

PROCESSO - A. I. Nº 0944728820/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSAFÁ FERREIRA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª JF nº 0229-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0390-12/11

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 com documentação fiscal considerada idônea para a operação, e tendo sido identificado o transportador das mercadorias em situação tida como irregular, deveria ser o transportador, o sujeito passivo escolhido pela fiscalização para exigência do tributo acaso devido, pelo fato de que este aceitou para transporte as mercadorias apreendidas. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com fulcro no art. 119, II da Lei nº 3.956/81 – COTEB, pugnando pela nulidade do Auto de Infração em epígrafe, pelos argumentos adiantes. Foi lançado o imposto no valor de R\$2.734,22 acrescido da multa no percentual de 100%, tipificada no Art. 42, inciso IV, “a” da Lei nº 7.014/96 (sic).

Descreve a ilustre procuradora subscritora do Parecer de fls. 66 a 68, que se trata de Auto de Infração lavrado em 17/12/2009, por terem sido consideradas inidôneas as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias, haja vista que o emitente estava obrigado a emitir nota fiscal eletrônica e que o Termo de Apreensão e Ocorrências de fl. 2, indica ser o Sr. Josafá Ferreira da Silva, neste caso o autuado, o motorista do veículo que conduzia as mercadorias apreendidas, constando, ainda, no mencionado Termo de Apreensão que o transportador das mercadorias é o Sr. Rosálio Santana Leite, além de constar como depositário das mercadorias a empresa Sol Distribuidora de Alimentos Ltda., as quais foram liberadas conforme termo de fl. 19.

Menciona que no prazo legal a empresa depositária das mercadorias ingressou com defesa, insurgindo-se contra a ação fiscal, informando que possui Decisão judicial em seu favor, em sede de liminar, a qual lhe concede o direito da não apresentação obrigatória da Nota Fiscal Eletrônica, nos termos da Decisão de fl. 39.

Cita que o CONSEF, por intermédio da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, sem adentrar no mérito da autuação, decidiu acerca da questão preliminar trazida a baila pelo autuante e encaminhou o processo, julgado extinto, para que a PGE/PROFIS acompanhasse o desenrolar da ação judicial impetrada pelo interessado.

Das análises efetuadas nos autos deste PAF, considera a PGE/PROFIS que *“malgrado os argumentos suscitados pelo autuante, bem como os fundamentos levados a efeito pelo CONSEF relativos à legitimidade da empresa depositária das mercadorias para apresentar impugnação ao Auto, ainda resta evidenciada a nulidade do procedimento em questão, o que é suscitada, desta feita, por ilegitimidade passiva ad causam do Autuado”*.

Destaca que está claro nos autos que a empresa Sol Distribuidora de Alimentos Ltda. possui legitimidade para postular no feito, dada a sua evidente condição de real proprietária das mercadorias apreendidas, sendo a pessoa que cometeu a infração descrita no bojo do Auto de Infração, significando dizer que a referida empresa assume o papel não só de interessada, mas de, efetivamente, sujeito passivo de obrigação tributária.

Conclui que, a despeito da constatação da infração, a forma como a ação fiscal se desenvolveu não foi a legalmente exigida para a constituição regular do crédito tributário, visto que o Sr. Josafá Ferreira Silva não agia em nome próprio, pois era simples condutor do veículo transportador das mercadorias, a quem a lei não atribui responsabilidade tributária.

Tece outras considerações e encerra suscitando que o procedimento em questão encontra-se maculado pelo vício de **ilegitimidade passiva**, tornando necessária a sua anulação.

À fl. 69 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. 2 dos autos, que o autuado, Sr. Josafá Ferreira Silva, era, tão somente, o motorista do caminhão utilizado para transporte das mercadorias apreendidas, enquanto que o Sr. Rosálio Santana Leite, está identificado, fl. 18, 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 nº 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*, como já dito, 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 **0944728820/09**, lavrado contra **JOSAFÁ FERREIRA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS