

N.F. Nº - 210320.0059/19-1
NOTIFICADO - PEUGEOT – CITROEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.
NOTIFICANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.10.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0171-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. CONTRATO DE FIDELIDADE E CONTRATO DE CONCESSÃO. PEÇAS AUTOMOTIVAS. PROT. ICMS 41/08. O contrato de fidelidade de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários está submetido à exigência de ser autorizado mediante acordo com o fisco da localização do estabelecimento destinatário para usufruir do benefício de utilizar-se a MVA reduzida. Independe do consentimento fazendário quando a hipótese alude à saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender o “índice de fidelidade” de compra satisfazendo-se o que trata o art. 8º da Lei Federal de nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Inteligência da cláusula segunda, §§ 2º (alíneas “a” e “b”) e 8º, do Prot. ICMS 41/08, c/c o art. 289, § 21º, do RICMS/BA/12. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 26/03/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.846,22 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.107,73, perfazendo um total de R\$ 10.953,95, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 55.28.01: Proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas entradas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS de nº 49/2008).

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei de nº 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/2008. Multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o **Notificante descreveu os fatos que se trata de:**

“Nesta data no exercício das minhas Funções Fiscalizadoras de Mercadorias em Trânsito detectei a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS referente a empresa reteve o ICMS em valor inferior ao estabelecido em acordo e Protocolo ICMS 41/08 referente a substituição Tributária Total, antes da entrada no território do Estado da Bahia de mercadorias autopeças, constantes nos DANFES abaixo relacionados, procedentes de outra unidade da Federação, RJ, infringindo o art. 332, inciso III, g, do RICMS/BA Decreto de nº 13.780/12 c/c com o dispositivo citado. A empresa utilizou MVA menor, porém não possui índice de contrato de FIDELIDADE AUTORIZADO PELA INSPETORIA registrado no cadastro da SEFAZ como previsto na cláusula 2ª, § 2º inciso I, alínea a do protocolo ICMS 41/2008, requisito determina que os destinatários das mercadorias estejam autorizados pelo titular da Inspeção Fiscal de seu Domicílio, porém conforme verificado no Sistema SEFAZ-CPT os mesmos não estão autorizados. Relação das notas fiscais, DANFES: 238682, 238807, 238842, 237649, 237760, 237770, 237784, 238003, 238022, 238224, 247432, 247572, 247697, 247701, 247721. Lançamento referente ao TFD de nº 1905958673, lavrado para a transportadora TERMACO-TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS Inscrição Estadual de nº 064.251.680.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se cópias dos seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 2103200059/19-1, devidamente assinada pela Agente de Tributos Estaduais (fl. 01); o

Demonstrativo de Débito (fl. 02); Termo de Fiel Depositário – TFD de nº 1905958673, lavrado em nome da transportadora TERMACO-TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS na data de 29/03/2019 (fl. 03); o documento do motorista (fl. 05); a memória de cálculo efetuada pelo Notificante (fl. 06); os Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTES de nºs. 2335257 e 2332013 (fls. 09 e 18); os DANFE de nºs. 238682, 238807, 238842, 237649, 237760, 237770, 237784, 238003, 238022, 238224, 247432, 247572, 247697, 247701, 247721 localizados às fls. 10 a 27, tendo como destinatária a Empresa DANTON VEÍCULOS LTDA.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 33 a 52), e documentação comprobatória às folhas 53 a 217, protocolizada no CONSEF/PROTOCOLO na data 24/05/2019 (fl. 32).

Em seu arrazoado, a Notificada, no mérito, no **subtópico IV “Da Infração. do Correto Recolhimento pela Impugnante do ICMS-ST nos Termos do Protocolo 41/2008”**, registrou que a Notificada é conhecida fabricante de veículos, peças e componentes automotivos com operação em todo o território nacional e na Bahia atende aos seus concessionários Gaulesa – Citröen - e Danton – Peugeot e Saphir (vide contratos - **Doc. 02**), produzindo automóveis e suas respectivas peças e componentes.

Apontou que se persegue, através da presente Notificação Fiscal um suposto crédito fiscal, decorrente de **eventual recolhimento a menor de ICMS pela Notificada**, cuja obrigação lhe é imputada pelos artigos 10 da Lei de nº 7.014/96 e cláusulas segunda e terceira do Convênio ICMS de nº. 41/2008, no valor global de R\$ 10.953,95. Os referidos dispositivos dispõem sobre a forma de recolhimento do ICMS, em regime de substituição tributária, nas operações envolvendo autopeças de veículos automotores.

Consignou de pronto, que o referido Protocolo estabelece, de acordo com a Cláusula segunda, § 2º, inciso I, o percentual de 36,56% no cálculo da MVA - que será utilizada na definição da base de cálculo – para duas hipóteses DISTINTAS: (i) uma (alínea “a”) para os fabricantes de veículos automotores (atividade incontestada da Notificada) e outra (alínea “b”) para os demais tipos de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas. Percebamos, ilustre julgadores, que o Protocolo faz clara distinção entre as duas hipóteses e não restam dúvidas de que a Notificada (Peugeot) é produtora de veículos automotores, devendo utilizar a MVA nos termos do § 2º, I, “a” da Cláusula segunda do referido protocolo.

§ 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;

Alertou que a celeuma instaurada na ocasião da fiscalização se dá em virtude de suposta não autorização da Inspetoria Fazendária do concessionário para utilização do contrato de fidelidade, concluindo, erroneamente, que a MVA deveria ser aquela prevista no inciso II (de 71,78%), o que resultaria num suposto erro na base de cálculo.

§ 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.

Assinalou que vale lembrar que, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº. 87/96 (Lei Kandir), as operações interestaduais (o caso da autuação) com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios. Assim, é o Protocolo 41/08 que irá ditar qual o regramento aplicável.

Observe que da leitura dos dispositivos constantes é notória a conclusão de que na alínea “a” tem-se de falar em índice de fidelidade de que trata a Lei Federal de nº 6.729/79 (Lei Ferrari), prevista no art. 8º e apenas na alínea “b” é que se faz referência ao contrato de fidelidade (apenas nas hipóteses de saídas de todo e qualquer veículo, que não seja automotor (porque prevista na alínea “a”) que pela combinação do disposto no art. 289, § 21 do RICMS, exige-se, aí sim, autorização (na alínea “b” – e somente nela) da Inspetoria Fazendária.

Enfatizou, em outras palavras, para que não restem dúvidas, os demais equipamentos/veículos, excluídos os automotores (previstos na alínea “a”), estão enquadrados na alínea “b” e é nesta hipótese, UNICAMENTE, que há previsão do contrato de fidelidade que, por força do disposto no RICMS, necessita de autorização da Inspetoria Fazendária.

Portanto, estando enquadrada na hipótese da alínea “a” e não havendo que se falar em contrato de fidelidade, e sim em índice de fidelidade (previsto na Lei Ferrari), inexistente a obrigação de autorização da inspetoria fazendária como suscitado pela autoridade notificante, pelo que a autuação se torna insubsistente.

Argumentou o caráter confiscatório da multa imputada de 60%, haja vista não ter ocorrido intuito de fraude, assim como pela exorbitância da penalidade, o que viola o princípio do não confisco. Para embasar o argumentado, menciona o inc. IV, do art. 150 da Constituição Federal/88; e faz referência a decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Em vista do exposto, a Notificada requereu que no mérito, JULGUE IMPROCEDENTE a presente Notificação de Lançamento.

Verifico que por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

Registro a presença da patrona da Notificada Dra. Rafaella da Silva Gomes OAB 49.326/BA.

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 26/03/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.846,22 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.107,73, perfazendo um total de R\$ 10.953,95, decorrente do cometimento da infração (**55.28.01**) de proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas entradas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS de nº 49/2008).

O enquadramento legal baseou-se art. no 10 da Lei de nº 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/2008, mais multa tipificada no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Em seu arrazoado, de forma sucinta, no mérito, a Notificada, Empresa **PEUGEOT-CITROEN DO BRASIL AUTOMOVEIS LTDA**, afirmou que sendo pessoa jurídica que se dedica **às atividades de fabricação de automóveis**, e que a MVA do ICMS-ST incidente sobre as autopeças que comercializa é aquela prevista na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS de nº 41/08. Assinala, em outras palavras, por ser a Notificada empresa fabricante de “*veículos automotores*” e as autopeças alienadas atendem o índice de fidelidade de compra (cf. **art. 8º, da Lei de nº 6.729/79**), é inaplicável a condicionante prevista no § 8º, da Cláusula Segunda e no art. 289, § 21 do RICMS/12, razão pela qual a MVA adotada nessas operações foi a correta, e não se sujeitam à necessidade de autorização prévia da SEFAZ/BA para aplicação da

MVA de 36,56%, conforme entendeu a Autoridade Fiscal quando da lavratura da Notificação ora impugnada.

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifico **que as mercadorias objeto deste lançamento, oriundas do Estado do Rio de Janeiro**, estão enquadradas no item 1 do Anexo 1 do RICMS/BA - PEÇAS, COMPONENTES E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS, **compostos por diversos NCMS**, averiguadas constarem no Protocolo de ICMS de nº 41/08.

As operações interestaduais com essas mercadorias, realizadas entre os Estados da Bahia e do Estado **do Rio de Janeiro, são disciplinadas pelo Protocolo ICMS de nº 41/08**. A seguir, transcrevo o disposto nas cláusulas primeira §§ 1º e 4º e segunda §§ 1º e 8º desse citado protocolo:

Cláusula primeira: “Nas operações interestaduais com **peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo**, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subseqüentes”.

§ 1º O disposto neste protocolo **aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo**, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, **sejam adquiridos** ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de **veículos automotores terrestres**, bem como de **veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários**, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

(...)

§ 4º O regime previsto neste protocolo será estendido, de modo **a atribuir a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto pelas saídas subseqüentes de todas as peças, partes, componentes e acessórios** conceituados no § 1º, ainda que não estejam listadas no Anexo Único, na condição de sujeito passivo por substituição, **ao estabelecimento de fabricante**:

I - de veículos automotores para estabelecimento comercial distribuidor, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979;

II - de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, para estabelecimento comercial distribuidor, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, **desde que seja autorizado mediante acordo com o fisco de localização do estabelecimento destinatário**.

(...)

Cláusula segunda A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente, ou na falta deste, o preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

§ 1º Inexistindo os valores de que trata o caput, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA ajustada”), calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = $[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$ ”, onde:§

2º A MVA-ST original é:

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

a) saída de estabelecimento **de fabricante de veículos automotores**, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979;

b) saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade

II - 71,78% (setenta e um inteiros e setenta e oito centésimos por cento): nos demais casos.

(...)

“§ 8º A critério da unidade federada de localização **do estabelecimento destinatário poderá**, para atendimento da alínea “b” do inciso I do § 2º desta cláusula, ser exigida a autorização prévia do fisco

Incontestavelmente, o aludido legislador interestadual *abre a possibilidade* de, **nas situações** em que haja contrato de fidelidade, conforme o previsto na cláusula segunda, § 2º, inciso I, **alínea “b”**, utilizar-se da MVA diminuta, onde a sua aplicabilidade ficar-se-á **condicionada à autorização do fisco de destino**. Neste sentido, assim estabelece, também, a norma regulamentar do Estado da Bahia, precisamente em seu art. 289, § 21º do RICMS-BA, com a redação aplicável aos fatos geradores afetados pelo lançamento:

"Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 21. De acordo com os Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, nas saídas interestaduais de peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único dos referidos protocolos, realizadas de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, com destino a estabelecimento localizado na Bahia, deverá ser adotada a MVA-ST original na definição da base de cálculo da antecipação tributária quando o destinatário estiver autorizado pelo titular da inspetoria fazendária de seu domicílio fiscal." Grifei (Nota: A redação atual do § 21 do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19.)

O Cliente da Notificada, cuja operação foi cotejada na Notificação Fiscal é a Empresa **DANTON VEÍCULOS LTDA**. Esta possui relação jurídica de distribuidora com a notificada, conforme **CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO** juntado aos autos às fls. 100 a 112, no qual chama a atenção o item 9.2 "As peças deverão ser adquiridas pela DISTRIBUIDORA, exclusivamente, junto à **PEUGEOT DO BRASIL**, através de seu Departamento de Peças..."

Tem-se que a relação entre os fabricantes de veículos automotores e seus distribuidores é regida pela Lei de nº 6.729/70 (Lei Ferrari), posteriormente alterada pela Lei de nº 8.132/90, bem como pela Primeira Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e da Categoria Econômica dos Distribuidores e os contratos de concessão individuais.

Segue-se que o índice de fidelidade na compra de componentes dos veículos automotores, previsto no artigo 8º da Lei Ferrari e na Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e **Distribuidores**, estabelece que **os concessionários** deverão adquirir pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) das compras anuais de componentes diretamente com o seu concedente.

Entendo que no presente caso estamos diante de um contrato de distribuição que estabelece que a distribuidora adquira da Notificada exclusivamente, e não pelo menos ao percentual de 75%, os componentes diretamente da Notificada satisfazendo-se a condição estabelecida no referido artigo 8º.

Há de lembrar que a **cláusula segunda**, § 1º, inciso I, alínea "a" do **Protocolo ICMS de nº 41/08** traz uma outra situação de hipótese para a utilização da MVA original reduzida, na qual não se depende de autorização do fisco de destino, nos casos em que **haja saída de estabelecimento de fabricante de veículos** automotores, para atender o **"índice de fidelidade" de compra** satisfazendo-se o que trata o art. 8º da Lei Federal de nº 6.729, de 28 de novembro de 1979.

Art. 8º Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores que dela faz parte, podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.

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

Note-se que, pelo Protocolo ICMS de nº 41/08, não há exigência de autorização com o fito do destinatário usar a MVA menor **se entre este e o remetente da mercadoria houver relação**

jurídica, nos moldes da lei federal atrás mencionada, no qual se preveja ou se possa prever índice de fidelidade.

Ressalta-se que o **requisito a ser observado, de que esteja autorizado pelo titular da Inspetoria Fiscal de seu domicílio fiscal**, para fruição do benefício de se utilizar da MVA menor previsto na cláusula 2ª, § 1º, inciso I, alínea “b” do Protocolo ICMS de nº 41/2008 refere-se à distribuição a ser efetuada de forma exclusiva, **mediante contrato de fidelidade de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários.**

Portanto, não há necessidade do destinatário alcançado pela ação de trânsito, a Empresa **DANTON VEÍCULOS LTDA.**, solicitar autorização do fisco baiano para poder utilizar a margem de agregação minorada, podendo esta, nestes casos, independente de prévia aquiescência do Estado da Bahia, praticar a MVA que praticou.

Para essa aferição, verifiquei através do Portal Estadual da NF-e, as **notas fiscais de nºs** 238682, 238807, 238842, 237649, 237760, 237770, 237784, 238003, 238022, 238224, 247432, 247572, 247697, 247701, 247721, as quais, continham produtos importados e nacionais, e constatei que a Notificada utilizou, para produtos de origem estrangeira, a MVA ajustada para a alíquota interestadual de 4% no percentual de 59,88, e para os itens de origem nacional, a MVA ajustada para a alíquota de 7% no percentual de 54,88, ou seja, as margens ajustadas derivadas dos casos da MVA original diminuta de 36,56.

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

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal de nº **210320.0059/19-1**, lavrado contra **PEUGEOT-CITROEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR