

A. I. Nº - 225063.0067/13-9
AUTUADA - SUSETE DE ALMEIDA SEARA (PIMENTA DE CHEIRO) - ME
AUTUANTE - JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 09.09.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-05/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O autuante, na peça acusatória, imputou à empresa autuada a responsabilidade pelo pagamento do imposto, enquadrando os fatos nas disposições do art. 6º, inc. XIV, da Lei nº 7.014/97. Ocorre que o referido dispositivo legal remete a sujeição passiva por solidariedade à empresa ou pessoa promotora de exposição ou feira que requeira, expressamente, o seu credenciamento na forma regulamentar. Demonstrado nos autos que essa circunstância não se aplicava ao sujeito passivo, ainda que o mesmo estivesse na posse dos produtos por ocasião da ação fiscal desenvolvida por preposto da fiscalização. Provado também que as mercadorias estavam acobertadas com a documentação fiscal emitida pelo remetente. Representou-se à autoridade fazendária competente para que seja avaliada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal visando verificar a destinação dada aos produtos mantidos na posse da empresa autuada através de Termo de Depósito. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 17/12/2013, para exigir ICMS no valor de R\$ 15.913,49, acrescido da multa de 60% com a seguinte imputação: *"Falta de recolhimento do ICMS até a data estabelecida na autorização do evento, sobre mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinada a comercialização em exposição ou feiras"*. Enquadramento do fato gerador: art. 6º, inc. XIV e art. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 419 do RICMS - Decreto nº 13.780/12. Capitação da multa: art. 42, inc. II, letra "d", da Lei nº 7.014/96.

Serviu de lastro probatório do Auto de Infração o Termo de Ocorrência Fiscal nº 225063.0012/13-0, lavrado em 17/12/13, contendo a relação das mercadorias apreendidas e a descrição dos fatos apurados nos seguintes termos: *"Mercadoria tributada (néctar) adquirida em outra unidade da Federação (Brasília-DF) sem o recolhimento do antecipação tributária devida, constante da NF-e 000080287, de 29/11/2013 (doc. fl. 06), detectada pelo COE, conforme mandado de fiscalização 11151756000158-20131210"*.

Após apreensão das mercadorias a autuada figurou na condição de depositária fiel das mercadorias, conforme documento apensado à fl. 05 do presente PAF.

Notificada do lançamento de ofício, em 19/12/13, a autuada ingressou com impugnação administrativa, protocolada em 20/01/14 (doc. fls. 12 a 22), e subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fl. 63).

Pontuou inicialmente a tempestividade da petição de defesa e suscitou a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o agente fiscal incorreu em erro na identificação do sujeito passivo

da obrigação tributária objeto do lançamento.

Afirmou não estar enquadrada em nenhuma das hipóteses de sujeição passiva possíveis e legalmente aferíveis para a operação, já que não fez parte da relação jurídica plasmada no auto de infração. Que não deu entrada em seu estabelecimento de nenhuma das mercadorias mencionadas, desconhecendo a sua natureza e, mais ainda, que não realizou a atividade descrita no corpo do auto de infração, qual seja, os eventos de comercialização de mercadorias em exposição ou feiras.

Em seguida relatou que atua no ramo alimentício, desenvolvendo atividade de venda de refeições em seu restaurante, localizado na região central da cidade de Ituberá-Ba. Por ser um estabelecimento de pequeno porte empresarial, é optante pelo Simples Nacional e possui receita bruta nos últimos 12 meses (2012/2013), no valor de R\$ 21.107,01 (vinte e um mil, cento e sete reais e um centavo) nos termos do extrato do SIMPLES NACIONAL anexo.

Mais à frente declarou que a operação objeto da exigência fiscal foi promovida pela empresa VAGALUME RECORDS PRODUÇÕES CULTURAIS LTDA – ME, inscrita no CNPJ sob o nº 05.736.235/0001-60, sociedade empresária de cunho privado, cuja atividade econômica secundária é justamente a prestação de serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas, sendo a sua sede localizada na Q AC QUADRA 204 LT 02, SALA 412, S/N, AGUAS CLARAS, CEP. 71.939-540, BRASÍLIA-DF. Ressaltou que esta empresa é a responsável pela realização de um evento denominado “UNIVERSO PARALELLO”, que segundo descrição própria no sítio digital www.universoparalello.org, é um evento que foi considerado por diversas mídias como o maior dos maiores festivais de arte, música e cultura alternativa da América do Sul, com vários dias de duração, sempre na época do "reveillon", o qual ocorreu entre os dias 27/12/2013 e 04/01/2014, na praia de Pratigi, Município de Ituberá-BA.

Ressaltou que empresa autorizada a efetuar o evento foi quem requisitou a aquisição das mercadorias na forma dos artigos 416 e seguintes do RICMS/BA, promoveu o pagamento do preço exigido pelo fornecedor em Brasília-DF e efetuou a remessa dos produtos para o Município de Ituberá-BA para fins de utilizá-los no evento. Entende a autuada que imputação fiscal deveria ter sido dirigida àquele empresa, assim como todo o procedimento apuratório de eventual infração ou crime contra a ordem tributária.

Disse ainda que a empresa promotora do evento, ora denunciada, muito embora tenha emitido nota fiscal específica para a operação de venda por conta e ordem, com remessa simbólica para a autuada, nunca houve operação comercial deste jaez entre ambas, sendo a referência de tal remessa completamente equivocada e até mesmo fraudulenta, configurando burla à legislação tributária vigente, uma vez que as mercadorias sequer foram entregues em seu estabelecimento.

Que tal fato seria comprovado pelas informações prestadas pelo próprio responsável da organização do evento, o produtor denominado Sr. João, que informou ser a empresa organizadora do evento a responsável pela aquisição das mercadorias, nos termos das notas fiscais anexas, e que apenas ofereceu os dados da autuada para fins de referência geográfica do endereço de entrega, qual seja, o local do evento, na Praia de Pratigi, no mesmo município de Ituberá-BA.

Neste sentido também foi a narrativa desenvolvida através de contato por *e-mail* mantido entre a representante da acionada e os prepostos da empresa denunciada, em anexo (fls. 30/31), no bojo do qual é possível verificar que a denunciada efetivamente procedeu com toda a operação, recebeu o produto em seu estabelecimento e que tinha conhecimento da falta de lisura do procedimento, tanto que recomendada aos seus consortes que procurassem o setor jurídico para aferir a plausibilidade da autuação que ocorrera, reconhecendo assim que a autuada não é a parte legitimada para estar no pólo passivo desta relação tributária.

Discorreu em seguida que esses fatos foram levados ao conhecimento da autoridade policial, nos termos do Boletim de Ocorrência registrado na 5ª COORPIN-ITUBERÁ, sob o número 5ºCRPN

ITUBERÁ-BO-14-00075, apresentado em 16/01/2014, quando a autuada disse ter percebido que se encontrava na condição de vítima de uma fraude, pois após as inúmeras tentativas administrativas empreendidas para resolver a questão perante os reais responsáveis pela operação de circulação das mercadorias, todas elas foram infrutíferas.

Destacou também que os valores envolvidos na operação equivalem a aproximadamente o dobro do faturamento bruto anual da autuada, sendo somente o valor do Auto de Infração maior que o montante total anual auferido pela mesma no exercício fiscal apurado, conforme escrituração contábil a ser apresentada em momento oportuno.

Consignou ainda que as operações de venda à ordem ocorrem quando um estabelecimento adquire mercadorias de um determinado fornecedor e, antes mesmo de recebê-la, promove a venda a terceiro, qualificando-o como o efetivo destinatário da mercadoria, operação esta que, exige, por sua própria natureza, formalização de contrato de compra e venda entre as partes. A autuada afirmou em sua defesa que não possui e nem sequer nunca possuiu relação desta natureza com a empresa promotora do evento, ora denunciada, muito menos com a fornecedora das mercadorias, desconhecendo a motivação e a modalidade da operação que levou à emissão da nota fiscal em seu nome, utilizando seus dados fiscais para benefício de terceira pessoa.

Reafirmou que não houve a exigida triangulação da operação para fins configuração da operação de incidência na forma apurada (venda à ordem), visto que autuada não figurou na condição de destinatária final das mercadorias negociadas, pois não promoveu as compras perante o adquirente originário (ora denunciado).

Entende, portanto, que a notificação do lançamento de ofício se encontra eivada de vício ensejador de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Agente Fiscal deveria relacionar fundamentadamente nos documentos fiscais relativos à atividade empresarial da autuada, discriminando o nexo de causalidade entre capitulação legal apontada, a descrição do fato apurado e a atividade empresarial realizada pela autuada, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração supostamente cometida.

Observou também que nos termos da legislação vigente o auto de infração deve identificar precisamente o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. Que o cumprimento desses requisitos visa exclusivamente assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todas essas exigências torna-se possível ao contribuinte a elaboração de sua defesa.

Sustenta, com base na teoria da nulidade, que o lançamento em lide padece de vício material insanável, visto que a falha tem origem no próprio objeto do ato (a descrição do fato e a sua capitulação legal - o denominado erro de direito). Para sustentar essa tese transcreveu na peça impugnatória lições doutrinárias do Prof. Paulo de Barros Carvalho, declarando também que esse entendimento se encontra alinhado com as determinações da Receita Federal do Brasil, que através da Solução de Consulta nº 8, COSIT, igualmente transcrita na inicial, concluiu que configura vício material o erro na subsunção do fato ao critério pessoal da regra-matriz de incidência.

Nas razões de mérito, a impugnante reafirmou que sequer participou da operação de circulação de mercadorias objeto da exigência fiscal, apesar de ter sido equivocadamente relacionada como destinatária-final ou adquirente-final dos produtos, pois nunca efetuou nenhuma operação de compra com a fornecedora ou qualquer procedimento de compra e venda de mercadorias com a empresa promotora do evento, ora denunciada. E mais: que sequer deu entrada das mercadorias em seu estabelecimento, pois, ao receber a notícia de que estava a ela endereçado aquele carregamento, tratou de negá-lo com veemência, oportunidade em que foi informada que o seu endereço havia sido referenciado apenas para fins de localização geográfica, quando os prepostos do verdadeiro responsável pela operação encaminharam-na ao local do evento multimencionado.

Que durante vários anos e em várias revisões fiscais em nenhum momento foi alvo de autos de infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade.

Ressaltou mais uma vez que ao proceder com a venda à conta e ordem de mercadorias, deve o adquirente-originário, ao adquirir a mercadoria do fornecedor, revendê-la ao destinatário-final mediante contrato de compra e venda regular, recolhendo o imposto devido e solicitando que a mercadoria seja entregue no estabelecimento deste último, configurando-se uma relação triangular. Quando não efetivamente configurada por qualquer motivo essa operação triangular, seja por ausência de clareza na operação ou por motivo de fraude, por declaração falsa ou falsificação de documento fiscal, deve ser motivo de desconstituição pela autoridade fiscal para a devida apuração do fato efetivamente ocorrido.

Declarou ainda em sua defesa que ao não recolher o tributo exigido no lançamento, também não promoveu o creditamento dos valores de ICMS, inexistindo assim obrigação tributária, fato que reforçaria também o entendimento que sustenta a invalidade do auto de infração objeto da defesa.

Revelou em acréscimo às razões já expostas, que os valores consignados na notificação, relativos a tributo e multa impostos, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática vedada pela Constituição Federal (art. 150, inc. IV), de ofensa aos direitos dos contribuintes (princípio da capacidade contributiva e vedação ao confisco) e ainda, de defesa do consumidor.

Disse que no caso concreto se faz necessária a apuração com minudência de tudo o quanto narrado na inicial, chamando à responsabilidade a empresa denunciada, VAGALUME RECORDS PRODUÇÕES CULTURAIS LTDA – ME, inscrita no CNPJ sob o nº 05.736.235/0001-60, sociedade empresária de cunho privado, cuja atividade econômica secundária é justamente a prestação de serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas, sendo a sua sede localizada na Q AC QUADRA 204 LT 02, SALA 412, S/N, AGUAS CLARAS, CEP. 71.939-540, BRASÍLIA-DF.

Ao finalizar a peça impugnatória, a defesa reiterou o pedido de nulidade da autuação, em face da errônea qualificação do sujeito passivo da obrigação tributária, podendo o feito administrativo ser convertido em diligência com o objetivo de se apurar as informações prestadas no tocante à denúncia reveladora da ausência de responsabilidade da notificada, que entende ter sido vítima de um procedimento fraudulento.

Pediou ainda que a autuação seja direcionada para a empresa responsável pela promoção da circulação das mercadorias objeto da exigência fiscal, em razão justamente do vício material na indicação do pólo passivo pelo agente autuante.

No mérito reafirmou a inexigibilidade da imposição tributária contra si imposta, formulando pedido pela improcedência do Auto de Infração.

Ao prestar a informação fiscal (doc. fls. 51/52 do PAF), o autuante declarou que as mercadorias efetivamente adentraram no estabelecimento da empresa autuada, fato comprovado a partir da "aposição" da assinatura pela responsável da firma nos diversos documentos juntados ao processo, configurando-se a responsabilidade tributária solidária, nos termos do art. 6º, inc. XIV, da Lei nº 7.014/96, com obrigação do pagamento do imposto na forma do art. 32 do mesmo diploma legal. Sustenta o autuante que a empresa Susete de Almeida Seara ao receber as mercadorias constantes do DANFE nº 80.287, sem a consequente devolução no prazo regulamentar (art. 285 do RICMS), incorreu no dever de recolher o imposto devido.

Entende, portanto, que os argumentos apresentados pelo patrono da empresa são inócuos e não se prestam a invalidar o lançamento, por ilegitimidade passiva ou qualquer outra hipótese de nulidade aventada na peça defensiva, visto que o estabelecimento autuado efetivamente recebeu as mercadorias acobertadas pelo documento objeto da ação fiscal.

Ao finalizar a peça informativa o autuante pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente Procedente.

VOTO

Por ocasião da ação fiscal desenvolvida em 17/12/2013 pela fiscalização do trânsito de mercadorias foram apreendidas, através do Termo de Ocorrência Fiscal nº 225063.0012/13-0, (doc. fls. 4/5 dos autos), 2.288 unidades de suco néctar de manga; 2.002 unidades de suco néctar de pêssago; e 2.288 unidades de suco néctar de uva.

Consta no referido Termo que essas mercadorias se encontravam na posse da empresa Susete de Almeida Seara - ME, inscrita no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, sob o nº 084.188.461, com endereço à Praça Dr. Wilson Pereira, s/nº, Centro, município de Ituberá-Ba, sendo que logo após a ação fiscal esses bens foram deixados em poder da referida empresa, que passou a figurar no procedimento administrativo na condição de depositária fiel das mercadorias.

Logo em seguida e na mesma data em que se deu a formalização do Termo de Ocorrências, foi lavrado o Auto de Infração nº 225063.0067/13-9, sendo atribuída à empresa detentora das mercadorias a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS até a data firmada para a realização do evento, relativa à feira ou exposição. Apesar do agente fiscal não ter feito referência ao evento a que se destinavam os produtos objeto da ação fiscal, foi esclarecido na peça de defesa tratar-se do evento denominado "Universo Paralelo", realizado no município de Ituberá-Ba, no período entre os dias 27/12/2013 e 04/01/2014, promovido pela empresa Vagalume Records Produções Culturais Ltda. - ME, inscrita no CNPJ sob o nº 05.736235/0001-60, sediada em Brasília - DF.

Observo que os produtos apreendidos foram postos em circulação através do DANFE nº 80.197, de 29/11/2013 (doc. fl. 44) e do DANFE nº 80.287 (doc. fl. 45), emitido também em 29/11/2013. O primeiro documento, no valor R\$ 55.255,20 e com destaque de ICMS à alíquota de 17%, no montante de R\$ 9.393,38, faz referência à operação interna de venda da empresa Globalbev Bebidas e Alimentos S/A, estabelecida em Brasília/DF para a empresa Vagalume Records Produções Culturais Ltda., igualmente sediada em Brasília-DF. No referido DANFE consta que a operação envolveu remessa simbólica dos produtos para a destinatária, visto que os mesmos seriam entregues, por conta e ordem, à empresa Susete de Almeida Seara, estabelecida na Bahia, inscrita no CNPJ sob o nº 11.151.756/0001-58.

Já o segundo DANFE, de nº 80.287, acobertou a operação interestadual de entrega dos produtos promovida pela Globalbev Bebidas e Alimentos S/A, por conta e ordem da Vagalume Records Produções Culturais Ltda., com destino à empresa Susete de Almeida Seara. Essa operação se deu sem destaque do ICMS.

No que tange a afirmação da empresa autuada de que as mercadorias objeto da ação fiscal não ingressaram em seu estabelecimento, afastando a legitimidade para que viesse a integrar o pólo passivo da obrigação tributária, verifico que as provas existentes nos autos demonstraram exatamente o contrário. A apreensão dos produtos se verificou no município de Ituberá-Ba, no momento em que os bens se encontravam em poder da autuada, passando a mesma, logo em seguida ao início do procedimento fiscal, a figurar na condição de depositária fiel das mercadorias das quais já detinha a posse.

A prova trazida pela empresa para subsidiar a alegação de que houve a prática de uma fraude contra a autuada, materializada no Boletim de Ocorrência Policial juntado à fl. 28 dos autos, não se presta a validar os argumentos defensivos, posto que foi formalizada somente 30 (trinta) dias após o início da ação fiscal, mais precisamente em 16/01/2014.

É de se concluir, portanto, que em 17/12/2013 as mercadorias ainda não haviam sido objeto de venda ou revenda pela empresa Susete de Almeida Seara - ME, visto que naquela data se encontravam na posse da autuada e destinavam-se a um evento na cidade de Ituberá-BA que teria início somente em 27/12/2013. Assim, estamos diante de um fato gerador ainda por ocorrer, cuja exigibilidade só seria possível frente à previsão legal de pagamento do imposto pelo regime da antecipação tributária.

Nessa circunstância, prevê a legislação positivada no RICMS/12, Decreto nº 13.780 - 2012 (art. 417, incs. II, III e IV), que as operações com mercadorias destinadas à comercialização em eventos, feiras e exposições, deverá ter o imposto recolhido a favor deste Estado, pelo responsável pelo evento, antes do ingresso das mercadorias no território baiano, nos termos do art. 348, adotando-se como base de cálculo o preço de venda declarado pelo contribuinte. Prescreve ainda a citada norma que deverá constar do documento fiscal a ser emitido por ocasião das vendas a se realizarem no evento de que "*o ICMS foi recolhido por antecipação*".

Já o art. 348 do RICMS/12, estabelece que o momento do pagamento do imposto devido por antecipação deverá se realizar antes da entrada da mercadoria no território do Estado por meio de GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais).

Frente ao que dispõe a legislação acima mencionada é de se concluir que a exigência fiscal, por antecipação, teria que ser formalizada pelo preposto do fisco perante o responsável ou contratante do evento, que no caso concreto, remete a sujeição passiva para a empresa VAGALUME RECORDS PRODUÇÕES CULTURAIS LTDA – ME, inscrita no CNPJ sob o nº 05.736.235/0001-60.

No tocante a transferência da sujeição passiva por solidariedade, a matéria se encontra submetida à reserva legal. O autuante, na peça acusatória, imputou à empresa ora autuada, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, enquadrando os fatos nas disposições do art. 6º, inc. XIV, da Lei nº 7.014/97. Ocorre que o referido dispositivo legal remete a sujeição passiva por solidariedade à empresa ou pessoa promotora de exposição ou feira **que requeira, expressamente**, o seu credenciamento na forma regulamentar (**grifos nossos**).

Verifica-se de plano que esse dispositivo da lei de regência do ICMS é mencionado na peça acusatória pelo agente fiscal não se aplica à empresa autuada, visto que não há nos autos qualquer elemento de prova que evidencie que a impugnante tenha promovido ou participado de algum evento que objetivasse vender as mercadorias arroladas neste Auto de Infração. Nem mesmo formalizou pedido junto à SEFAZ - Bahia para participar ou promover algum evento.

Nessas circunstâncias para nós se encontra evidenciado que a exigência fiscal em lide recaiu sobre contribuinte ilegítimo para figurar no pólo passivo da relação tributária, posto que a norma legal vigente não estabeleceu qualquer possibilidade de imputação de responsabilidade solidária à empresa Susete de Almeida Seara, mesmo estando essa empresa na posse dos produtos, posse esta que estava devidamente acobertada, no momento da apreensão, com a nota fiscal-e/DANFE nº 80.287 (doc. apensado à fl. 06 dos autos).

Encontra-se configurada, portanto, a ilegitimidade passiva da autuada, razão pela qual deve ser decretada a NULIDADE do presente Auto de Infração. Aplicável ao caso as disposições do art. 18, inc. IV, letra "b", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Todavia, visando salvaguardar os interesses do Erário, recomendo a renovação do procedimento fiscal a cargo da Inspeção com competência de proceder à fiscalização dos estabelecimentos comerciais, de forma a se apurar a destinação dada aos produtos apreendidos e mantidos em poder da empresa Susete de Almeida Seara, a título de depositária legal. Deverá a fiscalização, em novo procedimento, verificar se houve ou não a realização de operações subsequentes sujeitas à incidência do ICMS.

Em função da nulidade do lançamento fica prejudicado o exame das demais questões suscitadas na peça de defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 225063.0067/13-9, lavrado contra SUSETE DE ALMEIDA SEARA (PIMENTA DE CHEIRO) - ME. Recomenda-se a renovação do procedimento

fiscal a cargo da Inspeção com competência de proceder à fiscalização dos estabelecimentos comerciais, de forma a se apurar a destinação dada aos produtos apreendidos e mantidos em poder da empresa Susete de Almeida Seara, a título de depositária legal.

Sala das Sessões do CONSEF, em 20 de agosto de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR