

N.F. Nº - 232195.0391/19-3
NOTIFICADO - VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.11.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0208-05/23NF-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 de 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. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **21/08/2019** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 9.191,85 mais multa de 60%, no valor de R\$ 5.515,11, totalizando o montante de R\$ 14.706,96 em decorrência 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 de nº 49/2008).

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei de nº 7.014/96 c/c cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS de nº 41/08. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei de 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 e AS Nacional de Veículos Ltda, inscrição estadual nº 68.063.235. 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 1905992553, lavrado para a transportadora PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA, Inscrição Estadual: 063.235.120” (grifei)

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº **232195.0391/19-3**, devidamente assinada pelo **Agente de Tributos Estaduais** (fls. 01 e 02); o **Termo de Fiel Depositário** de nº 1905992553, identificando o Transportador como sendo a Transportadora Patrus Transportes Urgentes Ltda. (fl. 04); o Demonstrativo débito (fl. 03); Emissão

do Termo de Fiel Depositário, através de e-mail à transportadora Patrus Transportes Urgentes com a “Mensagem de retenção mercadoria CANAL VERDE “ datado de 21/08/2019 às 13h56min (fls. 11 a 13); Documento intitulado “13-Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fls. 17 a 20) datado de 21/08/2019.

Encontram-se, também nos autos, **cópia de 25 DANFES, impressos todos na data de 21/08/2019**, 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” emitidos entre as datas de 15/08/2019 a 19/08/2019.

A Notificada se insurge contra o lançamento, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 83 a 86) protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 22/11/2019 (fl. 82).

Em seu arrazoado, no tópico “**Preliminarmente: Do Pedido de Devolução de Prazo e do Cerceamento do Direito de Defesa**”, requereu o pedido de devolução de prazo 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.

Alegou 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\$ 78.870,80, 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.

Acrescentou 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.

Assinalou no tópico “**Do Mérito**”, onde esclareceu e reforçou, 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 nº 41/08.

Esclareceu 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/adquirentes baianos de que trata o artigo 8º da Lei Ferrari, sendo certo que poderá por 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.

Apontou que o estabelecimento notificado utilizou corretamente as MVAs Ajustadas nas operações por ela praticada por se destinarem ao atendimento do índice de fidelidade de compra de componentes por parte dos adquirentes/distribuidores de veículos da marca da Notificada, razão que nenhum valor ICMS/ST é devido ao Estado da Bahia.

Finalizou requerendo, PRELIMINARMENTE, a devolução do prazo de 60 dias para apresentação de nova Impugnação a contar de nova intimação pois a Notificada como demonstrado, não foi formalmente cientificada. E, requereu 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 de nº 41/08 e no artigo 8º da Lei Ferrari.

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

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

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em **21/08/2019** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 9.191,85 mais multa de 60%, no valor de R\$ 5.515,11, totalizando o montante de R\$ 14.706,96 decorrente do cometimento da Infração **(55.28.01)** por **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 de nº 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 de nº 41/08 e multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente 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, através do “Regime Sumário de Apuração”.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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 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:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

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.

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

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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

(...)”

Após exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relativos 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**. 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, 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/12.

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/12, aprovado pelo Decreto de nº 7.629/99, 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. 17), e as empresas para as quais foram enviadas as mercadorias, a NACIONAL DE VEÍCULOS LTDA e a Empresa BREMEN VEÍCULOS S.A. ambas, conforme consulta de seus DADOS CADASTRAIS no Sistema de Informação do Contribuinte – INC, são **Empresas não optantes do SIMPLES NACIONAL** 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.”

Já na vertente de fiscalização no Trânsito de Mercadorias, apesar do 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 25 DANFES, impressos todos na data de 21/08/2019**, 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”.

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-se uma apreensão de mercadorias instantânea no trânsito***, o “Termo de Fiel Depositário – TFD” de nº 905992553, lavrado em nome da transportadora “PATRUS TRANSPORTES URGENTES LTDA” indicando **a data de 21/08/2019**, e hora 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-los 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.”*(grifos nossos)

Concomitante a este termo, **em andamento à figuração de apreensão de mercadorias em trânsito**, foi enviado mensagem através de e-mail, à TRANSPORTADORA PATRUS com a mensagem:

“Mensagem de retenção mercadoria CANAL VERDE “datado de 10.09.2019 às 10h21min (fls. 13 a 16) 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”.

Nesta mensagem **é informado** à empresa Patrus da existência da presente Notificação Fiscal, bem como da existência do Termo de Fiel Depositário, indicando os DANFES (fls. 21 a 40) contendo **as mercadorias as quais 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 para dois destinatários distintos, entre as datas de 15/08/2019 a 19/08/2019*, sendo que o presente lançamento ocorreu em 21/08/2019. 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, 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 do art. 18 do RPAF/BA/99.

Por fim, nos termos do art. 21 do RPAF/BA/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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal de nº. 232195.0391/19-3, lavrada contra **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR