

A. I. N.^º - 020778.0406/07-9
AUTUADO - LVMH PARFUMS ET COSMETIQUES DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 26/12/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0429-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. O Auto de Infração foi lavrado contra estabelecimento localizado em outra unidade da Federação, caracterizando-se nulidade por ilegitimidade ativa e passiva. No caso em apreço, deve-se exigir o imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria sem destinatário certo, uma vez que o destinatário declarou formalmente que não a adquiriu. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de infração foi lavrado em 18/04/2007, para exigir ICMS no valor de R\$24.031,75, com aplicação da multa de 100%, por se tratar de mercadorias não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal.

O autuado apresenta defesa tempestiva às folhas 85/95, através de advogado legalmente habilitado, conforme procuração à folha 96. Diz que em data de 18 de abril de 2007, foi surpreendido com a apreensão de suas mercadorias na fronteira do Estado da Bahia e do Espírito Santo, mais especificamente no Posto Fiscal de Mucuri, sendo lavrado o presente Auto de Infração. Transcreve a acusação fiscal, argüindo que foi feita com base em presunção, em razão de o destinatário não ter confirmado o pedido das mercadorias, e que o autuado tinha a intenção (dolo), de internar as mercadorias irregularmente no Estado da Bahia. Registra a sua indignação em relação ao procedimento fiscal adotado, uma vez que a apreensão e lavratura do Auto de Infração partiram da presunção de que pretendia internar as mercadorias com o propósito de sonegar o ICMS devido ao Estado da Bahia. Acrescenta que não pode admitir a imputação de dolo baseada em presunção em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o impugnante é uma empresa séria que já atua há muitos anos no mercado brasileiro, cujo estabelecimento remetente está regularmente inscrito e em pleno funcionamento no Estado do Espírito Santo. Esclarece o fato, dizendo que em razão de um equívoco do sistema de faturamento, computou-se um pedido de compra em nome da empresa Ias Comércio de Perfumes e Cosméticos Ltda. Ressalta que o destinatário é cliente há vários anos do autuado, e caso essas mercadorias tivessem ingressado em território baiano e chegado no estabelecimento destinatário, o responsável não iria recebê-las, de sorte que as mesmas seriam devolvidas para o impugnante. Sustenta que a única pessoa a arcar com qualquer prejuízo nesse caso seria o próprio contribuinte que incorreu na despesa de frete para remeter e receber as referidas mercadorias. Aduz que ainda que se alegue a presunção da fiscalização de que o impugnante iria promover uma entrada de mercadoria irregular para eximir o cumprimento de obrigações tributárias, estaria autorizado pela declaração do destinatário, confirmando que não havia sido feito qualquer pedido, e tal declaração somente comprova a inexistência de pedido, o que o impugnante já confirmou ao declarar que as mercadorias foram equivocadamente remetidas àquele estabelecimento em decorrência de um erro no seu sistema de faturamento. Salienta que essas mercadorias foram remetidas equivocadamente para aquele destinatário, e com base nessa

mera presunção subjetiva do Fisco, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico, foi lavrado Auto de Infração exigindo ICMS que seria devido em eventual comercialização dessas mercadorias calculado com uma margem de valor agregado de 20%, mais multa de 100% sobre esse imposto apurado. Acrescenta que as Autoridades Fazendárias baseadas na mera presunção de que o impugnante estaria sendo conivente com possível sonegação de ICMS devido ao Estado da Bahia, calculou o ICMS sobre a venda com margem de 20%, descontando o ICMS que havia sido recolhido pelo impugnante ao Estado remetente, e que o autuante partiu de uma premissa equivocada: de que o autuado pretendia desviar essas mercadorias no Estado da Bahia. Entende que não há como presumir uma ação dolosa por parte do contribuinte, não só porque o dolo há de ser comprovado por aquele que alega, mas também porque os fatos narrados pelo autuado foram provados cabalmente. Esclarece que o destinatário é cliente do autuado há vários anos; em razão de um equívoco do sistema de faturamento, as mercadorias, foram faturadas no nome desse cliente; as aludidas mercadorias saíram do centro de distribuição do impugnante acompanhadas de nota fiscal e com o ICMS de 12% destacado (alíquota interestadual aplicável para as operações entre os Estados do Espírito Santo e da Bahia); se tais mercadorias tivessem seguido o seu destino, seriam devolvidas pelo destinatário; os créditos devidos seriam apropriados pelo autuado, anulando-se a operação. Cita os princípios da legalidade e tipicidade cerrada, Livro “Lançamento do ICMS por presunção”, Ives Gandra Martins, Notícias Forenses nº 126, junho de 1994, e artigo 142 do CTN, reproduzindo entendimento do 9º Simpósio Nacional de Direito Tributário. Finaliza pedindo, que lhe seja deferido todos os meios de provas em direito admitidas, juntada posterior de documentos, realização de prova pericial e a improcedência do lançamento de ofício.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, com base no artigo 127 § 2º do RPAF (fls. 119/121), relatando inicialmente a infração imputada e as razões da defesa. Diz que todo o conteúdo da defesa restringe-se à sua oposição à presunção utilizada como fato gerador do imposto, e que o autuado entende que, provavelmente pelo princípio da boa-fé, a conclusão da fiscalização deveria, ou poderia, ser outra: ao invés da presunção que deu origem a cobrança do imposto, deveria ter sido suposto que quando as mercadorias chegassem ao seu destino, não tendo sido pedidas, seriam devolvidas, e a operação fundada em erro, seria anulada por outra que a corrigisse com base na verdade dos fatos. Aduz que a ação fiscal não se deu em consonância com algum dom metafísico, ou intuição do fisco; mas em função de um fato objetivo: as mercadorias estavam destinadas a contribuinte que, expressamente, não confirmou a operação e pediu providências no sentido de coibir o uso indevido de seu nome empresarial e que tal fato não é negado pela defesa, mas confirmado como resultado de erro no setor de faturamento da empresa. Entende que o autuado alega um fato sem a menor preocupação de comprová-lo com meios de prova de que necessariamente dispõe, nos termos do artigo 142, do RPAF. Assevera que a afirmativa do fisco que está baseada no artigo 209, Inciso VI, do RICMS/BA, que diz ter sido o documento utilizado com intuito comprovado de fraude, e que não é mera presunção, pois se refere a fato que se apresentou no curso da ação fiscal, sendo as mercadorias transportadas para destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Diz que as notas fiscais de nºs 67.194 e 67.195, objeto do alegado erro no faturamento, têm uma extensa e variada composição tanto de mercadorias - as mais diversas - quanto de quantidades variáveis, e que o argumento da defesa tem uma probabilidade mínima de corresponder aos fatos e deveria ter sido provado o quanto alegado na medida em que se houve erro, ele ocorreu na identificação do destinatário e bastaria, a juntada da nota fiscal com o mesmo, ou semelhante, teor emitida em substituição à nota fiscal emitida com erro. Acrescenta que, se houve equívoco, não fazia sentido que se paralisasse a empresa a ponto de não retificá-lo, redirecionando a fatura ao verdadeiro adquirente. Entende que a defesa se restringe à negação dos fatos, quando ela poderia demonstrar a ocorrência do erro com a juntada de elementos suficientes para o seu convencimento, e o artigo 142, autoriza a fiscalização a presumir que as alegações do autuante são verdadeiras, por falta de provas do autuado.

VOTO

Inicialmente indefiro o pedido de perícia requerido pelo autuado, uma vez que as provas dos fatos não dependem do conhecimento especial de técnicos nos termos do artigo 147, II, “a” do RPAF-BA.

Da análise das peças processuais, verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado contra o estabelecimento remetente, localizado no Município de Vila Velha-ES, tendo em vista que o destinatário das mercadorias, IOS Comércio de Perfumes e Cosméticos Ltda., localizada em Salvador-Ba, alegou que não solicitou as mercadorias constantes das notas fiscais de nºs 067194, 067195 e 067196, conforme declaração acostada aos autos às folhas 07 e 08.

Observo, ainda que o autuante enquadrou a infração cometida no artigo 209, VI, do RICMS-BA, e a penalidade no artigo 42, IV, alínea “a”, da Lei 7.014/96, considerando o documento fiscal inidôneo.

O autuado, por sua vez argüiu que houve um equívoco no seu sistema de faturamento, sendo computado um pedido de compra em nome do destinatário, e que agiu de boa-fé, sendo a autuação feita com base em presunção.

Examinado os fatos, a discriminação da infração pelo autuante e as alegações defensivas, concluo que o presente Auto de Infração está eivado de nulidade por ilegitimidade passiva.

Com efeito, o sujeito ativo da relação jurídica tributária é o Estado da Bahia, que tem a competência tributária de instituir e exigir tributo do sujeito passivo dentro dos seus limites territoriais. Trata-se de vigência da legislação tributária que vigora nos limites do território da pessoa jurídica que edita a norma. Ressalto que nos termos do artigo 102 do Código Tributário Nacional, a legislação tributária dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios em que participem, ou do que disponha o próprio Código, ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

No caso em apreço, os produtos remetidos pelo sujeito passivo se tratam de cosméticos, mercadorias não sujeitas à substituição tributária interestadual, por força de acordo entre os Estados, e, por conseguinte, não há que se falar em exigência de tributo com aplicação de penalidade de contribuinte localizado em outra unidade federada.

Entendo que mesmo se considerarmos o documento fiscal que acobertava as mercadorias como inidôneo, nos termos do artigo 201, I, do RICMS-BA, a exigência fiscal deveria recair sobre o transportador na qualidade de responsável por solidariedade nos termos do artigo 39 do RICMS-BA, tendo em vista a declaração obtida pelo autuante às folhas 07/08, o qual, transcrevo:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

a) (...)

d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Entendo que a *legitimatio ad causam*, a legitimidade de parte, diz respeito à titularidade (ativa e passiva) da ação, e no presente caso não cabe ao Estado da Bahia exigir tributo a contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação. Isto posto, conclui-se que a *legitimatio ad causam* é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, titular ativo de uma dada situação jurídica - tributária, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais do processo administrativo fiscal.

Ante o exposto, julgo NULA a exigência fiscal do presente Auto de Infração, por ilegitimidade passiva e ativa, nos termos do artigo 18, IV, “b”, do RPAF-BA, e represento à autoridade administrativa para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 020778.0406/07-9, lavrado contra **LVMH PARFUMS ET COSMETIQUES DO BRASIL LTDA**. Representação à autoridade administrativa para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA