

PROCESSO - N. F. Nº 491301.0152/18-1
NOTIFICADO - AL COMÉRCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.
EMITENTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.12.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0226-02/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos autuante, a constituição do crédito tributário no caso concreto. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal foi lavrada em 15/08/2018 e exige ICMS no valor de R\$14.410,24, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **54.05.08** – Falta de recolhimento do ICMS referente a 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.

No campo Descrição dos Fatos, o agente fiscal complementa informando que: *“Em data, hora e dia acima indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação por contribuinte na condição de DESCRENCIADO. Ação fiscal originária de SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SAT, CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, através de Orden de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 520928000105-2018813, A base de cálculo foi calculada através dos DANFES 61408 e 78906, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa.”*

Consta, nos autos, cópia do documento MONITORAMENTO VIES DE RISCO SONEGAÇÃO FISCAL nº 520928000105-2018813, fl. 05, cópias dos DANFES nº 061.408 e 078.906, referentes às notas fiscais eletrônicas arroladas na notificação, fls. 07 e 08, RESUMO PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTECIPAÇÃO PARCIAL, fl. 09, INTIMAÇÃO DA LAVRATURA – NF 491301.0152/18-1, fl. 16.

Encontra-se, apensado aos autos, relação de contribuintes descredenciados, resultado de pesquisa por inscrição estadual nº 41.606.508 e extrato de consulta ao sistema INC relativo aos dados do contribuinte notificado.

O sujeito passivo, às fls. 18 a 23, impugna a notificação fiscal onde, inicialmente, registra a tempestividade da defesa, faz um breve histórico, reproduz a infração e afirma que o fisco exorbitou na ação fiscal, aplicando uma multa excessiva, portanto, diz que a mesma não merece prosperar, devendo ser anulada.

Afirma ser a exigência equivocada em razão de não existir falta de recolhimento do tributo decorrente da operação e que o imposto exigido resulta de cobrança indevida.

Declara que a nota fiscal nº 078.906 refere-se a aquisição de hortifrutigranjeiros, sendo, neste caso, operação amparada com isenção do ICMS, conforme art. 265, inc. I, alínea “a” do Decreto nº 13.780/2012, que reproduz.

Salienta que o art. 12-A, § 1º, inc. I da Lei nº 7.014/96, exclui, da exigência da antecipação tributária parcial, mercadorias isentas.

Quanto às mercadorias constantes na nota fiscal nº 061.408, afirma que as mesmas estão retornando, em virtude de o contribuinte não ter ciência da operação acobertada pela nota fiscal nº 061.381, fato que ocasionou a emissão do documento para dar retorno as mercadorias.

Explica que não registrou o evento “Desconhecimento da operação” ou “Operação não realizada”, por não ter conhecimento da existência da mesma.

Prossegue, afirmando que o procedimento adotado pela empresa emitente está amparado no art. 92, § 1º do Decreto nº 13.780/12, apesar de inicialmente ter “imaginado” que houve erro na emissão da nota fiscal.

Afirma que, somente após o conhecimento da presente notificação, analisou os registros da SEFAZ e, se dizendo “perplexo”, percebeu a existência de operações semelhantes, envolvendo o seu CNPJ como destinatário.

Orientado, apresentou queixa e promoverá ação judicial contra as empresas que patrocinam tal prática, ou seja: emitem uma nota fiscal e logo após emitem outra nota fiscal, dando retorno às mesmas mercadorias.

Diante de tudo quanto exposto, pugna pela total improcedência da notificação fiscal.

Às fls. 24 e 25, junta cópia de Certidão do Boletim de Ocorrência, de número DECECAP SSA-BO-18-00129, datado de 20/08/2018, referente a queixa prestada na DELEGACIA DE CRIMES ECONÔMICOS E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DECECAP, quanto ao uso indevido de seu CNPJ em operações que não teve conhecimento.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, lavrada por Agente de Tributos Estaduais, lotado na INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO, versa sobre a exigência de crédito tributário decorrente da constatação da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que se encontra na condição de descredenciado.

Consiste, o lançamento, em uma única infração, impugnada pelo notificado sob a alegação de não existir imposto a recolher em razão das mercadorias constantes em uma das notas fiscais arroladas na notificação, a de nº 061.408, emitida em 30/07/2018, procedente do Estado de São Paulo, acobertar mercadorias que estariam amparadas pela isenção do ICMS, enquanto a outra NF-e, de nº 078.906, também procedente do Estado de São Paulo, emitida 03/08/2018, referente a 1.500 caixas de alho a granel nacional, trata do retorno das mercadorias equivocadamente a ela remetida através de outra NF-e nº 061.381, emitida em 27/07/2018.

Quanto à última operação, afirma não ter conhecimento da mesma, tendo o remetente das mercadorias indevidamente se utilizado do seu CNPJ para promover vendas, sem seu conhecimento. Para apuração, diz que irá promover ação judicial e já formalizou queixa junto a DECECAP, conforme consta no relatório.

Previamente, é oportuno registrar que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, vigente, preconiza no art. 2º que a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa, cabendo ao julgador administrativo, antes de adentrar no mérito,

analisar o processo, sob o ponto de vista formal, para verificar a existência de vícios que possa contaminar o processo por nulidade.

Observo a existência de vícios jurídicos insuperáveis relativos à legalidade do presente lançamento, que, sendo ato vinculado à lei, a autoridade fiscalizadora tem como dever, agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

O primeiro deles refere-se ao fato de o lançamento ter sido formalizado em formulário destinado a apuração de ilícitos fiscais na fiscalização no trânsito de mercadorias, cujos procedimentos preparatórios e lavratura foram executadas por preposto lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, unidade especializada e dedicada a fiscalizar o trânsito de mercadorias que adota no desempenho de suas funções, métodos específicos, diferentes daqueles próprios das unidades responsáveis pela fiscalização em estabelecimentos que visa exatamente a apuração de fatos pretéritos.

Constato que a ação fiscal envolve duas notas fiscais, fls. 07 e 08, com datas de emissão diversas, 30/07/2018 e 03/08/2018, sendo que inexistente identificação nos autos do transportador ou transportadores das mercadorias.

A Notificação Fiscal resultou do Mandado de Fiscalização, MONITORAMENTO VIES DE RISCO SONEGAÇÃO FISCAL nº 520928000105-2018813, fl. 05, expedido pela Central de Operações Estaduais – COE em 13/08/2018, unidade subordinada à Superintendência de Administração Tributária – SAT, responsável em realizar um monitoramento eletrônico centralizado das operações de compras e vendas de contribuintes com algum risco de sonegação, direcionando as ações a serem realizadas pelas Unidades Móveis e Postos Fixos, além de gerar uma grande rede de integração entre os fiscos estaduais.

Portanto, é uma atividade de monitoramento em que identificando viés de risco de sonegação fiscal, para se efetivar as ações fiscais com assertividade, e atingir os objetivos a que se propõe, carece de procedimentos complementares a serem implementados mediante atuação fiscal no estabelecimento do destinatário, utilizando os meios adequados.

Para exigir o crédito tributário, foi lavrada a NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, própria para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Entretanto, o procedimento descrito no processo não se caracteriza como esse tipo de ação fiscal, posto que tais ações não decorreram da constatação ilícitos fiscais no efetivo trânsito de mercadorias, que se caracteriza como uma ação flagrante, instantânea, onde prevalece como verdadeiros, os fatos apurados no momento da autuação.

No caso concreto, verifico o lapso temporal existente entre a data da lavratura da notificação, 15/08/2018 e a data de emissão dos documentos fiscais, ocorridas em 30/07/2018 e 03/08/2018, denunciando de forma insofismável a inexistência de elementos que configure o evento no curso do trânsito das mercadorias, objeto da notificação fiscal na data da lavratura.

Por tudo exposto, vê-se que a ação fiscal carrega características de ações a serem desenvolvidas pela fiscalização no estabelecimento do sujeito passivo, visando apurar fatos pretéritos e adotando roteiros de fiscalização, observando as peculiaridades do caso. Dessa forma, resta concluir que o instrumento utilizado para exigência do tributo é inapropriado.

Consta, no Mandado de Fiscalização, fl. 05, e na consulta ao Sistema INC, fls. 13 e 14, que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição NORMAL.

Assim, deve ser observado o que dispõe o art. 107, §3º do Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956/81, que atribui a competência para a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais à Secretaria da Fazenda e especifica a competência dos Agentes de Tributos Estaduais para constituir os 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.

No caso em análise cabe aplicar o que determina o artigo 107, §2º do citado COTEB, o qual

estabelece que “*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*”.

Portanto, tem-se caracterizado o segundo vício, pois o lançamento não podia ser lavrado por um Agente de Tributos Estaduais, construindo-se assim uma ilegitimidade, ensejando a aplicação do art. 18, inc. I do RPAF/99, segundo o qual “*são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente*”.

Dessa forma, diante das irregularidades acima apontadas, e por contrariar a legalidade objetiva e o devido processo legal, considero, de ofício, o lançamento nulo, com fundamento no art. 18, incisos I e IV, alínea “a” do RPAF/99.

Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja, se for o caso, repetido a salvo de falhas em ação fiscal, por funcionário competente, inclusive apurando o fato de que à fl. 09 – Resumo do Demonstrativo Cal. Semi Elaborado – UMF, constam três notas fiscais, enquanto a notificação refere-se apenas a duas delas, sem incluir a nota fiscal nº 001.356, no valor de R\$150.000,00, com o ICMS descado no montante de R\$21.000,00, assim como as consequências da queixa crime apresentada pelo contribuinte junto a DECECAP.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **491301.0152/18-1**, lavrada contra **AL COMÉRCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR