

**A. I. N°** - 206896.0010/14-9  
**AUTUADO** - RESTOQUE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES DE ROUPAS S. A.  
**AUTUANTE** - OTHONIEL SANTOS FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ/VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET-29.10.2015

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0208-04/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O Auto de Infração foi lavrado contra pessoa que não tem legitimidade passiva para constar da relação tributária, diante da utilização de dados fiscais relativos a outro contribuinte, fato reconhecido pelo autuante. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30/09/2014 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$101.610,19, bem como multa nos percentuais de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **16.10.07** Contribuinte adotou o mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço simultaneamente, em um mesmo exercício fiscal, pelo fato de terem sido encontrados sete códigos repetidos no exercício de 2012 e quatro no exercício de 2013, ensejando a aplicação de penalidade totalizando R\$15.180,00.

Infração 02. **01.02.06** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$683,40, correspondente aos meses de janeiro a novembro de 2012, abril a junho, agosto, outubro e dezembro de 2013, além da multa de 60%.

Infração 03. **04.05.04** Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, ocorrência constatada no exercício de 2012, no montante de R\$30.096,71, aplicada multa de 100%.

Infração 04. **04.05.01** Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, que totaliza R\$56.650,08, para fatos constatados no exercício de 2013, aplicada multa de 100%.

Tempestivamente, a autuada, por intermédio de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 67 a 77, onde, inicialmente, pontua que não há como persistir a cobrança do Auto de Infração, pois as operações que embasaram o mesmo não se referem ao estabelecimento autuado, vez que o autuante equivocou-se na eleição do sujeito passivo e, assim, o lançamento deve ser anulado de pronto.

Indica que o estabelecimento filial, ao analisar a documentação que deu azo à lavratura do presente Auto de Infração identificou que não se tratam de suas operações e, sim, de operações de outro estabelecimento, não havendo como o lançamento prosperar, visto o desrespeito ao determinado no ordenamento jurídico, transcrevendo o teor dos artigos 121 e 122 do CTN.

Com base na leitura de tais dispositivos, entende plenamente aceitável no âmbito tributário que somente pode ser considerado como sujeito passivo o contribuinte de direito, aquele que praticou

o fato imponível, ou o responsável eleito pela legislação, e pela análise prévia da documentação carreada pela Fiscalização é patente não ser a Impugnante a devedora de qualquer valor exigido nas infrações legais relatadas no Auto de Infração vergastado, pois não é contribuinte de direito e não é a responsável. Portanto, patente o erro insanável cometido pelo autuante.

Fala da necessidade de observância do 142 do CTN, igualmente transcrito, para concluir que a Fiscalização deve ater-se corretamente quem praticou o fato gerador e, assim, identificar o sujeito passivo da relação jurídico-tributário, pois, do contrário, o Auto de Infração será considerado nulo, seja por ser ilegal ou inconstitucional, diante da possibilidade de se exigir o pagamento do tributo somente do sujeito passivo, seja ele contribuinte ou responsável tributário, e a empresa autuada não é considerada o sujeito passivo da relação, tendo em vista não ter praticado nenhum fato mencionado no Auto de Infração e, ainda, por não se enquadrar como responsável tributário.

Traz exemplo de notas fiscais arroladas no lançamento, que ao seu entender demonstram suas alegações.

Conclui que pela análise das exemplificações, é patente o equívoco do autuante na eleição do sujeito passivo da obrigação tributária, acreditando que após análise da documentação apresentada pela Fiscalização, será identificada de imediato a nulidade do Auto de Infração, ou, caso tal hipótese não prevaleça, pleiteia a realização de diligência, para aferir que nenhuma operação que embasou o Auto de Infração foi praticada pelo estabelecimento autuado, não podendo o mesmo ser obrigado a efetuar pagamento de operações se ela não figura no pólo passivo, seja como contribuinte de direito ou como responsável, nos moldes do artigo 121 do CTN, reforçando tal tese com ensinamento doutrinário.

Raciocina no sentido de restar evidente que não se enquadra como sujeito passivo da relação jurídica, consoante entendimentos do STJ, através da suas 1ª e 2ª Turma, transcritos.

Finaliza, solicitando a anulação integral do Auto de Infração, em especial para o fim previsto no artigo 156, inciso IX, do CTN, arquivando-se, por consequência, o processo administrativo em tela.

Reitera o pedido de realização de diligência/perícia (nos termos dos artigos 123 e 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), para que se identifique que as operações de fato não foram praticadas por ela.

Ao final, pleiteia seja decretada a ilegitimidade de parte por nada ser devido por ela, uma vez que todos os documentos usados pelo agente fiscal não são relativas às operações da Impugnante e, por conseguinte, seja provida a Impugnação e julgado improcedente o Auto de Infração.

Informação fiscal prestada pelo próprio autuante (fl. 124), indica que na impugnação alegou o contribuinte que os dados utilizados não tinham pertinência com os da Inscrição Estadual constante da Ordem de Serviço concluída.

Cotejando os dados insertos no lançamento, corrobora com a mesma, vez ter constatado equívoco na utilização dos dados, sendo utilizados os da Inscrição Estadual 078.466.930 – Restoque (Le Lis Blanc).

Por tal razão, entende deva ser acolhida a alegação interposta e, após a expedição de nova Ordem de Serviço, proceder a conclusão da fiscalização da Inscrição Estadual devida.

#### **VOTO**

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, sendo impugnado pela empresa autuada, sob a alegação de que os dados utilizados para o mesmo referem-se a estabelecimento de outro contribuinte, e não os do estabelecimento autuado, como qual, inclusive, concorda o autuante.

A legislação pertinente ao assunto é bastante explícita, ao determinar o RPAF/99, em seu artigo 18, inciso IV, alínea “b”, que é nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva.

Como elemento de prova, de suas alegações, a autuada acostou aos autos dados relativos a documentos fiscais, os quais, após as devidas verificações, de forma efetiva se comprova que os mesmos não correspondem a operações praticadas pela empresa autuada, e sim, por estabelecimento diverso.

Da mesma forma, relevante mencionar o fato de que o próprio autuante ter acolhido a argumentação defensiva, reconhecendo o equívoco cometido, no qual admite ter trocado os dados (valores das planilhas) entre estabelecimentos diferentes, acarretando uma autuação lavrada para sujeito passivo incorreto, fato confirmado pelos elementos informativos constantes do procedimento.

Nesta situação, claro está que o autuado é parte ilegítima na presente relação jurídica, diante da incorreta indicação do sujeito passivo da obrigação tributária, razão pela qual o lançamento é nulo, vez estar clara violação do disposto no artigo 18 do RPAF/99, especialmente o inciso IV, alínea “b”, no que tange a ilegitimidade passiva, e a regra legal a ser obedecida é a de que só se anula determinado ato quando não for possível, de forma alguma, resguardar os seus efeitos, o que no presente caso, é patente, e a decisão neste sentido não se fundamenta, se não estiver estribada na demonstração do prejuízo sofrido pela parte, em conformidade com o entendimento da farta jurisprudência do STJ, da qual posso trazer como exemplo a seguinte decisão:

*“Por regra geral do CPC não se dá valor a nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: pas de nulité sans grief. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte demonstre o prejuízo que ela lhe causa” (in REsp n.º 14.473, relator Min. Cesar Asfor Rocha)”*

E no caso presente, demonstrado devidamente está o prejuízo do sujeito passivo, ao ser acusado de algo de que não se sabe se efetivamente cometido, diante da origem dos dados ser totalmente estranha às operações realizadas, e a total insegurança das próprias acusações imputadas.

Não há como se negar que a empresa autuada, bem como aquela que teve os dados utilizados no lançamento são absolutamente distintas, o que permite a aplicação do princípio da autonomia dos estabelecimentos, expressamente contido na Lei 7.014/96, a qual, no o § 2º, do artigo 14, ser "autônomo cada estabelecimento do mesmo titular."

Desta forma, julgo o auto de Infração nulo, devendo ser avaliada pelo órgão responsável, a possibilidade de refazimento da ação fiscal, a salvo das irregularidades apontadas, respeitados os prazos decadenciais.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206896.0010/14-9** lavrado contra **RESTOQUE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES DE ROUPAS S. A**, devendo a unidade fazendária competente, avaliar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, a salvo das irregularidades aqui apontadas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR