

PROCESSO - A. I. Nº 054829.0083/08-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DEMÓSTENES PIRES SOBRINHO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13/05/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0112-12/15

EMENTA: ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que se declare a nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva. Comprovado, a partir dos elementos do processo administrativo fiscal, que a pessoa física flagrada na fiscalização do trânsito com mercadoria irregular agia, na verdade, como preposto de contribuinte do ICMS, contra este é que deve ser lavrado o Auto de Infração. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao Controle da Legalidade, com fulcro no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, exercido por este órgão, que através do Parecer subscrito pela ilustre procuradora do Estado, Dr.^a Ana Carolina Moreira, às fls. 107 e 108 dos autos, propõe que o CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação, a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por encontrar-se maculado pelo vício da ilegitimidade passiva.

Afirma a nobre procuradora que se trata de Auto de Infração lavrado contra Demóstenes Pires Sobrinho, na condição de detentor, em razão de ter sido constatado o transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, cujas mercadorias foram depositadas na empresa M.M. Comercial de Pneus e Câmaras Ltda., legalmente representada pelo Mário Sérgio M. A. Segundo.

Destaca a PGE/PROFIS que, do cotejo do “Termo de Apreensão e Ocorrências” (fls. 3 e 4) com os documentos de fls. 5 e 9 dos autos revela que, em verdade, o veículo que conduzia as mercadorias, apesar de estar em nome do Banco Finasa S/A, estava arrendado (arrendamento mercantil) a Mário Sérgio de Melo Araújo Segundo, representante legal da empresa M.M. Comercial de Pneus e Câmaras Ltda., quem, efetivamente, ostentava a condição de proprietária das mercadorias.

Salienta ainda que, de acordo com a intimação de fl. 26, o fisco intimou a empresa depositária das mercadorias para apresentar defesa, tendo esta se pronunciado (fls. 29/44) reconhecendo estar sujeita à responsabilidade tributária imposta no Auto de Infração, ao se insurgir contra a base de cálculo do imposto apurado, requerendo, a final, a revisão do valor do débito.

Assim, a PGE/PROFIS vislumbra que, a despeito de ostentar a condição de depositária e não de autuada, a M.M. Comercial de Pneus e Câmaras Ltda. apresentou defesa que somente não foi submetida à apreciação do CONSEF porque, antes, foi decretada a intempestividade da impugnação. Aduz que a empresa depositária ainda tentou impugnar a decisão que declarou a intempestividade da defesa, mas não obteve sucesso, tendo o CONSEF se manifestado, monocraticamente, através da decisão de fls. 90 a 92 dos autos e o PAF encaminhado para inscrição em dívida ativa.

Porém, antes do ajuizamento da execução fiscal, o Núcleo de Dívida Ativa (NDA) da PROFIS alertou para o fato de que o autuado, em verdade, era motorista da empresa M.M. Comercial de Pneus e Câmaras Ltda., condição esta também observada pela então Presidente do CONSEF, em

seu despacho de fls. 90 a 92, abaixo transcrito:

“Da análise das peças constantes do processo, verifica-se, que inegavelmente, o Autuado na condição de motorista de veículo pertencente à titular da depositária e defendente do Auto de Infração apenas esteve presente nos autos no momento inicial do seu nascedouro, passando os demais atos processuais a serem exercidos pela depositária das mercadorias apreendidas em situação irregular...”

Sendo assim, a PGE/PROFIS concluiu que resta induvidoso que o Sr. Demóstenes Pires Sobrinho era o motorista da empresa transportadora das mercadorias. Assim, não tendo agido em nome próprio, não está legitimado a figurar no pólo passivo da autuação. Por esta razão entende que o procedimento em questão encontra-se maculado pelo vício da ilegitimidade passiva, tornando necessária a sua anulação.

Neste sentido, competindo à Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle de legalidade, inclusive após a inscrição na dívida ativa, representa ao CONSEF para que, com fulcro no art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, seja declarada a nulidade do lançamento em questão.

Através do despacho de fls. 109/110, a nobre procuradora assistente Rosana Maciel Bittencourt Passos acolheu integralmente a representação proposta, remetendo os autos a este Conselho de Fazenda para análise e deliberação da ilegitimidade passiva, aduzindo como reforço que o motorista do veículo é apenas um preposto do transportador – que pode ser uma pessoa física ou jurídica, proprietária ou arrendatária, ou que detém a posse legal do veículo. Assim, o motorista, como empregado de alguém, não pode ser responsabilizado pelas decisões tomadas pelo seu empregador, que assumiu o risco de aceitar para transporte mercadorias sem a documentação fiscal. Cita jurisprudência.

VOTO

Da análise das peças processuais constata-se que, no caso em comento, o Sr. Demóstenes Pires Sobrinho, foi autuado na condição de detentor das mercadorias (87 pneus) que transitavam, através do caminhão de placa JLO 8683, sem a devida documentação fiscal, conforme consignado no Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 3 e 4 dos autos.

Contudo, conforme bem consignou o Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 107 e 108 dos autos, o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, à fl. 5 dos autos, prova que, o citado veículo que transportava as mercadorias, apesar de estar em nome do Banco Finasa S/A, havia sido arrendado ao Sr. Mário Sérgio de Melo Araújo Segundo, representante legal da empresa M.M. Comercial de Pneus e Câmaras Ltda., quem, efetivamente, ostentava a condição de transportador das mercadorias, consoante se pode comprovar através dos documentos de fls. 11 a 21 dos autos.

Assim, nesta condição, comungo com o entendimento exarado na Representação da PGE/PROFIS, às fls. 109 e 110 dos autos, de que o lançamento de ofício encontra-se maculado pelo vício da ilegitimidade passiva, pois o motorista do veículo não poderia configurar na sujeição passiva do lançamento uma vez que é apenas um preposto do transportador, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, proprietária ou arrendatária, ou que detém a posse legal do veículo.

Em consequência, o motorista, como empregado do transportador, não pode ser responsabilizado pelas decisões tomadas pelo seu empregador, pois, é um mero preposto, não se caracterizando, também, como detentor das mercadorias, pois apenas as conduz em nome e por conta da empresa transportadora que o contratou para realizar o transporte.

O autuado, na condição de motorista, quando foi flagrado pela fiscalização do trânsito, estava agindo por conta e ordem do seu empregador, ou seja, transportador, pessoa física arrendatária do veículo conforme identificado no Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, à fl. 5 dos autos, Mário Sérgio de Melo Araújo Segundo. Portanto, sendo o motorista mero preposto, não deveria ter sido alvo do lançamento de ofício, restando caracterizada a ilegitimidade passiva, o que enseja a decretação de NULIDADE da presente autuação, a teor do art. 18, IV, b, do RPAF.

Apesar do art. 6º, IV, da Lei 7.014/96 trazer a hipótese de responsabilidade solidária, considerando 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*”, no caso concreto, poderia o Fisco, em tese, autuar a pessoa física que detinha as mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal para simples entrega. Contudo, no caso presente, a análise dos documentos que instruem o procedimento administrativo fiscal, permite concluir que o autuado, na verdade, estava todo o tempo agindo por conta e ordem de outrem, o legítimo responsável pelo tributo lançado.

Portanto, constatado, a partir dos elementos do processo administrativo fiscal, que a pessoa física flagrada na fiscalização do trânsito com mercadoria irregular agia, na verdade, como preposto de contribuinte do ICMS, contra esta é que deve ser lavrado o Auto de Infração.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, no exercício do controle de legalidade, para julgar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS