

PROCESSO - A. I. Nº 232164.0273/14-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - J. DE J GOMES MERCEARIA - ME
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTRANET 21.11.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0280-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AUTUADO. EMPRESA CONSTITUÍDA COM FALSIFICAÇÃO. Representação da PROFIS/PGE, com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, pela nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva, com base no art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF/99. Empresa constituída de forma fraudulenta, cujo responsável é pessoa comprovadamente falecida. As operações não foram praticadas pela falecida, mas por esta terceira pessoa autora da fraude, a quem deve ser dirigida a cobrança, se e quando descoberta a sua identidade. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fundamento nas normas do art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 - COTEB c/com o art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, em face do lançamento tributário, materializado mediante a lavratura do Auto de Infração em 18/11/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 13.229,92, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 em razão de única infração, assim descrita:

***Infração – 54.05.08:** Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.*

Consta a seguinte informação do autuante:

“EM DATA E HORA ACIMA, DESENVOLVENDO NOSSAS FUNÇÕES FISCALIZADORAS CONFORME PROGRAMAÇÃO DA INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM TRANSITO, CUMPRINDO MANDADO DE FISCALIZAÇÃO DO COE DE Nº 20387557000134-20141112, VERIFICAMOS QUE O CONTRIBUINTE J DE J GOMES MERCEARIA – ME, I.E. 117.391.099 DEIXOU DE FAZER ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NA ENTRADA DESTES ESTADO DOS DANFES DE Nº 059.538, 059.539, 059.540, 059.541, 059.536, 059.537. CONTRIBUINTE DESCRENCENCIADO NO CADASTRO DO RICMS/BA.

BASE DE CÁLCULO CONFORME DEMONSTRATIVO ANEXO.”

Após a lavratura do Auto de Infração, o contribuinte foi intimado, via Aviso de Recebimento dos Correios, para quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, sem que tenha recebido, conforme envelope devolvido pelos Correios em duas oportunidades, fls. 18 e 20, com a informação da inexistência do número indicado no endereço.

Ato seguinte, foram publicados no Diário Oficial do Estado dois Editais de Intimação para cientificação do lançamento. O primeiro Edital de Intimação nº 23/2014 (DOE de 31/12/2014), fl. 19, e o segundo publicado em 22/05/2015, Edital de Intimação nº 06/2015, fl. 22.

Transcorrido o prazo para impugnação do lançamento, *in albis*, foi lavrado o Termo de Revelia conforme termo à fl. 23, o Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado à SAT/DARC para inscrição do débito em Dívida Ativa, fl. 24.

Já inscrito em Dívida Ativa o débito foi encaminhado para execução fiscal e posteriormente à

PGE/PROFIS/Alagoinhas para providências.

Através do Núcleo de Consultoria e Assessoramento – NCA a PGE/PROFIS foi emitido o despacho, fl. 38 frete e verso, de lavra do Procurador Dr. Evandro Kappes, noticiando que a Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB informou a Secretaria da Fazenda que recebeu denúncia de falsificação de assinatura referente a atos da empresa autuada e informou que procedeu ao desarquivamento dos atos, visto que foi comprovado pelo documento da Certidão de Óbito que a assinatura atribuída a Joventina de Jesus Gomes não é autêntica, dado que ela já estava falecida há mais de um ano quando o protocolo com sua suposta assinatura como empresária individual foi inserido, restando evidente a falsidade.

Afirmou que conforme dados do Cadastro de Contribuintes de ICMS, a pessoa jurídica empresária tem como responsável, desde 19/12/2014, a Sra. Joventina de Jesus Gomes e que existem três processos administrativos fiscais em nome do estabelecimento: n^{os} 2250770066143; 2321640273141 e 2321640262140, todos na situação Ajuizado/Em Aberto.

Acrescentou que a àquela época (30/12/2014), a situação da pessoa jurídica perante a Receita Federal do Brasil é NULA, em razão dos vícios existentes na sua constituição. Assim, a GECIF (Gerência de Cadastro e Informações Econômico-Fiscais) perguntou qual deveria ser o procedimento adotado para a situação, cuja resposta parecer segue transcrita.

“As providências a serem adotadas são duas: a primeira é a correção do cadastro INC, desvinculando a pessoa física da pessoa jurídica, ante a ausência de pertinência subjetiva; a outra é a pesquisa em derredor da atribuição de eventual corresponsabilidade tributária, com substituição das CDAs se emitidas com indicação equivocada de responsabilidade pelos débitos ou, se a empresa for uma firma individual, em que não há segregação da personalidade jurídica empresária da pessoa física empresária o cancelamento dos débitos, sendo esta, uma providência a cargo da PGE, circunstância em que deve ser formulada representação ao CONSEF.

Observa-se dos registros que a natureza jurídica da empresa é de empresário individual, logo, não se afigura possível a cobrança do crédito tributário.

Diante da conclusão técnica da JUCEB nenhuma dúvida remanesce de que a falecida foi vítima de crimes de falsidade documental e estelionato, por meio dos quais terceira pessoa, de identidade ainda desconhecida, utilizou-se de seus dados para a constituição fraudulenta de empresa e subsequente fraude tributária.

A hipótese é de nulidade dos lançamentos, por ilegitimidade passiva (art. 18, IV, ‘b’, do RPAF), tendo em vista que as operações não foram praticadas pela falecida, mas por esta terceira pessoa autora da fraude, a quem deve ser dirigida a cobrança, se e quando descoberta sua identidade.

Assim, com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto no 7.629/99, é o caso de formular representação ao CONSEF pela nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva.

Em razão do entendimento firmado são necessárias as seguintes providências:

[1] pela SEFAZ/GECIF: deve transpor as informações da JUCEB ao Cadastro Básico - INC, providenciando a retificação das informações relativas ao CNPJ e inabilitação definitiva do contribuinte;

[2] deve ser dado conhecimento da fraude à SEFAZ/INFIP, tendo em vista às suas competências para monitoramento de fraudes, de acordo com o organograma da Fazenda, até mesmo em razão da possibilidade do caso sob análise ter inter-relação com outros casos e eventual necessidade de cruzamento de dados;

[3] relativamente aos PAFs acima identificados deve a Secretaria do NCA solicitar o encaminhamento à PGE para que seja providenciado o encaminhamento de Representação para cancelamento dos créditos tributários ao CONSEF. “

Em seguida, encaminhou os autos à GECIF e a INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa), mantendo o processo aberto na unidade até distribuição dos processos administrativos fiscais.

Concluídas as providências requeridas pela PGE, o i. Procurador Dr. Evandro Kappes, emitiu parecer nos termos a seguir relatados.

Acusou o recebimento do Ofício n° 648/2024, da Secretaria Geral da JUCEB informando a Secretaria da Fazenda que identificou falsificação da assinatura da suposta empresária, nos seguintes

termos:

“A Junta Comercial do Estado da Bahia - JUCEB, autarquia vinculada administrativamente à Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE e tecnicamente ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração - DREI, em resposta a denúncia sobre falsificação de assinatura, protocolada no SEI sob o nº 064.1835.2023.0004319-78, referente aos atos sob nº 29104985130 e nº 97385571 de 04/06/2014 da empresa J. DE J GOMES MERCEARIA, NIRE 29104985130, CNPJ nº 20.387.557/0001-34, informa que procedemos ao desarquivamento dos atos retromencionados, visto que, foi devidamente comprovado pelo documento da Certidão de Óbito que a assinatura atribuída a JOVENTINA DE JESUS GOMES é inautêntica, dado que ela já estava falecida há mais de um ano quando o protocolo com sua suposta assinatura como empresária individual foi inserido, fica evidente a falsidade perpetrada. Na oportunidade, encaminhamos cópia da publicação do Diário Oficial do Estado da Bahia, do dia 12/04/2024, para conhecimento”.

Juntou aos autos do processo eletrônico, cópia da apuração efetuada pela JUCEB, e no âmbito da SEFAZ, foram acostados extrato de informações do contribuinte relativo à empresa, indicando a inaptidão da inscrição cadastral, assim como comprovante de anulação do CNPJ em razão de vícios, datado de 04/06/2014.

Diz que diante do arcabouço probatório trazido aos autos, em especial a apuração efetuada pela JUCEB, nenhuma dúvida remanesce de que a falecida foi vítima de crimes de falsidade documental e estelionato, por meio dos quais terceira pessoa, de identidade ainda desconhecida, utilizou-se de seus dados para a constituição fraudulenta de empresa e subsequente aquisição, em nome desta, das mercadorias constantes das notas fiscais indicadas nos demonstrativos.

Confirma a hipótese de nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva, prevista no art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF/99, tendo em vista que as operações de aquisição de mercadorias não foram praticadas pela autuada, mas por esta terceira pessoa autora da fraude, a quem deve ser dirigida a cobrança, se e quando descoberta sua identidade.

Conclui, com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, representa ao CONSEF pela nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva e submete o parecer à censura hierárquica da Procuradora Assistente do Núcleo Consultivo.

A Procuradora Assistente do NCA da PGE/PROFIS, fl. 80, acolheu, por seus próprios fundamentos, o parecer da lavra de Dr. Evandro Kappes que, com fulcro no art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, entendeu necessário representar ao Conselho de Fazenda Estadual, a fim de reconhecer e decretar a nulidade do lançamento em questão, em face da configuração da ilegitimidade passiva prevista no art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF/99.

VOTO

A questão a ser decidida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, se delimita ao propósito da Representação, apresentada pela PGE/PROFIS às folhas 78 a 80, que no exercício de sua prerrogativa prevista no art. 113, § 5º, inc. I do RPAF/99, pede que seja anulado o Auto de Infração por ilegitimidade passiva.

O lançamento exige o ICMS, antecipação tributária total, decorrente da entrada de mercadorias procedentes do Paraná, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 059.538, 059.539, 059.540, 059.541, 059.536 e 059.537, emitidas em 15/10/2014, DANFES anexados às fls. 08 a 13, sobre as quais a empresa autuada não havia efetuado o recolhimento do imposto devido antes do ingresso das mercadorias no território baiano, vez que o contribuinte se encontrava descredenciado para postergar o recolhimento do imposto, conforme previsto no art. 332, § 2º do RICMS/2012.

Compulsando os autos, constato que os documentos evidenciam que a autuação, embora elaborada e formalizada em formulário destinado a Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, resultou, na verdade, de uma fiscalização na qual se aplicou roteiro de auditoria em estabelecimentos, haja vista a apuração de fatos pretéritos, o que descaracteriza a fiscalização de mercadorias em trânsito, ou seja, não ocorreu na instantaneidade dos fatos apurados.

O Auto de Infração foi lavrado em 18/11/2014 enquanto os fatos geradores já haviam ocorrido

cerca de um mês antes, o que indica não ter ocorrido a abordagem da Fiscalização no trânsito de mercadorias, tanto assim, que inexistia qualquer Termo de Apreensão de Mercadorias ou Documentos acostado ao processo, o que confirma a intempestividade da autuação no trânsito de mercadorias.

Feitas estas observações, importa analisar o fato motivador da Representação da PROFIS/PGE no sentido de anular o Auto de Infração por ilegitimidade passiva, com base no art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF/99, que acatada, impede a apreciação do mérito. Contudo, faço algumas observações que entendo pertinentes.

É fato que nas aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, caso da autuação, vez que se trata de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, constante no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2014 no item 35, o responsável pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, é *“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;”* – Art. 8º, inc. I da Lei nº 7.014/96.

Contudo, considerando que para as mercadorias comercializadas e relacionadas nas notas fiscais autuadas, não estão contempladas em protocolos entre a Bahia e o Paraná, o adquirente deverá proceder a antecipação tributária, antes do ingresso das mercadorias neste estado, uma vez, como já dito, o contribuinte estava descredenciado para postergar o recolhimento da antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente à entrada das mercadorias no estabelecimento.

No presente caso, a autuada, adquirente das mercadorias, portanto, seria a responsável tributária por solidariedade (art. 6º, inc. XV da Lei nº 7.014/96). Entretanto, restou comprovado pelas informações da Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB, autarquia responsável por efetivar os serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, consoante o disposto na Lei Federal nº 8.934/1994, que o registro empresarial da autuada J. de J Gomes Mercearia – ME, aberta em 04/06/2014, em nome da Sra. Joventina de Jesus Gomes que já estava falecida desde 03/05/2013, conforme atestado de óbito, fl. 58 – verso, era falso, fato que implicou no desarquivamento/cancelamento do ato de constituição da empresa, frente a comprovada falsidade, fl. 65 – verso.

No mesmo parecer, a JUCEB informou que comunicaria o fato à Polícia Civil, ao Ministério Público e às autoridades fazendárias para que fossem adotadas as medidas cabíveis de modo a cumprir com previsto no § 3º do art. 115 da IN DREI 18/2020.

Consta no registro comercial da autuada junto a JUCEB, se tratar empresa de natureza jurídica EMPRESÁRIO, que segundo informa o IBGE é: *“ (...) pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica, organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, sem se constituir pessoa jurídica e sem a participação de qualquer sócio, mas que, para fins do Imposto de Renda é equiparado à pessoa jurídica. É obrigatória a inscrição do empresário na Junta Comercial, antes do início de sua atividade. O empresário responde ilimitadamente pelas obrigações empresárias assumidas. ”*, (<https://concla.ibge.gov.br/>), conforme o art. 966 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002).

Trata-se de uma empresa com um único sócio, cuja natureza jurídica atribui a responsabilidade do empresário limitada ao capital social investido, protegendo seu patrimônio pessoal.

Importante lembrar a distinção feita pelo Código Tributário Nacional entre contribuinte e responsável. São duas classes do gênero sujeição passiva tributária que, mutuamente, excluem-se. O contribuinte é aquele que mantém relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, parágrafo único, inc. I do CTN), enquanto o responsável não é contribuinte e sim, outrem decorrente de uma disposição expressa de lei.

Portanto, a sujeição passiva será do contribuinte sempre que no aspecto pessoal passivo da obrigação tributária figurar a mesma pessoa que pratica a ação descrita no aspecto material da

norma tributária, e o responsável será o devedor. Ou seja, o tributo deve ser cobrado daquele que realizou o fato gerador, o contribuinte. No entanto, por atribuição legal, poderá o ato de pagar a Fazenda Pública, ser transferida a terceira pessoa.

No caso, restou comprovado a fraude praticada na constituição da empresa, por terceira pessoa, indicando como único responsável uma pessoa já falecida, ou seja, restou caracterizada a ocorrência de uma fraude praticada na constituição da empresa em nome de outro, inclusive, já falecido.

A fraude é conceituada como um ato malicioso, intencional de tirar vantagens ou proveito de algo ou alguém, decorre de uma ação premeditada e planejada para usufruto benefícios próprios. Já o erro é praticado de forma involuntária, sem intenção de prejudicar ou provocar danos, apesar de eventualmente provocar.

Conclui-se de tudo exposto que, associada a natureza jurídica da autuada, a falsificação dos atos constitutivos da empresa, consoante fartamente atestado pelo órgão responsável pelo arquivamento destes, é claramente uma fraude, que caracteriza a ilegitimidade passiva do sujeito passivo neste lançamento.

Diante do exposto, ACOLHO a presente representação e julgo NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar NULO o Auto de Infração nº 232164.0273/14-1, lavrado contra J. DE J GOMES MERCEARIA - ME.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS