

A. I. N º - 281066.0037/22-9
AUTUADO - CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.
AUTUANTES - VERA LÚCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0254-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES SUBMETIDAS AO PROTOCOLO ICMS nº 41/2008. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Impossibilidade, no presente caso, de utilização da MVA original no percentual de 36,56%, prevista na alínea “b” do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, tendo em vista que não foi observado pelo remetente o estabelecido no § 8º da Cláusula segunda, da referido Protocolo, e, também, o contido no art. 289, § 21 do RICMS/BA que estabelece que “*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*”. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 135.737,97, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, decorrente da seguinte imputação: **Infração 01 – 008.031.003**: “*Deixou de proceder a retenção 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. Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 41/08*”.

O autuado, por intermédio de seus Patronos, ingressou com Impugnação Parcial ao presente lançamento, citando que a exigência fiscal é parcialmente improcedente visto que o cálculo realizado pelas autuantes desconsidera a aplicação da MVA reduzida prevista no Protocolo ICMS nº 41/2008, tendo em vista possuir contratos de fidelidade com as concessionárias adquirentes das mercadorias.

Disse que nos períodos de dezembro de 2018 e julho a setembro de 2021, realizou vendas de partes e peças de máquinas agrícolas para concessionárias localizadas em Salvador/BA (GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMOTORES LTDA, e GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA.), sendo o ICMS devido por substituição tributária nos termos do art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96.

Observou que as empresas GALLOTTI TRUCKS BA COMÉRCIO DE AUTOMOTORES LTDA. (CNPJ nº 32.206.016/0001-41) e a GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA. (CNPJ nº 00.664.472/0001-49) são distribuidoras de máquinas, equipamentos e peças de reposição de sua fabricação, tomando como exemplo o contrato firmado entre a fabricante e a primeira concessionária em 2018, cuja inicial transcreveu, acrescentando que no referido contrato de concessão é possível identificar a obrigação da concessionária de comercializar peças e acessórios exclusivamente de sua fabricação.

Aduziu que por se tratar de operações envolvendo concessionárias e que, portanto, foram realizadas para atender a índice de fidelidade previsto em contrato de distribuição, na apuração da base de cálculo do ICMS-ST deveria ter sido utilizada a MVA ST original de 36,56%, prevista na

alínea “b” do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008:

“§ 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”.

Observou que, por um equívoco, deixou de proceder ao recolhimento do ICMS-ST incidente sobre as operações autuadas, razão pela qual reconhece que é devido parte do crédito tributário exigido. No entanto, o cálculo efetuado pelas autuantes desconsidera a redução da MVA-ST incidente sobre as operações, nos termos da 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 por ela produzidas, razão pela qual se impõe a reformulação do crédito.

Ressaltou 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:

“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”.

Sustentou que diante dos Contratos de Distribuição firmados, resta comprovado que essas vendas 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, não sendo possível qualquer outra interpretação, justamente porque 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”*.

Já 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, apontando exemplo de cálculo, fl. 44, o demonstrativo referente ao item de NCM nº 84219999 da Nota Fiscal nº 514082.

Pontuou que em relação ao período autuado, ao realizar o cálculo do ICMS-ST devido sem considerar a redução da MVA-ST, as autuantes exigiram o total de R\$ 26.979,46 para as operações ocorridas em dezembro de 2018 e de R\$ 108.758,51 para o período de julho a setembro de 2021, no entanto, conforme cálculo que realizou, (DOC. 05 – em CD), o crédito tributário deverá ser reformulado, considerando-se a aplicação da MVA de 36,56%, sendo devido para o exercício de 2018 R\$ 20.465,79 e para 2021 R\$ 83.018,19, totalizando o débito na quantia de R\$ 103.483,98.

Com base nestes argumentos sustentou que restando demonstrado que as operações autuadas foram realizadas mediante contratos de distribuição que preveem o atendimento a índice de fidelidade, requereu seja reformulada a exigência fiscal, com a aplicação da 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.

Passou a sustentar o que intitulou como “CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA”, tendo em vista que o valor exigido a título de multa (60% sobre o valor do imposto apurado) não está em consonância com o ordenamento jurídico, já que o montante exacerbado da penalidade implica inconstitucional efeito confiscatório.

Teceu uma série de argumentos jurídicos para embasar seus argumentos, reproduziu ementas de julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal, citou doutrina, para concluir mencionando que no presente caso está sendo aplicada multa em valor equivalente a 60% do montante constituído a título de principal, imperiosa se torna a revisão das punições aplicadas. Sendo assim, deve ser determinada, a exclusão do valor exigido a título de multa ou a sua redução, de modo que o lançamento possa se adequar à vedação do efeito confiscatório da exigência fiscal e aos parâmetros de respeito à boa-fé e à segurança jurídica que condicionam a atividade fiscal.

Em conclusão requereu seja julgada procedente a presente Impugnação para cancelar parcialmente o Auto de Infração nº 2810660037/22-9, reformulando o crédito tributário, para aplicar a MVA original de 36,56%, prevista na alínea “b”, do inciso I, do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, tendo em vista que as operações autuadas foram realizadas para atender o índice de fidelidade previsto no artigo 8º da Lei Federal nº 6.729/79, formalmente pactuado no Contrato de Distribuição firmado entre a Impugnante e os adquirentes das autopeças, e, cumulatividade, requereu o cancelamento da penalidade aplicada ou, quando menos, a sua redução, tendo em vista o seu nítido caráter confiscatório e desproporcional.

As autuantes apresentaram Informação Fiscal, fls. 219 a 222, onde, após efetuarem uma síntese dos argumentos defensivos, destacando em seguida que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre as operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Em relação aos argumentos defensivos observaram que o Protocolo 41/08 é bem específico quanto à necessidade de se firmar um termo de fidelidade com autorização do fisco de localização do estabelecimento destinatário, conforme transcrito abaixo:

§ 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. (grifaram).

Desta maneira, destacaram que como o autuado se encaixa no Item II do § 4º, fica explícito que a utilização da MVA original está condicionada a existência de Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ/BA.

Observaram que todas as empresas que constam das notas fiscais dos débitos apontados no Auto de Infração, não possuem Termo de Fidelidade assinados com a SEFAZ/BA ou assinaram posteriormente ao período autuado, não podendo, portanto, utilizar a MVA original, citando a condição das empresas envolvidas nas operações que deram causa à autuação:

- **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 32.206.016/0003-03 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

No que tange às multas, mencionaram que o autuado solicitou o seu cancelamento ou sua redução, tendo em vista o seu nítido caráter confiscatório e desproporcional. A este respeito disseram que não lhes cabe discutir leis e sim cumpri-las na sua íntegra, com lisura e competência, de forma que da sua aplicação resulte uma ação fiscal acurada e criteriosa, o que ocorreu.

Concluíram pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Alex Fernandes Leite Lira Gomes, OAB/MG nº 168.771, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação que versa nestes autos, para efeito de exigência de ICMS no montante de R\$ 135.737,97, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, é decorrente da seguinte imputação: **Infração 01 – 008.031.003:** “*Deixou de proceder a retenção 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. Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 41/08*”.

Em sua defesa o autuado reconheceu que em relação as operações objeto da autuação, por um equívoco, deixou de proceder ao recolhimento do ICMS-ST incidente sobre as operações autuadas, razão pela qual reconhece que é devido parte do crédito tributário exigido, isto é, para o exercício de 2018 R\$ 20.465,79 e para 2021 R\$ 83.018,19, totalizando o débito reconhecido na quantia de R\$ 103.483,98.

No entanto, questionou os cálculos realizados pelas autuantes que, ao seu entender, desconsideraram a redução da MVA-ST incidente sobre as operações, nos termos da 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 por ela produzidas, razão pela qual se impõe a reformulação do crédito, tendo ressaltado 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.

Sustentou que diante dos Contratos de Distribuição firmados, resta comprovado que essas vendas 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, não sendo possível qualquer outra interpretação, justamente porque 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*”, enquanto que 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.

Enfim, com base nestes argumentos sustentou que restando demonstrado que as operações

autuadas foram realizadas mediante contratos de distribuição que preveem o atendimento a índice de fidelidade, requereu seja reformulada a exigência fiscal, com a aplicação da 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.

Por sua vez as autuantes não acolheram os argumentos defensivos contrapondo que o Protocolo ICMS 41/08 é bem específico quanto à necessidade de se firmar um termo de fidelidade com autorização do fisco de localização do estabelecimento destinatário, para efeito de utilização da MVA originária, conforme transcrito abaixo:

(...)

§ 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. (grifaram).

Desta maneira, destacaram que como o autuado se encaixa no item II do § 4º acima transcrito, sustentaram que fica explícito que a utilização da MVA original está condicionada a existência de Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ/BA.

Ressaltaram, também, que conforme indicado abaixo, as empresas que constam das notas fiscais dos débitos apontados no Auto de Infração, não possuíam Termo de Fidelidade assinado com a SEFAZ/BA ou assinaram posteriormente ao período autuado, não podendo, portanto, utilizar a MVA original, citando a condição das empresas envolvidas nas operações que deram causa à autuação:

- **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 32.206.016/0003-03 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.

À luz do quanto acima exposto, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos, na medida em que ao se reportar a Cláusula segunda, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios, para veículos automotores e outros fins, citou apenas o seu § 2º onde consta a MVA original de 36,56%, entretanto, não foi observado pelo mesmo § 8º da Cláusula segunda, acrescido pelo Prot. ICMS 50/16, produzindo efeitos a partir de 29.08.16:

“§ 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”.

E esta exigência está contida no art. 289, § 21 do RICMS/BA, que assim se apresenta:

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. 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. (grifei).

Portanto, tendo em vista que as empresas acima citadas, à época da ocorrência dos fatos geradores objeto da presente autuação não estavam autorizados pela Inspetoria Fazendária das suas respectivas circunscrições para utilizar a MVA original, deixo de acolher os argumentos defensivos e, com fulcro no quanto acima exposto, considero subsistente o presente lançamento tributário.

Quanto ao argumento defensivo relacionado ao dito efeito confiscatório da multa aplicada no percentual de 60%, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que as autuantes agiram estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões constitucionais, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Também não há como atender ao pleito do defendant, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281066.0037/22-9, lavrado contra **CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 135.737,97, acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR