

PROCESSO - A. I. Nº 936070080/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRAZIL EXPRESSO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0219-01/08
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 12/09/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0290-11/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. Mercadorias remetidas por contribuinte de outra Unidade da Federação, através de nota fiscal idônea e destinada ao autuado neste Estado, correspondente a remessa para armazenagem, sem destaque do imposto. Ocorrência do fato gerador do imposto no Estado de origem, competindo a este exigir o crédito tributário, se for o caso, por ser o titular do direito. Ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência do imposto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº. 0219-01/08, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$41.177,40, acrescido da multa de 60%, em decorrência de operação com mercadorias tributáveis caracterizada como não tributáveis.

Foi lavrado o Termo de Apreensão nº 140884, do produto descrito na Nota Fiscal de nº 045590, destinada à Empresa Brazil Expresso Transportes e Logística Ltda., sendo o motivo da apreensão a realização de operação tributada, caracterizada como não tributada.

O autuado apresentou defesa às fls. 19 a 24, alegando, inicialmente, que as mercadorias objeto da autuação pertencem ao remetente, no caso a Empresa Kyocera Solar do Brasil Ltda., estabelecida no Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ sob o nº 00.097.225/0001-08 e com Inscrição Estadual naquele Estado sob o nº 85.505.525.

Afirma que a aludida Empresa foi contratada pela COELBA, visando fornecer e instalar Kits Geradores de Energia Solar, no Projeto LUZ PARA TODOS e, como precisava disponibilizar todos os equipamentos a serem instalados na composição dos Kits para inspeção técnica da COELBA, resolveu contratar a Brazil Expresso para armazenar, em sua citada filial, todo o material necessário ao atendimento das instalações dos Kits, conforme cronograma e exigência contratuais.

Apresenta descrição dos fatos e passos da operação, enumerando-os de 1 a 8, desde os procedimentos referentes às entradas para armazenagem no Estado da Bahia, seguido da venda pela Kyocera para a COELBA – transferindo a propriedade e, por fim, informa sobre os procedimentos referentes ao recolhimento do ICMS e diferencial de alíquotas para o Estado da Bahia.

Ressalta, em suas considerações finais, que a Empresa Brazil Expresso, filial de armazém geral – depósito fechado para armazenagem de terceiros – criada e registrada exclusivamente para atender ao contrato da Kyocera Solar do Brasil, em nenhum momento, figura como proprietária da mercadoria, por não ser compradora nem vendedora, recebendo como remuneração pela prestação de serviços de armazenagem, de acordo com o Contrato anexado às fls. 30 a 34, valor mensal inferior ao exigido no Auto de Infração, pelo que requer a improcedência e anulação do Auto de Infração

Na informação fiscal (fls. 36 a 40), o autuante contesta as sustentações defensivas, afirmando que

o autuado não comprovou a existência de Contrato de Armazenamento com o remetente das mercadorias Kyocera, juntando ao PAF uma fotocópia de um suposto contrato, o qual não possui autenticidade exigida em Lei, haja vista que não foi registrado em Cartório de Títulos e Documentos, bem como não possui data de celebração. Aduz, também, que o sujeito passivo não demonstrou estar autorizado pela SEFAZ/BA para atuar como operadora logística, nos termos da legislação em vigor.

Assevera que ocorreu, efetivamente, uma simulação de uma operação supostamente desonerada de tributação do ICMS, acobertada com documentação fiscal de outro Estado, com a simples menção de destino para armazenamento no rodapé da Nota Fiscal nº 045.590, objeto da presente autuação, e emitida por empresa estranha ao suposto contrato de armazenamento, quando deveria ser acompanhada por documento de entrada emitido pela Brazil Expresso Transporte Logística, caracterizando, destarte, a situação infracional de mercadoria tributada como não tributada.

Aduz que o autuado simulou uma operação triangular após a ação fiscal, “temperando” tais fatos com várias ilicitudes de naturezas fiscal, contábil e tributária, tecendo comentários sobre os procedimentos sem amparo legal adotado pelo sujeito passivo, ressaltando que a única empresa que pode estar agindo de boa-fé é a adquirente dos produtos, ou seja, a COELBA, a qual, inclusive, não é parte na ação fiscal.

Ressalta que as empresas envolvidas não recolhem nenhum centavo de imposto para o Estado da Bahia.

Conclui mantendo a autuação.

Intimado para manifestação sobre os novos documentos acostados na informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 110 a 113, contestando integralmente a acusação fiscal.

Reitera que a Empresa é prestadora de serviços à Kyocera, dizendo que a falha na formalização do Contrato alegada pelo autuante não descaracteriza a prestação de serviços de armazenagem, conforme a emissão de notas fiscais de prestação de serviços e respectiva cobrança. Afirma, ainda, que a COELBA recolhe a diferença de alíquotas referente às aquisições junto à Kyocera, fato que pode ser comprovado pelo Fisco, através de seus próprios sistemas ou verificação “*in loco*”.

Salienta que, mesmo que possa haver meros erros formais ou de escrituração, inexistente, de qualquer forma, situação de vantagem ou benefício por parte da Brazil Expresso em operação em que não figura como compradora nem vendedora, mas mera prestadora de serviços de armazenagem.

Acrescenta, ademais, que nenhum imposto deixou de ser recolhido, tendo em vista que cabe tão-somente o ICMS diferencial de alíquotas devido pela COELBA, cujo recolhimento não pode ser verificado pela Brazil por não ter competência para tanto.

Ratifica o pleito de que o Auto de Infração seja anulado.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0219-01/08, o Auto de Infração foi julgado nulo, fundamentando o Relator o seu voto na linha de que a operação de saída das mercadorias ocorreu no Estado de São Paulo, tendo o fato gerador da obrigação principal ocorrido naquele Estado e, conseqüentemente, o imposto proveniente da operação é devido pelo remetente da mercadoria ao Estado de origem.

Assim, inexistente dúvida que, no presente caso, o remetente participa da relação tributária na condição de sujeito passivo, enquanto o Estado de origem, detentor do crédito tributário, se qualifica como sujeito ativo da relação.

Portanto, em obediência à Lei, o imposto não pode ser exigido pelo Estado da Bahia, por ser a legitimidade condição indispensável aos sujeitos da relação jurídico-tributária e, se tal não ocorrer, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.

Ocorre que a Fazenda Pública da Bahia, na espécie concreta versada, não tem legitimidade, na medida em que não é titular do direito pretendido.

A JJF finaliza decidindo pela nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que a legitimidade para constituição do crédito tributário é um dos requisitos de validação do ato de lançamento e a ocorrência de ilegitimidade ativa implica na nulidade absoluta do ato, a qual deverá ser decretada, por iniciativa do próprio Julgador, independentemente de provocação da

parte interessada, consoante determina o artigo 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Em face da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 1ª JJF que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS atinente à ocorrência de operação com mercadorias tributáveis caracterizada como não tributáveis, tendo a irregularidade sido apurada por meio da fiscalização de trânsito de mercadorias, constando dos autos o Termo de Apreensão nº 140884, que reteve as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 045.590, emitida por Enertec do Brasil Ltda., com sede na cidade de Sorocaba – Estado de São Paulo, destinada ao autuado, com a natureza da operação destacada rotulada como “Outras saídas – P/Depósito”, CFOP 6.949.

Na ação fiscal analisada, o autuante sustenta que se trata de uma simulação de operação supostamente desonerada de tributação do ICMS, acobertada por documentação fiscal de outro Estado, entretanto, eis que, se existente alguma suspeita sobre a operação mercantil, caberia ao autuante, no momento da apreensão, substituir a Nota Fiscal e encaminhar o documento original para a Inspetoria competente, visando uma fiscalização no estabelecimento.

Do exame da procedimentalidade se constata que a operação que deu origem à imputação teve início no Estado de São Paulo, sendo, conseqüentemente, dito Estado o detentor do crédito tributário, pois foi no seu território que ocorreu o fato gerador da obrigação principal, razão pela qual pertence ao Estado de origem o imposto devido pelo remetente da mercadoria objeto da operação.

Logo, inexiste dúvida, no caso em exame, que ao remetente cabe o papel de sujeito passivo e ao Estado de origem a condição de sujeito ativo na relação jurídico-tributária.

Efetivamente, a Decisão recorrida se apresenta irretocável, na medida em que, consoante descrito, de forma minuciosa, no Relatório e sucintamente explicitado neste Voto, restou comprovada a ilegitimidade ativa da Fazenda Pública do Estado da Bahia para ser titular do crédito tributário decorrente da presente ação fiscal.

Nesse contexto, posiciono-me na mesma linha de entendimento e concordando com a fundamentação que embasou o decisório de 1ª Instância, acompanhando, integralmente, a Decisão da JJF, no sentido de considerar nulo o lançamento apontado no Auto de Infração em comento.

Face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JJF, mantendo inalterada a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 936070080/07, lavrado contra **BRAZIL EXPRESSO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS