

**A. I. Nº** - 095188.0027/19-5  
**AUTUADO** - EXPRESSO 2222 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.  
**AUTUANTE** - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21.12.2020

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0151-05/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENCERRAMENTO DA FASE DE DIFERIMENTO. NOTA FISCAL DESACOMPANHADA DE DAEs. Erro de fulcro da acusação fiscal, haja vista que o fato gerador tributário decorrente da operação objeto da acusação fiscal não se configura na prática como diferimento. Bem como, ocorreu ilegitimidade passiva, haja vista que além de se encontrar em desconformidade com o enquadramento legal e descrição dos fatos, caso se trate de substituição tributária, denotaria que o responsável tributário seria o fornecedor, posto se tratar a adquirente autuada de contribuinte não inscrito, como fez prova nos autos. Acusação fiscal elidida. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 19/03/2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$26.384,89**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

**Infração 01 - 50.01.01** – Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através do documento constante às fls. 13 a 22, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente, a autuada ressaltou a “TEMPESTIVIDADE” da defesa apresentada.

Em seguida, tratou da “SÍNTESE DOS FATOS E DA COBRANÇA REALIZADA”. Afirmou que a Impugnante é sociedade empresária que tem como objeto social a atividade de produção musical, produção e promoção de espetáculos e agenciamento de espaços para publicidade (Doc. 01). Entre as suas atividades, organiza o Camarote Expresso 2222, que, esse ano, funcionou entre os dias 01.03.2019 e 05.03.2019, bem como o Evento TRIO, que ocorreu em 02.03.2019.

Alegou que durante a produção de ambos os eventos, a Impugnante firmou Contrato de Patrocínio com a empresa Campari do Brasil Ltda. (Doc. 04), por meio do qual esta última ficou obrigada a pagar à Impugnante verba no montante de R\$256.107,90 (Cláusula 5ª do Contrato de Patrocínio e Cláusula 1ª do Aditivo).

Por força desse contrato de patrocínio, a Impugnante afirmou que emitiu Notas Fiscais de Prestação de Serviços (Doc. 05), tendo, inclusive, sofrido retenção de ISS.

Sustentou que em contrapartida ao patrocínio, a Impugnante se obrigou a servir em seus eventos, exclusivamente, os produtos da marca da Contratante (Doc. 04). Cabe ressaltar, aqui, que seja no Expresso 2222, seja no TRIO, não são vendidas bebidas alcoólicas pela Impugnante.

Afirmou que para dar cumprimento a esse dever, a Impugnante adquiriu produtos da Ergos Distribuidora de Bebidas Ltda.-EPP (CNPJ n. 23.994.096/0001-56), tendo sido emitida a Nota Fiscal com chave de acesso n. 29-1902-23994096000156-55-001-000026399-100012190-4 (Doc. 06), bem como o respectivo DANFE (Doc. 07).

Asseverou que durante o trânsito das mercadorias, contudo, houve a sua apreensão pelo Ilmo. Agente de Tributos do Estado da Bahia, seguido da lavratura do Auto de Infração n. 0951880027/19-5, ora impugnado.

Destacou que o Auto de Infração consiste, fundamentalmente, em cobrança de ICMS em face da Impugnante, adquirente das mercadorias, com fundamento no art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inciso V do RICMS/BA (publicado pelo Decreto 13.780/12), que assim prescrevem:

*Lei 7.014/96*

*Art. 32 - O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento.*

*RICMS/BA*

*Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)*

*V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:*

*b) realizadas por contribuinte não inscrito;*

Destacou que a Fiscalização fundamentou a cobrança no seguinte:

*(i) Verificou-se a ocorrência do trânsito de mercadorias descritas no DANFE n. 000.026.399, cuja destinatária era a Impugnante (Doc. 04);*

*(ii) Como a Impugnante não é inscrita no Cadastro da Secretaria da Fazenda Estadual da SEFAZ/BA, não seria aplicável o regime de diferimento;*

*(iii) Uma vez que não havia comprovante de recolhimento de ICMS, seria devido tal pagamento pela Impugnante;*

Defendeu que a cobrança em face da Impugnante é manifestamente ilegítima, em razão dos seguintes argumentos:

*(i) Conforme se observa no DANFE nº 000.026.399 – série 1 (Doc. 04), anexo ao Auto de Infração, a Impugnante é a adquirente das mercadorias, figurando como consumidora final da operação;*

*(ii) A Impugnante não é contribuinte do ICMS e não possui inscrição estadual no Estado da Bahia, na medida em que não vende mercadorias ou presta qualquer serviço sujeito ao ICMS; e*

*(iii) Além da manifesta ilegitimidade passiva da Impugnante, houve evidente erro de apuração do imposto pelo Ilmo. Agente de Tributos.*

Em seguida, apresentou o tópico “DIREITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA IMPUGNANTE: nulidade do auto de infração nos termos do art. 18, IV, alínea “b” do RPAF/BA”. Destacou previsão do artigo. 39, § 4º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto Estadual/BA n. 7.629/99), o Auto de Infração deve ser lavrado contra o contribuinte ou responsável tributário:

*Art. 39. § 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua*

*a responsabilidade tributária.*

A Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), ao definir os contribuintes e responsáveis tributários possíveis do ICMS, prescreve o seguinte:

*Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*

*Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.*

Afirmou que o contribuinte do ICMS, em respeito à lei complementar, só pode ser aquele que promove a circulação de mercadoria, ou seja, o vendedor das mercadorias objeto da autuação. Já o responsável tributário será aquela pessoa à qual a lei atribui responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Pontuou que ao considerar que a Impugnante é mera adquirente –consumidor final – das mercadorias em questão, não promovendo ou realizando qualquer operação de circulação de mercadoria, não se ajusta ao conceito de contribuinte do ICMS.

A Impugnante afirma que é pessoa jurídica que explora a atividade de produção de eventos, não tendo como objeto social a comercialização de mercadorias e tampouco realizando essa atividade de fato. Afirmou que a Impugnante serve bebidas aos participantes de seus eventos sem cobrar por elas, inexistindo, portanto, operação de venda ou similar.

Alega ser ilegal qualquer tentativa de enquadrar a impugnante como contribuinte do ICMS incidente sobre as operações com as bebidas adquiridas.

Afirma ser também ilegítima, a cobrança em face da Impugnante como responsável tributário, uma vez que não há previsão legal que lhe atribua responsabilidade pelo pagamento do imposto. Pelo contrário: a lei atribui esse dever, expressamente, ao vendedor da mercadoria.

Conforme DANFE apresentado (Doc. 07), alegou que as mercadorias comercializadas foram as seguintes: (i) Vodka SKYY – NCM 22086000; (ii) Gin Bull Dog – NCM 22089000; e (iii) Uísque Wild Turkey – NCM n. 22083020. Tais códigos possuem a seguinte qualificação:

NCM 22086000: PRODUTOS DAS INDUSTRIAS ALIMENTARES; BEBIDAS, LÍQUIDOS ALCOÓLICOS E VINAGRES; FUMO (TABACO) E SEUS SUCEDANEOS MANUFATURADOS. | BEBIDAS, LIQUIDOS ALCOOLICOS E VINAGRES | ÁLCOOL ETÍLICO NAO DESNATURADO, COM UM TEOR ALCOÓLICO, EM VOLUME, INFERIOR A 80% VOL; AGUARDENTES, LICORES E OUTRAS BEBIDAS ESPIRITUOSAS (ALCOOLICAS) | VODCA | VODCA | VODCA;

NCM 22083020: PRODUTOS DAS INDUSTRIAS ALIMENTARES; BEBIDAS, LÍQUIDOS ALCOÓLICOS E VINAGRES; FUMO (TABACO) E SEUS SUCEDANEOS MANUFATURADOS. | BEBIDAS, LIQUIDOS ALCOOLICOS E VINAGRES | ÁLCOOL ETILICO NAO DESNATURADO, COM UM TEOR ALCOÓLICO, EM VOLUME, INFERIOR A 80% VOL; AGUARDENTES, LICORES E OUTRAS BEBIDAS ESPIRITUOSAS (ALCOÓLICAS) | UISQUES | EM EMBALAGENS DE CAPACIDADE INFERIOR OU IGUAL A 2 LITROS | EM EMBALAGENS DE CAPACIDADE INFERIOR OU IGUAL A 2 L

Afirmou tratar-se de bebidas alcoólicas, cujo regime de tributação, nos termos do Anexo I, item 2 da Lei Estadual/BA n. 7.014/96, é o de substituição tributária por antecipação.

Destacou os termos do artigo 8º, I da Lei Estadual/BA n. 7.014/96, a responsabilidade, na

hipótese de venda para contribuinte não inscrito – caso da Impugnante – é do contribuinte que efetuar a saída das mercadorias, salvo se já tiver sido recolhido o imposto por antecipação:

*Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;*

Sustentou que tais dispositivos prescrevem a responsabilidade do vendedor quanto ao recolhimento do ICMS, uma vez que a Impugnante, destinatária das mercadorias, não é inscrita no cadastro da Sefaz/BA, além de os bens estarem no regime de substituição tributária por antecipação, de acordo com o item 2 do anexo I da Lei 7.014/96.

Afirmou ser impossível, nestes termos, falar-se em qualquer atribuição de responsabilidade tributária à Impugnante, consumidora final das mercadorias regularmente adquiridas.

Destacou a jurisprudência C. Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF):

*“ICMS. (...) b) OPERAÇÃO DE SAÍDA PARA ESTABELECIMENTOS BAIXADOS OU INAPTOS NO CAD/ICMS. O recorrente é responsável pela verificação da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial, como também, conforme previsto no art. 8º, I, da Lei nº 7.014/96, é responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações de saída de mercadorias destinadas para contribuinte não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto. Mantida a Decisão.”*

*(CONSEF, AI n. 269197.0008/14-0, Rel. Cons. Fernando Antonio Brito de Araújo, Sessão de 12.12.2016 – destacamos)*

*“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O contribuinte que efetuar saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes é responsável pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações internas subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição, para fins de antecipação do imposto. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

*(CONSEF, AI n. 128984.0024/06-1, Rel. Cons. Denise Mara Andrade Barbosa, Sessão de 06.11.2008)*

Alegou ser ilegítima qualquer tentativa de atribuição de responsabilidade solidária à Impugnante neste caso.

Invocou o art. 6º, XV da Lei Estadual/BA n. 7.014/96, tal atribuição depende (i) de se tratar de operação interestadual e (ii) da inexistência de inscrição estadual ativa do remetente:

*Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.*

Sustentou que, neste caso, além de se tratar de aquisição realizada dentro do Estado da Bahia, o vendedor possui inscrição estadual ativa como comerciante atacadista de bebidas:

Dados da empresa	
<b>Identificação</b>	
<b>CNPJ:</b> 23.994.096/0001-56	<b>Inscrição Estadual:</b> 129.965.756 PP
<b>Razão Social:</b> ERGOS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA	
<b>Nome Fantasia:</b> ERGOS DISTRIBUIDORA	
<b>Natureza Jurídica:</b> SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA	
<b>Unidade de Atendimento:</b> SGF/DIRAT/GERAP/CORAP METRO	
<b>Unidade de Fiscalização:</b> INFAZ ATACADO	

  

Informações Complementares
<b>Data de Inclusão do Contribuinte:</b> 19/01/2016
<b>Atividade Econômica Principal:</b> 4635499 - Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente
<b>Atividade Econômica Secundária</b>
4631100 - Comércio atacadista de leite e laticínios
4635402 - Comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante
4637105 - Comércio atacadista de massas alimentícias
4639701 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral
4649408 - Comércio atacadista de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar
4693100 - Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários
4723700 - Comércio varejista de bebidas
4930202 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional
<b>Unidade:</b> UNIDADE PRODUTIVA
<b>Forma de Atuação</b>
- ESTABELECIMENTO FIXO
<b>Condição:</b> EMPRESA PEQUENO PORTE
<b>Forma de pagamento:</b> C/CORRENTE FISCAL
<b>Situação Cadastral Vigente:</b> ATIVO

Afirmou estar claro que a Impugnante não é contribuinte, responsável ou substituta tributária na operação, nos termos da legislação baiana e da jurisprudência do CONSEF.

Destacou o art. 18, IV, alínea “b” do RPAF/BA (Decreto 7.629/99) prescreve que é nulo o Auto de Infração sempre que caracterizada a ilegitimidade passiva do autuado.

Alegou que é justamente isso o que se verifica no caso concreto. Desta maneira, afirmou ser evidente a nulidade da cobrança, em razão da ilegitimidade passiva da Impugnante.

Sustentou que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, alínea “b” do RPAF/BA, tendo em vista que não há qualquer dispositivo legal que permita imputar à Impugnante a condição de contribuinte ou de responsável pelo recolhimento do ICMS supostamente devido no caso concreto.

Em seguida, apresentou o tópico “ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO”, onde afirmou que o Auto de Infração impugnado possui, também, vícios relacionados à quantificação do crédito tributário.

Asseverou que tais vícios ensejam a nulidade integral do Auto de Infração, por falta de liquidez e certeza do crédito tributário exigido. Todavia, em caso de não anulação da autuação, pleiteou a correção dos supostos equívocos, com nova apuração do imposto.

Na sequência, fez considerações a respeito “DA BASE DE CÁLCULO ADOTADA”, onde ponderou que de acordo com o DANFE nº 000.026.399 – série 1 (Doc. 07), anexo ao Auto de Infração, a soma dos produtos adquiridos pela Impugnante na operação autuada resulta em R\$114.372,00. Apesar disso, alegou que a Fiscalização utilizou como base de cálculo o valor de R\$160.012,18, sem que houvesse qualquer demonstrativo ou justificativa para tal valor.

Sustentou que mesmo não havendo tal demonstrativo, tudo indica que houve acréscimo de 40% no valor das mercadorias para fins de cobrança de ICMS, nos termos do “art. 289, § 17, IXV do RICMS/BA”.

Pontuou que a mercadoria vendida está enquadrada no art. 289, § 17, II, do mesmo diploma normativo, vez que se trata de bebida alcoólica. Sendo assim, o percentual de acréscimo deveria ter sido de 30%, não de 40% como feito pela Ilma. Fiscalização.

Observou ainda, que não se trata da possibilidade de arbitramento da base de cálculo do ICMS, uma vez que o fato não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no art. 22 da Lei 7.014/96.

Alegou que tal erro sinaliza que o crédito tributário discutido neste Auto de Infração carece de liquidez e certeza, o que, por sua vez, remete à necessidade de ser declarada a nulidade do presente lançamento.

Posteriormente, apresentou suas razões no tocante ao “ERRO NA ALÍQUOTA ADOTADA”, afirmando que também foi verificado um erro por parte da Fiscalização quanto à alíquota aplicável na operação autuada. Conforme previsto no art. 16, II, alínea “b” da Lei 7.014/96, a alíquota aplicável em operações de venda de bebidas alcoólicas é de 25%:

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a:*

*b) bebidas alcoólicas;*

Insurgiu-se contra o fato de a fiscalização ter aplicado a alíquota de 27%, afirmando que não foi feita menção a qualquer dispositivo legal que pudesse fundamentar isso. Pontuou que, além do erro na aplicação da alíquota, não foi indicada a norma jurídica que serviria de fundamento para sua eleição.

Afirmou ser evidente, neste sentido, a nulidade do Auto de Infração, também quanto à quantificação do imposto supostamente devido.

Defendeu o reconhecimento da nulidade do auto de infração, afirmando existir uma carência de liquidez, certeza, e dos elementos mínimos de fundamentação, fatos que, segundo o impugnante impossibilitam o pleno exercício do direito de defesa do mesmo.

Por fim, apresentou o tópico dos “PEDIDOS”, onde a parte impugnante fez os seguintes requerimentos:

- (i) O reconhecimento e o provimento integral da presente Impugnação, com o reconhecimento da nulidade e consequente cancelamento integral do Auto de Infração, em razão da alegada ilegitimidade passiva da Impugnante e ao suposto erro na apuração do imposto;
- (ii) Caso não seja assim entendido, pediu que sejam feitos ajustes na apuração do imposto, com a correção da base de cálculo e da alíquota aplicadas.

Posteriormente, o autuante de manifestou à fl. 64, da seguinte forma:

Informou que o documento fiscal nº 000.026.399 com data de emissão e saída em 20/02/2019, destinado à empresa EXPRESSO 2222 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA, estava sem destaque do ICMS substituto.

Destacou o artigo 332, letra/b do DECRETO nº 13.780/12 do RICMS, que diz que o recolhimento do ICMS será feito antes da saída das mercadorias, fato que não ocorreu, conforme foi constatado no documento fiscal nº 000.026.399, apenso ao presente auto de infração.

É o relatório.

## VOTO

O presente Auto de Infração, trata da exigência de obrigação tributária inadimplida calcada em única acusação fiscal, que diz respeito à suposta falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, em situação onde, segundo o Autuante, não seria possível a adoção do referido regime, estando as mercadorias segundo preposto da INSPECTORIA FISCAL DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO – IFMT/METRO, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito.

Restou comprovado, que de fato a Impugnante se trata de sociedade empresária que tem como objeto social a atividade de produção musical, produção e promoção de espetáculos e agenciamento de espaços para publicidade, conforme (Doc. 01), fl. 24. Consta ainda comprovado, que entre as suas atividades, organiza o Camarote Expresso 2222, que funcionou entre os dias 01.03.2019 e 05.03.2019, bem como o Evento TRIO, que ocorreu em 02.03.2019.

Apensou-se também aos autos, o Contrato de Patrocínio com a empresa Campari do Brasil Ltda. (Doc. 04), fls. 41 a 50, firmado durante a produção de ambos os eventos, do qual se deduz que a patrocinadora ficou obrigada a pagar à Impugnante verba no montante de R\$256.107,90, (Cláusula 5ª do Contrato de Patrocínio e Cláusula 1ª do Aditivo), apresentando as respectivas notas fiscais de prestação de serviço, com o respectivo destaque do Imposto Municipal Sobre Serviços – ISS, (Doc. 05), fls. 53 e 54.

Restou confirmado também, que a Impugnante não possui cadastro como contribuinte inscrito no Estado da Bahia. Veja-se:

A imagem é uma captura de tela de um sistema web de informações do contribuinte. No topo, há uma barra de menu com opções como 'Arquivo', 'Localizar', 'Módulos de Consulta', 'Transferência de Dados', 'Janela' e 'Ajuda'. Abaixo, há uma barra de ferramentas com ícones para navegação. O conteúdo principal é dividido em duas seções. A seção superior, intitulada 'Localizar Contribuinte', contém campos para busca por inscrição estadual, CNPJ, inscrição JUCEB e contrato COELBA. Há também uma aba 'Pesquisa Fonética' com campos para razão social e nome fantasia. Abaixo desses campos, há uma tabela com uma única linha de dados. A seção inferior, intitulada 'Detalhe de contribuinte não inscrito', contém campos para identificação, CNPJ, nome, firma, razão social ou denominação comercial, inscrição estadual (outro estado) e UF (outro estado). No rodapé, há uma barra de status com informações como 'asartana', 'PRODUÇÃO', '12/11/2020', 'INS', 'NUM', 'CAPS', 'POR', 'PTB2', '11:47' e '12/11/2020'.

Insc. Estadual	CNPJ	Razão Social	Nome Fantasia	Unidade de Fiscalização
000.000.000	10267907000175	EXPRESSO 2222 PRODUÇÕES ART		

  

Identificação	CNAES	Endereço	Informações complementares
<b>Pessoa Física/Jurídica</b> Tipo: <input checked="" type="radio"/> PF <input type="radio"/> CNPJ Número: 10267907000175			Nome, Firma, Razão Social ou Denominação Comercial EXPRESSO 2222 PRODUÇÕES ARTÍSTICA LTDA
Inscrição Estadual (outro Estado)			
UF (outro Estado)			

De início, verifico do exame dos elementos fáticos, que estes não estão alinhados com a acusação fiscal de se tratar “Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento (...)”, grifei.

Ao revés, o que se verifica dos fatos, é que foi interceptada pelo fisco uma operação comercial em curso, relativa à venda de bebidas alcoólicas, portanto, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, realizada pela empresa “*ERGOS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA EPP*” inscrição estadual n.º 129.965.756, para a Impugnante que não possui cadastro como contribuinte do ICMS.

Destarte, a *prima facie*, os fatos denotam duas situações fáticas que inquinam o lançamento

do crédito tributário em tela de nulidade:

Primeiro ponto de nulidade: houve flagrante erro de fulcro da acusação fiscal, haja vista que o fato gerador tributário decorrente da operação objeto da acusação fiscal, não se configura na prática como “*Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento (...)*”, grifei, e sim como uma operação sujeita ao regime de substituição tributária, de maneira que está flagrantemente em descompasso com a suposta infração que se pretendia alcançar, no caso, a falta de retenção na nota fiscal que acobertava a operação do ICMS devido por substituição tributária, haja vista que as bebidas alcoólicas estão sujeitas a esse regime de tributação antecipada conforme consta do ANEXO 1 do RICMS/12.

Deste modo, como houve agressão inconteste ao princípio da legalidade e da tipificação cerrada, com potencial de agredir ao princípio da ampla defesa e do contraditório, sem olvidar dos prejuízos processuais decorrentes deste erro, como por exemplo, a correta tipificação da multa, bem como imprecisão na confecção de eventual título de execução fiscal, CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – CDA, registro este item como base para meu voto pela nulidade do feito.

O segundo ponto de nulidade, este que foi suscitado pela defesa, se trata da ilegitimidade passiva em relação à imputação tributária em tela, com espeque no inciso I, do art. 8º da Lei 7.014/96:

*Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;*

É que, a operação comercial objeto do flagrante apontado pelo fisco, denotou, segundo o Autuante em sua informação fiscal, a ocorrência de uma operação sujeita à substituição tributária, posto se tratar de operação de venda de bebidas alcoólicas.

Entretanto, se fosse este o caso, além de se encontrar em desencontro com o enquadramento legal e descrição dos fatos, denotaria que o responsável tributário seria o fornecedor, haja vista se tratar a adquirente autuada de contribuinte não inscrito, como fez prova nos autos.

De modo que, voto pela NULIDADE do feito com espeque nas alíneas “a” e “b”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 095188.0027/19-5, lavrado contra EXPRESSO 2222 PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR