

**PROCESSO** - A.I. Nº 09129936/01  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DAN- HERBERT SAT/ S/A  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0005-01/02  
**ORIGEM** - INFAZ JACOBINA  
**INTERNET** - 02.05.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0124-11/02

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Provado que as mercadorias não pertenciam ao autuado, configurando, assim, indicação errônea do sujeito passivo da relação tributária. Decisão mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A teor do art.169, inciso I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, vem o presente processo a esta Câmara para reexame da Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0005-01/02, que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado.

O Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadoria, e imputa ao sujeito passivo a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

A Decisão Recorrida – fls. 54 a 58 – foi no sentido de julgar Nulo o Auto de Infração, utilizando-se da seguinte fundamentação, que ora transcrevemos:

*“A fiscalização de trânsito de mercadoria constatou que o sujeito passivo estava estocando 63 conjuntos de ferragens de torres autoportantes de 18 m<sup>3</sup>, completas, em depósito sem inscrição estadual, localizado a rua Wenceslau Braz, nº 223, Queimadinha em Feira de Santana/BA. Na oportunidade foram apresentadas as Notas Fiscais nº 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297 e 298, documentos estes emitidos pelo autuado em nome da Telecomunicações de Sergipe – TELERGIPE e Telecomunicações de Alagoas, conforme descrito nos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 077085 e 077082 (fls. 2 e 7) e cópias das notas fiscais (fls. 9 a 23) anexadas ao PAF. Nesta circunstância foi lavrado o Auto de Infração.*

*Inicialmente não acato o pedido de nulidade suscitado pela defesa em razão de existir insegurança na determinação da infração, redundando em cerceamento ao seu pleno direito de defesa. Embora o autuante tenha se reportado a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal e não estocagem de mercadoria desacoberta de documento fiscal, completou a informação reportando-se aos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 077082 e 077085, onde todos os fatos estão claramente descritos. E, quando da defesa, em suas razões de mérito, o autuado tornou claro que entendeu sobejamente o embasamento da ação fiscal. Em conclusão, entendo que não se processou qualquer vício material de substancial importância no procedimento fiscal para que se possa caracterizar cerceamento do pleno direito de defesa do sujeito passivo.*

*Para a legislação tributária, ao contrário do que advogou o autuado, não importa saber quando e por quem foram as mercadorias enviadas e sim, na posse de quem se encontravam. O RICMS/97, refletindo o contido no art. 6º da Lei nº 7014/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:*

*Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

.....  
*V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.*

*§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.*

*§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional*

*Neste contexto, é necessário saber quem, de fato, tinha a posse das mercadorias apreendidas e ora em discussão, o que passo a fazer. Quem atendeu a fiscalização foi funcionário da Telecomunicações da Bahia S/A que, inclusive, ficou como fiel depositária das mercadorias. Para tanto, enviou procuração ao seu funcionário, Sr. Eduardo Estevão Cerqueira Bittencout (fl. 3) lhe dando poder para tal fim, embora naquela procuração tenha salientado que as mercadorias objeto do Termo de Apreensão nº 077085 pertenciam a empresa DAN-HERBERT S/A – Torres para Telecomunicações, ou seja, o autuado.*

*A defesa apensou aos autos a Nota Fiscal nº 000225, de simples remessa, assim como a Nota Fiscal nº 00122 (nota fiscal “mãe”) -fl. 37 e 38 que serviram para acobertar mercadorias adquiridas pela Telecomunicações da Bahia S/A. Narrou que a fiscalização, à época de seu transporte, havia abordado o veículo transportador e tinha conhecimento que as torres eram da Telecomunicações da Bahia S/A e estavam sendo conduzidas ao depósito onde se encontravam, quando, após tal fato, foi a fiscalização verificar. O autuante não contra argumentou esta narrativa, o que entendo verdadeira. E, para corroborá-la, a empresa baiana de telecomunicações, após ação fiscal, solicitou permissão para estocá-las no local das mercadorias apreendidas, pedido este deferido pelo Sr. Inspetor Fazendário (fl. 39), fazendo referência de que as 69 torres foram adquiridas junto ao autuado através da Nota Fiscal nº 00122.*

*Nesta circunstância, provado que as mercadorias apreendidas e objeto da presente autuação não se faziam acompanhar dos respectivos documentos fiscais e encontravam-se estocadas em local sem inscrição estadual, considerado clandestino pela legislação tributária (art. 191 do RICMS/97 – Decreto nº 6.284/97). No entanto, ficou comprovado ao longo da lide que as mesmas pertenciam a Telecomunicações S/A e não ao autuado, que as havia vendido anteriormente acobertadas de nota*

*fiscal. Inclusive, para calcular o imposto, o autuante tomou como base o contrato (fl. 8) celebrado entre o autuado e aquela empresa.*

*Nesta situação, entendo que o autuado é parte ilegítima na presente lide, ocorrendo a indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária., razão pela qual voto pela NULIDADE da ação fiscal com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). “*

#### **VOTO**

Da análise dos autos, entendemos correta a Decisão Recorrida ao decretar a nulidade do Auto de Infração ora sob apreciação, visto que de fato restou comprovado nos autos que as mercadorias apreendidas em local sem inscrição estadual eram de propriedade da TELEBAHIA S/A, e não do autuado, o que a ilegítima a figurar no pólo passivo da relação tributária, *ex vi* o quanto determina o art. 18, inciso IV, alínea “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Ressaltamos, no entanto, a necessidade de a Fiscalização de estabelecimento verificar a operação realizada pela TELEBAHIA, pois de fato a mesma se apresenta irregular frente à legislação tributária deste Estado.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, para manter e homologar a Decisão Recorrida.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **09129936/01**, lavrado contra **DAN- HERBERT SAT S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ