

PROCESSO - A. I. Nº 206952.0013/07-5
RECORRENTE - ROSEVALDO DOS SANTOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0185-01/08
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 11/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0364-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ESTOCAGEM DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Arguição de nulidade acolhida. Ilegitimidade passiva. Auto de Infração lavrado contra preposto. Recomendação de renovação da ação fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração NULO. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em parte o Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, para exigir ICMS acrescido da multa de 100%, em decorrência de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentação fiscal, conforme levantamento de estoque no local, Termo de Apreensão nº 143751, com o devido acompanhamento do Sr. Rosevaldo dos Santos, cuja assinatura de concordância encontra-se apostada no formulário Declaração de Estoque (Exercício Aberto) preenchido no ato. A fiscalização se deu por força da Denúncia Fiscal nº 13320/07, sendo anexadas ao Auto de Infração toda documentação arrecadada.

O autuado, às fls. 59 a 99, apresentou defesa assinada conjuntamente com Waked Batista Curi. A JJF ao decidir a lide exarou o voto abaixo transscrito.

Cuida o Auto de Infração em lide de exigência de ICMS por ter sido identificada a existência de mercadorias estocadas no estabelecimento clandestino do autuado, desacompanhadas de documentação fiscal, sendo atribuído ao seu detentor a condição de responsável solidário.

Do exame das peças processuais verifico que a peça de defesa está assinada pelo autuado – senhor Rosevaldo dos Santos –, bem como pelo senhor Waked Batista Curi, representante da empresa Waked Batista Curi, inscrita no Cadastro do ICMS – CAD/ICMS sob o nº. 38.549.533-ME, este último que alega ser o verdadeiro proprietário das mercadorias.

Vejo também que na peça impugnatória está sendo arguida, preliminarmente, a nulidade da autuação sob a alegação de não ter o autuado nenhuma relação jurídica com as mercadorias apreendidas, o que implica em flagrante ilegitimidade passiva, consoante o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99. Também está sendo suscitada a nulidade pela inocorrência do fato gerador do imposto, assim como por imprecisão na determinação da base de cálculo.

No que concerne à primeira arguição de nulidade, ou seja, existência de ilegitimidade passiva, não resta dúvida que a autuação foi conduzida acertadamente, haja vista que as mercadorias foram encontradas pela fiscalização em depósito clandestino, sem a documentação fiscal exigível, apresentando-se ao Fisco o detentor destas, senhor Rosevaldo dos Santos, que em consequência foi indicado no Auto de Infração como responsável pelo pagamento do imposto. A Lei nº 7.014/96, no seu artigo 6º, inciso IV, dispõe que:

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

(...)

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

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva no Auto de Infração em exame.

No respeitante à nulidade pela inocorrência do fato gerador do imposto, certamente labora em equívoco o autuado, pois, a existência de mercadorias sem a documentação fiscal própria, indica que esta foi posta em circulação neste Estado, ocorrendo o fato gerador no local onde se encontra a mercadoria em situação irregular, nos termos do artigo 632, VII, do RICMS/BA.

Quanto à nulidade por imprecisão na determinação da base de cálculo, apesar de o levantamento levado a efeito pelo Fisco ter sido acompanhado pelo autuado que, inclusive, forneceu os preços, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando o inconformismo do autuado quanto à base de cálculo, converteu o processo em diligência, a fim de que a autuante refizesse o levantamento com base nos preços de mercado varejista do local da ocorrência, conforme manda o RICMS/BA, o que foi feito pela autuante.

Diante do exposto, rejeito as nulidades argüidas.

No mérito, verifico que a ação fiscal decorreu da Denúncia Fiscal nº 13.320/07, feita por concorrente do autuado, provavelmente, por se sentir prejudicado pela existência de concorrência desleal, decorrente de comercialização de mercadorias em estabelecimento clandestino e sem a documentação fiscal própria, permitindo a prática de vendas com preços inferiores ao de mercado, por não computar o imposto nos preços praticados.

Portanto, sob o aspecto da constatação de que se tratava de um estabelecimento clandestino sem nenhuma documentação, não há o que discutir, isto é, a fiscalização comprovou a denúncia apresentada.

Observo que os diversos argumentos defensivos para tentar justificar a irregularidade não podem prosperar: atribuir ao contador o erro de que já poderia operar no endereço do depósito, se apresenta como um argumento inaceitável, haja vista que a questão não se cinge exclusivamente a ausência de inscrição cadastral, mas, sim, de estocagem de mercadorias sem documentação fiscal em estabelecimento clandestino. Ademais, a autuante registra que constatou que o depósito permaneceu na condição de clandestino por mais de um ano, conforme pesquisa realizada.

Vale aqui registrar que, se a questão estivesse delimitada apenas quanto ao aspecto da falta de inscrição cadastral, seria o caso de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, mesmo que existisse mercadoria, porém, acompanhada de documentação fiscal idônea. Contudo, a autuação diz respeito ao descumprimento de obrigação principal, ou seja, o autuado era detentor no momento da ação fiscal, de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal própria, sendo exigível o imposto no local da ocorrência do fato gerador.

Cumpre consignar que a autuante na informação fiscal esclareceu que, após a conclusão da contagem física das mercadorias encontradas sem documentação fiscal, no dia 16/01/2007, intimou o senhor Rosevaldo a apresentar no prazo legal, a documentação que desse cobertura às mercadorias, sendo que no dia 18/01/2007, foram arrecadadas 93 notas fiscais de entradas, todas destinadas à Empresa Waked Batista Curi, em Cruz das Almas, restando dizer, nenhuma delas destinadas à empresa clandestino autuado.

Como se vê, o autuado tentou estabelecer um vínculo entre as mercadorias existentes no estabelecimento clandestino situado em Salvador, com os documentos pertencentes à empresa Waked Batista Cruz, localizada no município de Cruz das Almas, contudo, sem lograr êxito, por restar comprovada a inexistência de qualquer relação entre ambos.

Assim sendo, a única questão que persiste diz respeito à base de cálculo impugnada pelo autuante, ou seja, o aspecto quantitativo do fato gerador.

Conforme disse acima, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência à IFMT/DAT/METRO, a fim de que a autuante efetuasse o levantamento de preços de venda a varejo no local da ocorrência, conforme determina o artigo 938, V, “b” 2, do RICMS/97, comparando-os com os preços fornecidos pelo autuado e que constam no “Levantamento de Preços” anexado aos autos.

Cumprindo a diligência, a autuante esclareceu que em razão da discrepância entre os preços apurados no levantamento realizado junto a empresas varejistas do mesmo segmento comercial com os preços apresentados pelo autuado, bem como da quantidade de itens de mercadorias arroladas na autuação – 501 itens -, retornou ao autuado e solicitou que este apresentasse nova relação de preços, com base no qual refez os cálculos, resultando em novo demonstrativo denominado de LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2, totalizando a base de cálculo de R\$ 92.094,35 sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta no ICMS de R\$ 15.656,04. Registrhou, ainda, que deixava a critério deste órgão julgador a Decisão de acatar ou não os novos valores reduzidos apresentados no LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – 2.

No presente caso, apesar de o impugnante haver apresentado em três oportunidades preços diferentes para o mesmo item de mercadoria, entendo que deve prevalecer o último levantamento de preços apresentado pelo autuado - utilizado pela autuante para elaboração do LEVANTAMENTO DE ESTOQUE -2-, por ser o valor de base de cálculo mensurável no presente caso, haja vista que a própria autuante registra a dificuldade de apuração de preços no mercado varejista relativamente aos 501 (quinhentos e um) itens de mercadorias arroladas na autuação, não podendo o contribuinte ser prejudicado com uma imposição de base de cálculo incerta.

Diante do exposto, o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 22.293,24 fica reduzido para R\$15.656, 04.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, conjuntamente assinado pelo sr. Rosevaldo dos Satos e pelo empresário Waked Batista Curi, o acusado argüiu, inicialmente, preliminar de nulidade do lançamento. Aduziu não possuir nenhuma espécie de relação com as mercadorias apreendidas, não sendo nem proprietário, nem possuidor das mesmas. Afirmou que os produtos apreendidos pelo fisco pertenciam à empresa Waked Batista Curi ME, CNPJ nº 73885.840/0001-52, conforme notas fiscais que acostou ao processo. Afirmou ser apenas um funcionário da empresa Ekypcuri Comércio de Som e Acessórios Ltda ME, CNPJ nº 05.646.059/0001-75, de propriedade do sr. Waked Batista Curi, que é também proprietário da empresa Waked Batista Curi ME. Fez juntada de documentos para comprovar a relação de emprego. Sustentou não poder integrar a relação jurídico-tributária e nem figurar com sujeito passivo de uma exigência fiscal. Disse que no momento da ação fiscal as notas fiscais referentes aos produtos apreendidos se encontravam no escritório do contador e que no estabelecimento havia talões de notas de venda em nome da empresa Waked Batista Curi ME, tendo esta ficado inclusive com depositárias dos bens apreendidos. Requeru a nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva, com arrimo no art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/99.

Em seguida pediu a extinção do processo sem julgamento de mérito por falta de interesse processual, com base no art. 122, inc. IV e art. 3º, do CPC, pois a eventual procedência do lançamento ou mesmo o abandono das mercadorias com o consequente leilão, não resultará em

prejuízo financeiro para o autuado. Afirmou que seu único interesse é a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, uma vez que não é comerciante, não podendo ser considerado contribuinte do ICMS, nem tampouco responsável solidário. Invocou a aplicação do art. 267, inc. VI, do CPC, reiterando a tese da falta de interesse processual.

No mérito, argumentou inicialmente a inocorrência, no caso em exame, do fato gerador do ICMS. Disse não constar previsão no texto da LC nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96, de incidência do tributo em caso de estocagem de mercadorias em local sem inscrição estadual. Afirmou que a legislação prevê é a responsabilidade pelo pagamento do imposto, das operações que ainda irão ocorrer (espécie de antecipação tributária), à pessoa física ou jurídica que estiver com mercadorias para comercialização, desacompanhadas de documentação fiscal, desde que não comprove a procedência das mesmas. Nesta situação, afirmou que a exigência do imposto decorre de uma presunção de que o adquirente das mercadorias, sem documentação fiscal, irá também vendê-las sem emissão de nota fiscal e o consequente recolhimento do tributo. No caso em análise, argumentou que esta presunção foi afastada, posto que restou demonstrado que as mercadorias encontradas no local da ação fiscal pertencem à empresa Waked Batista Curi - ME, tendo sido adquiridas através de notas fiscais idôneas. Ressaltou que não houve dolo, fraude ou simulação, nem houve falta de pagamento de ICMS, pois no momento da ação fiscal a empresa estava vendendo produtos com emissão de notas fiscais.

Destacou que no caso em apreço não houve operação de circulação de mercadorias, pois sequer houve transferência de titularidade dos bens, devido à mudança de endereço do contribuinte Waked Batista Curi – ME, invocando a aplicação do art. 6º, inc. IX, do RICMS, reiterando a tese de não incidência do imposto na hipótese de mercadoria encontradas em estoques em estabelecimento irregular. Declarou que a única infração cometida foi de natureza acessória, correspondente à falta de comunicação ao fisco da alteração de endereço do contribuinte.

Destacou ainda que no enquadramento legal da infração foi mencionado o art. 632, VII, do RICMS, relacionado à definição ao local da ocorrência de fato gerador no caso de transporte de passageiros ou mercadorias, cuja operação ou prestação seja realizada sem documentação fiscal, afirmando que este dispositivo não prevê hipótese de incidência que enseje cobrança de tributo.

Quanto ao valor exigido no Auto de Infração frisou que o atuado é funcionário assalariado, percebendo salário mensal de R\$400,00, não possuindo capacidade financeira para pagar o valor da condenação fixado pela 1ª JJF e que a empresa proprietária da mercadorias é uma microempresa de pequena capacidade contributiva, também sem condições financeiras para antecipar o pagamento do ICMS sobre operações que ainda irá se realizar. Afirmou ainda que as mercadorias apreendidas representam a quase totalidade dos estoques da empresa Waked Batista Curi ME, e estando as mesmas sem condições de revenda, face à apreensão, não tem condições de pagar o débito, o que resultará em leilão pelo fisco e falência da empresa. Frisou que o imposto foi calculado à alíquota de 17%, e não possuindo a empresa direito ao crédito, e, uma vez que a proprietária das mercadorias é uma microempresa, haveria bi-tributação, com ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. Ressaltou também que o custo das mercadorias apurado pela fiscalização é superior ao valor de venda das mesmas.

Mais a frente, mencionou que a empresa Waked Batista Curi ME, após mudança de endereço de Cruz das Almas para Salvador, fato que não fora comunicado ao fisco, estava operando normalmente, com emissão de notas fiscais nas vendas que realizava, conforme constou do texto da Denúncia Fiscal anexa aos autos.

Ainda no que se refere ao mérito da causa, disse que em nenhum momento foram examinadas as notas fiscais apresentadas para verificar se as mercadorias nela descritas correspondiam às encontradas no local da ação fiscal. Afirmou que o autuante ou a própria Junta de Julgamento Fiscal poderiam, em procedimento de diligência, verificar que todas as mercadorias estavam acobertadas com notas fiscais da empresa Waked Batista Curi ME. Ressaltou também estar demonstrado o vínculo entre o autuado, o sr. Rosevaldo dos Santos e a empresa Waked Batista

Curi -ME, em razão daquele primeiro ser funcionário da segunda, relação que foi não acatada pelo julgador de 1º grau para afastar a imposição tributária. Solicitou que essas alegações e provas fossem re-examinadas pela Câmara de Julgamento Fiscal.

Reconheceu o recorrente o cometimento de infração acessória, mas sem intenção de fraude, correspondente à não comunicação ao fisco da alteração de endereço do estabelecimento do contribuinte. Disse que este fato não teve por objetivo fraudar o fisco, dificultar a fiscalização ou mesmo deixar de pagar imposto, pois recolhe o ICMS na condição de microempresa, por valores fixos mensais. Argumentou ter incorrido na infração prevista no art. 34, II, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 161 do RICMS, com imputação de multa à empresa proprietária das mercadorias, capitulada no art. 42, inc. XV, letra “g”, correspondente a R\$460,00, pela falta de comunicação de mudança de endereço do estabelecimento. Aduziu que o autuado, na pessoa do sr. Rosevaldo dos Santos, não cometeu qualquer infração, não se sujeitando à aplicação de nenhuma multa, devendo a mesma ser atribuída à empresa Waked Batista Curi ME.

Em seguida contestou a forma de apuração do valor do imposto exigido. Adotando a linha de entendimento de que o imposto, se exigível, teria que ser lançado contra a empresa Waked Batista Curi ME, e por ser esta cadastrada na condição de microempresa, caberia a imposição, na sistemática prevista para o regime simplificado de apuração do ICMS. Adotando-se a forma de tributação aplicável às empresas normais, deveria ser considerado no cálculo, para fins de abatimento, os créditos fiscais decorrentes das operações anteriores. Citou para embasar seu pleito o art. 938, § 2º, atinente à base de cálculo do ICMS apurada através de arbitramento. Argumentou que o autuante, todavia, não adotou este procedimento, resultando em onerosidade para o contribuinte. Declarou, que a carga tributária final aplicada no Auto de Infração foi de 51%, correspondente a 7% da alíquota interestadual constante nas notas fiscais de entrada; 10% do imposto recolhido a título de antecipação parcial; 17% referente ao imposto lançado no Auto de Infração e mais 17%, em face aplicação da multa de 100% do valor do imposto. Argumentou que no Auto de Infração não forem respeitados os princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade do ICMS. Pediu que o Auto de Infração fosse recalculado para se considerar os créditos fiscais de ICMS incidente nas operações anteriores.

Com relação à penalidade aplicada, no percentual de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, letra “j”, afirmou que esta capitulação equivale a dizer que a autuante considerou que o contribuinte agiu com intuito de fraudar o fisco. Declarou, entretanto, que essa imputação não correspondeu à verdade dos autos. Disse que a capitulação correta seria a prevista no art. 42, inc. IV, letra “a”, relacionada à seguinte acusação: *“quando a mercadoria ou bem forem encontrados em qualquer estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea”*. Aduziu que as multas estipuladas visam reprimir o ilícito tributário e que as multas de 100% são aplicadas em casos em que houve dolo do agente e que, no presente caso, a empresa proprietária das mercadorias, que recolhe o ICMS por valores fixos, por ser um microempresário, não praticou atos de sonegação fiscal, tendo, incorrido somente em falta de comunicação ao fisco estadual da alteração de seu endereço. Reiterou o pedido de aplicação da multa constante do art. 42, inc. XV, no montante de R\$460,00, pela falta de comunicação de mudança de endereço, postulando também a conversão da obrigação principal em penalidade acessória, nos termos do art. 157 do RPAF/99, imputável à empresa Waked Batista Curi ME, reiterando a exclusão do autuado da relação jurídico-tributária.

Ao finalizar a peça recursal, reafirmou todos os pedidos que foram formulados, na seguinte ordem:

- 1) nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva;
- 2) extinção do processo sem julgamento de mérito;
- 3) nulidade do Auto de Infração em face da não ocorrência do fato gerador do ICMS;

- 4) improcedência do Auto de Infração por violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, capacidade contributiva e vedação de uso do tributo com efeitos confiscatórios;
- 5) improcedência por ausência de justa causa visto que foram anexados ao processo as notas fiscais demonstrando a origem das mercadorias;
- 6) conversão da exigência fiscal em multa formal, prevista no art. 42, inc, XV, letra “g”, com base no previsto no art. 157, do RPAF/99;
- 7) re-cálculo do imposto com abatimento dos créditos fiscais de ICMS incidentes nas operações anteriores;
- 8) realização de diligência para exame da documentação acostada ao processo;
- 9) liberação das mercadorias apreendidas para a empresa Waked Batista Curi ME;
- 10) cancelamento multa formal, após conversão, com base no art. 158, do RPAF/99, considerando que a empresa proprietária não agiu com dolo, fraude ou simulação, e que a sua conduta omissiva, de não comunicação da mudança de endereço, não implicou em falta de recolhimento de ICMS.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), às fls. 355/356, através da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, manifestou opinativo pela nulidade do Auto de Infração, e consequente Provimento do Recurso Voluntário, considerando que no próprio termo de apreensão, fl. 5, consta na qualificação do autuado, a sua condição de “auxiliar administrativo”, o que revela ser o mesmo preposto de terceiros. Afirmou ainda que este fato fora confirmado na informação fiscal, onde consta que o sr. Rosevaldo informou que detinha as mercadorias em nome de terceiros e não em nome próprio. Assim, considerou que fora identificado na fase inicial do procedimento fiscalizatório o real proprietário das mercadorias, ocasião em que contra este deveria ter sido lavrado o Auto de Infração, por se tratar de empresa ativa. Citou, para embasar este entendimento, a ementa do Acórdão nº 1041/99, no qual se decidiu pela ilegitimidade passiva do motorista do veículo de transportadora, que conduzia mercadoria em situação irregular, hipótese em que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra a pessoa jurídica e não contra a pessoa física, mero preposto daquela. Concluiu que caso em litígio se encontra caracterizada a ilegitimidade passiva do autuado, recomendando, em seguida, a renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas.

O sr. procurador assistente, dr. José Augusto Martins Júnior em conjunto com a, procuradora, dra. Sylvia Amoêdo, em revisão ao Parecer acima mencionado, manifestaram opinativo em sentido contrário, sustentando que o autuado se encontra na condição de responsável solidário, advinda do art. 6º, inc. IV, da Lei nº 7.014/96, dispositivo transscrito no voto do relator de 1ª Instância. Afirmaram ainda que a defesa e o Recurso foram assinados pelo autuado e pelo sr. Waked Batista Curi, proprietário da empresa que se intitula ter o domínio das mercadorias apreendidas, firmando assim a responsabilidade solidária entre ambos. Ressaltaram que o procedimento fiscal fora desenvolvido em estabelecimento clandestino, com a presença do autuado, responsável pela guarda das mercadorias de seu empregador, havendo entre ambos, relação de solidariedade tributária passiva, figurando assim o autuado como responsável pelo pagamento do imposto devido. Quanto aos demais argumentos trazidos no Recurso Voluntário, entenderam que as argüições de nulidade formal do procedimento e as demais questões materiais foram corretamente resolvidas na Decisão de 1ª Instância, razão pela qual opinaram pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Termo de Apreensão lavrado para fundamentar o lançamento tributário o autuado, sr. Rosevaldo dos Santos, foi qualificado pelos agentes fiscais como auxiliar administrativo. No mesmo dia da apreensão das mercadorias, ocorrida em 16/01/2007, apresentou-se à fiscalização o sr. Waked Batista Curi, titular da empresa Waked Batista Curi – ME, sediada em Cruz das

Almas, que foi qualificado naquele instrumento de apuração de ilícitos fiscais como proprietário das mercadorias, sendo logo em seguida nomeado depositário das mesmas. As mercadorias foram apreendidas em Salvador, em estabelecimento sem a devida inscrição estadual, fato que foi reconhecido pelo depositário, que ingressou no processo, juntamente com o autuado, para a produção da defesa administrativa. Nos autos, foram apensadas provas documentais atestando que o autuado, sr. Rosevaldo dos Santos, mantinha com a empresa Waked Batista Curi-ME, relação de emprego, fato comprovado com a juntada de cópia de contra-cheque (doc. fl. 103), extratos do FGTS (doc. fl. 105), extratos da previdência social (docs. fls. 108 a 111) e cópia de folhas do livro Registro de Empregados (doc. fl. 114).

Não resta dúvida que o empregado da pessoa jurídica, no exercício normal de sua função, inclusive no atendimento às intimações do fisco, não pode responder pelas obrigações tributárias daquela. A relação de emprego, por si só, não torna ninguém responsável pelas obrigações fiscais, visto que a relação de subordinação decorrente do contrato de trabalho não transforma o empregado em contribuinte, podendo o mesmo, até o limite dos poderes que lhe venha conferir o empregador, praticar atos no processo ou no procedimento fiscal, a exemplo de receber intimações do fisco, acompanhar diligências fiscais ou mesmo praticar atos processuais, desde que devidamente autorizados pelos sócios ou pelo titular da pessoa jurídica. Essa autorização é implícita, quando se tratam de empregados com poderes de mando, a exemplo de gerentes, administradores etc.

Não aventamos no caso em exame da possibilidade de se atribuir responsabilidade solidária ao preposto da empresa, até porque no procedimento fiscal *“sub judice”*, apesar de iniciado junto ao empregado da empresa, poderia ter sido concluído, com a lavratura do Auto de Infração, contra a empresa Waked Batista Curi – ME que ingressou na ação fiscal logo após a apreensão das mercadorias, apresentando no PAF documentos que atestam a sua responsabilidade quanto à infração imputada no lançamento tributário, a exemplo das notas fiscais, ensejando inclusive a sua nomeação como depositário das mercadorias apreendidas.

Assim, considerando estar demonstrado que o Auto de Infração fora lavrado contra o empregado da empresa, fica caracterizada a ilegitimidade passiva do autuado, prevista no art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/99, acarretando a nulidade do Auto de Infração. Nos posicionamos em concordância com o primeiro Parecer da Procuradoria Estadual, constante das fls. 355/356, inclusive com o precedente ali mencionado, originário da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão nº 1041/99.

Recomendados à autoridade fazendária competente a renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Em decorrência, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acolhendo a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206952.0013/07-5, lavrado contra **ROSEVALDO DOS SANTOS**. Recomendada à autoridade fazendária competente a renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS