

PROCESSO - A. I. Nº 210609.0060/17-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JAILTO XAVIER DOS SANTOS - ME
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0323-11/20-VD

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para anular o lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, por se comprovar a utilização indevida por terceiros dos dados cadastrais do recorrido, em aquisições de mercadoria. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 38 a 40 dos autos, subscrito pela Procuradora Assistente do Estado, em exercício, Dr.^a Rosana Maciel Passos Salau, propondo ao CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação pela nulidade do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$47.384,11, com data de lavratura/ocorrência de 18/09/2017, sob acusação de: *“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”*.

Esclarece a nobre Procuradora que as operações em questão ocorreram entre os dias 01 e 07/08/2017, conforme DANFE de fls. 06 a 12 dos autos, e que pessoalmente intimada do lançamento de ofício, em 19/09/2017, a empresa autuada deixou transcorrer *in albis* o prazo regulamentar para pagamento ou defesa, razão pela qual foi decretada sua revelia e inscrito o crédito tributário em dívida ativa.

Porém, em 28/09/2018, o contribuinte apresentou petição (fls. 24), conduto da qual se insurge contra a exigência fiscal, argumentando que não comercializa bebidas alcoólicas e que jamais praticou as operações a que se refere o Auto de Infração. E, como prova de sua alegação, trouxe aos autos certidão relativa ao Boletim de Ocorrência nº 17-00399, lavrado em 18/07/2017 pela 14ª CORPIN, que contém a notícia crime prestada pela Interessada a respeito da utilização fraudulenta de seus dados por terceiro, para aquisição de mercadorias junto à empresa “Engarrafamento Pitu Ltda.” (fls. 26/27).

Aduz que a autoridade fazendária competente da INFAZ Irecê entendeu oportuno submeter o caso à análise da PGE, sob a consideração de que outros autos de infração lavrados contra a mesma empresa foram julgados nulo pelo CONSEF.

Salienta que a primeira análise do feito, no âmbito da PGE, coube ao Dr. Hugo Coelho Regis, que entendeu pela nulidade do auto de infração, por ilegitimidade passiva, considerando que a autuada teria feito prova do uso indevido de seu CNPJ por terceiros, apresentando boletim de ocorrência policial lavrado em data anterior à do lançamento.

Sustenta a i. Procuradora, Dr.^a Rosana Maciel Passos Salau, que a emissão de documento fiscal eletrônico autoriza desde logo, a conclusão de que a mercadoria entrou no estabelecimento do destinatário e que esta presunção, estabelecida em favor da Administração Tributária no art. 4º, §7º da Lei nº 7.014/96, pode ser desconstituída pelo destinatário no prazo e forma previstos no art.

89, §17 do RICMS, que atribui aos contribuintes de ICMS o dever de consultarem, regularmente, as notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome como destinatário e, quando não reconhecerem a prática da operação, registrarem o evento “*desconhecimento da operação*” perante a SEFAZ, no prazo de até 70 (setenta) dias, contados da emissão do documento fiscal.

Porém, aduz a douta Procuradora que a inércia do contribuinte em registrar o desconhecimento da operação não implica em seu definitivo atrelamento ao imposto incidente, pois o §16 do citado art. 89 do RICMS prevê que, nesta hipótese, poderá prestar queixa do uso indevido de seu nome junto à autoridade policial competente, assim logrando afastar a presunção legal de entrada da mercadoria no seu estabelecimento.

Assim, excluída, por determinação normativa expressa, a presunção de que as mercadorias efetivamente ingressaram no estabelecimento, resta ilegítima a exigência de ICMS por antecipação parcial em face da autuada, a menos que o Fisco tivesse se desincumbido do ônus de provar, pelos meios de que dispusesse, o efetivo recebimento pelo destinatário.

De outra parte, sempre que inexistir no domicílio do interessado, unidade especializada em crimes contra a Administração Pública – como parece ser o caso do Município de Lapão (BA) – defende a douta Procuradora que a queixa prestada perante a autoridade policial local deve ser tida como apta a produzir o mesmo efeito.

Do exposto, afastada a presunção legal prevista no art. 4º, §7º da Lei nº 7.014/96, e à míngua de quaisquer provas concretas da efetiva realização da operação pela autuada, a PGE representa ao CONSEF pela nulidade do lançamento tributário, por ilegitimidade passiva, com fundamento no art. 113, §5º, inciso I do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 14.550/2013, sugerindo, outrossim, seja o caso levado ao conhecimento da INFIP para que, sendo possível, identifique quem efetivamente praticou as operações comerciais em questão, a fim de se lhe exigir o recolhimento do imposto devido.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 18/09/2017, para exigir do sujeito passivo a antecipação parcial do ICMS de R\$47.384,11, relativa às notas fiscais nºs: 251379, 251663, 251666, 251791, 251798, 251828 e 251840, datadas de 01 a 07/08/2017, consoante documentos às fls. 4 a 12 dos autos, emitidas pela empresa Engarraamento Pitu Ltda (PE) e destinadas ao autuado, localizado na Bahia, o qual, em que pese devidamente cientificado, não apresentou defesa e nem efetuou o pagamento no prazo regulamentar, sendo decretada a revelia e inscrito o crédito tributário em dívida ativa.

Contudo, o sujeito passivo, em 28/09/2018, protocolou junto à PGE petição, na qual se insurge contra a exigência fiscal, argumentando que não comercializa bebidas alcoólicas e que jamais praticou as operações a que se refere o Auto de Infração do que, como prova de sua alegação, anexou certidão relativa ao Boletim de Ocorrência nº 17-00399, lavrado em 18/07/2017 pela 14ª CORPIN – LAPÃO, que contém a notícia crime por ele prestada da utilização fraudulenta de seus dados por terceiro, no total de R\$700.000,00 de aquisição de mercadorias, junto à empresa Engarraamento Pitu Ltda. (fls. 26/27).

Em consequência, a PGE/PROFIS ofereceu a Representação ao CONSEF, com fundamento no art. 113, § 5º, inciso I, do RPAF, por entender pela nulidade do auto de infração, por ilegitimidade passiva, considerando que a autuada teria feito prova do uso indevido de seu CNPJ por terceiros, apresentando boletim de ocorrência policial lavrado em data anterior ao do lançamento, visto que o art. 89, §16 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA) prevê que a queixa do uso indevido de seu nome junto à autoridade policial competente afasta a presunção legal de entrada da mercadoria no seu estabelecimento, prevista no art. 4º §4º, da Lei nº 7.014/96.

Com efeito, da análise das peças processuais, é forçoso reconhecer a flagrante nulidade do

lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, eis que o recorrido conseguiu comprovar a improcedência, no caso concreto, da presunção legal para exigência do imposto, prevista no próprio dispositivo legal (art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96), quando expressa: “*Salvo prova em contrário*”, tendo em vista a previsão contida no art. 89, § 16, do Decreto 13.780/12, a seguir transcrito:

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda científicará o emitente:

[...]

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

Neste contexto, há de se acolher a Representação da PGE/PROFIS para anular o lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva, uma vez que restou afastada a presunção legal prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, considerando que o recorrido fez prova do uso indevido de seu CNPJ por terceiros, ao apresentar boletim de ocorrência policial lavrado em data anterior à do lançamento, noticiando a utilização fraudulenta de seus dados cadastrais por terceiro, cabendo a autoridade competente avaliar o envio do PAF à INFIP para que, sendo possível, identifique quem efetivamente praticou as operações comerciais em questão, a fim de responder pelo recolhimento do imposto devido, como sugerido pela PGE.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210609.0060/17-9**, lavrado contra **JAILTO XAVIER DOS SANTOS - ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS