

PROCESSO - A. I. Nº 09286837/03
RECORRENTE - LUCIANO SILVA ANDRADE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJJ nº 0355-04/03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05.12.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0152-12/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIA ESTOCADA SEM NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a decisão. Os autos não contêm elementos suficientes para determinar com segurança a responsabilidade solidária do autuado, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$496,90, em decorrência de estocagem de mercadorias, em estabelecimento sem inscrição estadual e desacompanhada de documentação fiscal.

O Julgador da Primeira Instância, em seu voto, para afastar a arguição de nulidade sob a alegação que a contagem das mercadorias fora feita de forma unilateral, salientou que o contribuinte se recusou a assinar o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, o que deveria ser suprido pela assinatura de duas testemunhas, mas entendeu que essa falha procedimental não é razão para nulidade da autuação, pois, nos termos do § 2º do art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa atingir a sua finalidade.

Destacou ainda que: *“Também não se pode esquecer que a ação fiscal em questão, originada por uma denúncia, foi presenciada e desenvolvida por várias pessoas – só para relacionar as mercadorias foram necessários três agentes de tributos – e por policiais militares que lacraram o estabelecimento clandestino por ordem da Inspetora Fazendária”*.

Salientou também que as liminares em Mandados de Segurança, trazidas na Impugnação não foram requeridas pelo autuado e, mesmo que o abrangesse, apenas suspenderiam a exigibilidade do crédito tributário, porém não impediria a sua constituição através o lançamento realizado.

Sobre a alegação de ilegitimidade passiva do autuado, observou que: *“de acordo com o art. 39, V, do RICMS-BA/97, a pessoa física ou jurídica que detiver mercadoria desacompanhada da documentação fiscal exigível é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito. Portanto, o autuado pode perfeitamente figurar no pólo passivo da presente relação jurídico-tributária, já que ele foi encontrado na posse de mercadorias desacompanhadas da devida documentação fiscal”*.

Assim, considerou que confirmada a irregularidade, cabia ao autuado apresentar notas fiscais idôneas que comprovassem a origem das mercadorias. Como não foi feito, ele é solidariamente responsável pelo imposto devido.

Por fim, observou que os preços unitários e totais das mercadorias constam nos documentos de fls. 10 a 54, e como não foram questionados pelo autuado em sua Defesa, entendeu como uma concordância tácita, com o cálculo do imposto exigido na autuação.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário insurgindo-se contra a Decisão recorrida, suscitando a sua nulidade.

Como primeira razão, apontou ilegitimidade passiva, reiterando que jamais exerceu qualquer atividade comercial no endereço indicado no Auto de Infração, razão porque não poderia assumir qualquer responsabilidade sobre o funcionamento da empresa “BENEDITO TELES DE MENEZES”, ali estabelecida.

Exemplificou uma situação hipotética de um cidadão que se encontre em uma grande loja e seja surpreendido por um preposto da Fazenda Estadual que lhe exija a documentação fiscal das mercadorias estocadas naquele estabelecimento comercial.

Aduziu que, quando da autuação, justificou a sua recusa de assinar o Auto de Infração, sustentando que naquele local havia uma empresa legalmente constituída e que todas as mercadorias existentes possuíam notas fiscais, as quais foram exibidas pelos funcionários da empresa aos fiscais, que não as consideraram, pois estavam em nome de Benedito Teles de Menezes, e determinaram o fechamento da empresa.

E que, insatisfeita com o fato, a empresa Benedito Teles de Menezes interpôs Mandado de Segurança contra, o que classificou de: “ato arbitrário dos fiscais”, tendo obtido a Liminar que autorizou a reabertura do estabelecimento.

Reportou-se a Liminar obtida, solicitada pela DECECAP, na 1ª Vara Especializada de Salvador, determinando à Secretaria da Fazenda a proceder à apreensão das mercadorias que se encontravam nas dependências da empresa, medida essa que fora reconsiderada pelo MM Juiz, ao ser informado da existência da outra liminar, mandando proceder a devolução das mercadorias apreendidas e o retorno do funcionamento da empresa.

Esclareceu ainda que devido à discussão da competência do MM Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública, o mandado de segurança foi redistribuído para o Tribunal de Justiça deste Estado, sendo relator o Desembargador Dr. Paulo Furtado, que concedeu a Liminar determinando o funcionamento da empresa.

Questionou que, se ele exercesse atividade irregular naquele local, como explicar o fato de o representante legal da empresa BENEDITO TELES DE MENEZES ter impetrado Mandado de Segurança e obtido tantas liminares em seu favor?

Concluiu também questionando a validade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois, ao seu ver, o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator.

Como segunda razão, argüiu a nulidade do Auto de Infração; a) pela ausência de assinaturas das duas testemunhas, salientando que a sua recusa em assinar o Termo de Apreensão foi fundamentada, e que, na falta desse requisito legal deve ser considerado Nulo; b) pela ausência de base de cálculo do imposto, dizendo que a mercadoria foi relacionada unilateralmente pelos fiscais.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer, apontou que o autuado requer a nulidade do Auto de Infração, alegando ilegitimidade passiva, por entender que jamais exerceu atividade comercial no local indicado no Auto de Infração, sendo o contribuinte de direito BENEDITO TELES DE MENEZES, empresa legalmente constituída e a não observância do art. 940, § 2º do RICMS-BA, que estabelece que em caso de recusa do responsável em assinar o Termo de Apreensão, este deverá ser assinado por duas testemunhas.

Verificou que após análise dos autos a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por decisão unânime, julgou Procedente o Auto de Infração em lide, tendo em vista o Art. 39, inciso V, do RICMS-BA, dispor que a pessoa que detiver mercadoria desacompanhada de documentação fiscal é o responsável solidário pelo pagamento do imposto, não procedendo, portanto a sua alegação de ilegitimidade passiva.

Entendendo que há uma repetição das razões de defesa, insuficientes para modificar a decisão de Primeira Instância, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado.

VOTO

A Decisão recorrida ratifica a exigência de pagamento de imposto, em decorrência de estocagem de mercadorias, em estabelecimento sem inscrição estadual e desacompanhadas de documentação fiscal.

O Julgador da Primeira Instância salientou que o contribuinte se recusou a assinar o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, o que deveria ser suprido pela assinatura de duas testemunhas, mas entendeu que essa falha procedimental não é razão para nulidade da autuação, pois, nos termos do § 2º do art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa atingir a sua finalidade.

O recorrente alegou que não exercia nenhuma atividade comercial no endereço indicado no Auto de Infração, mas a Decisão recorrida o considerou solidariamente responsável pelo imposto devido, tendo em vista que o disposto no art. 39, V, do RICMS-BA/97, assim estabelece para a pessoa física ou jurídica que detiver mercadoria desacompanhada da documentação fiscal pertinente.

No entanto, não encontro nos autos prova de que o recorrente teria a posse ou a propriedade das mercadorias objeto da autuação. As mercadorias apreendidas ficaram no estabelecimento lacrado pelo autuante, sem a indicação do depositário e, posteriormente, foram, por medida judicial, liberadas para a empresa BENEDITO TELES DE MENEZES, impetrante do Mandado de Segurança.

Assim, entendo que os autos não contêm elementos suficientes para determinar com segurança a responsabilidade solidária do autuado, conforme previsto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, configurando-se a ilegitimidade passiva do recorrente.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para declarar NULO o Auto de Infração em lide, devendo ser renovada a ação fiscal, a fim de verificar a questão da regularidade do estabelecimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 09286837/03, lavrado contra **LUCIANO SILVA ANDRADE**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS