

N.F. Nº - 232195.0347/19-4

NOTIFICADO – VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.

NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Comprovado tratar-se de ação fiscal ocorrida para estabelecimento de contribuinte cadastrado na condição de Empresa de Substituto/Responsável, não optante do SIMPLES NACIONAL. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, I e II do RPAF/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 07.08.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.647,41, mais multa de 60%, no valor de R\$ 8.085,40, perfazendo um total de R\$ 36.235,86, 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 vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

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

“Substituição Tributária. Mercadoria: autopeças. Falta de observância ao estabelecido no artigo 289, §21 do Decreto Estadual de no. 13.780/12, no que concerne a AUTORIZAÇÃO a ser dada pelo titular da Inspetoria Fazendária do domicílio fiscal do contribuinte para adoção da MVA-ST original na definição da base de cálculo da substituição tributária. Destinatários das mercadorias: Bremen Veículos S/A, inscrição estadual no. 62.676.269, SA Nacional Veículos Ltda. inscrição estadual nº 87.856.790. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do Regime Sumário de Apuração. Enquadramento: artigo 332, inciso III, alínea “G”, item 01, combinado com o artigo 289, §21, de Decreto Estadual de no. 13.780/12. Lançamento referente ao TFD no. 1905990097, lavrado para a transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, Inscrição Estadual: 063.235.120” (grifei)

Anexo aos autos encontra-se os seguintes documentos: Termo de Fiel Depositário de nº 1905990097, identificando o Transportador como sendo a Transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA (fl. 04), sem a assinatura do fiel depositário, datado em 07.08.2019 às 13h00min, somente com a assinatura do preposto fiscal Agente de Tributos Estaduais; Memória de Cálculo

(fl. 05); Planilha para determinação do valor da base de cálculo (fls. 06 a 10); E-mail enviado, dentre outros destinatários, à transportadora Patrus com a “Mensagem de retenção mercadoria CANAL VERDE” datado de 07.08.2019 às 14h42min (fls. 11 a 15); Documento intitulado “13-Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fls. 19 a 25) datado de 07.08.2019.

Encontram-se, também nos autos, cópia de 49 DANFES, impressos todos na data de 07.08.2019, com o indicativo no cabeçalho superior “SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA e no cabeçalho inferior “SEFAZ-BA –Superintendência Administração Tributária – Diretoria de Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais”, estando distribuídos da seguinte forma: 38 DANFES Remetidos para a Empresa BREMEN VEÍCULOS S.A, localizados entre as folhas de nºs 26 a 75, de nºs : 732.740, 732.782, 732.783, 733.896, 734.089, 734.102, 734.103, 734.112, 734.127, 735.820, 735.897, 735.960, 737.004, 737.157, 737.233, 737.234, 737.235, 737.800, 738.105, 738.106, 738.332, 738.334, 738.339, 738.340, 738.343, 738.652, 738.703, 738.749, 738.861, 738.868, 740.747, 742.139, 742.430, 742.431, 743.078, 746.534, 751.670, 752.291; 11 DANFES Remetidos para a Empresa SA NACIONAL DE VEÍCULOS LTDA, localizados entre as folhas de nºs 44 a 68, de nºs 732.784, 732.993, 740.183, 740.602, 740.752, 740.753, 743.079, 746.862, 750.588, 751.671, 752.296.

Há de registrar a existência do Registro da Notificação Fiscal – Trânsito (fl. 76) e da Intimação da Lavratura emitida pela DAT METRO datada de 20/08/2019, (fl. 77), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa, sem nenhuma assinatura. Não constei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada através do Aviso de Recebimento (AR).

A Notificada se insurge contra o lançamento, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 137 a 141), e documentação comprobatória às folhas 142 a 198, protocolizada na IFMT METRO/COORD.ATEND na data de 30.09.2019 (fl. 136).

Em seu arrazoadado, PRELIMINARMENTE, requer o pedido de devolução de prazo e do cerceamento de defesa de 60 dias, a contar da data do seu deferimento, para que tenha tempo hábil a apresentar suas razões de IMPUGNAÇÃO devidamente, nos termos do inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal, destacando que a Notificada jamais foi cientificada FORMALMENTE da Notificação Fiscal lavrada.

Alega que a Notificada só tomou conhecimento da Notificação através de telefone da destinatária das peças, destacando que a peça acusatória não pode prevalecer, tendo em vista que a Notificação Fiscal não apresenta elementos essenciais de sua constituição, tal como memória de cálculo do ICMS exigido, se limitando a exigir o ICMS devido ao Estado da Bahia aplicando o percentual de 18% sobre o montante de R\$ 153.725,11, acrescido de multa de 60%, sendo que, uma vez valendo-se do Notificante da acusação fundamentada na diferença de imposto destacado indevidamente o mesmo deveria no mínimo apresentar um demonstrativo que comprovasse as diferenças alegadas esclarecendo a metodologia de cálculo e os motivos da lavratura.

Acrescenta que os fatos narrados pela fiscalização não eram de conhecimento da Notificada não podendo a mesma se pronunciar nessa fase processual sobre os mesmos, uma vez que a autoridade notificante não lhe disponibilizou quaisquer documentos que comprovem as alegações descritas na peça acusatória,

No MÉRITO, a Notificada esclarece e reforça, desde logo, que suas operações de venda de autopeças a estabelecimentos concessionários adquirentes localizados no Estado da Bahia está em consonância com o previsto na legislação, para isso cita que o cálculo está lastreado no que dispõe a cláusula segunda, parágrafo 1º do Protocolo do ICMS 41/08.

Esclarece que as operações por ela praticada são saídas de autopeças de seu estabelecimento localizado em Vinhedo, atendendo o índice de fidelidade de compra de seus concessionários baianos de que trata o artigo 8º da Lei Ferrari, sendo certo que poderá convenção de cada marca estabelecer percentuais de aquisição, o qual está disposto no artigo 1º do Capítulo XI, denominado “do ÍNDICE DE FIDELIDADE DOS COMPONENTES” da primeira Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e da Categoria Econômica dos Distribuidores de Veículos

Automotores no anexo doc. 03.

Finaliza requerendo, PRELIMINARMENTE, a devolução do prazo de 60 dias para apresentação de nova Impugnação a contar de nova intimação tendo a Notificada como demonstrado não foi formalmente cientificada. E, requer que a Notificação Fiscal seja julgada improcedente uma vez que a Notificada utilizou as MVAS ajustadas corretamente uma vez que suas operações são de remessa de autopeças para atendimento de índice de fidelidade de compra de componentes por parte dos distribuidores baianos, tal como previsto no Protocolo ICMS 41/08 e no artigo 8º da Lei Ferrari.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 2321950347/19-4, Modelo Trânsito de Mercadorias, lavrada em 07.08.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.647,41, mais multa de 60%, no valor de R\$ 13.588,45, perfazendo um total de R\$ 36.235,86, decorrente do cometimento da Infração (55.28.01) - proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 10 da Lei de nº 7.014/96, c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08. Multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na IFMT METRO, o qual descreve nos fatos que realizou a notificação *tendo-se como base o levantamento dos DANFES indicados para fiscalização pelo COE*, que integram este processo, e estão relacionados em formulário anexo “Regime Sumário de Apuração”.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, (Decreto Estadual nº 7.629/99), a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 e seu parágrafo único do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifo nosso)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível, relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Introdutoriamente, há de se evidenciar que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas, com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe ao Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes, contempla *a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente*, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “*Modelo 4*”; ou de uma “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes, com toda a sua documentação exigível, às quais ressalto, conforme interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A, e 29, a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal do RPAF/BA.

A outra vertente é quando a equipe se dedica *a análise e exame de fatos pretéritos*, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, também, com as devidas documentações, amparadas pela legislação, dando início ao procedimento de fiscalização e o chamamento do contribuinte para apresentação de livros e documentos.

À vista disto, no caso em exame, das peças inseridas neste processo, a única vertente passível do Notificante ter-se permeado para a consumação da lavratura da Notificação Fiscal ter-se-ia a de Trânsito de Mercadorias, uma vez que a Empresa Notificada a VOLKSWAGEN DO BRASIL INDUSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA, (fl.16), e as Empresas para as quais foram realizadas as vendas no Estado da Bahia, a Empresa SA NACIONAL DE VEÍCULOS LTDA, (fl. 110), e a Empresa BREMEN VEÍCULOS S.A, (fl. 117), ambas, conforme seus DADOS CADASTRAIS extraídos dos Sistema de Informação do Contribuinte – INC, acostados aos autos, são Empresas não optantes do SIMPLES NACIONAL, a primeira recolhe o imposto pelo sistema de apuração SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA/DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, na condição de SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, a segunda e a terceira são empresas na Condição de NORMAL, recolhendo o imposto pela apuração de Conta Corrente Fiscal.

Dessa forma, no caso destas empresas, o Notificante na condição funcional de Agente de Tributos, do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização, da vertente de Fiscalização de Estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Na vertente de fiscalização no Trânsito de Mercadoria, apesar de o modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias, quais sejam ao menos *cópias ou original dos DANFES impressos pelo próprio emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, *trazidos ou não* pelo transportador, bem como do seu respectivo Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, não obstante, também, cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação. No entanto, somente encontra-se acostado aos autos, *conforme predito*, cópia de 49 DANFES, impressos todos na data de 07.08.2019, no mesmo dia da lavratura da Notificação Fiscal, com o indicativo no cabeçalho superior “SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA e no cabeçalho inferior “SEFAZ-BA –Superintendência Administração Tributária – Diretoria de Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais”.

Neste caso concreto, não existe nos autos, com o intuito de caracterizar a instantaneidade do trânsito, o Termo de Apreensão de Mercadorias, tal qual como descrito no art. 31-A, quando estabelece a condicionalidade do Fisco Estadual de apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão, as mercadorias transportadas nas diversas condições que elas se encontrarem estabelecidas nos incisos II a VI deste artigo, o qual deveria conter, dentre outros elementos (§ 1º e 2º), o nome e assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência ou a declaração de sua recusa, o qual, neste caso deverá ser assinado por 02 testemunhas.

Neste sentido, existe acostado aos autos (fl. 04), *figurando uma apreensão de mercadorias instantânea no trânsito*, o “Termo de Fiel Depositário – TFD” de nº. 1905994599, lavrado em nome da transportadora “PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA”, indicando a data de 07.08.2019, e hora 13h00min, sem a devida assinatura do fiel depositário, apenas com a assinatura do preposto fiscal em cujo corpo indica:

“Com a lavratura do presente Termo, a transportadora acima qualificada se compromete a só entregar aos respectivos destinatários as mercadorias, objeto de ação fiscal, constantes dos documentos acima discriminados quando for constatado o pagamento do imposto devido, mediante acesso ao endereço eletrônico da SEFAZ ou pela apresentação dos respectivos documentos de arrecadação estadual quitados, código de receita 1755 – ICMS AUTO DE INFRAÇÃO/DEN. ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC, sob pena de responder solidariamente pelo seu recolhimento. A signatária aceita e se compromete a ficar como fiel depositária das mercadorias e a mantê-las fielmente e com zelo, adotando todas e quaisquer medidas necessárias a sua boa conservação e manutenção, ficando o Estado da Bahia livre de quaisquer ônus.”(grifei)

Concomitante a estes dois Termos, em andamento à figuração de apreensão de mercadorias em trânsito, foi enviado E-MAIL para mazanimiranda@patrus.com.br, almirpinheiro@patrus.com.br e anabarral@patrus.com.br, da Empresa Patrus Transportes Urgentes LTDA, na data de 07.08.2019, às 14h42min através da SEFAZ – COE, e outros representantes da SEFAZ com o seguinte cabeçalho, “mensagem de retenção mercadoria CANAL VERDE MDF-e: 351908174634560010815800008086011000808601-PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, cujo teor, lastreado na Portaria de nº. 290, de 05.10.2015, em seu art. 5º e § 2º estabelece: “*Na hipótese da COE comunicar a transportadora a ocorrência de irregularidades, a entrega das mercadorias ficará condicionada ao recebimento do termo de liberação*”.

Neste e-mail é informado à empresa Patrus da existência da presente Notificação Fiscal, bem como da existência do Termo de Fiel Depositário, indicando os DANFES, (fls. 12 a 15), contendo as mercadorias que deveriam ficar retidas na própria Transportadora até o momento em que a situação tributária fiscal estivesse regularizada, ou seja, claramente não havendo a efetiva fiscalização do trânsito das mercadorias, apenas informando à transportadora, que as mercadorias

sinalizadas em DANFES específicos, que ela transportava, deveriam ficar retidas com ela, caso ainda não tenham seguido o seu destino, até o momento em que a situação tributária fiscal esteja regularizada, descaracterizando a instantaneidade da atuação no trânsito, notadamente demonstrando sua substituição por uma espécie de monitoramento sem as características do “*in loco*”.

Conforme dito anteriormente, constatei que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na IFMT METRO. Que o instrumento utilizado pelo agente fiscal foi uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias. No entanto, na realidade, o procedimento usado, no qual originou a ação fiscal, constituiu-se em monitoramento, isto é, em *uma espécie de auditoria sumária do ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFES* emitidos entre as datas de 30.07.2019 a 05.08.2019, sendo que o presente lançamento ocorreu em 07.09.2019. Sendo assim, o roteiro de fiscalização, assim como o instrumento utilizado, *não são apropriados para constituir o crédito tributário decorrente da apuração de fatos ocorridos preteritamente fora da instantaneidade do trânsito de mercadoria sem a devida participação presencial do preposto fiscal e da notificada.*

Isto posto, sendo a Notificada empresa não optante do Regime Simples Nacional de apuração do imposto, a competência estabelecida no dispositivo legal do Estado da Bahia, para estes tipos de empresas em fiscalização de comércio, *é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais*, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal. Assim sendo, não poderia a presente Notificação Fiscal ter sido lavrada por preposto integrante do cargo de Agente de Tributos Estaduais, uma vez que, neste caso, *ele não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária*, por não se tratar, claramente, de uma atuação no trânsito de mercadorias.

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso I e II do art. 18 do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Por fim, nos termos do art. 21 do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à adoção de procedimento fiscal adequado à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, dentre estas, a utilização do instrumento apropriado para constituir o crédito tributário decorrente da apuração em empresas não optantes do Regime Simples Nacional de apuração do imposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, julgar NULA a Notificação Fiscal **232195.0347/19-4**, lavrada contra **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR