

A. I. Nº - 232893.1101/06-9  
AUTUADO - RAFAEL SILVA SAMPAIO  
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 22.08.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0236-02/07**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA.**  
Autuação efetuada em nome de pessoa alheia à relação jurídica considerada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 1/11/06, acusa a falta de comprovação da saída de mercadoria do território baiano, a qual transitou acompanhada de Passe Fiscal nº BA005602/2006-53, que se encontrava em aberto, fato que autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua entrega neste Estado. ICMS lançado: R\$4.828,00. Multa: 100%.

O autuado apresentou defesa alegando que o transporte da mercadoria em questão era de responsabilidade do adquirente, situado em Sergipe. Diz que os fiscais, de forma arbitrária, não forneceram o Passe ao transportador. Nega que tivesse havido entrega de mercadoria em local ou a usuário diversos dos indicados no documento fiscal, pois a mercadoria estava transitando pelo Estado da Bahia com destino a Sergipe, tendo o transporte sido interrompido em virtude de simples suposição de que a carga seria entregue na Bahia. Reclama que a autuação se baseia em presunção, sem base de fatos, haja vista que o Passe não foi entregue ao transportador. Transcreve o “caput” e o parte do § 2º do art. 959 do RICMS. Assegura, como transportador, que a mercadoria foi entregue no destino, não podendo ser enquadrado como responsável solidário, pois o fato não se enquadra nos requisitos do art. 39 do RICMS. Protesta que a Bahia não pode cobrar indevidamente o imposto relativo a mercadoria que foi entregue em outro Estado. Pede que o procedimento seja anulado.

Alguém, que não se identificou, juntou as peças às fls. 24/30.

O fiscal designado para prestar a informação observou que, segundo o Protocolo ICMS 10/03, o local da ocorrência do fato gerador é na unidade federada onde tenha sido registrada a última passagem da mercadoria, e o Termo de Depósito, conforme o anexo I daquele protocolo, responsabiliza o transportador, caso não seja comprovada a entrada das mercadorias na unidade federada de destino final, nos termos da cláusula sexta. Quanto à argüição da nulidade do procedimento por ilegitimidade passiva, que teria sido suscitada pelo autuado, o fiscal informante contrapõe que o Passe Fiscal foi emitido em nome do autuado, e, como não há registro de saída da mercadoria deste Estado, sua responsabilidade é evidente e incontestável. Quanto à alegação do autuado de que não recebeu o Passe emitido, o fiscal rebate dizendo que tal argumento é facilmente dirimido em face da cópia do Passe Fiscal anexa, que foi assinada por ocasião de sua entrega ao motorista, comprovando ter recebido o documento. O informante observa que o Passe Fiscal foi emitido em 17/05/06 e se refere a 400 sacas de farinha de trigo, e por isso considera absurdo o argumento da defesa de que a mercadoria ainda estava transitando neste Estado, quando o transporte foi interrompido pela fiscalização com base em mera suposição de que as mercadorias seriam internalizadas neste Estado. Considera falacioso o argumento do autuado de que tivesse havido falha na emissão do Passe Fiscal, ponderando não ser razoável supor que o motorista tenha logrado atravessar todo o território baiano sem o documento indispensável para tal e saído sem ser

interpelado pela fiscalização, e diz que isso só é possível se deliberadamente o autuado quis este resultado, e, se ele pretendeu este resultado, é porque tinha plena consciência de seu objetivo e da necessidade do Passe, o que demonstra que sua inocência é altamente improvável. Opina pela procedência do lançamento.

#### VOTO

Neste Auto de Infração o autuado é acusado da falta de comprovação da saída de mercadorias do território baiano, as quais transitaram acompanhadas do Passe Fiscal BA005602/2006-53, estando este em aberto, fato que, em princípio, autoriza a presunção de que tivesse ocorrido desvio da carga neste Estado.

O referido Passe Fiscal diz respeito a 2 Notas Fiscais emitidas por empresa estabelecida em São Paulo, tendo ambas como destinatária empresa estabelecia no Estado de Sergipe (Notas Fiscais 53479 e 53480 de Correcta Ind. e Com. Ltda.).

O lançamento do imposto neste caso foi feito com base numa presunção prevista na legislação. Os arts. 959 e 960 do RICMS/BA fixam as situações em que se aplica o Passe Fiscal, as consequências do Passe Fiscal em aberto, os meios de prova de que pode valer-se o sujeito passivo, quem está sujeito ao procedimento, etc.

Noto que o autuado fez sua defesa falando de coisa diversa da que constitui o objeto da ação fiscal, pois, em vez de defender-se da questão do Passe Fiscal em aberto, concentra a defesa alegando que a fiscalização não emitiu o Passe Fiscal e que “a mercadoria estava transitando” e o trânsito foi interrompido pela fiscalização, com base na suposição de que a carga seria entregue na Bahia. Ou seja, segundo o autuado, no momento da ação fiscal, a mercadoria estava transitando pelo Estado da Bahia, e, em relação àquela carga, não havia sido emitido Passe Fiscal, e conclui que a fiscalização teria presumido que a carga então em trânsito não sairia deste Estado. Portanto, nem de longe a defesa se refere ao objeto específico da autuação, que diz respeito a fato ocorrido em viagem anterior.

O fiscal que prestou a informação considerou absurdas as alegações da defesa.

Porém, talvez não sejam assim tão absurdos os argumentos do autuado, em face da forma como foi efetuada a descrição dos fatos no Auto de Infração. No campo “Descrição dos Fatos” é feita menção ao “Passe Fiscal BA005602/2006-53, relativo às Notas Fiscais 53479 e 53480”, e na descrição da infração é dito que não foi feita a comprovação da saída de mercadoria do território baiano. Nessa descrição há, no mínimo, dois vícios. Primeiro: de acordo com os elementos às fls. 1 a 20 (que antecedem a defesa), não foi fornecida cópia do Passe Fiscal ao autuado ou seu preposto, de modo a dar-lhe ciência de elemento substancial do procedimento; neste caso, não lhe foi dada cópia sequer do Termo de Fiscalização. Segundo: a fiscalização se refere às “Notas Fiscais 53479 e 53480”, sem dizer quem seria o emitente das Notas, como se o autuado tivesse o dom da adivinhação.

A auditora que procedeu à autuação deixou, portanto, de observar o mandamento contido no inciso III do § 1º do art. 960 do RICMS (redação dada pela Alteração nº 38), que prescreve:

“III – na autuação, serão fornecidas ao sujeito passivo cópias do Passe Fiscal de Mercadorias, do Termo de Fiscalização e dos demais elementos que integrem o Auto de Infração, cujos originais serão anexados à via do Auto de Infração destinada à formalização do procedimento fiscal;”

Sendo assim, em face de tão grave cerceamento de defesa, não é justo dizer que os argumentos do autuado são absurdos, como o fez o fiscal que prestou a informação.

Os vícios assinalados poderiam ser saneados, determinando-se que fossem fornecidos ao autuado os elementos apontados, reabrindo-se o prazo de defesa. Contudo, deixei de propor diligência nesse sentido, na fase de instrução, haja vista que, conforme demonstrarei, a autuação foi inteiramente descabida.

Com efeito, no caso de Passe Fiscal em aberto, prevê o inciso II do § 1º do art. 960 do RICMS (redação dada pela Alteração nº 38) que, não sendo considerados satisfatórios os esclarecimentos ou comprovações, a critério do fisco, será lavrado Termo de Fiscalização, seguido de Auto de Infração para exigência do imposto e da multa correspondente, em nome do proprietário da mercadoria, do condutor do veículo ou do transportador da carga.

Note-se bem que, de acordo com a regra em destaque, o Auto pode ser lavrado:

- a) em nome do proprietário da mercadoria;
- b) em nome do condutor do veículo; ou
- c) em nome do transportador da carga.

No Passe Fiscal às fls. 7-8, consta que aquele instrumento diz respeito às Notas Fiscais 53479 e 53480 de Correcta Ind. e Com. Ltda., empresa estabelecida em São Paulo. O destinatário era a Distribuidora de Alimentos Rosa Mística Ltda., estabelecida em Sergipe. Como a norma prevê que o Auto de Infração poderia ser emitido em nome do proprietário da mercadoria, caberia ao fisco identificar quem era o proprietário. Considero que, em se tratando de mercadorias em trânsito, se a venda é CIF, o proprietário é quem vende, enquanto não ocorrer a tradição dos bens, e, se a venda é FOB, o proprietário é o adquirente. Essas conjecturas não importam na situação em exame, pois o Auto não foi lavrado nem em nome do vendedor, nem em nome do comprador.

A segunda alternativa, de acordo com o supracitado dispositivo regulamentar, seria a autuação em nome do condutor (motorista) do veículo. De acordo com o Passe Fiscal, o condutor ou motorista (que no Passe Fiscal é chamado, erroneamente, de “transportador”) é Edmilson Silva Oliveira. Embora nada tenha a ver com a autuação, observo que, por ocasião da ação fiscal, o motorista era Márcio Raimundo Galvão Araújo (fl. 9). Também essas considerações não levam a nada, porque o Auto de Infração não foi lavrado nem contra um, nem contra o outro.

A terceira alternativa seria a autuação em nome do transportador. Consta no Passe Fiscal que o transportador foi a Distribuidora de Alimentos Rosa Mística Ltda.

Estranhamente, o Auto de Infração foi lavrado em nome de Rafael Silva Sampaio.

Quem é Rafael Silva Sampaio?

De acordo com a cópia (quase ilegível) do Certificado à fl. 10, depreende-se que, no ato da ação fiscal o veículo conduzido por Márcio Raimundo Galvão Araújo era pertencente a Rafael Silva Sampaio. E daí? O que uma coisa tem a ver com outra?

Talvez essa balbúrdia tenha alguma explicação. Não me cabe, contudo, como julgador, fazer especulações. A fiscalização deve descrever o fato com clareza e precisão, como manda o art. 39, III, do RPAF, para que o contribuinte conheça o teor da imputação, e, afinal, para que o órgão julgador saiba do que se trata.

O art. 960-A do RICMS, acrescentado pela Alteração nº 42, prevê que nas operações que envolvam os Estados signatários do Protocolo ICMS 10/03 seja observado o disposto neste acordo. Como, porém, o referido protocolo apenas cuida do norteamento geral do compromisso firmado pelos Estados signatários, é evidente que a regra dos arts. 959 e 960 se aplicam subsidiariamente.

Em suma, neste caso, não vislumbro nenhuma infração que pudesse ser atribuída a Rafael Silva Sampaio.

É nulo o procedimento, por ilegitimidade passiva. A autuação foi efetuada em nome de pessoa alheia à relação jurídica considerada.

A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232893.1101/06-9**, lavrado contra **RAFAEL SILVA SAMPAIO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2007

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIOI CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR