

PROCESSO - A. I. Nº 232340.0025/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARINALDO TAVARES DA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 25/08/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, a qual, na condição de motorista, não poderia figurar no pólo passivo da obrigação tributária. No caso em tela, onde se constatou o transporte de mercadorias sem documentação fiscal idônea, não sendo possível a identificação do contribuinte de direito, porém sendo identificado o transportador das mercadorias em situação irregular, deve ser o transportador, preferencialmente, o sujeito passivo escolhido pela fiscalização para exigência do tributo devido, pelo fato de que este aceitou para transporte as mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, aceitando, consequentemente, o risco de ser responsabilizado pelo pagamento do imposto devido na operação. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS no exercício do controle da legalidade, em relação ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em razão de ter sido constatado pelo Fisco entrega de mercadorias em local diverso dos indicados nos documentos fiscais. Foi lançado o imposto no valor de R\$12.376,57 acrescido da multa no percentual de 100%, tipificada no Art. 42, inciso IV, “c” da Lei nº 7.014/96.

Descreve a ilustre procuradora subscritora do Parecer de fls. 35 a 37, que foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 303742, fl. 4, tendo por objeto as mercadorias (camarão fresco grande com cabeça) indicadas na nota fiscal de fl. 5, no qual, ficou consignado que o autuado, Sr. Marinaldo Tavares da Silva, figurava na operação como motorista do caminhão onde foram encontradas as mercadorias em situação irregular. Acrescenta que também restou ali averbado que o transporte das mercadorias estava sendo realizado pelo Sr. José Edmilson Lopes Galvão, proprietário do veículo em que se vinha efetuando tal transporte, conforme faz prova o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV, doc. fl. 7.

Cita e transcreve o Art. 6º da Lei nº 7.014/96 que enumera as situações em que é possível atribuir a terceiros a responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais.

Observa, que em situação em que se constate o transporte de mercadorias sem documentação fiscal idônea, não sendo possível à identificação do contribuinte de direito, porém, sendo identificado o transportador das mercadorias em situação irregular, o transportador deve ser, preferencialmente, o sujeito passivo escolhido pela fiscalização para exigência do tributo devido, pelo fato de que este aceitou para transporte as mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, aceitando também, consequentemente, o risco de ser responsabilizado pelo pagamento do imposto devido na operação.

Ressalta que o motorista do veículo onde são encontradas as mercadorias em situação irregular é apenas um preposto do transportador e que, como empregado de alguém, não pode ser responsabilizado pelas decisões tomadas pelo seu empregador.

Destaca que não cabe o argumento de que, no caso presente, caberia a lavratura do Auto de Infração contra o motorista, à vista do disposto no Art. 6º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, que autoriza o lançamento contra o detentor das mercadorias, vez que, encontrando-se perfeitamente identificada na operação à figura do transportador, a ele também se deve atribuir a condição de detentor, já que, naquele momento, o motorista se apresenta como mero preposto, não detendo as mercadorias em nome próprio, mas em nome e por conta do transportador que o contratou para realizar o transporte.

Volta a destacar que, na situação destes autos, ficou claramente definido que o autuado era tão somente o motorista do caminhão utilizado para transporte das mercadorias, cujo proprietário é o Sr. José Edmilson Lopes Galvão, este o real transportador das mercadorias apreendidas e contra quem deveria ter sido lavrado o Auto de Infração.

Cita jurisprudência do CONSEF a este respeito e conclui pugnando pelo reconhecimento da nulidade do lançamento tributário, com supedâneo no Art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/BA, isto é, situação em que resta configurada a ilegitimidade passiva do autuado.

À fl. 43 dos autos, a procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia acompanha os termos da representação proposta, enquanto que a procuradora assistente da NCA/PROFIS/PGE ratifica e encaminha a representação.

VOTO

Assiste total razão a PGE/PROFIS ao encaminhar a presente representação, tendo em vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma equivocada na medida em que, está posto de forma clara no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 4 dos autos, que o autuado, Sr. Marinaldo Tavares da Silva, era tão somente o motorista do caminhão utilizado para transporte das mercadorias apreendidas, enquanto que o Sr. José Edmilson Lopes Galvão, está identificado como o real transportador das mercadorias apreendidas e proprietário do caminhão, contra quem, nesta condição, deveria ter sido lavrado o Auto de Infração. Portanto, no caso presente, não há dúvidas que o lançamento do crédito tributário foi efetuado em nome de pessoa que não tem legitimidade passiva para figurar na relação jurídica em discussão.

Neste contexto, entendo que este vício constatado na ação fiscal contamina todo o Auto de Infração vez que, no presente caso, como já dito, deveria ser atribuído ao transportador a responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 6º, III, “d” da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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

III - os transportadores em relação às mercadorias

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Isto posto, *in casu*, infere-se situação de nulidade absoluta, razão pela qual ACOLHO a representação proposta e voto pela *NULIDADE* do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232340.0025/09-3** lavrado contra **MARINALDO TAVARES DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS