

A. I. Nº - 019144.0706/05-0  
AUTUADO - EDSON PEREIRA PORTELA  
AUTUANTE - RAFAEL ALCÂNTARA DE ANDRADE  
ORIGEM - IFMT/SUL  
INTERNET - 25.11.05

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.º 0425-02/05**

**EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. PASSE FISCAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA DESACOMPANHADA DE PASSE FISCAL. MULTA.** Provado que as mercadorias, originárias do Estado de São Paulo estavam transitando por este Estado, com destino ao Estado de Pernambuco, desacompanhadas do Passe Fiscal. Penalidade aplicada corretamente, posto que o autuado era o efetivo transportador das mercadorias. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 12/7/05, acusa a circulação de mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal. Multa aplicada: R\$ 8.385,00, equivalente a 5% sobre R\$ 167.700,00 (valor da mercadoria).

O autuado apresentou defesa explicando que foi contratado pela empresa Meg Comercial de Cereais Ltda., localizada na cidade de Petrolina, PE, para transportar 1300 caixas de charque, constantes nas Notas Fiscais 122867, 122868 e 122869, emitidas em 8/7/05, e a mercadoria foi entregue no destino, conforme declaração da empresa destinatária, tendo sido, inclusive, pago o ICMS devido na entrada ao estado de Pernambuco, de acordo com os documentos de arrecadação anexos. Argumenta que, tendo em vista que a mercadoria era destinada a outra unidade da Federação, e como foi devidamente entregue no destino e o imposto foi pago ao Estado de Pernambuco, não cabe ao Estado da Bahia o direito de cobrar o tributo. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o motorista identificado na defesa, conduzindo o veículo placa JQR-0236, transportava, com as Notas Fiscais 122867 a 122869, 39.000 kg de charque provenientes de São Paulo, com destino a Petrolina, de acordo com a documentação fiscal. Em Jequié, o veículo foi abordado, sendo constatada a falta de emissão de Passe Fiscal, nos termos do art. 959, § 3º, do RICMS/BA, ficando o transportador responsável, conforme prevê o citado dispositivo regulamentar, sem as justificativas presentes do § 2º do mesmo artigo.

Aduz o autuante que a destinatária das mercadorias, Meg Comercial de Cereais Ltda., através do Mandado de Segurança 7637338/05-F, obteve liminar para a liberação das mercadorias, chamando a atenção pela agilidade da estrutura montada para, caso seja abordado, providenciar a alternativa judicial. Observa que a ação fiscal se desenvolveu contra o transportador pela falta de Passe Fiscal sobre a carga sujeita a este tipo de controle, nos termos do art. 959, especialmente em seu § 1º [do RICMS].

Quanto ao fato de ser acostada à defesa uma declaração de recebimento das sobreditas mercadorias pelo destinatário, o fiscal argumenta que o correto seria apresentar cópia do Registro de Entradas, destacando o lançamento delas. Considera que a referida declaração não possui valor legal, por não estar de acordo com o documento exigido pela legislação tributária para se constituir no elemento comprobatório, conforme prevê o art. 960 do RICMS/BA.

Com relação às cópias dos documentos de arrecadação apensadas pela defesa, comprovando o pagamento em favor de Pernambuco, o autuante pondera que tal pagamento só se deu como reação à apreensão das mercadorias pelo fisco baiano, já que estas tinham percorrido quase 300 km em território baiano sem a emissão do Passe Fiscal, nem, tampouco, com o carimbo apostado nas Notas Fiscais que comprovasse a espontaneidade no cumprimento dos controles de trânsito no Estado, sendo que, quando se deu a apreensão, foi imediatamente providenciado o pagamento. O autuante considera que este quadro expressa claramente a intenção de “internalização” do charque no Estado, caso não viesse a ser abordado pelo fisco. A seu ver, há indícios de conluio com algum contribuinte da Bahia no sentido de oferecer alternativas caso a tentativa de sonegação fracasse. Indaga qual teria sido a razão de o motorista não ter parado no posto fiscal para apresentar os documentos. Indaga também por que tanta celeridade no recurso judicial. Supõe o autuante que a petição já estava pronta, prevendo um eventual fracasso do esquema montado. Pondera que vem a corroborar sua tese o fato de o veículo utilizado pertencer a transportador de Feira de Santana.

Quanto ao argumento da defesa de que, como o imposto foi pago a outro Estado, não há ICMS a ser pago à Bahia, o fiscal contrapõe que este Auto não diz respeito a imposto, mas sim ao cumprimento de obrigação acessória a que o transportador está obrigado, quando em trânsito no território baiano, conforme arts. 140 e 141, c/c o art. 142 do RICMS. Observa que no art. 143, do RPAF está previsto que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, e, portanto, o Auto é procedente.

#### **VOTO VENCIDO**

A acusação, neste Auto de Infração, é de circulação de mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal. Por esse fato, foi aplicada multa de 5% sobre o valor comercial da mercadoria.

Consta nos autos cópia de Mandado de Notificação expedido pelo Juízo de Direito da 3<sup>a</sup> Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Processo nº 7.637.338/05-F, para cumprimento da Liminar concedida para a imediata liberação do veículo apreendido e das mercadorias transportadas.

Também consta nos autos declaração da empresa Meg Comercial de Cereais Ltda., de Petrolina, PE, de que recebeu as mercadorias.

Foram anexados documentos de pagamento do imposto ao Estado de Pernambuco.

Nas cópias das Notas Fiscais apresentadas pela defesa constam carimbos do fisco de Minas Gerais, da Bahia e de Pernambuco.

Devo, em nome da estrita legalidade tributária, fazer considerações que considero inarredáveis. Compete ao autuado alegar os fatos. A mim, como julgador, compete-me aplicar a lei.

O Passe Fiscal é um instrumento destinado a identificar o responsável tributário, no caso de mercadoria em trânsito pelo território baiano, porém destinada a outro Estado ou ao exterior, visando-se, por meio dele, assegurar que a mercadoria não venha a ser comercializada neste Estado, clandestinamente.

Esse instrumento de controle fiscal é disciplinado em dois artigos do RICMS – os arts. 959 e 960.

O art. 959 cuida do conceito jurídico do Passe Fiscal e de sua finalidade (cabeça do artigo), das situações em que se aplica e da forma como deve ser emitido (§§ 1º, 2º e 4º, I e II), dos casos em que o sujeito passivo se exime de culpa (parte final do § 3º e § 4º, III) e da multa de 5% sobre o valor comercial da mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal, na hipótese de a mercadoria já ter transitado por qualquer posto fiscal do percurso, neste Estado (§ 3º).

Por sua vez, o art. 960 cuida da atribuição da responsabilidade pelo imposto no caso de não ser feita a comprovação da saída da mercadoria do território estadual, quando esta transitar acompanhada de Passe Fiscal, com fundamento na presunção legal de que tenha ocorrido a sua entrega ou comercialização no território baiano, o que na prática fiscal se denomina de “Passe Fiscal em aberto”. Os §§ 1º a 5º disciplinam, em detalhes, o regime jurídico dessa modalidade de responsabilidade tributária.

Em termos de autuação fiscal, resta saber quem pode figurar no pólo passivo da relação jurídica, num e outro casos. Nesse sentido, observe-se que:

- a) o § 3º do art. 959, em sintonia com o art. 915, X, prevê a multa de 5% sobre o valor da mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal, multa esta que, literalmente, segundo o dispositivo regulamentar, “Será aplicada ao transportador [...]”;
- b) o art. 960 cuida da atribuição da responsabilidade pelo pagamento do imposto, sendo que, neste caso, o § 2º, em seu inciso III, prevê que a autuação pode ser feita “em nome do proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga, estes dois últimos na condição de responsáveis tributários”.

Em suma, no caso da letra “a”, acima, prevê o § 3º do art. 959 que a multa de 5% só pode ser aplicada contra o “transportador”. Já no caso do art. 960, § 2º, III, o imposto, com a multa correspondente, pode ser cobrado em nome do “proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga”. Note-se que o Regulamento faz a distinção entre as figuras do “transportador” e do “condutor do veículo”. Transportador é o dono do veículo, que pode ser pessoa natural ou pessoa jurídica. Condutor do veículo, obviamente, é o motorista.

Em face dessas considerações, concluo que, se o fato em tela consistisse na hipótese do art. 960 (lançamento do imposto), o Auto de Infração poderia ser lavrado “em nome do proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga, estes dois últimos na condição de responsáveis tributários”, conforme a dicção do art. 960, § 2º, III. No entanto, como o caso concreto neste Auto diz respeito à multa de 5% sobre o valor da mercadoria (descumprimento de obrigação acessória), o Auto de Infração somente poderia ser lavrado em nome do transportador, nos termos do art. 959, § 3º.

O condutor do veículo não se confunde com o transportador. O condutor (motorista) é apenas preposto ou empregado do transportador, do mesmo modo, por exemplo, que o balonista é preposto ou empregado da loja onde trabalha.

Na situação em exame, as mercadorias circulavam com duas Notas Fiscais emitidas por empresa paulista, sendo as mercadorias destinadas a Meg Comercial de Cereais Ltda., de Petrolina, PE. A autuação ocorreu em Jequié, BA. O Auto de Infração foi lavrado em nome de Edson Pereira Portela, o condutor (motorista) do veículo. De acordo com os documentos anexados pela fiscalização, o veículo transportador pertence a J. Carlos C. Rodrigues, empresa transportadora estabelecida em Feira de Santana, com Inscrição Estadual nº 59826947 e CNPJ nº 05.682.427/0001-30.

Friso bem esse ponto: o proprietário do veículo tem Inscrição Estadual e CNPJ.

Consta à fl. 14 instrumento de procura da empresa transportadora, J. Carlos C. Rodrigues, dando poderes ao motorista, Edson Pereira Portela, para assinar todos os documentos relacionados à ação fiscal. A procura foi, evidentemente, para Edson Pereira Portela representar a transportadora, e não para ser autuado em lugar dela.

Note-se que o fiscal autuante, ao prestar a informação, inicia a peça dizendo: “O motorista acima identificado...” (fl. 35). Por conseguinte, o próprio autuante tinha consciência de que a autuação foi feita em nome do preposto da transportadora.

É flagrante a ilegitimidade passiva neste caso. O RPAF, no art. 18, IV, “b”, tem por nulo o lançamento em que se configure ilegitimidade passiva.

A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É óbvio que se o interessado, antes de nova ação fiscal, providenciar a regularização de alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **VOTO VENCEDOR**

O Auto de Infração em lide tem como fundamento a aplicação de multa no valor de R\$ 8.385,00, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, por descumprimento de obrigação acessória relativa a circulação de mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal.

De acordo com o § 3º do art. 959 do RICMS/97, será aplicada ao transportador a multa de 5% do valor comercial da mercadoria desacompanhada de Passe Fiscal.

No caso em comento, observa-se que a infração está devidamente caracterizada, uma vez que, a mercadoria é oriunda de São Paulo com destino a cidade de Petrolina, e foi flagrada no percurso da mercadoria, na cidade de Jequié, desacompanhada do passe fiscal previsto no § 1º do art. 960 do RICMS/97, ficando, o transportador sujeito a aplicação de multa de caráter formal por não ter providenciado a emissão do referido passe fiscal.

Consta na nota fiscal que o transportador contratado para conduzir a mercadoria é o autuado, não obstante o mesmo estar utilizando o veículo de terceiro, inclusive, na defesa fiscal o próprio autuado declarou textualmente que foi contratado pela empresa Meg Comercial de Cereais Ltda., localizada na cidade de Petrolina, PE, para transportar as mercadorias constantes das Notas Fiscais 122867, 122868 e 122869, emitidas em 8/7/05.

Nestes termos, discordo do entendimento do Relator deste processo, pois se realmente o transportador contratado fosse o proprietário do veículo (J. Carlos C. Rodrigues, Inscrição Estadual nº 59826947 e CNPJ nº 05.682.427/0001-30), caberia ter trazido aos autos o respectivo conhecimento de transporte ou qualquer outro documento que provasse a sua condição de transportador da mercadoria.

Quanto ao instrumento de procuração constante à fl. 14, tendo como outorgante a empresa J. Carlos C. Rodrigues, dando poderes ao autuado para assinar todos os documentos relacionados à ação fiscal, considero que a mesma é desnecessária, pois todo o procedimento fiscal foi efetuado em seu nome, ressaltando-se que a ocorrência está datada de 12/7/05, enquanto que a procuração foi feita após a ação fiscal, mais precisamente no dia 14/7/05.

Nestas circunstâncias, discordo da conclusão do Relator de que o autuado é ilegítimo para figurar no pólo passivo da obrigação tributária acessória, e concluo pela subsistência da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 019144.0703/05-0, lavrado contra **EDSON PEREIRA PORTELA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 8.385,00**, prevista no art. 42, X, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR/VOTO VENCEDOR