

**PROCESSO** - A. I. Nº 299689.0171/08-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DIEGO SILVA BARBOZA  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 28/10/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJE Nº 0290-11/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Representação proposta com base no artigo 119, inciso II, § 1º, combinado com o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, estribada no fato de que no momento da ação fiscal, as mercadorias em situação fiscal irregular estavam sendo transportadas pelo proprietário, e não por terceiro, razão pela qual não deve o imposto ser exigido por responsabilidade solidária, na forma do artigo 39, inciso I, alínea “d” do RICMS. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, lastreada no artigo 119, inciso II, § 1º, combinado com o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, em razão do exercício do controle da Legalidade exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração com base em ilegitimidade passiva do autuado, estribada nas seguintes alegações:

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 11 de agosto de 2008 através de Auditora Fiscal lotada na Inspetoria Fiscal do Trânsito de Mercadorias da DAT Sul, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$240,74, acrescido de multa no percentual de 100%, pela constatação por parte do Fisco de transporte de mercadorias com nota fiscal divergente quanto ao número de mercadorias transportadas.

Tal infração foi enquadrada no artigo 201, Inciso I, combinado com o artigo 39, inciso I, alínea “d” do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Foi imputado ao autuado responsabilidade solidária, pelo fato de estar conduzindo as mercadorias em situação fiscal irregular, sendo as mesmas entregues à empresa Nivaldo Barbosa Neto, Inscrição Estadual nº 54.110.630 na condição de depositário fiel.

O autuado não apresentou impugnação ao lançamento, apesar de devidamente intimado da autuação, tendo o processo corrido à revelia, sendo encaminhado para inscrição na dívida ativa.

Dessa forma, no momento da apreensão das mercadorias e consequente lavratura do Auto de Infração, verifica-se que as mercadorias estavam sendo transportadas pelo proprietário das mesmas, e não por terceiro, sendo o motorista do veículo equivocadamente identificado como detentor das mesmas, e consequentemente chamado à lide tributária.

Assim, o Auto de Infração foi lavrado contra o motorista do veículo que transportava as mercadorias, não em seu próprio nome, mas no da empresa Nivaldo Barbosa Neto, da qual era preposto.

A propriedade da mercadoria é inquestionável, diante do fato de ter sido a empresa Nivaldo Barbosa Neto a emissora de notas fiscais em quantidades inferiores às transportadas pelo seu preposto.

A opção do Fisco diante da previsão legal contida no artigo 6º da Lei nº 7.014/96 deve ser limitada e interpretada pelo interesse público, que se revela na medida da viabilidade da exigência tributária, não podendo exigir o imposto eventualmente devido de qualquer um dos dois (contribuinte/responsável solidário) de forma aleatória.

Dessa forma, cabendo à PGE/PROFIS zelar pela efetividade do ato praticado, buscando que o crédito tributário constituído o seja de forma legal e viável, representa pela nulidade por ilegitimidade passiva, e recomenda pela repetição do ato, a salvo de nulidade, encaminhando o feito ao CONSEF para a devida apreciação.

Despacho do ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS de fl. 23 espousa a argumentação trazida pela eminente procuradora autora da Representação de fls. 21 e 22, diante da argumentação desenvolvida e das provas trazidas, razão pela qual faz o encaminhamento ao CONSEF para a devida apreciação.

## VOTO

Do exame das peças processuais, bem como da representação proposta pela PGE/PROFIS, extraio as seguintes observações:

Constam do processo notas fiscais emitidas em operação característica de venda em veículo, realizada pela empresa Nivaldo Barbosa Neto, localizada no município de Canavieiras, e devidamente inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, em condição regular e ativa (fls. 06 e 07).

Este tipo de operação encontra-se devidamente prevista na legislação, especialmente o artigo 417 do RICMS/BA, sendo prática comum no âmbito comercial. O estabelecimento emite notas fiscais de remessa para ele próprio, sendo que as vendas, quando realizadas são acobertadas por notas fiscais emitidas pelo próprio condutor das mercadorias ou pessoa da empresa que o acompanha, de forma a que no retorno, a quantidade de mercadoria existente no veículo seja a diferença entre as quantidades remetidas e as quantidades vendidas conforme notas fiscais emitidas.

No caso em tela, foram verificadas mercadorias além das constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa Nivaldo Barbosa Neto, as quais se encontravam, pois, sem documentação fiscal.

Consta, ainda à fl. 08, nota fiscal de venda a consumidor, para emissão quando da realização das vendas das mercadorias transportadas no veículo.

Interessante observar-se que no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 05, foi nomeado depositário das mercadorias a empresa Nivaldo Barbosa Neto, sendo o autuado, no caso, Diego Silva Barboza identificado como “motorista/vendedor”, fato que não fugiu ao crivo da PGE/PROFIS.

A legislação vigente prevê a existência do instituto da responsabilidade por solidariedade no artigo 6º da Lei nº 7.014/96, especialmente em seu Inciso III, pelo qual os transportadores são tributariamente responsáveis pelas mercadorias que conduzem sem documentação comprobatória de procedência ou destino, ou ainda, acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

O Fisco, quando da constatação do ilícito tributário e posterior lavratura do Auto de Infração, desconheceu o fato de que as notas fiscais apresentadas identificavam perfeitamente o proprietário das mercadorias, que no tipo de operação realizada, também é o transportador, confundindo o motorista do veículo com a figura do transportador de que fala a norma acima mencionada, o que de fato não ocorre.

Dessa maneira, ainda que optasse pela autuação do transportador das mercadorias, esta seria contra a empresa Nivaldo Barbosa Neto, a qual se confunde no papel de contribuinte/transportador, e não o motorista da carga.

Assim fazendo, incorreu o Fisco na regra contida no artigo 18, inciso IV, alínea “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99:

**“Art. 18.** São nulos:

(...)

**IV - o lançamento de ofício:**

**a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;**

**b) em que se configure ilegitimidade passiva.**

*Diante da previsão do § 3º do mencionado artigo de que:*

**§ 3º** *A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou conseqüentes.”*

E tendo em vista que o momento do equívoco na identificação perfeita e precisa do sujeito passivo foi aquele inicial de todo o procedimento, e que os demais atos daí praticados eivam-se com a nulidade, razão pela ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS ora apreciada, para decretar a nulidade do Auto de Infração nº 299689.0171/08-7, recomendando a renovação do mesmo, a salvo das falhas apontadas.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, recomendando-se à autoridade fiscal, se possível, o refazimento da ação a salvo das incorreções apontadas.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS