

N. F. Nº - 491301.0003/18-6
NOTIFICADO - PIMENTA MALAGUETTA EIRELLI - ME
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/06/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. O levantamento dos dados, os documentos coletados, o fato gerador ocorrido preteritamente à ação fiscal, reclamava que o lançamento do crédito tributário correspondesse ao rito próprio da auditoria de estabelecimento. Fere o princípio da legalidade, o princípio do devido processo legal e o contraditório, proceder o lançamento do crédito tributário sem respeito estrito aos procedimentos exigidos pela legislação. Instância Única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 19/02/2018, em que é exigido o ICMS no valor de R\$10.658,74 e multa de 60%, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias destinadas a contribuinte descredenciado.

Infração 1 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art.42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresentou defesa na fl. 36 afirmando que o contribuinte se encontra na condição de credenciado para antecipação tributária.

Em seguida, sustenta que suas mercadorias destinadas para transformação uma vez que, a empresa tem como atividade comercial, a confecção de peças do vestuário e para tanto adquire, tecidos, linhas, botões, zíper e etc.

Assevera que não há incidência de ICMS por antecipação, quando as mercadorias adquiridas serão utilizadas na transformação de outras peças.

Prossegue sua defesa alegando que o RICMS/BA deixa claro que somente serão tributadas as mercadorias adquiridas em outros estados, que serão utilizadas para comercialização.

Finaliza sua peça pleiteando a desconsideração da referida notificação por considerá-la indevida.

É o relatório.

VOTO.

Início o presente voto, destacando que o processo em tela descumpriu aspectos nucleares de sua formação, pois está calcado em procedimentos de auditoria realizados por agente lotado no Trânsito de Mercadorias, conforme formulário de lançamento utilizado “NOTIFICAÇÃO FISCAL TRÂNSITO DE MERCADORIAS”. Situação esta, que implica em severas limitações para se proceder ao levantamento fiscal com a profundidade adequada exigida para o LANÇAMENTO DO CRÉDITO

TRIBUTÁRIO decorrente de uma auditoria de estabelecimento, como de fato ocorreu.

Verifica-se que a verdadeira gênese da ação fiscal levada a cabo, se enquadraria como uma luva a uma ação fiscal a ser desenvolvida em rotina de AUDITORIA DE ESTABELECIMENTO, posto que apartada da situação básica da exercida em AÇÃO FISCAL DO TRÂNSITO DE MERCADORIAS.

Como é sabido, enquanto a primeira atua em situação de fato gerador ocorrida preteritamente, a última tem a expertise e segue uma rotina própria que implica na ação do calor do momento em que se observa a CIRCULAÇÃO FÍSICA da mercadoria, e por conseguinte, na transcorrência em tempo real do FATO GERADOR do imposto, situação que em regra, jamais poderia ser aferida numa ação fiscal de rotina de AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO, portanto, tratam-se de situações absolutamente distintas, e por isso, obedecem a ritos procedimentais diversos, sendo dispensado, por óbvio, em função de maior tempo disponibilizado para sua realização, um maior grau de certeza para o lançamento quando decorrente da AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO.

Neste sentido, tem-se que a legislação tributária, além de delimitar competências para o lançamento com base nas terminologias (TRÂNSITO DE MERCADORIAS e AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO), quanto ao conceito de fiscalização no trânsito de mercadorias, estabeleceu também regras que revelam as idiossincrasias dispensadas à conduta no procedimento da ação fiscal desenvolvida nesta modalidade de ação fiscal, que indica indelével diferença proposta pela legislação para a auditoria de estabelecimento, *ex vi* do arts. 107 e 127-B do Código tributário do Estado da Bahia – COTEB, instituído pela Lei 3.956/81, e arts. 42, 129 e 130 do RPAF. Veja-se:

COTEB - LEI Nº 3.956/1981

Art. 127-B. O termo de início de fiscalização e o termo de encerramento de fiscalização serão lavrados ou consignados em livro próprio ou formulário esparsos, devendo, neste último caso, ser entregue cópia ao sujeito passivo, mediante recibo.

§ 1º No caso de o auto de infração ser emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, sendo adotada a faculdade de que cuida o parágrafo único do artigo anterior, observar-se-á o seguinte:

I - deverá ser consignada em livro próprio, quando exigido, a forma de emissão do auto de infração, indicando-se o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do imposto reclamado;

II - em substituição ao previsto no inciso anterior, poderá ser afixada cópia do auto de infração ou do termo de encerramento de fiscalização em livro próprio, quando exigido.

§ 2º Será dispensada a lavratura, no livro de ocorrências do estabelecimento, dos termos emitidos na fiscalização do trânsito de mercadorias.

§ 3º É dispensável a lavratura do termo de início de fiscalização e do termo de encerramento de fiscalização ou do termo de apreensão:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o contribuinte efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, hipótese em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

RPAF

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada **no trânsito de mercadorias**;

Art. 130. O preparo do processo administrativo fiscal compete:

I - à repartição fazendária

a) do domicílio do sujeito passivo;

b) do local da ocorrência do procedimento fiscal, tratando-se de sujeito passivo não cadastrado ou de **infração apurada no trânsito de mercadorias**;

Ademais, do necessário respeito aos procedimentos intrínsecos de cada modalidade de AUDITORIA, nasce a aura de certeza ao LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, sempre cercado de exigências formais, as quais, sendo respeitadas desde o nascedouro, permite ao final da eventual demanda a emissão da respectiva CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA-CDA, absolutamente imprescindível a fundamentar, se for o caso, a EXECUÇÃO FISCAL de um lado e de outro a certeza do CIDADÃO CONTRIBUINTE de que o ESTADO DA BAHIA lhe tem o devido respeito e exige de seu quadro de pessoal igual respeito às normas atinentes ao LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, porquanto de suma importância no ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, sobretudo pelo poder que transferiu o povo ao EXECUTIVO ESTADUAL (por representação), para expropriar patrimônio do cidadão em nome do interesse público.

Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade, impondo severas exigências ao cumprimento da ordem de serviço específica, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, o que denota, exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, ex vi do art. 28 da SEÇÃO III do RPAF:

“SEÇÃO III

DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUEM A AÇÃO FISCAL

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

(...)

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Por tudo isso, o LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO se trata de atividade muito séria, exigindo competência legal da autoridade lançadora, ex vi do art.142 do CTN (abaixo), e se espera dessa autoridade, sobretudo disciplina, seriedade e responsabilidade, maiormente revelada pelo respeito à forma correta exigida para fins do lançamento do crédito tributário de ofício. É o exercício da sua função pública, que se trata, nunca se olvide, de atividade vinculada, que exige respeito absoluto às normas que regem a atividade funcional. Veja:

CTN

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. (grifei)

A atividade vinculada do funcionário público denota um dos princípios a ser seguido pela administração pública, qual seja: o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, principal suporte do PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, pois não há falar em devido processo legal sem respeito ao princípio da legalidade.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, significa que a administração pública está sujeita aos princípios legais, ou seja, as leis ou normas administrativas contidas não só Constituição, mas em toda a legislação que rege o imposto, inclusive respeito restrito e absoluto à forma prescrita para o exercício da importante função inerente à AUTORIDADE LANÇADORA.

Por isso a máxima do DIREITO ADMINISTRATIVO: ao administrador público, só é possível fazer o que a lei autoriza. Portanto, quando a administração pública se afasta ou se desvia da legalidade, ela é exposta à responsabilidade civil e criminal, conforme o caso.

Assim é, sobretudo, quanto ao procedimento de lançamento do crédito tributário, quando jamais a autoridade lançadora pode agir conforme o seu alvedrio, posto que lhe é exigido proceder de maneira já estabelecida pela legislação e em hipótese nenhuma de forma diferente, sem implicar em transgressão aos princípios constitucionais, inclusive o do DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Não se pode deslembrar que a Magna Carta de 1988 consagrou grande rol de direitos e garantias, objetivando servir à cidadania e à democracia, neste aspecto, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Cabe, entretanto, esclarecer a dimensão, alcance e profundidade deste princípio do “devido processo legal”, que corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. Neste ponto, compete traduzir o termo “Law”, posto que significa Direito, e não lei. A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei, portanto, toda a legislação deve ser respeitada, eis o que ensina o ilustre processualista DIDIER JUNIOR, em seu livro: DIDIER JUNIOR Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1, p. 45.

É, sem dúvidas, do referido preceito constitucional (artigo 5º, inciso LIV), que se extrai o princípio do devido processo legal, uma garantia constitucional ampla, que confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo, devido.

É pacífico o entendimento de que o devido processo legal representa um sobreprincípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. O milimétrico desvio na origem, quanto aos aspectos formais exigidos pela legislação, pode repercutir em quilométrico desvio no fim, seja a favor ou contra o Estado, prejudicial a todos em ambos os casos.

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, que exige procedimentos específicos, prazo dilatado para conclusão de 90 dias, oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para apresentação de elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação fiscal, concluo que tendo a ação fiscal preterido a todas estas prerrogativas e exigências, para ser desenvolvida sob a limitação procedimental da auditoria própria do trânsito de mercadorias, feriu o princípio da legalidade, e por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Destarte, voto pela nulidade do presente feito, com esquite nos incisos I e II do art. 18 e art. 20 do RPAF.

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 nº **491301.0003/18-6**, lavrada contra **PIMENTA MALAGUETTA EIRELLI - ME**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR