

A. I. Nº - 269278.0220/04-9

**AUTUADO - ELLA COMÉRCIO DE LUMINÁRIA LTDA.**

**AUTUANTES - SILVIO CHIAROT DE SOUZA e GERVANI DA SILVA SANTOS**

**ORIGEM - IFMT-DAT/SUL**

**INTERNET - 30.06.04**

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0213-03/04**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE. EXTRATERRITORIALIDADE. SÚMULA CONSEF Nº 03.** É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 05/02/2004, exige ICMS de R\$4.031,13, e multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Labluz São Paulo Iluminação Ltda., nova razão social de Ella Comércio de Luminárias Ltda., apresenta a defesa de fls. 45/54, aduzindo as seguintes razões de fato e de direito:

Preliminarmente argui a nulidade do lançamento pois não há indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido, o que cerceia a ampla defesa e o contraditório. Em verdade o Auto de Infração contém apenas a indicação das cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio ICMS nº 75/94, e do art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, convênio que se encontra revogado.

Ressalta a total ausência de indicação legal dos supostos: fato gerador, base de cálculo, e alíquota, além do sujeito passivo. Também há omissão quanto a regra que supostamente estabeleceria a hipótese de substituição tributária e a MVA aplicada pelos autuantes.

Diz que não se trata de vendas porta-a porta, por ser inconcebível a comercialização de luminárias, abajures, lâmpadas e produtos congêneres, através de marketing direto. Ressalta que ocorreu apenas uma operação de circulação de mercadorias, em relação a cada conjunto de produtos indicados nas notas fiscais em anexo, isto é, a autuada efetuou a venda direta das mercadorias aos consumidores finais, devidamente indicados em todos os documentos fiscais objetos da autuação.

Aduz ser irrelevante a anotação no campo “dados adicionais” das notas-fatura, do local de entrega das mercadorias no município de Salvador, pela empresa transportadora interestadual, em face de ausência de previsão do contrato celebrado entre o autuado e a aludida empresa, em relação à entrega das mercadorias no domicílio dos consumidores finais. Houve apenas o

fracionamento da operação de transporte das mercadorias no município de São Paulo para o município de Salvador, através de empresa de transporte interestadual (contribuinte do ICMS); e do ponto de entrega indicado nas notas fiscais, localizado no Município de Salvador, para o domicílio dos consumidores finais, também no município de Salvador, através de empresa de transporte intramunicipal.

Caso prevaleça o entendimento do autuante, impõe-se a exclusão do valor de R\$2.108,73 referente à Nota Fiscal nº 013523, cuja destinatária era a Sra. Carolina Carnaúba, tendo em vista a inexistência de qualquer menção ao local da entrega no campo “dados adicionais”;

Requer o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Auditor fiscal designado, presta a informação fiscal de fls. 96/99, e no mérito, diz que trata-se de uma operação de marketing direto, tendo o fornecedor destacado indevidamente a alíquota do Estado de origem, e fazendo constar indevidamente nas notas fiscais os nomes dos futuros consumidores finais, ao invés do nome do revendedor porta-a-porta, mascarando a natureza real da operação.

A grande quantidade de notas fiscais emitidas pelo fornecedor, retratando um grande número de compradores na mesma cidade, sem qualquer vínculo entre si que possa justificar a escolha do mesmo fornecedor, na mesma data, conduz à conclusão de se tratar exatamente da operação descrita no artigo 379 do RICMS/BA vigente, e contemplada pelos Convênios nº<sup>os</sup> 75/94 e 45/99, que qualifica e obriga à retenção do imposto, o remetente como sujeito passivo.

Contudo, trata-se de produtos com MVAs diferenciadas: as lâmpadas e os reatores deve ser aplicado o percentual de 40%, conforme Protocolo ICMS nº 17/85, e aos demais produtos, o percentual de 20%, conforme anexo 89 do RICMS/89, nos termos do Convênio nº 45/99 (em vigor desde 1º de outubro de 1999).

Diz que o somatório das notas fiscais está correto, e admite a exclusão da Nota Fiscal nº 013.523, por não se enquadrar no Marketing Direto, resultando o montante no valor de R\$21.886,06, sobre o qual deverão ser aplicadas as MVAs diferenciadas.

## **VOTO**

Trata-se de Auto de Infração que exige ICMS, em decorrência da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Verifica-se que o autuante presumiu estar diante da hipótese de vendas, através de marketing direto, operação que estaria sendo mascarada pelo remetente das mercadorias, situado no Estado de São Paulo, e contemplada nos Convênios ICMS nº<sup>os</sup> 75/94 e 45/99.

De fato, através da análise das notas fiscais, constato que todas foram remetidas para consumidores finais, com o destaque do ICMS, à alíquota de 18%, o que caracteriza uma operação para não contribuintes.

Em contradição, constata-se que o campo “inscrição estadual”, encontra-se preenchido nas notas fiscais, embora não tenham sido localizadas no sistema da SEFAZ, ditas inscrições, como numeração de contribuinte inscrito no cadastro estadual, ou seja, são inscrições inexistentes.

Não obstante a alegação do autuante, de que se trataria de vendas porta a porta, não há nos autos como inferir que se trata de vendas de mercadorias contemplada no Convênio ICMS nºs 75/94 e 45/99, e prevista no art. 379 do RICMS/97, que qualifica e obriga o remetente à retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo.

Contudo, entendo que deve ser averiguado, em nova ação fiscal, qual o papel da empresa indicada nos documentos fiscais, como recebedora das mercadorias, haja vista que trata-se de contribuinte inscrito na cadastro estadual sob o nº 048.197.984, que atua no ramo de comércio varejista de móveis, conforme descrito no objeto social, INC da SEFAZ, fls. 34/35 do PAF.

Cabe ressaltar que este contribuinte – EBP – Comércio e Representações Ltda., declarou ser depositária fiel das mercadorias apreendidas, conforme Termo de fl. 39.

Também não cabe a cobrança sobre a operação de circulação das lâmpadas e reatores, pois no presente caso, o remetente não se enquadra na condição de estabelecimento industrial ou importador, atribuição de sujeito passivo por substituição, em que caberia a retenção e recolhimento do ICMS, relativo às saídas subsequentes, nos Termos do Protocolo ICM nº 17/85.

Assim, da análise dos autos, constatei existência de vício insanável que macula o lançamento tributário realizado pelo auditor, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado contra a empresa estabelecida no Estado de São Paulo, não contribuinte do Estado da Bahia e sem a existência de acordo interestadual, sendo indiscutível a ilegitimidade passiva, matéria com doutrina já consolidada pelo CONSEF através da Súmula nº 03, a qual estabelece que:

#### **“SÚMULA CONSEF Nº 03**

***ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE. EXTRATERRITORIALIDADE.***

*É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.”*

Antes ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento, no art. 18, IV, alínea “a” e “b”, do RPAF/99.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 269278.0220/04-9, lavrado contra **ELLA COMÉRCIO DE LUMINÁRIA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2004.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRES. EM EXERCÍCIO/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR