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS DE MERCADORIAS A EMPRESAS SITUADAS NA BAHIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE IMPOSTO A MENOS. OPERAÇÕES REGIDAS PELO PROTOCOLO ICMS nº 41/2008. Nas operações interestaduais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao vendedor reter e recolher a favor da Bahia o ICMS-ST relativo às operações internas subsequentes, devendo recolher o ICMS-ST através de GNRE até o dia 9 do mês subsequente ao da operação, conforme art. 332, inc. XIV do RICMS/2012. O ICMS-ST deve ser calculado utilizando a MVA original, no caso do remetente ser empresa fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra, cabendo a exigência de autorização da SEFAZ nos casos de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, art. 289, § 21 do RICMS/2012. A autuada procedeu remessa das mercadorias para empresas que não detinham autorização da SEFAZ-BA, para utilizar a MVA original no cálculo da MVA ajustada ao percentual previsto na Cláusula segunda, § 2º, inc. I do Protocolo ICMS 41/08. Pedido de exclusão da penalidade pecuniária sustentado na inconstitucionalidade da cobrança não acolhido. Impossibilidade de o órgão julgador administrativo negar ou deixar de aplicar norma vigente no ordenamento jurídico estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/05/2022 para exigir ICMS no valor principal de **R\$ 861.602,28**, contendo a imputação fiscal a seguir descrita:

Infração 01 – 008.031.002 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Efetuou a retenção a menor do ICMS-ST nas vendas dos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo ICMS 41/08. Fatos geradores relativos aos meses de junho a dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018, 2019 e 2020 e meses de janeiro, fevereiro, março, agosto, setembro, outubro de novembro de 2021. Valor lançado acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 e demais consectários legais.

Documentos que compõem a peça de lançamento (fls. 06/27): Ordem de Serviço; Termo de Início de Fiscalização; Demonstrativo Geral da Infração 01 – ICMS-ST retido menor; Anexo 01.1 –

Demonstrativo Detalhado da Infração 01; Anexo 02 – Arquivos Eletrônicos gravados em mídia digital.

Contribuinte notificado do lançamento através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), ingressa com defesa administrativa por meio da petição inserida entre as fls. 34 a 46 dos autos, subscrita por advogados.

Após destacar a tempestividade da peça impugnatória e fazer um resumo dos fatos que serviram de base para a autuação fiscal, o contribuinte discorreu que o suposto recolhimento a menor do ICMS incidiu sobre operações de venda de autopeças, realizadas pelo estabelecimento da Impugnante, em Sorocaba/SP, para adquirentes, localizados em Salvador/BA, submetidas à sistemática da substituição tributária, por força do Protocolo ICMS nº 41/2008. As operações autuadas foram acobertadas por Notas Fiscais emitidas nos períodos de junho de 2017 a março de 2021 e agosto a novembro de 2021.

Passou na sequência a expor o seu entendimento visando demonstrar a **improcedência da exigência fiscal**, visto que o cálculo realizado pela Fiscalização **desconsiderou a aplicação da MVA reduzida** prevista no Protocolo ICMS nº 41/2008, tendo em vista que a Impugnante possui contratos de fidelidade com as concessionárias adquirentes das mercadorias.

A Impugnante é pessoa jurídica de direito privado, cujo ramo de atuação é o setor automobilístico, tendo como principais atividades a produção, importação, exportação e venda de veículos, de carga e de passageiros, motores, componentes, peças de reposição e acessórios; a fabricação de máquinas e equipamentos para terraplanagem, pavimentação e construção, fabricação de tratores, máquinas e equipamentos para a agricultura e pecuária, dentre outras.

No período de junho de 2017 a novembro de 2021, realizou vendas de partes e peças de máquinas agrícolas para concessionárias localizada em Salvador/BA, tendo por destinatários: **GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMOTORES LTDA.**, **GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA.** e **POSSOLI AUTOMOTORES LTDA**, recolhendo o ICMS devido por substituição tributária nos termos do art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, norma transcrita na peça defensiva.

A **GALLOTTI TRUCKS BA COMERCIO DE AUTOMOTORES LTDA.** (CNPJ nº 32.206.016/0001-41), a **GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA.** (CNPJ nº 00.664.472/000149), e, a **POSSOLI AUTOMOTORES LTDA.** (CNPJ nº 21.602.804/0001-30) **são distribuidoras de máquinas, equipamentos e peças de reposição de fabricação da Impugnante. Toma-se como exemplo o contrato firmado entre a fabricante e a primeira concessionária em 2018:**

CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Nova Lima/MG, na Rua Senador Milton Campos n.º 175, 8º Andar, Parte, CEP: 34.006.050, Bairro Vila da Serra, inscrita no CNPJ n.º 01.844.555/0001-82 e filiais nas cidades de: Contagem/MG, Av. General David Sarnoff, n.º 2.237, CNPJ n.º 01.844.555/0020-45, Sorocaba/SP, na Av. Jerome Case, 1801, CNPJ n.º 01.844.555/0026-30, e Curitiba/PR, Av. Juscelino K. de Oliveira, n.º 11825, CNPJ n.º 01.844.555/0023-98, neste ato representada por seus representantes legais, doravante denominada simplesmente ("**CNHI**"); e

GALLOTTI TRUCKS BA COMERCIO DE AUTOMOTORES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Cidade de Salvador, Estado da Bahia, na Rod. BR 324, s/n, km 6,5, bairro Porto Seco Pirajá, CEP: 41.233.030, inscrita no CNPJ n.º 32.206.016/0001-41, e filial na cidade de Feira de Santana, na Avenida Deputado Luís Eduardo Magalhães, s/n, Rodovia BR 324, KM 98, bairro Humildes, CEP: 44.135-000, inscrita no CNPJ nº 32.206.016/0002-22, neste ato representada por seu administrador Sr. **RICARDO GALLOTTI LIMA**, brasileiro, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, arquiteto, portador do RG nº 1.120.106 SSP-SE e inscrito no CPF nº 907.471.515-04, residente e domiciliado na Av. Deputado Sílvio Teixeira, nº 184, Ed. Mansão do Parque, apto 401, Bairro Jardins; doravante denominado simplesmente ("**CONCESSIONÁRIO**");

No referido contrato de concessão é possível identificar a obrigação da concessionária **de comercializar peças e acessórios exclusivamente da Impugnante.**

4.1.4 Ao **CONCESSIONÁRIO** não é permitido, sem autorização prévia e por escrito da **CNHI**, o exercício de atividades que envolvam o comércio, promoção e assistência técnica de quaisquer outros produtos, principalmente similares e/ou concorrentes aos **PRODUTOS** objeto deste **CONTRATO DE CONCESSÃO**, ressalvado o comércio de produtos equipamentos usados de outras marcas recebidos em parte do pagamento pela venda dos **PRODUTOS**.

Por se tratar de operações envolvendo concessionárias da Impugnante e que, portanto, foram realizadas para atender a índice de fidelidade previsto em contrato de distribuição, a MVA-ST original utilizada na apuração da base de cálculo do ICMS-ST foi de **36,56%**, prevista na alínea “b” do inciso I do §2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, “*in verbis*”:

“§ 2º A MVA-ST original é:

I - 36,56% (trinta e seis inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento), *tratandose 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.” – Destacou-se.

Ponderou a defesa que a Fiscalização Estadual em momento algum esclareceu qual seria a irregularidade cometida pela Impugnante que, ao recolher o ICMS/ST para o Estado da Bahia, adotou a base de cálculo prevista nas **Cláusula Segunda, §2º, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS nº 41/2008 e do RICMS/BA**, considerando que possui com os adquirentes baianos contrato de distribuição (**Doc. 04**), para comercialização com exclusividade das máquinas agrícolas e peças de reposição produzidas pela empresa autuada, razão pela qual se impõe o cancelamento do crédito tributário.

Ressaltou ainda que a legislação estadual que internalizou o Protocolo ICMS nº 41/2008 prevê a adoção da MVA reduzida nos casos de existência de contrato de fidelidade entre o fabricante e o distribuidor local, nos termos do Anexo I do Regulamento do ICMS. Confira-se:

ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

Nota: Modificações promovidas pelos:

Decreto nº 18.800, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19.

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
1.0			PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES:			
1.1			Ver o Anexo II do Conv. ICMS 52/17 (CEST), de 07/04/2017. Nota: 1) em relação ao Prot. ICMS 41/08, verificar a relação de produtos alcançados no seu Anexo Único; 2) em relação ao Prot. ICMS 97/10, se aplica a todas as peças, partes e acessórios para veículos automotores.	Prot. ICMS 41/08 – AC, AL, AM, AP, BA, DF, ES, MA, MG, MT, PA, PB, PR, PI, RJ, RR, RS, SC e SP	Nas saídas do fabricante para índice e contrato de fidelidade: 59,88% (Alíq. 4%) 54,88% (Alíq. 7%) 46,55% (Alíq. 12%)	Nas saídas do fabricante para índice e contrato de fidelidade: 36,56%
				Prot. ICMS 97/10 – AC, AL, AP, BA, ES, MA, MT, PA, PB, PR, PE, PI, RJ, RN, RR, SC, SE, TO	Nos demais casos: 101,11% (Alíq. 4%) 94,82% (Alíq. 7%) 84,35% (Alíq. 12%)	Nos demais casos: 71,78%

Com base na legislação acima destacada, a Impugnante calculou e recolheu corretamente o ICMS/ST devido ao Estado da Bahia, conforme demonstrativos de apuração anexos (**DOC. 05 – em CD**).

Reiterou o contribuinte que diante dos Contratos de Distribuição firmados entre a Impugnante e os adquirentes envolvidos nas operações autuadas, restou comprovado que as operações de vendas, objeto da presente autuação, foram realizadas em atenção ao índice de fidelidade nele previsto, sendo correta a aplicação da MVA reduzida para apurar a base de cálculo do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia nos termos da Cláusula Segunda, §2º, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS nº 41/2008 e Anexo I, item 1.0, do RICMS/BA. Afirmou não ser qualquer outra interpretação, pois a disposição constante na alínea “b”, do inciso I, do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008 é expressa no sentido de que a **MVA-ST será de 36,56% no caso de “saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade”**.

O Anexo I, item 1.1, do RICMS/BA, por sua vez, orienta que, no caso, a MVA-ST ajustada, considerando a alíquota interestadual de 7%, corresponde a **54,88%** do valor da operação, **quando há contrato de fidelidade entre as partes**. Confira-se, como exemplo, o demonstrativo abaixo referente ao item de NCM nº 39173100 da Nota Fiscal nº 452798:

CÁLCULO ST NORMAL			
VALOR MERCADORIA	21,04		
VALOR IPI	1,05		
% ICMS ORIGEM OU CT	7,00%		
% ICMS DESTINO OU CT	18,00%		
MVA	54,88%	<=	
Redução op. Interna emitente	0,00%	<=	
Redução op. Interna destino	0,00%	<=	
CÁLCULO ST COM REDUÇÃO			
BC ICMS PRÓPRIO	VALOR ICMS	BC ICMS-ST	VR ICMS-ST
21,04	0,84	44,43	7,15

Considerando que os Contratos de Distribuição em vigor preveem o atendimento, pela distribuidora, de índice de fidelidade, não resta dúvida quanto à correção do recolhimento efetuado pela Impugnante.

Diante do exposto, **restando demonstrado que as operações autuadas foram realizadas mediante contratos de distribuição que preveem o atendimento a índice de fidelidade, aplica-se a MVA-ST de 36,56%** prevista na alínea “b”, do inciso I, do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008 e Anexo I, item 1.1, do RICMS/BA, motivo pelo qual se impõe o **cancelamento da exigência fiscal, reconhecendo que o imposto estadual foi calculado e recolhido corretamente pela Impugnante**.

Em razões subsidiárias, caso eventualmente, se entenda devido o valor do ICMS-ST exigido no presente Auto de Infração, pede a defesa que o lançamento seja reformulado, haja vista que o valor exigido a título de multa (60% sobre o valor do imposto apurado) não está em consonância com o ordenamento jurídico, tendo em vista que o montante exacerbado da penalidade implica inconstitucional efeito confiscatório.

Fundamenta o referido pedido nas disposições do art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios, em lições de doutrina extraídas do livro do “Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da Jurisprudência”, do jurista gaúcho, Leandro Paulsen; e em decisões originárias Superior Tribunal Federal (STF): RE nº 523.471-Agr, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e RE nº 754.554, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

Ao finalizar a peça defensiva, no tópico “**PEDIDOS**”, o contribuinte apresentou a síntese do que postula neste processo, requerendo:

1 – que seja julgada procedente a presente Impugnação para cancelar integralmente o crédito tributário objeto do Auto de Infração nº 0998830740/188, uma vez demonstrado que às operações autuadas aplica-se a MVA-ST de 36,56% prevista na alínea “b” do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, pois foram realizadas para atender o índice de fidelidade, formalmente pactuado nos Contratos de Distribuição firmados entre a Impugnante e os adquirentes das autopeças;

2 - Na improvável hipótese de não ser deferido o pedido acima, pede seja cancelada a penalidade aplicada ou, quando menos, a sua redução, tendo em vista o seu nítido caráter confiscatório e desproporcional.

Documentos juntados na peça defensiva (fls. 49 a 276): instrumentos de representação habilitando os advogados subscritores da inicial a atuar no presente processo administrativo; documentos de identificação dos advogados e atos constitutivos da empresa autuada, registrados na Junta Comercial; cópia do Auto de Infração e Termos lavrados na ação fiscal; cópias dos contratos de concessão e correspondentes manuais de garantia, firmados entre a CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA e as empresas GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMOTORES LTDA. (CNPJ nº 32.206.016/0001-41), a GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA. (CNPJ nº 00.664.472/000149) e a POSSOLI AUTOMOTORES LTDA. (CNPJ nº 21.602.804/0001-30); mídia digital contendo os arquivos da defesa em formato eletrônico.

INFORMAÇÃO FISCAL prestada pelas autuantes através da peça processual juntada aos autos entre as fls. 282 a 285, subscrita em 15/08/2022.

Inicialmente destacaram que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Ao rebaterem os argumentos da defesa afirmaram que o Protocolo ICMS nº 41/08 é bem específico quanto a necessidade de ser firmado termo de fidelidade, com autorização do fisco de localização do estabelecimento destinatário, conforme transcrição abaixo, referente à Cláusula Primeira da citada norma:

§ 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.

Considerando que a empresa autuada se encaixa no item II do § 4º, Cláusula Primeira, do Protocolo acima referenciado, fica explícito que a utilização da MVA original está condicionada a existência de Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ BA. Todas as empresas que constam das notas fiscais dos débitos apontados no Auto de Infração, não possuíam à época da ocorrência dos fatos apurados na ação fiscal Termos de Fidelidade assinados com a SEFAZ BA ou assinaram posteriormente ao período autuado, não podendo, portanto, utilizar a MVA original.

As empresas são as seguintes:

Gallotti Trucks BA Comércio de Automotores – CNPJ 32.206.016/0001-41 e Inscrição Estadual 153.945.337 – Termo de Fidelidade assinado a partir de 17/10/2019 e renovado em

09/03/2021. Anexo 01 Informação Fiscal (Termo de Fidelidade Gallotti Trucks BA Comércio de Automóveis – Inscrição Estadual – 153.945.337);

Gallotti Trucks BA Comércio de Automotores – CNPJ 32.206.016/0002-22 e Inscrição Estadual 154.041.456 – Termo de Fidelidade assinado a partir de 09/03/2021. Anexo 01 Informação Fiscal (Termo de Fidelidade Gallotti Trucks BA Comércio de Automóveis – Inscrição Estadual – 154.041.456);

Gallotti Trucks BA Comércio de Automotores – CNPJ 32.206.016/0003-03 e Inscrição Estadual 179.777.700 – Não possui Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ BA;

Giovanuci Giovanuci Ltda , CNPJ 00.664.472/0001-49 e Inscrição Estadual 42.033.323 – Não possui Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ BA;

Possolli Automotores Ltda, CNPJ 021.602.804/0001-30 e Inscrição Estadual 121.715.058 – Não possui Termo de Fidelidade assinado com a Sefaz/BA.

No que tange às multas aplicadas no Auto de Infração, em que a autuada pede o cancelamento ou a redução dessas imposições, frisaram não caber às autoridades fiscais discorrer acerca da legalidade dessa cobrança por ser obrigação imposta na lei a todos que deixam de recolher corretamente os tributos devidos ao erário estadual.

Ao finalizarem a peça informativa formularam pedido pela **PROCEDÊNCIA TOTAL** do Auto de Infração.

Documentos juntados na Informação Fiscal (fls. 286 a 290): cópias reprográficas dos Pareceres Tributários nº 43110520192, de 16/10/2019, e nº 00754020215, de 09/03/2021, autorizando a empresa **Gallotti Trucks BA Comércio de Automotores – CNPJ 32.206.016/0001-41 - Inscrição Estadual 153.945.337 e CNPJ 32.206.016/0002-22 - Inscrição Estadual 154.041.456**, a utilizar a MVA-Original, estabelecida na alínea “b”, do inc. I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/2008 e suas alterações posteriores, alcançando as saídas interestaduais de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único do referido Protocolo em operações realizadas de estabelecimento 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. Contrato de Fidelidade realizado com a empresa **CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA, CNPJ nº 01.844.555/0001-82** (cópia anexa ao processo).

O presente PAF foi distribuído para esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal sob responsabilidade de minha relatoria. Em despacho exarado à fl. 292 deste PAF, datado de 30/11/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Pautado o processo para julgamento no dia 13/12/2022, o colegiado deste 5ª JJF deliberou pela transferência do julgamento para a pauta do dia 15/12/2022, a pedido da defesa, oportunizando ao contribuinte apresentar memoriais visando demonstrar, em planilha específica, o cumprimento das exigências do Protocolo ICMS nº 14/2008, especialmente no que se refere à correta quantificação da base imponível nas operações de remessa de mercadorias para contribuintes localizados neste Estado que já possuíam termo autorizativo com o fisco baiano para uso da MVA reduzida.

Memoriais elaborados pela defesa, anexados ao PAF entre as fls. 295 a 296.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal relacionada a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas (saídas interestaduais) para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

As operações objeto do lançamento de ofício envolveram remessas do estabelecimento autuado, situado em São Paulo, para contribuintes revendedores, localizados neste Estado (Bahia), de mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais listadas no Anexo 01.1 do Auto de Infração, no período entre 31/06/2017 a 30/11/2021, sendo que a retenção do imposto tem previsão em Acordo Interestadual, firmado através do Protocolo ICMS nº 41/2008.

De início, cabe destacar que não foram suscitadas nulidades do procedimento fiscal. Nenhuma desconformidade ou vício formal foram apurados por esta Relatoria na fase de instrução do feito. Assegurados ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. Auto de Infração lavrado em conformidade com os requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99, notadamente, a correta identificação do sujeito passivo; a descrição do fato considerado infração, de forma clara e sucinta; a indicação dos dispositivos considerados infringidos; e, a multa aplicável, além da identificação e assinatura das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento.

Cabe-nos, portanto, adentrar no mérito da acusação fiscal, conforme descritivo exposto na peça inaugural deste processo.

As autuantes esclareceram durante o trâmite processual que a cobrança do ICMS-ST, deve-se também à falta de observância ao estabelecido no art. 289, § 21, do Decreto Estadual de nº 13.780/12 (RICMS-BA), 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, por sua vez, 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.

Complementou seus argumentos, informando que as destinatárias das mercadorias são concessionárias devidamente autorizadas, para atuar no Estado da Bahia, conforme estipulado no Contrato de Concessão e de Uso da Marca, demonstrando a fidelidade das mesmas nas aquisições de veículos, máquinas, equipamentos agrícolas ou rodoviários e de peças de reposição, partes e componentes, fabricados pela impugnante, tudo em conformidade com a norma positivada no art. 82 da Lei Federal nº 6.729/79 – denominada de **Lei Renato Ferrari**. Nessas circunstâncias argumenta que a MVA aplicável, correspondente a alíquota interestadual de 7%, é de 54,88% sobre o valor da operação, considerando a existência de contrato de fidelidade entre as partes envolvidas na transação comercial.

A questão central desta lide, portanto, consiste na determinação do valor do ICMS-ST a ser retido e recolhido pela autuada, na qualidade de responsável tributário, nas remessas de mercadorias listadas no Anexo Único do Protocolo ICMS nº 41/2008, para suas concessionárias localizadas no Estado da Bahia, em operações procedentes da unidade fabril da impugnante em São Paulo, 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 concreto.

Verifico que a empresa autuada é inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, sob o nº 083.399.332, desde 10/07/2009, na condição de SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, exercendo a atividade econômica principal o CNAE 29.49-2-99 – FABRICAÇÃO DE OUTRAS PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE, e atividade secundária sob o CNAE 45.11-1-03- COMÉRCIO POR ATACADO DE AUTOMÓVEIS, CAMIONETAS E UTILITÁRIOS NOVOS E USADOS. O estabelecimento autuado, conforme já mencionado linhas acima, está localizado no Estado de São Paulo, no município de Sorocaba, inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, sob o nº 01.844.555/0012-35.

A autuação exige o ICMS-ST integral, adotando para o cálculo do tributo a MVA original, prevista no Anexo 1 do RICMS/2012, estabelecida no percentual de 94,82%, para as operações sujeitas à alíquota interestadual de 7%, ou, o percentual de 101,10%, para as operações submetidas à alíquota de 4%, tudo conforme demonstrativo que compõem os anexos ao A.I., sendo que o imposto apurado totalizou o montante principal de R\$ 861.602,28.

A autuada efetuou os cálculos do ICMS-ST utilizando a MVA ajustada, conforme previsão contida na Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/2008, aplicando a fórmula prevista no § 1º, da referida Cláusula, que estabeleceu a MVA ajustada de 54,88%, para as operações sujeitas à alíquota interestadual de 7%; e a MVA ajustada de 59,88%, para as operações sujeitas a alíquota interestadual de 4%.

O Protocolo ICMS 41/2008, 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 sua Cláusula primeira que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no seu Anexo Único, 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, em relação às operações subsequentes.

Com efeitos a partir de 01/05/2011, o Protocolo ICMS 05/2011, introduziu o § 1º, do Protocolo 41/08, cuja redação vigente transcrevo abaixo:

§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 diferenciações 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, por sua vez, encontra-se definida na Cláusula segunda, a seguir transcrita:

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 geradores deste Auto de Infração, 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, 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%.

Oportuno registrar, entretanto, 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, a partir do regramento firmado pelo Protocolo ICMS nº 50/16, inseriu o § 21, ao art. 289, através do Decreto nº 16.434, de 26/11/2015, com efeitos de 01/01/2016 a 31/12/2018, 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.

Posteriormente, o referido dispositivo regulamentar sofreu nova alteração, por meio do Decreto 18.801, de 21/12/2018, com efeitos de 01/01/2019 a 31/12/2019, estabelecendo que 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”.*

Por fim, o mesmo dispositivo regulamentar foi objeto de nova alteração na sua redação, através do Decreto nº 19.367, de 12/12/19, efeitos a partir de 01/01/20, com a seguinte redação, vigente até a presente data: *“§ 21. 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 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”.*

Portanto, as alterações no Protocolo ICMS 41/08, modificaram a Cláusula segunda, § 2º, inc. I, alínea “b”, 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”, questão que ficou a critério de cada unidade federada definir a exigibilidade de prévia anuência do fisco em sua legislação interna.

No presente caso, tratando-se de operações promovidas por estabelecimento fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, e de peças e partes, cuja distribuição é efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, para utilização da MVA ajustada nos percentuais reduzidos, previstos no Protocolo ICMS 41/2008, 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, nas diversas redações dadas a esse dispositivo desde 01/01/2016.

Verifico, no caso concreto, que somente dois estabelecimentos empresariais, destinatários dos produtos fabricados pela empresa autuada, obtiveram da SEFAZ-BA AUTORIZAÇÃO – MVA FIDELIDADE – PROTOCOLOS ICMS 70/2015 e 71/2015. Refiro-me à empresa GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA, inscrição estadual-Ba nº 153.945.337, mediante Parecer Tributário nº 0437574/2019, efeitos a partir de 17/10/2019, renovado em 09/03/2021, e, a inscrição estadual nº 154.041.456, através do Parecer Tributário nº 00754020215, efeitos a partir de 09/03/2021.

Cabe ainda destacar, que em relação aos períodos mensais em que os estabelecimentos da GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA, destinatários das mercadorias fabricadas pela autuada, passaram a ter a anuência do fisco baiano para a utilização das MVAs reduzidas, não houve cobrança neste Auto de Infração de diferenças de ICMS-ST nas respectivas operações de remessas de mercadorias para este Estado.

Logo, o lançamento tributário, alcançou tão somente períodos mensais em que os estabelecimentos das empresas destinatárias acima referenciadas não estavam autorizadas pelo fisco baiano para usufruir do benefício da carga tributária reduzida, através da aplicação das MVAs de 54,88% (Alíq. 7%) e 59,88% (Alíq. 4%), previstas no Anexo I, do RICMS-Ba.

Nessa mesma situação se encontram as operações de remessa de mercadorias listadas no Protocolo ICMS nº 41/2008, promovidas pela autuada para os seguintes contribuintes:

Gallotti Trucks BA Comércio de Automotores – CNPJ 32.206.016/0003-03 e Inscrição Estadual 179.777.700 – pois não possui Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ BA;

Giovanuci Giovanuci Ltda , CNPJ 00.664.472/0001-49 e Inscrição Estadual 42.033.323 – pois não possui Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ BA;

Possolli Automotores Ltda, CNPJ 021.602.804/0001-30 e Inscrição Estadual 121.715.058 – pois não possui Termo de Fidelidade assinado com a Sefaz/BA.

Assim sendo, na data de ocorrência dos fatos geradores, entre 30/06/2017 a 30/11/2021, a cobrança do ICMS-ST recaiu tão somente sobre as operações destinadas aos estabelecimentos revendedores dos produtos fabricados pela autuada que não possuíam a autorização exigida no §8º, da Cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, c/c o 289, § 21 do RICMS/BA-2012. Ou seja, a MVA ajustada, que deveria ter sido utilizada nas referidas operações, conforme as normas retro citadas, é de 94,82% para a alíquota interestadual de 7% e 101,10%, para as operações cuja tributação ocorreram sob a alíquota de 4%, ao invés de 54,88% (Alíq. 7%) e 59,88% (Alíq. 4%).

Do exame dos fatos concluo que a empresa autuada adotou MVAs menores e conseqüentemente efetuou a retenção do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia em valores inferiores aos devidos. Não foram cumpridas, portanto, exigências normativas inafastáveis para que o contribuinte pudesse

recolher o ICMS-ST devido ao erário baiano com a aplicação de carga tributária reduzida. Correta a apuração do imposto realizada pelas autoridades fiscais.

Argumentos defensivos de mérito rejeitados.

Passaremos, doravante, a examinar, o pedido subsidiário da defesa direcionado no sentido de afastar a penalidade lançada no Auto de Infração ou a menos reduzi-la a patamar menos gravoso.

A penalidade 60% do valor do imposto decorre de expressa disposição da legislação do ICMS – Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, “e”. O contribuinte sustenta que referida penalidade, no patamar estabelecido na lei ordinária estadual viola o art. 150, inc. IV, da Constituição, que veda a utilização de tributo que possua efeito confiscatório. Apresenta precedentes judiciais acerca dessa questão cujas ementas reproduz na Manifestação defensiva. Cita trechos de doutrina.

Por disposição também expressa da legislação processual é vedado aos órgãos de julgamento administrativo decretar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário, razão pela qual o pedido empresarial não pode ser acolhido na seara administrativa. Assim dispõe o art. 167, incisos II e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). Essa questão somente poderá ser apreciada através do manejo, pelo contribuinte, das ações cabíveis perante o Poder Judiciário.

Conclusão: o pedido de exclusão ou adequação das penalidades não pode ser acolhido na esfera administrativa, pois é matéria que está fora da competência deste órgão julgador.

Por outro lado, a Lei do ICMS do Estado da Bahia estabelece que o contribuinte pode se beneficiar da redução da penalidade pecuniária, segundo a graduação, em percentuais, de acordo com o estabelecido no art. 45 e 45-B da referida norma legal, cujo conteúdo se encontra reproduzido no corpo do Auto de Infração.

Considerando o acima exposto, nosso voto é pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0036/22-2**, lavrado contra **CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, a efetuar o pagamento do imposto no valor principal de **R\$ 861.602,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR