

N.F. Nº - 124157.1290/12-0

NOTIFICADO - DRIVEWAY INDÚSTRIA BRASILEIRA DE AUTO PEÇAS LTDA.

NOTIFICANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS

ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.12.2024

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0286-05/24NF-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. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados sem a lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal conforme determina o RPAF/BA. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Trânsito**, lavrada em 10/12/2012 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 726,15 mais multa de 60%, no valor de R\$ 435,69, totalizando o montante de R\$ 1.161,84 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:

“Em data, local e hora, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades. Deixou de proceder INTEGRALMENTE o lançamento e recolhimento do ICMS das NF-es de nos. 034.862 e 034.863, na qualidade de sujeito passivo por Substituição Tributária, relativo às operações subsequentes nas vendas de produtos elencadas no Protocolo ICMS de nº. 41/08 destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme preceitos do RICMS/BA, Decreto Estadual de nº. 13.780/12”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **somente cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº. 124157.1290/12-0, devidamente assinada pelo **Agente de Tributos Estaduais** (fls. 01 e 02); a memória de cálculo efetuada pelo Notificante (fl. 03); cópia dos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) de nºs 034.862 e 034.863 procedentes do Estado de São Paulo (fls. 06 e 07; 11 e 15), emitidas em 30/11/2012, pela Notificada (sem inscrição estadual), carreando as mercadorias de NCM de nº. 8708 (Partes e acessórios dos veículos automóveis) pertencentes ao Anexo 1 do RICMS/BA/12; cópia das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE (fls. 05 e 10); cópia da intimação da Notificada (fl. 17).

A Notificada se insurgue contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 20 a 26) protocolizada no IFMT METRO/COORD. ATEND, na data de 13/05/2013 (fl. 19).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua peça de defesa alegando ser uma pessoa jurídica de direito privado, tendo como objeto social a industrialização, a comercialização, importação, a exportação e a representação por conta própria ou de terceiros de peças para veículos motorizados, podendo ainda prestar serviços de natureza industrial, descreveu o enquadramento legal, o art 10 da Lei de nº. 7.014/96 e o Convênio de nº. 41/08 argumentando que em momento

algum foi descrito em qual dispositivo do protocolo que a Notificada realizou suas operações irregulares, e que diante da falta de fundamentação e descrição correta fica impossível a Notificada realizar uma defesa devidamente fundamentada.

Assinalou no tópico “*Das Nulidades da Notificação por Omissão e de Requisitos Essenciais que Impedem o Exercício do Direito de Defesa*” que na presente Notificação deve figurar elementos básicos para que a Notificada tenha direito de apresentar defesa de forma a atender os princípios do contraditório e da ampla defesa, tratando da nula e continuidade arbitrária a cobrança quando imediatamente ser inscrito em dívida ativa, e automaticamente nascerá a sua liquidez, exigibilidade e certeza.

Explanou que dever-se-á conter elementos essenciais e obrigatórios previstos na legislação sendo que a falta ou vício de quaisquer requisitos acarreta a nulidade do título trazendo a tese do Supremo Tribunal Federal, de que a omissão ou vício dos requisitos elencados que impedirem ou dificultarem a defesa do executado tornam o título nulo, caracterizando-se a presente notificação omissa ou viciada o que torna impossível o direito de ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV da CF/88.

Argumentou que se deve observar a regra estabelecida pelo artigo 2º, § 5º, incisos II, III e IV da Lei de nº. 6.830/80 onde a expressão do termo é cogente, ou seja, obrigatório, e, portanto, imprescindível que todas as exigências contidas estejam presentes desde a sua Notificação para que a mesma possa ser considerada título apto a embasar uma execução, observando que são também exigidos os requisitos para a perfectização da CDA.

Finalizou no tópico “*Do Pedido*” requerendo a insubsistência da presente Notificação Fiscal, que de forma ilegal e arbitrária não utilizou os requisitos e condições obrigatórias para a formalização da intimação sendo acolhida a presente justificação para anular a Notificação, e a imediata suspensão da exigibilidade dos créditos tributários nos termos do art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

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 10/12/2012 exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 726,15 mais multa de 60%, no valor de R\$ 435,69, totalizando o montante de R\$ 1.161,84 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.

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 comprehende **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 é do Estado de São Paulo, não possuindo Inscrição Estadual no Estado da Bahia.

Assim, na vertente de fiscalização no Trânsito de Mercadoria, 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**, 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.

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.

Ressalta-se que o instituto denominado denúncia espontânea consiste na possibilidade de o devedor do crédito tributário confessar a prática de determinada infração tributária e pagar o respectivo débito **antes que o fisco instaure** contra ele qualquer procedimento administrativo de cobrança. Como a referida norma decorre do princípio da boa-fé, que guia a relação entre o fisco e o contribuinte, **a "recompensa" para o devedor que confessa o débito é a dispensa do pagamento da multa** sobre ele incidente, ou seja, *o crédito tributário somente restará acrescido dos juros de mora*.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por preterição do direito de defesa.

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 **124157.1290/12-0**, lavrada contra **DRIVEWAY INDÚSTRIA BRASILEIRA DE AUTO PEÇAS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR