

N.F. Nº - 099883.0411/19-2  
NOTIFICADO - NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.  
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS  
ORIGEM - DAT METRO / IFMT / POSTO FISCAL HONORATO VIANA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2023

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0159-05/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATO DE FIDELIDADE E CONTRATO DE CONCESSÃO. PEÇAS AUTOMOTIVAS. PROT. ICMS 41/08. Apenas o contrato de fidelidade está submetido à exigência de ser autorizado mediante acordo com o fisco da localização do estabelecimento destinatário para se usufruir do benefício de utilizar-se a MVA reduzida. Independe do consentimento fazendário quando a hipótese alude a contrato de concessão, sob a égide da Lei Federal 6.729/79, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Inteligência da cláusula segunda, §§ 2º (alíneas “a” e “b”) e 8º, do Prot. ICMS 41/08, c/c o art. 289, § 21º do RICMS/BA/12. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 22/06/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.159,86 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.695,92, perfazendo um total de R\$ 9.855,78, 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 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:**

*“Em hora e data acima referido constatamos as seguintes irregularidades: Erro na aplicação da MVA as mercadorias autopeças e acessórios listadas no anexo único dos Protocolos ICMS 41/08, e Prot. ICMS 97/10, produtos destinados a empresa Eurovia Automóveis e Utilitários S/A IE. 100.917.444 Salvador-Ba, o destinatário não tem contrato de fidelidade firmado junto a inspetoria de sua circunscrição conforme art. 289 § 21, art. 332, III, g1, mercadorias constantes dos DANFES de nºs. 262227 e DACTE de nº 002434891. Lançamento referente ao TFD de nº. 1905979824, lavrado para a transportadora TERMACO-TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIAS LTDA., Inscrição Estadual de 064.251.680”*

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº.099883.0411/19-2, devidamente assinada pela **Agente de Tributos Estaduais** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); Termo de Fiel Depositário – TFD de nº. 1905979824, lavrado em nome da transportadora TERMACO-TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS na data de 22/06/2019 (fl. 03); o documento do motorista (fl. 05); a memória de cálculo efetuada pelo Notificante (fl. 06); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 002434891 (fl. 10); o DANFE de nº. 262227 contendo localizado peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos de autopeça com NCMS listados no Anexo Único do Protocolo 41/08, tendo como destinatária a Empresa EUROVIA AUTOMÓVEIS E UTILITÁRIOS (fls. 07 e 08).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 33 a 62), e documentação comprobatória às folhas 63 a 106, protocolizada no CONSEF/PROTOCOLO na data 20/08/2019 (fl. 32).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou asseverando a tempestividade e no tópico “**Síntese da Autuação Fiscal**” contou que conforme se depreende de seu Contrato Social, a Notificada é pessoa jurídica de direito privado que se dedica, precípua mente, à industrialização e ao comércio de veículos, peças e componentes, à prestação de serviços de manutenção para veículos, à compra e venda de peças de reposição, de acessórios de produtos de manutenção relacionados ao seu objeto social.

Apontou no “**tópico do Mérito e nos seus subtópicos**” o que se persegue, através da presente Notificação Fiscal é um suposto crédito fiscal, decorrente de eventual recolhimento a menor de ICMS pela Notificada, cuja obrigação lhe é imputada pelo artigo 10 da Lei de nº. 7.014/96 e cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS de nº. 41/2008, no valor global de R\$ 9.855,78. Os referidos dispositivos dispõem sobre a forma de recolhimento do ICMS, em regime de substituição tributária, nas operações envolvendo autopeças de veículos automotores.

Consignou 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 incontestável da Notificada) e outra (alínea “b”) para os demais tipos de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas. Percebam, ilustre julgadores, que o Protocolo faz clara distinção entre as duas hipóteses e não restam dúvidas de que a Notificada (Nissan) 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.

Observou 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, § 21º do RICMS, exige-se, aí sim, autorização (na alínea “b” – e somente nela) da Inspetoria Fazendária.

Esclareceu que em relação à primeira parte do dispositivo (estabelecimento fabricante de veículos automotores), o estabelecimento sede da Notificada é de fato fabricante de veículos automotores, como faz prova o trecho do seu contrato social: “Cláusula Terceira – A Sociedade tem por objeto - A industrialização e comércio de veículos, peças e componentes;”

Complementou no que se refere ao seu estabelecimento atacadista (filial), ora Notificada, cumpre mencionar que o § 6º da Cláusula Primeira dos Protocolos de nºs. 97/10 e 41/08 dispõem que “para efeitos deste protocolo, equipara-se a estabelecimento de fabricante o estabelecimento atacadista de peças controlado por fabricante de veículo automotor, que opere exclusivamente junto aos concessionários integrantes da rede de distribuição do referido fabricante, mediante de contrato de fidelidade”.

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), inexiste a obrigação de autorização da inspetoria fazendária como suscitado pela autoridade notificante, pelo que a autuação se torna insubstancial.

Ademais, a destinatária dos produtos da Notificada possui deferido o pedido de autorização para a utilização como MVA-ST original na alínea “b”, do inciso I, do parágrafo segundo, da Cláusula Segunda dos Protocolos 97/10 e 41/08 concedida em 14/05/2019 conforme Parecer de nº. 20972720190 (fl. 55).

Finalizou no tópico “**Do Pedido**” onde requereu que:

- a) Seja determinada a desconstituição dos créditos tributários objeto da Notificação Fiscal em referência, haja vista que se deve aplicar a MVA de 36,56% às saídas de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei Federal de nº. 6.729/79, nos termos dos Protocolos ICMS de nºs. 41/08 e 97/10 (cláusula segunda, §2º, inciso I, alínea “a”), sem a obrigatoriedade de prévia autorização do Fisco, visto que tal medida não se aplica ao presente caso.

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 a Advogada Dra. Fernanda Guevara Ribeiro. OAB/RJ 246.350.

## VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 22/06/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.159,86 mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.695,92, perfazendo um total de R\$ 9.855,78, 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 49/2008).

O enquadramento legal baseou-se 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 **NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA**, afirma que sendo pessoa jurídica que se dedica às **atividades de fabricação de automóveis**, a MVA do ICMS-ST incidente sobre as autopeças que comercializa é aquela prevista na alínea “a”, do inciso I, do § 2º, da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº.

41/08. Assinala, em outras palavras, por ser a Notificada 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, § 21º, 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 41/08**. A seguir, transcrevo o disposto nas cláusulas primeira §§ 1º e 4º e segunda §§ 1º e 8º desse citado protocolo:

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

2º A MVA-ST original é:

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

Tem-se que o Cliente da Notificada, cuja operação foi cotejada na Notificação Fiscal é a Empresa **EUROVIA AUTOMÓVEIS E UTILITÁRIOS LTDA**. Esta possui relação jurídica de concessionária com a Notificada, conforme **CONTRATO DE CONCESSÃO** juntado aos autos às fls. 84 a 101, no qual chama-se a atenção ao item 3.1.1 - “A CONCESSIONÁRIA se obriga a adquirir os veículos, peças e acessórios direta e exclusivamente da CONCEDENTE, ou de quem esta indicar, por escrito, obedecidas as disposições deste instrumento”, e ao item - 12.1 – “O presente contrato se rege pelas leis civis e comerciais do Brasil e, em especial, pela de nº. 6.729”

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.

A Lei Federal de nº. 6.729, apelidada **de Lei Ferrari**, dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Conceitualmente, a concessão comercial pressupõe uma empresa disposta a escoar sua produção (concedente) por meio de empresários que atuam de forma individual e independente (concessionários) em áreas previamente estabelecidas (áreas operacionais), formando, no todo, a rede de distribuição. Há, nessa lógica contratual, a **presunção de exclusividade recíproca**, no sentido de que a concedente não colocará bens diretamente no mercado estabelecido como a área operacional do concessionário, e este não comercializará bens de outra marca. Estamos, por conseguinte, perante um caso singular de *representação “erga omnes” conferida por lei*, de tal modo que, uma vez assinada pelos “representantes legais” qualquer dos dois tipos ou graus de convenções, nenhuma empresa produtora, assim como nenhuma entidade ou empresa distribuidora, poderá se insurgir contra o que foi convencionado.

Do deslindado, nota-se que o cliente da Notificada está sob a disciplina da Lei Federal de nº. 6.729, que dispõe sobre **“a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre”** cujo art. 8º tem a seguinte dicção:

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

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

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

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

Portanto, não há necessidade do destinatário alcançado pela ação de trânsito, a Empresa **EUROVIA AUTOMÓVEIS E UTILITÁRIOS LTDA.** solicitar autorização do fisco baiano para poder utilizar a margem de agregação minorada, **visto que não possui contrato de fidelidade e sim CONTRATO DE CONCESSÃO junto à Notificada**, podendo esta, nestes casos, independente de prévia aquiescência do Estado da Bahia, praticar a MVA que praticou.

Para essa aferição verifiquei que na NF-e de nº. 262.227, a qual continha produtos importados e nacionais, e constatei que a Notificada utilizou a MVA ajustada para a **alíquota interestadual de 4%**, produtos de origem estrangeira, no percentual de 59,88%, e **para a alíquota de 7%**, para os itens de origem nacional, a Notificada utilizou-se da **MVA ajustada 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 a 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 nº **099883.0411/19-2**, lavrada contra **NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR