

**A. I. N°** - 936070080/07  
**AUTUADO** - BRAZIL EXPRESSO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.  
**AUTUANTE** - MIGUEL ÂNGELO MASCARENHAS BRANDÃO  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 10. 07. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0219-01/08

**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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito de mercadorias em 16/07/2007, reclama do autuado ICMS no valor de R\$ 41.17740, acrescido da multa de 60%, em decorrência de operação com mercadorias tributáveis caracterizada como não tributáveis. Consta no Termo de Apreensão n° 140884, a apreensão do produto descrito na Nota Fiscal de n° 045590, destinada a empresa Brazil Expresso Transportes e Logística Ltda., sendo o motivo da apreensão a realização de operação tributada, caracterizada como não tributada. Há ainda o registro que o referido Termo de Apreensão, desmembra o Termo de Apreensão n° 140881.

O autuado apresentou defesa às fls. 19 a 24, tecendo considerações preliminares sobre o remetente das mercadorias objeto da autuação, no caso, a empresa Kyocera Solar do Brasil Ltda., estabelecida no Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ sob o n° 00.097.225/0001-08 e com Inscrição Estadual naquele Estado sob o n° 85.505.525.

Afirma que a referida empresa concorreu em Licitação pública para fornecimento e instalação de Kits Geradores de Energia Solar para a Concessionária COELBA, no Projeto de LUZ PARA TODOS do Governo Federal, programa este voltado para famílias carentes da zona rural gratuitamente, ou seja, sem qualquer custo de instalação e da estação medidora.

Acrescenta que, para atendimento da demanda de fornecimento a Kyocera Solar do Brasil Ltda., contratada da COELBA e contratante da Brazil Expresso, necessita disponibilizar todos os equipamentos a serem instalados na composição dos Kits para inspeção técnica da COELBA em Salvador-BA, antes da emissão da nota fiscal de venda de cada lote e antes de encaminhamento para instalação. Assim sendo, resolveu contratar a Brazil Expresso para armazenar em sua citada filial todo o material necessário para atendimento das instalações dos Kits, conforme cronograma e exigência contratual.

Prosseguindo, apresenta o que denomina dos fatos e dos passos da operação, enumerando-os de 1 a 8.

Nos passos 1 a 3, esclarece sobre os procedimentos referentes às entradas para armazenagem no Estado da Bahia.

Nos passos 4 a 6, explica os procedimentos relativos ao momento da venda, ou seja, faturamento da

Kyocera para a COELBA – transferindo a propriedade.

Nos passos 7 e 8, informa sobre os procedimentos referentes ao recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas para o Estado da Bahia.

Acrescenta que a auditoria fiscal poderia a qualquer tempo, comprovar os lançamentos fiscais dos débitos das diferenças de alíquotas e as entradas do material adquiridos da Kyocera Solar do Brasil, principalmente os recolhimentos das diferenças devidos pela COELBA, decorrentes das operações expostas acima, afirmando ser este o único ICMS devido nas operações.

Apresentando o que denomina de considerações finais, pede a observância dos relevantes aspectos de interesse social e econômico do Estado, também do fato de o ICMS devido ter sido recolhido. Ressalta 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 lavrado indevidamente.

Pede, ao final, que considerando as suas alegações seja o Auto de Infração julgado improcedente e anulado o Auto de Infração.

O autante prestou informação fiscal às fls. 36 a 40, na qual contesta as alegações defensivas, afirmando que o autuado em nenhum momento comprova a existência de contrato de armazenamento com o remetente das mercadorias Kyocera, juntando ao PAF uma fotocópia de um suposto contrato que 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. Diz ainda que o autuado não comprova estar autorizado pela SEFAZ/BA, para atuar como operadora logística, nos termos da legislação em vigor.

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

Prosseguindo, assevera que o autuado simulou uma operação triangular após a ação fiscal, “temperando” tais fatos com várias ilicitudes de natureza fiscal, contábil e tributária, citando como prova cabal, que após a ação fiscal efetuou o “trancamento” do talonário através da Nota Fiscal nº 0194/07(fl. 04), sendo que a partir desta nota fiscal o autuado passou a efetuar a suposta remessa triangular, conforme comprovam as Notas Fiscais de nºs 0201 a 0217 (talonário 05). Acrescenta que, nas Notas Fiscais nºs 0252 a 0263 (talonário 06), o autuado retroage as emissões ao ano de 2006, como forma de tentar legalizar a situação das remessas supostamente anteriormente efetuadas. Na Nota Fiscal nº 0264 (talonário 06) a empresa retorna ao ano de 2007 e começa novamente a emitir os documentos fiscais indo até a Nota Fiscal nº 0289, numa tentativa de regularizar a sua situação fiscal como forma de acobertar as supostas remessas de mercadorias.

Continuando, afirma que a correção da ação fiscal é reforçada pelas “caixas de baterias” que formam o Kit, confeccionadas em fibra de vidro pelo empresário individual Carlos Augusto de Santana, inscrição estadual nº 47.789.104, com a finalidade de proteger os equipamentos da Kyocera, empresa inexistente no Estado da Bahia. Sustenta que, na realidade, os produtos não foram adquiridos em outras unidades da Federação pela Kyocera, mas, dentro do Estado da Bahia, conforme diz comprovam a documentação fiscal em anexo, obtida mediante diligência realizada “in loco” no estabelecimento fabricante, no caso a empresa Carlos Augusto de Santana.

Registra a constatação de “calçamento” de notas fiscais, citando como provas as Notas Fiscais nºs

0501, 0502, 0505, 0510 e 0516, emitidas pela empresa Carlos Augusto de Santana para a Kyocera, cujas cópias acosta aos autos, juntamente com as vias dos documentos fiscais fornecidos pelas empresas Expresso Brazil e Carlos Augusto de Santana.

Tece comentário sobre os procedimentos sem amparo legal adotado pelo autuado, ressaltando que a única empresa que pode estar agindo de boa-fé é a adquirente dos produtos, no caso, a COELBA, que inclusive está fora da ação fiscal. Ressalta que as empresas envolvidas, não recolhem nenhum centavo de imposto para o Estado da Bahia.

Finaliza mantendo a autuação.

Intimado o autuado (fl. 106) para manifestação sobre os novos documentos acostados na informação fiscal, este se manifesta às fls.110 a 113, rechaçando integralmente a acusação fiscal.

Reitera que é prestadora de serviços a Kyocera, dizendo que a falha na formalização do contrato conforme alegado pelo autuante, não descaracteriza a prestação de serviços de armazenagem, haja vista a emissão de notas fiscais de prestação de serviços e respectiva cobrança. Diz também que a COELBA recolhe a diferença de alíquotas referente às aquisições junto à Kyocera, conforme pode ser comprovado pelo Fisco, através de seus próprios sistemas ou verificação “in loco”.

No que concerne à acusação de que as mercadorias não eram adquiridas fora do Estado da Bahia, assevera não ter nenhuma relação como compradora ou vendedora de tais mercadorias, sendo apenas mera prestadora de serviços de armazenagem e que qualquer erro ou irregularidade na emissão da documentação fiscal dos fornecedores da Kyocera não diz respeito a empresa Brazil. Acrescenta, não ter qualquer interesse direto ou autoridade para interferir na relação jurídica e financeira entre a Kyocera e os seus fornecedores.

No respeitante à simulação suscitada pelo autuante, afirma que a emissão de notas fiscais em talonário fora da sequência decorreu de sua emissão ser feita nas dependências do escritório contábil onde ocorria o fechamento de todo o movimento de acordo com os dados de faturamento passados pela Kyocera, enquanto os demais talões eram mantidos nas dependências do galpão onde se dava o armazenamento e movimentação física das mercadorias, sem que houvesse qualquer possibilidade de deslocamento constante dos talonários a cada necessidade de emissão de notas fiscais. Salienta que, mesmo que possam existir meros erros formais ou de escrituração, inexistem de qualquer forma situação de vantagem ou benefício por parte da Brazil Expresso em operação em que não figura como comprador nem vendedor, mas, mero prestador de serviços de armazenagem. Acrescenta que, ademais 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.

No tocante ao calçamento de nota fiscal por parte do fornecedor da Kyocera, afirma que não tem como ser responsável ou, sequer ter ciência quanto a este procedimento adotado pelo fornecedor, inexistindo qualquer relação da Brazil com este fato.

Registra a sua dificuldade de apresentar a defesa, pela não devolução dos documentos apresentados a fiscalização. Ressalta que foi a única prejudicada com a imposição do Fisco, com o cancelamento do contrato pela Kyocera, passando a operar com outra empresa em Lauro de Freitas. Apresenta questões sobre a continuidade da operação nos mesmos moldes por parte da Kyocera, com outra empresa em igual condição da Brazil.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja anulado.

#### **VOTO**

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da realização de operação com mercadorias tributáveis caracterizada como não tributáveis.

Do exame das peças processuais, verifico que a autuação foi originada pela ausência de destaque do

imposto na Nota Fiscal de nº 045.590, emitida por Enertec do Brasil Ltda., sediada na cidade de Sorocoba – Estado de São Paulo, com destino ao autuado, constando o CFOP 6.949 – Outras saídas-P/Depósito, conforme Termo de Apreensão nº 140884.

Vejo, também, que no Auto de Infração, literalmente, a infração está descrita nos seguintes termos: *operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada.*

Como se observa, a operação de saída das mercadorias ocorreu no Estado de São Paulo, significando dizer que o fato gerador da obrigação principal se deu naquele Estado, sendo, conseqüentemente, o imposto decorrente da operação devido pelo remetente da mercadoria ao Estado de origem. Portanto, não resta dúvida que, no presente caso, o remetente participa da relação jurídica tributária na condição de sujeito passivo, enquanto o Estado de origem, na qualidade de titular do crédito tributário, figura como sujeito ativo da relação.

Vale dizer que, no caso em exame, o imposto não pode ser exigido pelo Estado da Bahia, haja vista que é condição indispensável que os sujeitos da relação jurídico tributária sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois se tal não ocorrer o processo será extinto sem julgamento do mérito. A legitimidade da Fazenda Pública da Bahia se dá quando for a titular do direito pretendido, o que não ocorre no caso em exame.

Assim, considerando que a legitimidade para constituição do crédito tributário é um dos requisitos de validação do ato de lançamento, a ocorrência de ilegitimidade ativa implica na nulidade absoluta do ato, que 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, transcrito abaixo:

*“Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.”*

Diante do exposto, considero nulo o Auto de Infração em exame, por ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, para exigir o crédito tributário.

Voto pela nulidade do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **936070080/07**, lavrado contra **BRAZIL EXPRESSO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR