

PROCESSO - A. I. Nº 0944098460/07
RECORRENTE - CLÉSIO DE SANTANA MORAES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0078-02/08
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 24/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0038-11/09

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM DEPÓSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. É parte ilegítima para figurar no pólo passivo da autuação a pessoa física que detinha as mercadorias apreendidas na qualidade de representante da empresa destinatária. Preliminar acolhida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão nº 0078-02/08), que julgou procedente este Auto de Infração, lavrado em 23/10/07, com vistas a exigir ICMS relativo à estocagem de mercadorias em estabelecimento clandestino, não inscrito no cadastro de contribuintes.

Consta do Termo de Apreensão que o depósito onde se encontravam as mercadorias se situa entre o supermercado Sacolão e a empresa Roque Auto Center, com entrada privativa, sem qualquer ligação com o supermercado ao lado ou com a empresa Roque Auto Center. Imposto lançado: R\$12.624,96. Multa: 100%.

A Junta de Julgamento Fiscal esclareceu, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado em nome do detentor das mercadorias, sendo que o RICMS prevê a sua responsabilidade solidária com relação às mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea (RICMS, art. 39, V).

Consignou que as Notas Fiscais cujas cópias o autuado apresentou referem-se a um estabelecimento vizinho ao depósito onde se encontravam as mercadorias e, como o depósito não tinha comunicação interna com o estabelecimento inscrito, a legislação considera-o estabelecimento autônomo, de modo que teria de ter inscrição distinta.

Salientou que a descrição do fato no Termo de Apreensão foi feita de forma precisa e clara e que a defesa não negou a falta de comunicação interna do depósito com o estabelecimento inscrito, requisito esse que, segundo a JJF, deflui da regra do art. 185, I, do RICMS.

Aduziu que o art. 41, do RICMS, define o que seja estabelecimento, e o art. 42 estabelece a autonomia entre os estabelecimentos.

Prosseguindo na análise das razões defensivas, assevera: *“De acordo com os argumentos e as fotografias apresentadas pela defesa, fica patente que a empresa Super Sacolão Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., devidamente inscrita no cadastro de contribuintes, estava em obras, para reforma e ampliação. Poder-se-ia aplicar então neste caso a regra do art. 185, IV, segundo o qual “não são considerados estabelecimentos diversos” os canteiros de obras vinculados a estabelecimento cadastrado, desde que nos mesmos não se desenvolva atividade geradora de obrigação tributária principal do IPI ou do ICMS. De fato, não consta nos autos que ali fossem realizadas operações de circulação de mercadorias – o local era utilizado apenas para*

armazenamento das mercadorias. No entanto, o autuado não provou que a obra em execução por trás dos tapumes que aparecem nas fotos pertence ao Super Sacolão Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda. Tal prova seria viável, por exemplo, mediante apresentação do alvará de reforma ou ampliação da loja. A “planta” anexa à fl. 84 não é prova eficaz.

O art. 183 do RICMS prevê que o contribuinte deve inscrever no cadastro estadual cada um de seus estabelecimentos, e o § 1º do art. 150 considera clandestino o estabelecimento que não se encontrar inscrito.

Adverta-se que a existência de “mercadorias em estoque” não constitui fato gerador de obrigação tributária, de modo que o lançamento do crédito tributário neste caso se baseia em que, estando as mercadorias em estabelecimento clandestino, ali se encontram em tal situação porque “saíram” antes do estabelecimento de terceiro sem pagamento do imposto, e é sobre esse fato anterior (saída do estabelecimento de terceiro) que recai a exigibilidade do imposto, atribuindo-se a responsabilidade pelo tributo e seus acréscimos ao detentor da mercadoria em situação irregular, nos termos do art. 39, V, do RICMS – responsabilidade solidária”.

Com essas considerações, julgou procedente a autuação.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 108/115, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que não possui qualquer relação com os bens encontrados no depósito do Supermercado Sacolão, que é o verdadeiro proprietário de todas as mercadorias objeto da autuação, como comprovam as notas fiscais e a declaração constante do feito.

Afirma ser pessoa física e atuar como mero procurador do mencionado estabelecimento comercial, conforme procuração que acostou aos autos com a peça de defesa.

Diz que o depósito em que foram encontradas as mercadorias não lhe pertence, mas, sim, ao Sr. Mamedi de Santana Moraes, de acordo com a escritura pública que afirma acostar ao Recurso Voluntário.

Consigna que a própria Decisão impugnada apoiou o seu convencimento no art. 39, V, do RICMS, conflitando com a constatação do relator de que não consta dos autos qualquer elemento capaz de apontar para a realização de operações de circulação de mercadoria no “estabelecimento” autuado, sendo que o referido dispositivo só admite a responsabilização do detentor se estiver comercializando.

No mérito, defende a aplicação do art. 185, IV, do RICMS, aduzindo que o Supermercado Sacolão estava em reforma com o intuito de ampliar o seu estabelecimento para o terreno ao lado, que pertence ao Sr. Mamedi Santana Moraes. Assim, entende que o depósito em construção localizado no terreno ao lado do estabelecimento da mencionada empresa é nada mais do que o canteiro de obra vinculado ao seu estabelecimento, estando o procedimento adotado em perfeita consonância com o mencionado dispositivo regulamentar.

Pugna, nesses termos, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS, através do Parecer de fls. 129/130, opinou pelo provimento do Recurso interposto, sob dois fundamentos, a saber:

1. Os documentos constantes dos autos provam que as mercadorias objeto da autuação eram de propriedade da empresa Super Sacolão Com. de Gêneros Alimentícios, o que descaracteriza a irregularidade apontada no Auto de Infração acerca da existência de produtos desacompanhados de nota fiscal. Assevera que a responsabilidade do detentor pressupõe falta de documentação fiscal ou documentação inidônea (art. 39, V, do RICMS), “o que não é o caso”.
2. Entende, ainda, que, constatando-se a propriedade das mercadorias apreendidas, resta provada a ilegitimidade passiva do autuado, fazendo, em seguida, a seguinte ressalva: “porém,

revelando-se a improcedência da imputação como aqui se apresentou opinamos pelo provimento do Recurso em razão da improcedência da autuação, vez que claro o fato de se tratar de canteiro de obra, claro não haver comercialização das referidas mercadorias, estar se processando reforma no imóvel, trata-se de mercadorias correlatas à atividade regular do seu proprietário Super Sacolão Com. de Gêneros Alimentícios, não havendo porque se imputar responsabilidade solidária apontada no Auto”.

VOTO

A questão da legitimidade passiva se afigura relevante para o adequado deslinde da presente lide administrativa e, por isso, deve ser objeto de uma análise cuidadosa.

Inicialmente, impende ressaltar que a estocagem de mercadorias, ainda que em estabelecimento não inscrito, não constitui fato gerador do ICMS. Sim, porque um contribuinte pode manter diversos produtos num determinado depósito não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS, mas com toda a documentação comprobatória da regularidade da operação, não podendo o Fisco Estadual, nessas circunstâncias, exigir o pagamento do imposto novamente; deverá apenas adotar as medidas administrativas, judiciais e criminais cabíveis, de modo a obstar o funcionamento irregular de tal estabelecimento.

Assim, conquanto na peça inicial da autuação conste como móvel da cobrança do tributo a simples estocagem de mercadoria em “depósito clandestino”, percebe-se que o recorrente figura como autuado por deter mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. É isso, justamente, que está escrito no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos constante dos autos e, sob esse prisma, a autuação é sustentável.

De fato, deter mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, em circunstâncias que indique a realização de operações comerciais, gera para o detentor a responsabilidade solidária de efetuar o pagamento do ICMS devido, consoante dispõe o art. 39, do RICMS, *in verbis*:

“Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea”.

No caso dos autos, conquanto o recorrente tenha sido inicialmente flagrado detendo as mercadorias listadas no Termo de Apreensão sem os respectivos documentos fiscais, as provas constantes dos autos revelam que ele não estava atuando em nome próprio, como pessoa física, mas sim em nome da empresa Super Sacolão Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda., da qual recebeu poderes para tratar de questões negociais no ano de 2005, ou seja, mais de dois anos antes da lavratura deste auto (fls. 18/19).

As notas fiscais coligidas ao *in folio*, da mesma forma, testificam que as mercadorias apreendidas eram de propriedade do mencionado supermercado (fls. 20/61), tornando, assim, ainda mais forte a ilegitimidade do recorrente para figurar como autuado neste feito administrativo, pois, frise-se, ele não estava detendo as mercadorias em nome próprio, como pessoa física, mas como representante da empresa Super Sacolão e, em virtude disso, somente esta pessoa jurídica poderia ter sido alvo da ação fiscal.

Concordo com o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que os elementos probatórios constantes do processo autorizam até mesmo a improcedência da autuação, pois é bastante verossímil a alegação de que o local em que foram apreendidas as mercadorias consiste num canteiro de obras da empresa Super Sacolão e, assim sendo, não há a irregularidade mencionada na autuação. Todavia, tenho que a nulidade decorrente da ilegitimidade passiva não pode ser superada para

avancarmos na análise do mérito, sob pena de termos uma Decisão de improcedência relativa a um terceiro que sequer compõe o pólo passivo deste processo.

Ante o exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada no Recurso Voluntário e, reformando a Decisão de primeiro grau, julgar NULO o presente Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 0944098460/07, lavrado contra **CLÉSIO DE SANTANA MORAES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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