

PROCESSO - A. I. Nº 281066.0036/22-2
RECORRENTE - CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0237-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/07/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0171-11/23-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. A utilização da MVT-ST original para cálculo da MVA ajustada, nos termos do Protocolo ICMS nº 41/2008 depende da autorização fazendária, na forma da alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula segunda do referido protocolo, com a redação que possuía até 28/08/2016, quando a exigência passou a constar do § 8º da mesma Cláusula, por alteração decorrente do Protocolo ICMS nº 50/2016, sem prejuízo do que dispõe o § 21º, do art. 289 do RICMS/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso(s) Voluntário interposto(s) em face do Acórdão nº 0237-05/22-VD proferido pela 5ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/05/2022 no valor histórico de R\$861.602,28, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

***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.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 I 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 listados 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% (Aliq. 7%) e 59,88% (Aliq. 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% (Aliq. 7%) e 59,88% (Aliq. 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.*

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Defende a correta apuração do ICMS-ST nas operações realizadas por fabricante de máquinas e equipamentos agrícolas mediante contrato de fidelidade, pontuando que no período de junho de 2017 a novembro de 2021, comercializou partes e peças de máquinas agrícolas para concessionárias localizada em Salvador/BA (GALLOTTI TRUCKS BA COMERCIO DE AUTOMOTORES LTDA., GIOVANUCI GIOVANUCI LTDA. e POSSOLI AUTOMOTORES LTDA.), recolhendo o ICMS devido nos termos do art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96.

Observa que referidas pessoas jurídicas são distribuidoras de máquinas, equipamentos e peças de reposição de sua fabricação sendo que, por se tratar de operações envolvendo suas concessionárias 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 a de 36,56%, prevista na alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008.

Apona que a fiscalização não esclareceu qual irregularidade cometeu, haja vista que, ao recolher o ICMS/ST, adotou a base de cálculo prevista no referido protocolo e no RICMS/BA, tendo em vista que possui contrato de distribuição com os adquirentes para comercialização com exclusividade das máquinas agrícolas e peças de reposição, razão pela qual se impõe o cancelamento do crédito.

Salienta que a legislação estadual prevê a adoção da MVA reduzida quando há contrato de fidelidade entre fabricante e o distribuidor local em razão da internalização do referido protocolo, tendo calculado e recolhido corretamente o ICMS/ST devido ao Estado da Bahia.

Insiste que 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” e 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, exemplificando com o item de NCM nº 39173100 da Nota Fiscal nº 452798, na forma abaixo reproduzida:

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

Observa que o acórdão recorrido considerou que não faria jus à MVA reduzida porque as operações realizadas com base em tais contratos de fidelidade não foram autorizadas pela Inspetoria Fiscal, destacando que à época dos fatos geradores não existia qualquer exigência de autorização prévia para aplicação da MVA reduzida.

Relata que a antiga redação da alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, com efeitos até 28/08/16, previa a necessidade de autorização prévia, pela Fiscalização, para utilização da MVA reduzida nos casos de existência de contrato de fidelidade entre o fabricante e o distribuidor local, porém, a nova redação dada ao referido dispositivo legal pelo Protocolo ICMS nº 50/16, com efeitos a partir de 29/08/16, deixou de prever a necessidade de autorização prévia para a aplicação da MVA reduzida.

Informa que a 4ª JF julgou procedente autuação semelhante apenas porque naquele outro caso (Acórdão JF nº 0010-04/19) a legislação exigia a autorização prévia na época dos fatos geradores, de modo que, *a contrario sensu*, deixando esta exigência de estar prevista na legislação, não pode ser utilizada como fundamento para lavratura de autuações.

Sustenta a necessidade de cancelar a multa aplicada em razão do seu efeito confiscatório, desproporcionalidade e irrazoabilidade, ou seja, pela violação de princípios constitucionais que também se aplicam às multas tributárias.

Conclui pedindo a reforma do acórdão para cancelar o crédito tributário ou, subsidiariamente, cancelar a penalidade aplicada ou ao menos reduzi-la.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 16/06/2023. Compareceu o representante legal da recorrente, Dr. Alex Fernandes Leite Lira Gomes, OAB/MG 168.771.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscita-las de ofício, passo ao exame do mérito.

A recorrente insiste que suas operações foram tributadas corretamente porque ocorreram no período em que o Protocolo ICMS nº 41/2008 não exigia autorização do inspetor fazendário. Sem razão, contudo. A Decisão recorrida foi precisa ao esclarecer as modificações normativas que mantinham a exigência, conforme trecho abaixo transcrito:

“[...] 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% (Aliq. 7%) e 59,88% (Aliq. 4%), previstas no Anexo I, do RICMS-Ba. [...]”

Concordo com a decisão de primeira instância. O Protocolo ICMS nº 50/16, com efeitos a partir de 29/08/2016, modificou a alínea “b”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, porém, acrescentou o § 8º na mesma Cláusula, prevendo expressamente que a unidade federada do estabelecimento destinatário pode exigir autorização prévia, como faz o Estado da Bahia. Assim, não vejo como afastar a conclusão adotada pela Decisão recorrida, de modo que o Recurso Voluntário não merece prosperar.

Quanto à penalidade e acréscimos, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que

variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0036/22-2**, lavrado contra **CNH INDUSTRIAL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$861.602,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS