

N. F. Nº - 213080.0077/18-0
NOTIFICADO - DINAMIKE – COMÉRCIO E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL EIRELLI - ME
NOTIFICANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.12.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-05/20NF-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 do contraditório, proceder o lançamento do crédito tributário sem respeito estrito aos procedimentos exigidos pela legislação. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 29/06/2018, e se refere à cobrança de ICMS no valor de R\$ 17.536,95, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Complementou a notificante que a notificada “*Efetuou recolhimento a menos relativo à antecipação parcial devida na condição de contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional. Referente ao período de março de 2018*”.

Constata-se, que a Notificada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 18 a 20.

Iniciou sua defesa, sustentando a tempestividade da mesma, afirmando que tomou ciência da referida Notificação, no dia 31/07/2018, ao examinar o DTE — (Domicílio Tributário Eletrônico), quando de suas costumeiras averiguações, desta forma, dirigiu-se a SEFAZ de origem para “tomar conhecimento e dar ciência”, visto que não houve qualquer comunicação por parte do órgão competente, ou do preposto fiscal quanto da fiscalização pretendida. Por esta razão, alega que a notificação é nula de pleno direito, o que tornaria a cobrança sem efeito.

Em seguida, a requerente afirmou não ter dúvidas de que obrigação tributária, imposta através dos lançamentos da lavra do Agente administrativo Fazendário, não preenche os requisitos de admissibilidade exigidos pelo Código Tributário Nacional, assim como pelo próprio RICMS - BA, por entender que a situação material descrita pelo Agente Fiscal não guarda uma correlação lógica com as situações descritas na lei, para caracterizar o fato jurídico tributável. Destaca que a obrigação tributária decorre sempre de lei.

Prossegue sua tese defendendo que é a lei que dá legitimidade à obrigação fiscal, não sendo possível às autoridades Administrativas criarem, ao seu arbítrio, normas inovadoras de nascimento da obrigação tributária, que se afiguram carentes de força de lei material, e por isto mesmo incapazes de modificar a definição, em abstrato, do fato gerador do tributo.

Alega ser oportuno evidenciar que o exercício da competência tributária se faz obedecendo a balizamentos materiais e formais constituindo a limitação do poder de tributar, onde estão

fixadas as fronteiras de cada ente público no exercício do poder de tributar. Qualquer lei que pretendesse tributar situação não prevista como fato gerador do tributo, feriria de morte o princípio da legalidade. (Art. 150, I da CF/88) e não teria caráter obrigacional tributário.

Afirma que a notificação está eivada de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Preposto Fiscal deveria relacionar as notas fiscais, onde configuram a infração cometida, e o que se pode verificar é que as notas acostadas na presente tratam-se de “emissão de equipamentos para locação com previsão de retorno, cfop 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”.

Sustenta que, diante da suposta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais anexas, pois se comprova que o Preposto fiscal na tentativa de identificar o fato gerador do ICMS e, por, consequência, a base de cálculo, está assim, eivada de vício insanável, eis que se apoiou no descredenciamento da notificada e na origem das notas fiscais (outras UF), não verificando ou desconsiderando que as Mercadorias descritas nos DANFE'S (11021, 12048 e 12078) são para utilização nos serviços pleiteados, e que a PROPRIA DESCRIÇÃO DO CFOP (6494) locação, tendo a finalidade específica para utilização nos serviços com posterior retorno.

Assevera que não se observa em nenhuma das Notas Fiscais anexas “VENDA PARA COMERCIALIZAÇÃO”, ou quaisquer outra, que possa configurar fato gerador da cobrança da antecipação parcial, conforme descrita pelo Preposto Fiscal.

Destaca que a suposta ausência de evidências sobre a circulação de mercadorias, em operações específicas, ou identificadas, e de provas contundentes de que tal operação ficou à margem do processo de apuração e pagamento do tributo, vem a ser o fator axial a fulminar a presente notificação lavrada pelo representante do Fisco Estadual. Não possuindo as condições de executabilidade, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena devê-la decretada pelo Poder Judiciário.

Por fim, pede a declaração de nulidade da notificação objeto, destinando-a ao arquivo administrativo. Se assim não entendido.

A Notificação Fiscal dispensa a apresentação de informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

Início o presente voto, destacando de ofício, 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, e por conseguinte, seguiu para sua execução as formalidades implícitas à fiscalização do trânsito de mercadorias, conforme formulário de lançamento utilizado que foi a “NOTIFICAÇÃO FISCAL TRÂNSITO DE MERCADORIAS”.

Nessa esteira, examinando os autos, aponto como fato que descaracteriza uma ação fiscal decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (26/06/2018), e as datas de emissão dos documentos fiscais objeto da notificação, conforme fls. 07 a 09, pois foram emitidas no período em 14, 20 e 26/03/2018. O que denota, a *prima facie*, não terem sido objeto de flagrante da circulação da mercadoria.

Bem como, não constam dos autos nenhum documento válido que configure que houve flagrante de abordagem, no momento da ocorrência do fato gerador de circulação física das mercadorias (TERMO DE OCORRÊNCIA; TERMO DE APREENSAO, TERMO DE DEPÓSITARIO FIEL) que deveriam, conforme o caso, documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, para liberar o veículo, deixando a mercadoria sob responsabilidade de um depositário fiel, em caso de recusa do pagamento imediato da Notificação Fiscal, e sobretudo, documentar o flagrante nas operações de trânsito, conforme estabelece o art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo

Fiscal - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, ao contrário, foram anexados aos autos: memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas destinadas para o contribuinte autuado (fl. 04); os DANFEs fls. 07 a 09, os quais, por si sós, não comprovam se tratar a ação fiscal de operação afeita a flagrante próprio de trânsito de mercadorias, ao revés, desvela atividade de ação fiscal semelhante a desenvolvida em estabelecimento, por denotar auditoria realizada em ação posterior a ocorrência do fato gerador.

Acrescente-se que também consta dos autos fl. 03, a embasar o procedimento, o formulário emitido pela Superintendência da Administração Tributária – SAT, denominado “Monitoramento Vies de Risco Sonegação Fiscal” n. 21738061000120-2018327, confirmado que os dados que fomentaram a ação fiscal, decorreram de procedimentos estranhos à ação fiscal do 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 apuração fiscal que exigia, haja vista a peculiaridade, que a fiscalização adotasse as formalidades próprias da auditoria de estabelecimento, posto que não decorreu de flagrante fiscal afeito às atividades do trânsito de mercadorias.

Se verifica, portanto, 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 em que o fato gerador ocorreu 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, ponto nevrálgico que delimita a ação fiscal de trânsito e a difere diametralmente da ação fiscal sob a rotina da AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO.

Portanto, tratam-se de situações absolutamente distintas, e por isso, obedecem a ritos, formalidades e procedimentos diversos.

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 primeiro, estabeleceu também regras que revelam as idiossincrasias dispensadas à conduta no procedimento da ação fiscal desenvolvidas nesta modalidade que indicam 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, não se olvide de que, do necessário respeito aos procedimentos intrínsecos de cada modalidade de AUDITORIA, nasce a aura de certeza ao LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, haja vista se mostrar, neste caso, se estar seguindo o norte da Carta Magna, quanto ao respeito ao Princípio do Devido Processo Legal, porquanto respeitoso e cercado das exigências formais.

Não se pode deslembra, outrossim, 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, respeito a 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 INSTRUDEM 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 transcrita 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.”

Vale ressaltar, que por ser o LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO instrumento legal, que transfere ao Estado poderes de expropriação patrimonial, exige-se competência legal da autoridade lançadora, ex vi do art.142 do CTN (abaixo), maioria revelada pelo respeito à forma correta exigida para fins de seu importante desiderato. Máxime se tratar do exercício de uma função pública, sobre o manto 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, aponta 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 a 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 afasta-se ou desvia-se da legalidade, ela é exposta à responsabilidade civil e criminal, conforme o caso.

Assim o 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 a princípios constitucionais, como o do DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Não se pode esquecer, 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. 13. 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 também pacífico, o entendimento de que o devido processo legal representa um supra princípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Pois, 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 procedural da auditoria própria do transito de mercadorias, feriu o princípio do devido processo legal, da legalidade e por conseguinte o princípio da ampla defesa e contraditório.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº. 213080.0077/18-0, lavrada contra **DINAMIKE – COMÉRCIO E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL EIRELLI - ME**, com o consequente arquivamento administrativo do processo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR