

PROCESSO - A. I. N°232340.0037/12-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PATRICIO DA SILVA LIMA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JJF nº 0195-02/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 10.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0366-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Provado que as mercadorias não pertenciam ao autuado, configurando, assim, indicação errônea do sujeito passivo da relação tributária, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado contra funcionário da empresa, que não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal - 2ª JJF, em relação a Decisão proferida por intermédio do Acórdão nº 0195-02/14 que julgou *Nulo* o Auto de Infração em referência, lavrado pela fiscalização de trânsito de mercadorias para imputar ao recorrido a seguinte infração: "*Falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia*". Nesta direção, foi lançado imposto no valor de R\$137.858,02, com acréscimo de multa no percentual de 100%.

Consta no corpo do Auto de Infração, no campo intitulado "*Descrição dos Fatos*" a seguinte observação: "*A mercadoria foi encontrada estocada em um estabelecimento localizado na Rua Dr. Altino Teixeira, 1132, Qd. F, Galpão, no Bairro de Pirajá, local desconhecido dos arquivos da SEFAZ-BA, sem documentação fiscal. O termo de apreensão de mercadorias e documentos nº 2323407, foi lavrado em nome do detentor da mesma, em função dos dados da pessoa jurídica que estavam sendo utilizados no local, pertencerem a um outro estabelecimento na Rua das Honduras, s/n, nas Granjas Rurais Presidente Vargas, inscrição estadual nº 47.549.876 e CNPJ nº 09342379/009300, utilizados pela INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. Por diversas vezes este preposto fiscal tentou entrar em contato com o detentor e o depositário da mercadoria para saber da procedência da mesma e se havia documentação fiscal, inclusive dos seus valores, tudo em vão. Após diversas tentativas não tive outra alternativa senão lavrar o respectivo Auto de Infração em nome do detentor da mesmas. Os preços foram levantados junto a atacadistas/varejistas, tidos como de venda a consumidor, por isso não incidir MVA*".

A 2ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir reproduzido:

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

O lançamento procedeu-se no trânsito de mercadorias, sendo a ação fiscal desenvolvida contra pessoa física.

Quando da apresentação da defesa, o autuado, inicialmente, arguiu a nulidade do lançamento, diante do fato de não ser o proprietário das mercadorias estocadas, apenas funcionário da empresa proprietária das mesmas, bem como a base de cálculo que serviu para a lavratura do Auto de Infração se apresentar incerta.

Analisando as mesmas, diante da necessidade de exame prévio, antes da análise do mérito da acusação fiscal, constato que, de fato, o sujeito passivo à época da autuação era funcionário da Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S. A. (ILPISA), esta verdadeira proprietária das mercadorias apreendidas e autuadas, na forma do documento de fl. 74, (contrato de trabalho firmado em 12 de junho de 2011), cópia da carteira profissional na qual consta tal vínculo empregatício (fls. 102 a 104), como, de igual forma, pela cópia da Ficha de Registro de Empregados de fl. 75, além como a ficha financeira de fl. 76, que vem a ser cópia do holerite do mesmo.

Além disso, faz prova de que as mercadorias objeto da autuação pertenciam à ILPISA o contrato de locação para fins comerciais de fls. 95 a 98 firmado entre esta empresa e Foá Patrimonial Ltda. relativa ao imóvel

situado à rua Altino Teixeira, 1132, Quadra F, Lote 11, lançado como local da ocorrência pelo Fisco, bem como os DANFES de fls. 78 a 81..

E tal vínculo entre as mercadorias e a ILPISA eram de conhecimento do autuante, pois, tanto o próprio Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 4, quanto o Termo de Ocorrência de fl. 5 indicam e nomeiam a empresa ILPISA como depositária das mercadorias.

Daí se conclui que, o verdadeiro sujeito passivo de eventual relação jurídico tributária deveria ser a empresa ILPISA, e não o seu funcionário.

Nesta circunstância, entendo que de forma cristalina, se encontra provado que as mercadorias apreendidas e objeto da presente autuação encontravam-se estocadas em local sem inscrição estadual, considerado clandestino pela legislação tributária, nos termos da legislação vigente. Todavia também ficou comprovado ao longo da lide que as mesmas pertenciam a ILPISA e não ao autuado, inclusive, para apurar a base de cálculo utilizada, o autuante pautou-se em documento interno da própria ILPISA (fls. 08 a 12), denominado "Relatório Estoque de Produtos Acabados" conforme admite em uma de suas intervenções no feito.

Menciono, por oportuno, entendimento deste órgão julgador, quando ao analisar situação semelhante, decidiu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF Nº 0457-11/02:

"EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS ENCONTRADAS EM ESTABELECIMENTO CLANDESTINO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que a mercadoria pertencia a empresa regularmente inscrita no CAD-ICMS – o que já era de conhecimento do autuante – muito embora de fato estivesse em local diverso do estabelecimento da empresa, tendo sido o Auto de Infração lavrado contra o empregado da empresa, que não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Ilegitimidade passiva. Modificada a Decisão. Recurso PROVIDO. Decisão unânime".

Naquela oportunidade, a relatora, Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, assim se manifestou:

"Em consonância com o Parecer exarado pela Douta PROFAZ e com o julgamento proferido pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0304-01/02, em outro Auto de Infração lavrado contra a mesma pessoa e sobre a mesma matéria ora sob apreciação, entendemos que de fato impende a decretação de nulidade do presente Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, a teor do quanto estabelece o art. 18, inciso IV, alínea "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA. Equivocou-se o autuante ao efetuar a autuação contra a pessoa do Sr. Willian Queiroz, simples funcionário da empresa que de fato era a proprietária das mercadorias, o que já era do seu conhecimento, pois consta no Termo de Apreensão que esta foi colocada como depositária das mercadorias, e este fato é colocado pelo mesmo na sua informação fiscal.

A regra do art. 39, que trata da responsabilidade solidária não dá guarida à lavratura do Auto de Infração contra o funcionário da empresa, pois conhecido o real proprietário das mercadorias, este é que deveria figurar no pólo passivo da obrigação tributária, ou, como bem frisou a PROFAZ, a empresa proprietária do local onde estavam sendo descarregadas as mercadorias, pois o fato da mesma estar com inscrição cancelada não a exime desta responsabilidade.

Assim, também realmente equivocada a Decisão Recorrida, que merece ser reformada para decretar-se a NULIDADE do Auto de Infração, dando-se PROVIMENTO ao Recurso Voluntário em apreço".

Nesta situação, entendo que o autuado é parte ilegítima na presente relação jurídica, diante da incorreta indicação do sujeito passivo da obrigação tributária, razão pela qual julgo o lançamento nulo, vez estar clara violação do disposto no artigo 18 do RPAF/99, especialmente o inciso IV, alínea "b", no que tange a ilegitimidade passiva.

Diante da Decisão supra, a 2ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do artigo 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Da análise das peças que integram os autos deste processo verifico que a Decisão recorrida não carece de qualquer reparo, vez que restou fartamente comprovado que o recorrido é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da obrigação tributária em comento.

Com efeito, vê-se através da descrição dos fatos contidos no Auto de Infração, que o próprio autuante reconheceu que as mercadorias pertenciam a empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, citando, inclusive os números das inscrições no CAD/ICMS e CNPJ deste estabelecimento.

Este fato se repete no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 232407, fl. 4, emitido de forma manuscrita, onde consta que o Sr. Patrício da Silva Lima, assinou o referido

termo na condição de "*Supervisor de Logística*" enquanto que as mercadorias ficaram depositadas em nome da empresa Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, cujo termo foi assinado pela Sra. Patrícia Pereira dos Santos que exerce a função de "*supervisora administrativa*" dessa empresa, à luz do que consta dos autos.

Vejo que a fundamentação esposada pelo i. relator da Decisão de piso está correta e consistente, tendo sido, inclusive, destacado de forma apropriada, o Voto consignado por este CONSEF em julgamento proferido através do Acórdão CJF Nº 0457-11/02, que se adéqua perfeitamente à situação ora em exame.

Além desta questão pontuada acertadamente pelo julgador de piso, outros vícios consideráveis podem ser destacados no Auto de Infração, a saber:

- Ausência do visto da autoridade fazendária competente no campo próprio;
- Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 4 e 6, sem qualquer assinatura, portanto inapto e sem validade;
- Ausência de demonstração do valor da base de cálculo. Não consta dos autos demonstrativo indicando, objetivamente, como se determinou o valor de R\$810.929,65 considerado como base de cálculo, indicando o valor unitário por cada produto, com base nos códigos constantes do relatório de estoque;
- Ausência de indicação da alíquota utilizada para fim de cálculo do imposto;
- Ausência de contagem física do estoque dito estocado em estabelecimento não inscrito. A apreensão deveria ser precedida da contagem física, cuja veracidade deveria ser atestada pelo detentor / proprietário das mercadorias;
- Autuação feita, com base em "*Relatório estoque de produtos acabados*", fls. 10 a 12, o que configura a existência do real proprietário das mercadorias;
- Apesar do "*Relatório estoque de produtos acabados*", indicar uma extensa variedade de produtos, com códigos distintos, o Termo de Ocorrência Fiscal, cita, de forma englobada, apenas a existência de três produtos: item 1) chocolate; item 2) leite e suco em pacotes e 3) manteiga, procedimento este inadequado para quantificar o Auto de Infração.

De maneira que, além das situações acima elencadas, a questão da ilegitimidade passiva considerada pela Junta de Julgamento para fim de fundamentar a Decisão, restou claramente evidenciada, pois consta dos autos cópia de contrato de locação firmado pela empresa ILPISA e terceiro, em data bastante anterior a ocorrência dos fatos consignados no presente lançamento, referente ao galpão onde se encontravam estocadas as mercadorias apreendidas, bem como documentos que comprovam que o autuado, à época da ocorrência dos fatos, era funcionário da referida empresa, portanto é parte ilegítima para figurar no pôlo passivo da obrigação tributária.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232340.0037/12-1 lavrado contra **PATRICIO DA SILVA LIMA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

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