

N.F. Nº - 232201.0091/17-4
NOTIFICADO - EMYDIO COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES
E TRANSPORTES DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME
NOTIFICANTE - AUGUSTO SOARES NETO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. Utilização de documento fiscal, revestido das formalidades legais, com o intuito comprovado de fraude, para transportar mercadorias destinadas a contribuinte fictício. Notificante, em 19/12/2017, descreve infração e a enquadra com base em Regulamento do ICMS do Estado da Bahia revogado em 31/03/2012, configurando ofensa ao Princípio da Legalidade. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 19/12/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.788,72, mais multa de 100%, equivalente a R\$11.788,72, perfazendo um total de R\$23.577,44, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 53.01.27: Utilizar-se, o transportador, de documento fiscal revestido de formalidades legais, com o intuito comprovado de FRAUDE, para transportar mercadorias destinadas a contribuinte FICTÍCIO ou a contribuinte INAPTO pelos incisos I, V, ‘a’ e ‘c’, VII, XV e XVIII do art. 171 do RICMS, aprovado pelo DEC. 6.284/97.

Enquadramento Legal: alínea “d” do inciso I do art. 39, Inciso VI do art. 209, arts. 911, 913 do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97 c/c alínea ‘f’ do inciso II do art. 44 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa prevista na alínea ‘a’ do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A descrição fática trata de contribuinte encontrado em trânsito transportando 32 toneladas de farinha de trigo, acompanhada do DANFE nº 438, emitido por SUZANA MARIA DA SILVA – ME, CNPJ 27.151.821/0001-85, tendo como destinatário empresa inexistente denominada MERCADÃO PIÇARREIRA LTDA – ME, CNPJ 03.069.828/0001-94, com endereço na Ave. Doutor Nicanor Barreto, nº 094, Bairro Vale Quem tem, na cidade de Teresina/PI. A inexistência da empresa foi comprovada através de diligência solicitada pelo Fisco da Bahia e realizada pelo Fisco do Piauí, conforme mensagens de e-mail anexas. Corroborado pelo fato do transportador ser empresa que opera no ramo de compra e venda de gêneros alimentícios.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado, por meio de advogado, apresenta peça defensiva com anexos, às fls. 16/44, preliminarmente afirmando a tempestividade da impugnação. Em seguida, registra que a Notificação teve seu enquadramento legal baseado no Dec. 6.284/97 (Regulamento do ICMS), vigente até 31/03/2012, e que desde 1/04/2012, está em vigor o novo regulamento, instituído pelo Dec. 13.780/12. Por consequência entende como ausentes os dispositivos legais infringidos, em ofensa ao inc. I do art. 51 do RPAF/BA, assim como ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, contrariamente ao que determina a alínea “a” do inc. IV do art. 18 do RPAF/BA. Pelo que, requer a nulidade da Notificação.

Aduz que a empresa tem como atividade econômica secundária o transporte rodoviário de carga, possuindo frota de veículos, os quais quando não estão em uso próprio, são alugados para terceiros. Prossegue alegando que, em dezembro/17, alugou seu veículo de placa policial MEA 8651 para a empresa COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS E TRANSPORTE DIAZ, CNPJ 19.741.606/0001-06, para um carregamento de farinha de trigo da cidade de Dionísio Cerqueira/SC para Teresina/PI, oportunidade na qual, ao transitar pelo Estado da Bahia, teve lavrada a Notificação contra si, por ser proprietária do veículo.

Argumenta que não foi a responsável pelo transporte da carga, conforme Manifesto e Conhecimento de Transporte, tão somente locou o veículo. Por conseguinte, considera restar evidente sua ilegitimidade passiva, para figurar como infratora. Alega, também, que a imputação de responsabilidade solidária pressupõe comprovação de dolo ou má-fé por parte do transportador, citando os arts. 121 e incisos I e II do art. 124; o inc. IV do art. 18 do RPAF/BA, assim como Acórdãos do CONSEF/BA, para fundamentar suas alegações.

Afirma que o Agente de Tributos atribuiu responsabilidade solidária ao transportador, esquecendo-se que o imposto jamais poderia ser exigido pelo Estado da Bahia, sob pena de ofender limites impostos pela constituição e que resguardam a sistemática de cobrança e repartição do ICMS, haja vista que as mercadorias estavam apenas de passagem no território baiano, sendo originárias de Santa Catarina e destinadas ao Piauí.

Finaliza a peça defensiva, requerendo a nulidade da Notificação pelos seguintes motivos: 1) Por estar pautada em legislação revogada; 2) Por ter apenas alugado o veículo de sua propriedade, não figurando como transportador; 3) Por incompetência do Estado da Bahia para exigir imposto ou multa eventualmente incidentes sobre a operação em tela, em respeito aos limites constitucionais impostos ao seu dever de tributar. Protesta, outrossim, por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de diligência.

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.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide, exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$11.788,72, mais multa de 100%, equivalente a R\$11.788,72, perfazendo um total de R\$23.577,44 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

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, o 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 (Decreto nº 7.629/99), 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.

(...)"

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível, relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Constato uma questão de suma importância, que trata da descrição da infração e respectivo enquadramento legal expressos pelo preposto fiscal, quando da lavratura da presente Notificação. O Notificante, em **19/12/2017**, descreve a infração e a enquadra com base no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, revogado em **31/03/2012**, ou seja, fundamentado no RICMS/BA anteriormente vigente, conforme transcrito a seguir. Registre-se que o preposto do fisco elegeu como data da ocorrência da infração o dia **19/12/2017**, mesma data da lavratura:

Descrição da Infração:

"Utilizar-se, o transportador, de documento fiscal revestido de formalidades legais, com o intuito comprovado de FRAUDE, para transportar mercadorias destinadas a contribuinte FICTÍCIO ou a contribuinte INAPTO pelos incisos I, V, 'a' e 'c', VII, XV e XVIII do art. 171 do RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97."

Enquadramento Legal:

"alínea 'd' do inciso I do art. 39, Inciso VI do art. 209, arts. 911, 913 do RICMS aprovado pelo Dec. 6.284/97 c/c alínea 'f' do inc. II do art. 44 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa prevista na alínea 'a' do Inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96."

O processo administrativo tributário deve obedecer a diversos princípios, dentre os quais, um dos de maior relevância é o da legalidade, inserido no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Isso significa dizer, que somente através das espécies normativas elaboradas, consoante as regras do processo legislativo constitucional, se podem criar obrigações para quem quer que seja.

Note-se que o inc. I, do art. 150 da Constituição Federal, estabelece a vedação relativa à exigência de imposto sem previsão legal, *in verbis*:

"Constituição Federal/88

(...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

(...)"

Pertinentes à questão em lide, são as determinações contidas nos arts. 3º e 144 do Código Tributário Nacional, a seguir transcritas:

"CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

(...)

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (Grifos nossos)*

(...)"

É cediço que nenhum imposto, de qualquer natureza, poderá ser exigido, senão em virtude de uma lei que o autorize. Assim como, não se pode cobrar imposto com base em legislação

revogada. No caso em tela, indubitavelmente, dever-se-ia ter aplicado o Dec. nº 13.780, de 16/03/2012, que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia, haja vista que foi lavrada uma Notificação no ano de 2017, concernente a uma infração constatada no trânsito de mercadorias. Logo, a existência deste vício constitui de forma cristalina, ofensa ao Princípio da Legalidade.

Diante desta constatação, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

In fine, nos termos do art. 21 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232201.0091/17-4, lavrada contra EMYDIO COMÉRCIO, REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTES DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. – ME.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2020.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR