

PROCESSO - A. I. Nº 0933159021/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARCUS VINÍCIUS MACEDO DANTAS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª JF nº 0142-01/07
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 02/12/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0328-11/09

EMENTA: ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, parágrafo 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade do auto de infração, por ilegitimidade passiva. Ficando constatado, a partir dos elementos do processo administrativo fiscal, que a pessoa física flagrada na fiscalização do trânsito detendo mercadoria irregular agia, na verdade, como preposto de pessoa jurídica contribuinte do ICMS, contra esta deve ser lavrado o Auto de Infração. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja extinta a presente autuação, por ilegitimidade passiva.

Afirma a nobre procuradora Ana Carolina Moreira que, conforme se observa do Termo de Apreensão de fl. 05, a mercadoria encontrada em poder do transportador não estava acobertada por regular documento fiscal, evidenciando-se a materialidade do ilícito tributário constatado. Todavia, observando-se o mesmo termo de apreensão, verifica-se que o autuado era, na verdade, apenas o motorista a serviço da empresa na qual trabalhava, qual seja FRIGOCARNES FRIGORÍFICO DE CARNES LTDA.

Sustenta que, apenas a essa empresa é possível atribuir a condição de sujeito passivo da relação tributária, prevista no art. 5º, da Lei nº 7.014/96, inexistindo suporte jurídico para a lavratura de auto de infração contra o mero motorista do veículo.

Ressalta que a empresa acima mencionada apresentou defesa contra a autuação em tela (fls. 27/31).

Nesses termos, entende que o autuado deve ser atendido no seu pleito de fl. 93, ao qual fez anexar sua carteira de trabalho comprovando o fato de que era apenas empregado da empresa FRIGOCARNES.

Através do despacho de fl. 100, o nobre procurador assistente João Augusto Martins Júnior acolheu a representação proposta, remetendo os autos a este Conselho de Fazenda para apreciação da ilegitimidade passiva.

VOTO

A sujeição passiva em matéria tributária, especificamente no âmbito do ICMS do Estado da Bahia, está regulada no art. 5º, da Lei nº 7.014/96, estabelecendo o *caput* desse dispositivo que **“Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”**.

O art. 6º, de seu turno, traz as hipóteses de responsabilidade solidária, merecendo destaque a norma contida no IV, segundo a qual considera-se responsável solidário ***“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”*** (correspondente ao art. 39, V, do RICMS, utilizado como fundamento para a autuação).

No caso em comento, o autuado, Marcus Vinícius Macedo Dantas, foi flagrado dirigindo o caminhão de propriedade de Osvaldo Pereira Pinto, transportando 72 (setenta e dois) cortes de carne bovina desacompanhados de documentação fiscal, o que, de acordo com as normas acima transcritas, o tornaria, pelo menos em princípio, responsável pelo pagamento do ICMS lançado na presente autuação. Com base na responsabilidade solidária, poderia o Fisco, em tese, autuar a pessoa física que detinha as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal para simples entrega.

Sucedendo que, no caso em comento, a análise dos documentos que instruem o presente procedimento administrativo fiscal aliada à cronologia dos atos praticados, permitem concluir que o autuado, na verdade, estava todo o tempo agindo por conta e ordem de outrem, o legítimo responsável pelo tributo lançado.

Em primeiro lugar, verifica-se que o autuado foi flagrado pela fiscalização, em 19/01/2007, transportando mercadoria desacompanhada de documento fiscal, tendo-lhe sido atribuída a função de “motorista”, no termo de apreensão de fl. 05. Na mesma data, o representante do estabelecimento comercial “FRIGOCARNES – FRIGORÍFICO DE CARNES LTDA.” compareceu à repartição fazendária em que as mercadorias estavam apreendidas, não se sabe se antes ou após a lavratura do auto de infração, requerendo a liberação dos produtos (fl. 08), com fundamento no art. 947, I, “b, item 4, do RICMS, que se aplica justamente quando o pedido de liberação é formulado pelo próprio autuado, *in verbis*:

“Art. 947. A entrega definitiva ou sob condição das mercadorias ou bens apreendidos ao interessado será feita:

I - mediante Termo de Liberação:

b) quando, tendo sido lavrado o Auto de Infração:

4 - o contribuinte ou responsável for inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado, estando em situação cadastral regular, e for apresentado requerimento firmado pelo titular do estabelecimento autuado ou por seu representante legal, em que requeira a liberação das mercadorias ou bens, ficando obrigado a efetuar o pagamento do débito tributário, inclusive multas e demais acréscimos, no prazo de 30 dias a contar da intimação do Auto de Infração ou após o julgamento definitivo na esfera administrativa, se procedente a autuação, no caso de vir a apresentar defesa;”.

O pedido formulado pelo Frigorífico foi deferido pelo Supervisor da IFMT/METRO, o que significa que o agente do Fisco tinha conhecimento de que as mercadorias eram, de fato, do referido estabelecimento. Os produtos, contudo, não foram entregues ao Frigorífico, mas, sim, ao autuado, mediante a emissão de uma nota fiscal avulsa (fl. 20) e a assinatura do respectivo termo de liberação (fl. 05v.), evidenciando a existência de um liame, de conhecimento dos agentes do Fisco, frise-se, entre a pessoa física detentora das mercadorias e o estabelecimento que se apresentou e requereu a liberação.

Tempos após, a FRIGOCARNES veio aos autos e apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 27/31), na qual se coloca, não como interessada, mas como autuada (fl. 29) e assume, textualmente, a propriedade das mercadorias que estavam sendo transportadas irregularmente. Contra a decisão que julgou procedente a autuação, a FRIGOCARNES interpôs o competente Recurso Voluntário, sempre se qualificando como autuada e proprietária das mercadorias transportadas (fls. 60/63).

Após o julgamento do Recurso Voluntário e a inscrição do débito em Dívida Ativa, o Estado da Bahia ajuizou a pertinente execução fiscal em face do autuado, provocando a manifestação de fl. 93, onde ele afirma e comprova que, no momento da autuação, estava agindo por conta e ordem

do mencionado Frigorífico, na qualidade de seu preposto, anexando, inclusive, cópia da carteira de trabalho assinada pelo estabelecimento comercial.

Essa prova documental veio apenas reforçar a conclusão que se extrai dos demais atos praticados no curso do presente PAF e já anunciada no início do presente voto: o autuado, quando foi flagrado pela fiscalização do trânsito, estava agindo por conta e ordem da FRIGOCARNES e os agentes do Fisco tinham conhecimento de tal circunstância, tanto que liberaram, em favor desta última, as mercadorias apreendidas. Sendo assim, revela-se absolutamente indevida a lavratura do auto de infração contra a pessoa física, pois, na verdade, era a pessoa jurídica FRIGOCARNES quem, através de seu preposto, detinha os produtos para comercialização; a pessoa física, na hipótese, era mera preposta e, como tal, não deveria ter sido alvo do lançamento de ofício.

Resta caracterizada, destarte, a ilegitimidade passiva ensejadora da decretação de NULIDADE da presente autuação, a teor do art. 18, IV, b, do RPAF, daí porque voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS