

A. I. N° - 232530.0006/15-8
AUTUADO - JOAQUIM JOSÉ MARQUES DA SILVA - ME
AUTUANTE - MARCOS VINICIO CARDOSO LEITE
ORIGEM - INFAZ B. J. LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/07/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-03/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado comprova através de demanda judicial que sua inscrição foi utilizada de forma fraudulenta pelo emitente das notas fiscais ora questionadas. Inexistência do negócio jurídico. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$161.971,99, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 07.21.01 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”, no valor de R\$40.297,77, referente aos meses de janeiro, março a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014; e janeiro a agosto de 2015, relativo a entradas de mercadorias com alíquota interna de 17%.

Enquadramento legal: art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, §1º, inciso III, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.21.01 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”, no valor de R\$121.674,22, referente aos meses de janeiro, março a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014; e janeiro a agosto de 2015, relativo a entradas de mercadorias com alíquota interna de 25%.

Enquadramento legal: art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, §1º, inciso III, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 28/12/15, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 26/02/16, peça processual que se encontra anexada às fls. 15 a 19. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal.

A Impugnante inicia sua peça defensiva abordando sua tempestividade, para em seguida fazer um breve resumo sobre a acusação fiscal.

Argui como preliminar sua ilegitimidade passivo no presente processo. Transcreve o art. 121, do CTN, dizendo que é condição “sine qua non” para que a empresa seja declarada sujeito passivo da

obrigação principal que esta tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador.

Na hipótese vertente, aduz que o fato gerador consiste na aquisição de produtos a ente federativo diferente daquele em que a empresa se encontra constituída e ativa.

Relata que a empresa autuada manteve atividade comercial de compra de produtos com a STO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA nos idos de 2009, porém afirma que no período descrito nos demonstrativos do auto de infração a autuada não fez qualquer aquisição de produtos à aludida empresa.

Acrescenta que além de não fazer aquisição de produtos à aludida empresa no período, também não o fez em nenhuma outra, para fins mercantis, tendo em vista que suas atividades comerciais se findaram no ano de 2011, por motivos de ordem financeira.

Assevera que as notas fiscais relacionadas no auto de infração indicaram de forma fraudulenta o nome da empresa autuada como sendo a empresa que adquiriu as mercadorias ali declaradas.

Argumenta que o representante legal da autuada só tomou conhecimento das emissões das mencionadas e famigeradas notas fiscais, em nome da sua empresa, quando assinou a autuação do ora discutido auto de infração.

Enfatiza que a empresa não fez qualquer aquisição ou pedido de mercadoria; não tem duplicata e aceite assinada por seu representante legal; autorização de faturamento ou qualquer documento, fiscal ou não, que demonstre que a autuada tenha adquirido tais mercadorias.

Acrescenta que a impugnante era uma empresa familiar, na qual trabalhavam: o representante legal, que dá nome à empresa, sua sogra e seu cunhado, não havendo a mínima possibilidade de ter havido tais pedidos sem o conhecimento do proprietário da empresa.

Considera-se vítima de um procedimento fraudulento, o qual tem por finalidade lesar o fisco estadual e, caso fosse descoberta a fraude perpetrada, ser responsabilizada uma empresa que já não está atuando no mercado, por ter fechado suas portas por motivos de ordem financeira.

Reconhece que a firma autuada continua legalmente constituída, não tendo sido providenciada a baixa na Junta Comercial local. Não obstante, a falha no procedimento de encerramento da empresa, entende não ser suficiente para que a autuada seja penalizada com um pagamento de multa tributária sobre valor que jamais chegou a auferir, por não ter adquirido mercadoria e, por decorrência, não as ter vendido.

Visando provar que estas notas fiscais são absolutamente fraudulentas, diz está anexando a presente impugnação denúncia crime feita, em razão da emissão de notas fraudulentas, para a Polícia Civil de Santa Maria da Vitória (BO nº 115/2016), para que esta especializada interaja com a Delegacia da Ordem Tributária do Distrito Federal, tudo visando apurar o crime cometido com a emissão de dezenas de notas fiscais irregulares.

Acrescenta que para comprovar que a empresa não tem praticado a mercancia no período objeto da fiscalização, faz juntar a sua peça defensiva as declarações fiscais relativas aos anos de 2013 a 2015, nas quais o contador registra que não houve qualquer movimentação financeira da empresa nesse período.

Salienta que qualquer lançamento pode ser revisto e alterado pela autoridade tributária, conforme dispõe o artigo 149 do Código Tributário Nacional, principalmente quando se tratar de falsidade das informações (inciso IV).

Ao final requer:

I - que a autoridade tributária baixe os presentes autos em diligência, para que o agente de tributos possa se dirigir ao logradouro da empresa e verifique que esta não se encontra ativa, bem como que deixou a mercancia desde o ano de 2011;

II - *que seja permitida todas as formas de prova em direito admitidas, em especial, prova testemunhal e documental;*

III - *que seja anulado o presente auto de infração, para afastar qualquer punição de ordem administrativa, no caso as multas impostas por suposta falta de recolhimento de tributos.*

O autuante, em informação fiscal às fls. 26 a 28, inicialmente expõe que o presente processo consiste no lançamento de ofício por falta de pagamento de ICMS conforme descrito às fls. 01 a 04.

Relata que o mesmo foi realizado após levantamento, nota a nota, item a item de nota, sobre o devido recolhimento do ICMS oriundo de obrigação principal relativa a Antecipação Parcial, Antecipação Tributária Total e Substituição Tributária, de contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional.

Quanto à existência de atividades mercantis no período foco da fiscalização, argumenta que conforme dossiê eletrônico do contribuinte, existente no sistema corporativo de TI da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o INC, o contribuinte esteve em situação de ATIVO no período de 16.07.2008 até 08.09.2015.

Acrescenta, ainda, que consta no INC a existência de recolhimentos do contribuinte em dezembro de 2012 e em fevereiro de 2013, que embora de baixa quantia, nos valores de R\$ 51,06 e R\$ 53,31, respectivamente, enfraquece o argumento de que estava com atividades encerradas.

Aduz que embora não se traga ao processo outros documentos comerciais, tais como duplicatas, etc, existem os documentos fiscais eletrônicos com o CNPJ 00.069.346/0001-46 do contribuinte como adquirente, justamente de um suposto antigo fornecedor seu.

Entende que a denúncia crime realizada pelo autuado junto a Secretaria de Segurança Pública, não deve lograr êxito, tendo em vista a perda da oportunidade temporal, ou seja, uma providência tardia. Considera também tardia, a sugestão do autuado, de se realizar qualquer diligência ao logradouro da empresa visando constatar a sua desativação.

Ao final, solicita a procedência da autuação.

O autuado, desta feita através de seu advogado, protocolou nova manifestação, às fls. 33 a 36,

Resume a autuação dizendo que se origina de supostas aquisições de diversas mercadorias, como, por exemplo, produtos alimentícios, bebidas alcoólicas e produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar.

Aduz que todas essas compras citadas teriam sido efetuadas no período compreendido entre 31.01.2013 a 31.08.2015 e negociadas exclusivamente junto à empresa denominada STO Atacadista de Produtos Alimentícios LTDA.

Alega que, no entanto, por motivos de ordem financeira, e, ainda, tendo o empresário responsável por gerir e administrar a empresa sido nomeado para prestar serviços junto à Prefeitura Municipal de Tabocas do Brejo Velho, a microempresa teve as suas atividades paralisadas no ano de 2011, período a partir do qual não foram realizadas movimentações comerciais de compra e venda de mercadorias.

Afirma que não houve qualquer relação da empresa autuada com a empresa atacadista, muito menos a celebração de contrato de compra e venda de mercadoria, haja vista que a ora contribuinte se encontrava totalmente inerte e afastada de todo e qualquer tipo de relação comercial.

Assevera que a microempresa foi alvo de fraude promovida pela STO Atacadista, a qual acusou em seus documentos fiscais a realização de diversas vendas interestaduais à empresa autuada, as quais, na verdade, não ocorreram.

Expõe que em virtude da fraude, foram vítimas tanto a contribuinte, quanto, muito provavelmente, o Distrito Federal, uma vez que há diferença significativa entre a alíquota de venda dentro do DF (de 25%, para bebidas alcoólicas, por exemplo) e a alíquota interestadual (de 12%).

Relata que diante disso não restou outra alternativa a não a ser ajuizar demanda judicial no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) - domicílio dos réus - visando a declaração de inexistência de relação jurídica comercial entre as partes (DOC 1).

Informa que logo na primeira instância (DOC 2) ficou reconhecida a ausência de negócio jurídico firmado entre Joaquim José Marques da Silva - ME e STO Atacadista de Produtos Alimentícios LTDA relativa à emissão das notas fiscais ora tratadas.

Acrescenta que a sentença foi então confirmada em segunda instância, restando o acórdão assim ementado (DOC 3):

DIREITO CIVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELAÇÃO CÍVEL. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS FALSAS. UTILIZAÇÃO DE CNPJ DE EMPRESA EM NOME INDIVIDUAL DESATIVADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO AUTOR. REJEIÇÃO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANO MATERIAL CABIMENTO CONDICIONADO À COMPROVAÇÃO.

1. *A empresa em nome individual não ostenta personalidade jurídica distinta da de seu titular, que pode, enquanto pessoa física, legitimamente, propor demanda judicial objetivando a defesa de direitos daquela.*

2. *Demonstrado o ato ilícito das rés, que emitiram, fraudulentamente, com o nome e o CNPJ de empresa em nome individual desativada, inúmeras notas fiscais sem lastro em operações de compra e venda, com o fim de sonegar impostos, gerando, em consequência, vultosa obrigação tributária contra o autor, incompatibilizado para o comércio por ter assumido cargo público, sofrendo ele todos os constrangimentos e angústias humanas dessa falsa imputação tributária, incluindo o ônus de se defender no processo administrativo-fiscal, é cabível a indenização por danos morais.*

3. *Ao arbitrar o valor da condenação por danos morais, "devem ser observados os critérios apontados pela jurisprudência a fim de atender à dupla finalidade de reparar o dano e punir o ofensor, sem, contudo, distanciar-se da razoabilidade e da prudência, levando-se em consideração a potencialidade e a repercussão do ato danoso no contexto pessoal e socioeconômico da parte ofendida e a situação financeira de ambas as partes, para não consubstanciar o enriquecimento ilícito do autor, nem estimular a impunidade do réu." Precedente citado.*

4. *Enquanto não for concluído o processo administrativo-fiscal instaurado contra o autor, vítima imediata das fraudes narradas nos parágrafos anteriores, não cabe indenização por danos materiais consistente no ressarcimento dos honorários de Advogado contratado com cláusula ad exitum para a sua defesa. Essa despesa poderá ser cobrada quando houver a comprovação, em ação autônoma.*

5. *Preliminar rejeitada. Recurso das rés conhecido e não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.*

(Acórdão nº 1109700, 20160310127650APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2018, Publicado no DJE: 23/07/2018. Pág.: 561/572) (grifamos)

Destaca, ainda, trechos do voto do Relator designado, Exmo. Desembargador Diaulas Costa Ribeiro:

O caso em julgamento é mais um de tantos que a STO Atacadista realizou com o mesmo modus operandi para, em nome de clientes, fraudar obrigações tributárias em seu benefício, simulando operações de venda como a que envolveu o autor, usando os dados de cadastro fornecidos quando, efetivamente, houve compras. A fraude consistia em emitir notas fiscais em nome das vítimas e entregar a mercadoria a terceiros, sempre em prejuízo da Fazenda local ou de outras unidades da Federação. No caso concreto, o prejuízo causado pela fraude foi cobrado pela Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia.

É necessário registrar que a STO é uma perfilhação da antiga Atacadista Santa Terezinha, que também gerou a Santo Antônio Atacadista, empresa que nasceu com outro nome e é, ainda hoje, uma das maiores atacadistas do Distrito Federal, mas que deixou para as vítimas das fraudes documentadas nestes autos problemas que não foram e não serão resolvidos em curto prazo.

As vítimas serão, a cada instância, mais vítimas porque estão gastando para tentar afastar as obrigações tributárias que foram geradas pela ré. (grifamos)

Destarte, diz que não restam dúvidas de que as notas fiscais relacionados no auto de infração impugnado foram fruto de fraude perpetrada pela empresa atacadista, que indicou o nome da autuada como sendo a empresa que adquiriu as mercadorias ali declaradas, enquanto que, na verdade, não houve qualquer relação comercial entre a presente contribuinte e a empresa fraudadora nesse período.

Notícia que, em que pese o entendimento firmado pelo Colendo TJDF, os réus - STO Atacadista e sua sócia-administradora - interpuseram Recurso Especial (DOC 4) ao Superior Tribunal de Justiça. Porém, informa que o recurso versa tão somente sobre a condenação em danos morais, restando transitado em julgado as demais matérias versadas nos autos, mormente quanto a inexistência de relação jurídica entre as partes.

Ao final requer que se aplicando o princípio da unidade da jurisdição, reconheça a decisão proferida na esfera judicial que declarou a inexistência da relação jurídica entre a contribuinte e a empresa atacadista, e, consequentemente, seja anulado o auto de infração em discussão, de forma que seja afastada qualquer possível punição de ordem administrativa por falta de recolhimento de tributo.

VOTO

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Descabe, inclusive, a arguição de ilegitimidade passiva formulada pelo impugnante, uma vez que os documentos fiscais ora questionados tinham como destinatário o contribuinte autuado.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O Auto de Infração em exame exige ICMS do autuado, em decorrência da falta de recolhimento do imposto por antecipação total (infração 01 relativo a entradas com alíquota interna de 17% e infração 02, relativo a entradas com alíquota interna de 25%), na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O autuado, em sua defesa, relatou que estava inativa desde o ano de 2011, apesar de não ter providenciado a baixa na Junta Comercial.

Afirmou que não efetuou as compras do fornecedor apontado nas Notas Fiscais Eletrônicas em lide, e nem efetuou compras de qualquer outro fornecedor a partir do ano acima mencionado.

Informou que realizou denúncia crime na Polícia Civil do Município de Santa Maria da Vitória, para apuração da utilização indevida de sua inscrição estadual (fl. 22), após tomar conhecimento em virtude da autuação, posteriormente ajuizando demanda judicial no Tribunal de Justiça do DF e Territórios (fls. 38 a 64).

Apresentou, ainda, sentenças em primeira (fls. 66 a 71) e segunda instância (fls. 73 a 96), da demanda judicial acima referida, onde foi declarada a inexistência de negócio jurídico supostamente realizado com a ré (empresa autuada), que ensejou a emissão das notas fiscais questionadas.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, constata-se que nas ocorrências da situação em comento, o sujeito passivo agiu de acordo com o que prevê o art. 89, §16, do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, abaixo transcrito:

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de

mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”.

Apesar do boletim de ocorrência não ter sido feito na Delegacia Especializada e após a autuação, efetivamente constata-se nos sistemas da SEFAZ, que o sujeito passivo não registrou movimento financeiro no período questionado, e a demanda judicial posteriormente interposta (Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica, cumulada com Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais), às fls. 38 a 64, apresentou sentenças em primeira (fls. 66 a 71) e segunda instância (fls. 73 a 96), declarando a inexistência de negócio jurídico realizado entre o autuado e o emitente das notas fiscais questionadas.

Dessa forma, entendo que o impugnante afasta a presunção prevista em lei da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, uma vez que foi comprovada a fraude, por parte do emitente dos documentos fiscais, que utilizou indevidamente a inscrição estadual da empresa autuada, sem que as mercadorias lhe fossem enviadas, pois, na realidade, não houve qualquer relação comercial entre o autuado e a empresa fraudadora nesse período.

Vale ressaltar que o próprio Recurso Especial (fls. 98 a 109), interposto pela emitente das notas fiscais, atesta seu ato fraudulento, uma vez que o mesmo versa apenas sobre a condenação por danos morais, estando transitado em julgado as demais matérias, sobretudo a inexistência de relação jurídica entre as partes (vendas questionadas no presente processo).

Todavia, por se tratar de mercadorias de fácil comercialização no estado (bebidas, produtos alimentícios, de higiene e de limpeza), recomendamos o envio do presente processo para a INFIP, com o intuito de investigar se alguma outra empresa neste Estado possa ter se beneficiado, em conjunto com o remetente, ou seja, se as mercadorias adentraram na Bahia e para quem foram destinadas, visando exigir o imposto porventura devido.

Diante do exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232530.0006/15-8**, lavrado contra **JOAQUIM JOSE MARQUES DA SILVA – ME**.

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” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR