

PROCESSO	- A. I. Nº 0936808640/07
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DOMINGAS BARBOSA DA CRUZ ALENCAR DE ITAMARAJU (ATACADÃO BOA SORTE)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0179-01/08
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 19/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. AUSÊNCIA DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. NOVA DECISÃO. Os elementos acostados ao processo comprovam a legitimidade passiva do recorrido. O processo deverá retornar à Primeira Instância para nova Decisão, com apreciação do mérito. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela presidente do CONSEF, nos termos do artigo 169, § 2º, do RPAF/99, por considerar que a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0179-01/08 revela-se contrária às provas constantes nos autos.

O Auto de Infração trata de operação de circulação de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.388,32. Consta no Termo de Apreensão que as mercadorias (sandálias) estavam “*sendo transportadas no veículo de placa policial IEM2697, conduzido pelo motorista Vagner Correia de Oliveira, desacompanhadas de documentação fiscal, tendo origem a apreensão do veículo na Delegacia de Repreensão a Furtos e Roubos de Veículos – DRFRV, conforme certidão nº 0442007006604, de 15/09/2007, anexo*”.

O autuado apresentou defesa alegando que a autuação não procedia, pois as mercadorias estavam acompanhadas pelas Notas Fiscais nºs 5012, 15643, 7119 e 184. Afirmou que o autuante, ao apurar a base de cálculo, aumentou o preço unitário das mercadorias, acarretando equívocos na memória de cálculo do imposto. Requeru que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

Na informação fiscal, o autuante rebateu as alegações defensivas, reafirmou o teor da acusação contida no Auto de Infração e, ao final, manteve a autuação em sua totalidade.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator descreveu a acusação, citou o disposto no artigo 6º, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/97, e, em seguida, decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, tendo fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

No Auto de Infração em exame, o autuado foi o destinatário de parte das mercadorias que estavam sendo transportadas acompanhadas de notas fiscais, apresentadas pelo motorista no momento da apreensão.

Certamente, não integra o destinatário a relação jurídica tributária, haja vista que não tinha a posse das mercadorias, pois estas se encontravam em poder do transportador, em trânsito.

Há que se observar que não foi o destinatário quem transportou as mercadorias, bem como não era o seu detentor no momento da ação fiscal.

Indubitavelmente, o destinatário somente pode ser responsabilizado após o recebimento das mercadorias, restando caracterizada a ilegitimidade passiva.

Assim resta claro a existência de um vício formal, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em nome do suposto destinatário, inexistindo previsão legal nesse sentido.

Portanto, no presente caso, o destinatário é pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária, sendo nula a autuação, conforme previsto no artigo 18, inciso IV alínea “b”, do RPAF/BA.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o autuante apresentou a petição de fls. 68 e 69, onde solicitou que a presidente do CONSEF recorresse de ofício da Decisão de Primeira Instância. Acostou ao processo cópia de “e-mails” (fls. 70 a 81).

Por entender que a Decisão exarada pela 1^a JJF era manifestamente contrária às provas dos autos, *pois “o autuado requereu a liberação das mercadorias e efetivamente as recebeu, forneceu os preços praticados no varejo para fim de determinação do valor da base de cálculo da imputação, recebeu as 1^a vias das notas fiscais que foram retidas pela fiscalização no curso da ação fiscal e compareceu aos autos, por meio da defesa, na condição de proprietária das mercadorias que foram apreendidas, reconhecendo, inclusive, uma parcela da autuação”*, a presidente do CONSEF representou a este colegiado, para que fosse o processo submetido a uma nova análise, via Recurso de Ofício.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2^a CJF que o processo estava em condições de julgamento.

VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão de Primeira Instância que julgou Nulo, por ilegitimidade passiva, o Auto de Infração em epígrafe, no qual o autuado, ora recorrido, fora acusado de ter realizado operação de circulação de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

No Termo de Apreensão de fl. 3, consta que as mercadorias apreendidas (sandálias) estavam sendo transportadas desacompanhadas da devida documentação fiscal no veículo de placa policial IEM-2697, que era conduzido pelo motorista Vagner Correia de Oliveira.

O disposto no artigo 128 do Código Tributário Nacional prevê que a lei poderá atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo débito tributário a terceira pessoa. Por seu turno, a Lei Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 6º, elenca as hipóteses em que se pode atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito.

Examinadas as hipóteses de responsabilidade solidária listadas nos incisos do artigo 6º da Lei nº 7.014/96, considero que o procedimento mais acertado para a situação descrita no Auto de Infração seria a imputação do débito tributário ao transportador das mercadorias, pois ele se enquadrava tanto no inciso III, alínea “d” como no inciso IV, haja vista que além de transportar, ele detinha as citadas mercadorias. Se haveria ou não dificuldade na cobrança do débito tributário essa é uma questão da alcada da PGE/PROFIS.

Tendo em vista que as mercadorias foram apreendidas em Salvador, quando transitavam com destino a cidade de Itamarajú, não haveria, em princípio, como se atribuir a responsabilidade solidária ao destinatário, pois ele ainda não detinha as mercadorias que tinham sido apreendidas na capital baiana. Todavia, o caso concreto traz peculiaridades que evidenciam a ausência de ilegitimidade passiva citada na Decisão recorrida, conforme passo a demonstrar.

Após a lavratura do Termo de Apreensão, o recorrido, por meio de seu procurador, senhor Manoel Ernando de Alencar, solicitou a liberação das mercadorias, justificando o seu pedido sob o argumento de um “Parcelamento” do débito (fl. 23). Nessa solicitação, o referido procurador expressamente se responsabilizou pelo pagamento do débito tributário, caso o Auto de Infração viesse a ser julgado procedente ou procedente em parte. Ao afirmar que parcelaria o débito, o recorrido estava efetuando uma confissão do cometimento da irregularidade que lhe fora imputada. Ademais, não se pode olvidar que o pagamento do débito, do qual o parcelamento é uma espécie, é razão para a extinção do débito tributário, ao teor do art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional.

No mesmo dia em que foi lavrado o Termo de Apreensão, o recorrido, por meio de seu procurador, forneceu à fiscalização os preços das mercadorias apreendidas, demonstrando, assim, o seu interesse na operação que estava sendo realizada sem a devida documentação fiscal.

O disposto no artigo 913, do RICMS-BA, prevê que *“respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que delas tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou dela tenham se beneficiado”*. Ao solicitar a liberação da mercadoria, responsabilizando-se pelo pagamento do eventual débito, o recorrido deixou claro que tinha interesse na operação e que dela se beneficiaria.

Pelos motivos elencados acima, a questão da ilegitimidade passiva suscitada de ofício pela Primeira Instância deve ser afastada, uma vez que o próprio recorrido reconheceu a sua sujeição passiva na relação jurídico-tributária em questão, e as provas acostadas ao processo atestam a veracidade dessa sujeição passiva.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para apreciação do mérito da lide.

VOTO DIVERGENTE

Entendo que deve ser mantida a Decisão proferida pela 1ª JJF, em seu inteiro teor, já exarada no presente processo, uma vez que a ilegitimidade passiva apontada está clara e não foi trazida aos autos provas que a afaste.

Para melhor entendimento, transcrevo parte da Decisão abaixo:

“Certamente, não integra o destinatário a relação jurídica tributária, haja vista que não tinha a posse das mercadorias, pois estas se encontravam em poder do transportador, em trânsito.

Há que se observar que não foi o destinatário quem transportou as mercadorias, bem como não era o seu detentor no momento da ação fiscal.

Indubitavelmente, o destinatário somente pode ser responsabilizado após o recebimento das mercadorias, restando caracterizada a ilegitimidade passiva., e acompanho o pronunciamento verbal, da Douta Procuradora presente no julgamento.

Assim resta claro a existência de um vício formal, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em nome do suposto destinatário, inexistindo previsão legal nesse sentido.

Portanto, no presente caso, o destinatário é pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária, sendo nula a autuação, conforme previsto no artigo 18, inciso IV alínea “b”, do RPAF/BA.”

Em pronunciamento verbal na sessão a douta representante da PGE/PROFIS, mantém a decisão da 1ª JJF, opinando pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 0936808640/07, lavrado contra **DOMINGAS BARBOSA DA CRUZ ALENCAR DE ITAMARAJU (ATACADÃO BOA SORTE)**, devendo o processo retornar à primeira instância para apreciação do mérito da lide.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Mônica Maria Roters, Eduardo César Gonçalves Braga e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – VOTO DIVERGENTE

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS