

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0211/08-9
RECORRENTE - JÂNIO QUADROS MOREIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0226-04/09
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 05/03/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0022-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. É nulo o lançamento fiscal que exija o imposto sem base legal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0226-04/09) que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 08/10/08 para exigir ICMS no valor de R\$128.606,39, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto na entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por contribuinte com inscrição cadastral inapta. Consta, na descrição dos fatos, que o *“imposto está sendo exigido da pessoa física Jânio Quadros Moreira na condição de transportador das mercadorias destinadas a firma Nilvan Santos de Azevedo ME, Inscrição Estadual nº 63.341.470 que se encontra na situação de inapto no período que foi desencadeada a fiscalização, além do fato de nunca ter sido localizado em diligências efetuadas por prepostos da Secretaria da Fazenda, em atendimento ao disposto no art. 39, I do RICMS/BA, atribuindo ao transportador, por solidariedade, a responsabilidade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito (Nilvan)”*.

Após análise de todas as peças processuais, a 1ª Instância deste Colegiado prolatou a seguinte Decisão.

“O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto na entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na condição de transportador (responsável).

Na defesa apresentada o autuado alegou não ser sujeito passivo pelos seguintes motivos:

- a) Efetuiu contrato de locação de veículos com o Sr. Nilvan Santos de Azevedo, a quem entende deve ser exigido o imposto na condição de transportador;*
- b) Nem todas as notas identificam o transportador e a solidariedade ocorre em situação que origina o fato gerador, por quem concorreu;*
- c) Pediu a exclusão de parte das notas fiscais “pela falta de do veículo/transportador” e pela exclusão da responsabilidade por força contratual.*

O autuante na informação fiscal contestou os argumentos defensivos dizendo que:

- 1) As notas fiscais da MR DISTRIBUIDORA não indicam placa do veículo e condutor, mas identifica de forma codificada no campo das informações complementares;*
- 2) No canhoto, as pessoas que assinam são os mesmos das notas fiscais emitidas pela empresa JALLES MACHADO S/A, onde são identificados placa do veículo e transportador;*
- 3) Os veículos e motoristas/recebedores das mercadorias vinculam-se ao autuado;*
- 4) A locação dos veículos não pode prosperar pela não localização do local endereço cadastrado na SEFAZ e indicado nos contratos de locação;*

- 5) A cláusula 6ª do contrato estabelecia que os veículos fossem conduzidos por funcionários do locatário, enquanto as notas fiscais indicam assinatura de empregados do autuado.

Da análise dos documentos juntados ao processo, constato que:

- a. Os documentos juntados às fls. 11 a 14 indicam que os veículos GFVK 0666, JCBD 3488, JJB 3488, JOX 4463 e JOX 1146, pertenciam ao Sr. Jânio Quadros Moreira, constam na maioria das notas fiscais objeto da autuação (fls. 15 a 186), utilizados no transporte de mercadorias destinados a Nilvan Santos de Azevedo;
- b. As notas fiscais indicam como motoristas transportadores e recebedores de mercadorias: Paracelso Alves Vieira Junior (fls. 15, 17, 26); Marinaldo Bonfim (fls. 16, 18, 19, 22); José Araújo de Oliveira (fl. 20), Francisco dos Santos Moreira (fl. 21); Klebert Cotim Santos (fl. 23). Por sua vez, a cópia das folhas do livro de Registro de Empregados juntados pelo autuante às fls. 224 a 227, indicam que os citados motoristas eram empregados da empresa Jânio Quadros Moreira, Inscrição Estadual 097.414.946 que exerce atividade de comércio varejista de produtos alimentícios.

Pelo exposto, tendo sido constituída a empresa Nilvan Santos de Azevedo em 22/02/06 (fl. 228), a mesma foi cancelada por não ter sido localizada (fl. 188). Já os contratos de locação de veículos juntados com a defesa às fls. 205 a 210, conforme ressaltado pelo autuante, indicam na cláusula 6ª que “o veículo locado somente poderá ser conduzido por funcionários da LOCATÁRIA”, entretanto, documentos juntados ao processo comprovam que os condutores dos veículos eram empregados de estabelecimento regularmente inscrito, cujo titular é o autuado.

Não parece razoável sob o aspecto econômico que uma Microempresa constituída com Capital inicial de R\$12.000,00 (fl. 190), com atividade de mercearia e armazém varejista, com previsão de compras anual de R\$25.000,00 contrate logo no início de suas atividades (10/03/06) locação de três veículos com valor individual de R\$2.000,00 totalizando R\$6.000,00 por mês só com o custo de transporte de mercadorias.

E ainda, como empresário individual, suportar o custo salarial de três motoristas (conforme expresso na cláusula 6ª dos Contratos), além dos encargos sociais. Causa ainda estranheza que não tendo sido comprovado o exercício de atividades econômicas, três motoristas contratados por empresa cujo titular é o autuado, comprovadamente tenham recebido mercadorias de fornecedores e transportado as mercadorias destinadas à empresa que não exercia atividade.

Pelo confronto do documento juntado à fl. 190 com o da fl. 218, constato também, que apesar da firma Nilvan Santos de Azevedo ficar localizada na Rua Antônio Carlos Magalhães, 57, bairro Marcolino Moura no município de Rio de Contas e a empresa Jânio Quadros ficar localizada na Avenida Dr. Nelson Leal, 223, bairro do centro no município de Santana do Livramento, ambas indicam o mesmo número de fax: 344 2023.

As fichas de Registro de Empregados juntados pelo autuado (fls. 248 a 252), numa análise contextual não fazem prova a seu favor de que não foi responsável pelo transporte das mercadorias, tendo em vista que os motoristas:

- a) Paracelso Alves Vieira Junior foi admitido em 02/01/03 foi demitido em 23/01/04;
- b) Klebert Cotrim Santos foi admitido em 01/08/03 e demitido em 08/05/07;
- c) Marinaldo Bonfim Ribeiro foi admitido em 02/01/08 e demitido em 01/09/08;
- d) José Araújo Trajano foi admitido em 01/04/08 e demitido em 09/07/08.

Portanto, o motorista Kleber, no período autuado (março a outubro/06) era empregado do Supermercado Real, cujo titular é o Sr. Jânio Quadros Moreira, contrariando o disposto em cláusula contratual de locação de veículo de sua propriedade, bem como os demais motoristas efetuaram transporte de mercadorias destinadas a empresa Nilvan Santos de Azevedo, mas denotam vinculação empregatícia com o autuado tanto em momento anterior ou posterior ao fiscalizado e não foi trazido ao processo qualquer prova de que eram empregados do destinatário das mercadorias.

Por tudo que foi exposto, os elementos trazidos ao processo demonstram não apenas indícios, mas provas concretas de que as mercadorias objeto da autuação foram transportadas por veículos pertencentes ao autuado, recebidas dos fornecedores por pessoas que tem, tiveram ou vieram ter vínculo empregatício com o impugnante, adquirida por pessoa jurídica que apesar de constituída formalmente, não ficou comprovado o exercício de atividades econômicas.

Da mesma forma, o contrato de locação apresentado com a defesa, se mostrou irrazoável economicamente, contraditório ao exigir exclusividade na condução dos veículos por motorista do locatário e comprovado que os motoristas são vinculados ao autuado, o que conduz a presunção de que é de fato adquirente das mercadorias o transportador, tendo em vista que não provou ter entregue as mercadorias objeto da autuação ao seu destinatário.

Além do mais, o autuado, não tendo comprovado a entrega das mercadorias constante das notas fiscais, exerce atividade econômica (produtos alimentícios transportado (açúcar), tendo sido recebida por pessoas com quem possui vínculo

à convicção de que era o real adquirente das mercadorias. Assim sendo, é o impugnante, na condição de transportador, responsável pelo pagamento do imposto. Mesmo porque, as notas fiscais indicam modalidade do frete FOB, situação esta, em que o autuado na condição de transportador, poderia comprovar o recebimento do valor do frete do contratante, o que não foi feito.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No que se refere ao pedido de redução da multa, não pode ser acatado, tendo em vista que o pedido de redução de multa decorrente de obrigação principal é de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA, não podendo, portanto ser apreciado por esta Junta de Julgamento.

Portanto, concluo que ao contrário do que foi alegado, há relação jurídica como responsável solidário, na condição de transportador, responsável pelo pagamento do imposto, com fundamento no art. 39, I do RICMS/BA, motivo pelo qual não acato, também, a alegação de que deve ser eximido da condição de responsável, devendo ser mantida a exigência do valor total deste lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 287/297) através de advogado legalmente constituído.

Após identificar-se como pessoa física e relatar a infração a ele imputada, informa que quando de sua defesa inicial juntou aos autos documentação da firma Jânio Quadros Moreira. Porém como não havia entregado “*documentos comprobatórios da exclusão de responsabilidade da firma Jânio Quadros Moreira, ofertados pela contabilidade às autoridades fiscais*”, neste momento assim o fazia objetivando afastar a sua responsabilidade como transportador, pois aqueles empregados (motoristas) não faziam parte do seu quadro societário no período autuado. Afora tal circunstância, havia apresentado contratos, de natureza civil que devem ser respeitados pelas demais esferas do ordenamento jurídico, que desconstituem as imposições ora pretendidas. No entanto, mesmo com tal documentação e dos vícios contidos no Auto de Infração, que foram indicados, a 1ª Instância deste Colegiado o manteve integralmente sem desconstituir quaisquer dos argumentos da defesa apresentada.

Transcrevendo os art. 134, 136 e 138 do Código Tributário Nacional - CTN ressalta que na lavratura do Auto de Infração deve ser observada a estrita legalidade, quanto aos sujeitos da obrigação tributária, sua base de cálculo, fato gerador e responsabilidade de terceiros, quando for o caso. E, a exigência fiscal diz respeito a débito, transferido a terceiro, supostamente pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, ou seja, mercadorias destinadas à firma Nilvan Santos de Azevedo ME, inscrição estadual 68.341.470, no período de 31/3/2006 a 31/10/2006, sendo transferida a responsabilidade do pagamento do imposto ao transportador, pessoa física, Jânio Quadros Moreira.

Entretanto, ferindo a legalidade, a segurança jurídica, a 4ª JJF, vinculou o locatário dos veículos, na condição de transportador, com a obrigação tributária, desfigurando contrato que deliberam vontade entre as partes. E, ademais, não existe expressa vedação, no ordenamento pátrio de o locador de um veículo utilizar-se de seus funcionários em favor de serviços do locatário.

Passou, em seguida a discorrer sobre a responsabilidade de alguém assumir o ônus devido por terceiros. Nesta sua tese, observa que o termo responsabilidade pode ter um sentido amplo (vinculado a qualquer sujeito passivo da obrigação tributária) e outro estrito, sendo que este último somente ocorre em virtude de disposição legal expressa, para que determinada pessoa, não contribuinte, mas vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, assumida esta responsabilidade. E, no seu específico não lhe pode ser imputada (tanto no sentido geral como no es

ao contribuinte de direito ou por expressa disposição legal. Ressalta que esta divisão de responsabilidade tributária encontra-se inserida nos arts. 123, 128, 136 e 138 do CTN (sentido amplo), enquanto no sentido estrito resta expressa no seu art. 121, transcrito. E, o mesmo CTN no seu art. 128 (transcrito) impõe limitações ao sujeito ativo quanto às questões da responsabilidade solidária, uma vez *que a responsabilidade, por solidariedade, mesmo que de modo expresse em lei, não atinge o terceiro, por presunção, mediante, incontestavelmente, vínculo deste ao fato gerador, restado que a substituição tem a capacidade contributiva visada. Há de se ressaltar que os agentes econômicos apenas antecipam o pagamento sobre o valor que adicionam aos bens e o repassam, por isso cada agente só deve ser responsável pelo imposto incidente sobre o valor por ele agregado.* Observa que neste sentido segue a doutrina pátria, cita ensinamentos de Sacha Calmon e requer a revisão do Auto de Infração.

Prossegue afirmando que o Auto de Infração estabelece insegurança jurídica, pois relaciona notas fiscais ao recorrente a que se pretende atribuir o ônus, sem indicar elementos tributários que possibilitem, no mínimo da exigibilidade, a transferência de responsabilidade ao transportador e seu vínculo ao fato gerador, como determina o 39, I, RICMS, aprovado por Decreto nº 6.284/97, como se constata às folhas de números do Auto de Infração:

fls. 22 a 38	fls. 88 e 104	fls. 124 a 132	fls. 160 a 174
fls. 40 a 49	fls. 107 a 110	fls. 140 e 141	
fls. 54 a 68	fls. 111 a 113	fls. 144 a 151	
fls. 71 a 83	fls. 119 a 118	fls. 154 a 158	

De igual forma, relaciona notas fiscais com placas de veículos locados, através de contratos formais, como aquelas constantes das folhas de números:

fl. 15	fls. 50 e 51	fl. 123	fls. 180 a 184
fl. 17	fls. 107 a 110	fls. 133 a 135	
fls. 19 a 21	fl. 84	fl. 139	
fl. 47	fls. 104 a 106	fls. 175 a 178	

Discorrendo, novamente, sobre a caracterização legal da responsabilidade solidária, onde cita, mais uma vez, ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins e art. 124, do CTN impugna todas as notas fiscais acima relacionadas.

Passa a contestar a multa aplicada uma vez que, além de ter sido aplicada sobre crédito tributário controverso, vai ela de encontro ao que estabelece a Lei nº 9.298/96, ou seja, de 2%, que deve ser aplicada, pois mais benéfica ao contribuinte, bem como, para não serem feridos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração Pública. Trazendo Decisão do STF, entende que ela não poderá exceder a 30%.

Após tais colocações admite querer adimplir com suas obrigações fiscais, no que é devido, em relação às notas fiscais não questionadas.

“Finaliza sua impugnação nos seguintes termos: Diante do exposto, requer-se seja provido o presente Recurso, para fins de reformar a Decisão recorrida e reconhecer a SEJA IMPUGNADO O AUTO DE INFRAÇÃO Nº 269094.0211/08-9, com fundamento no ar/º 5.º, LV, LIV, CI; 88; arts. 121, II, 151, III, do CTN e demais dispositivos legais pertinentes ao caso em exame, bem como a exclusão de responsabilidade atribuída ao Sr. Jânio Quadros Moreira, vez que não reveste a condição de contribuinte ou sujeito passivo por responsabilidade;

Em caso de manutenção da exigência fiscal, requer-se a revisão de todo os fatos jurígenos, afim de apuração fiscal das hipóteses de incidências das notas não questionadas, outrossim redução da multa para 30% (trinta por cento), nos termos do entendimento do Supremo adequada a taxa de juros de mora ao percentual estabelecido no art. 59 esta que deverá incidir até a data do efetivo pagamento;

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção de qualquer, notadamente pelos documentos que ora instruem a presente defesa.”

Em manifestação, a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto (fls. 365/368), considerando ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Após sucinto relato dos fatos, a douta procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, preliminarmente, salienta que o lançamento fiscal encontra-se revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a atuação fiscal.

No mérito, entende que o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para comprovar a infração, pois *as provas constantes do processo indicam que figura o sujeito autuado como transportador das mercadorias, não havendo elementos que comprovem que foram efetivamente entregues ao destinatário, sujeito este inapto no cadastro da Sefaz quando do fato gerador em apreço, e nunca localizado pela Fiscalização. Logo, responde o sujeito autuado, na condição de responsável solidário, pelo não recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária na hipótese em exame.*

E, quanto ao Recurso Voluntário apresentado, afirma que as alegações são as mesmas da defesa inicial, refutadas pelo fiscal autuante, conforme fls. 254/258 dos autos, bem como, devidamente analisadas e afastadas no acórdão recorrido. Transcrevendo as determinações do art. 143, do RPAF/BA manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada de julgamento, a nobre procuradora do Estado, após análise das peças processuais retifica o seu Parecer anteriormente emitido, dando Provimento ao Recurso Voluntário interposto, tendo em vista que não restou provado, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, que o empresário individual Nilvan Santos de Azevedo se encontrava “inapto” perante o cadastro desta Secretaria de Fazenda.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de desonerá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração, no valor decidido pela 1ª Instância deste CONSEF.

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com inscrição cadastral inapta.

As mercadorias foram adquiridas pela empresa Nilvan Santos de Azevedo ME, Inscrição Estadual nº 63.341.470, que a época do período da fiscalização encontrava-se com sua inscrição estadual na situação de inapto. Por não ser localizada pela fiscalização, após diligência efetuada, o imposto está sendo exigido da pessoa física Jânio Quadros Moreira na condição de transportador das mercadorias, com base nas disposições contidas no art. 39, I do RICMS/BA, que atribui ao transportador, por solidariedade, a responsabilidade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, no caso, o contribuinte Nilvan Santos de Azevedo.

O Auto de Infração foi lavrado em 8/10/2008 em relação a ocorrências dos fatos geradores do imposto de março a outubro de 2006. As notas fiscais, base da autuação, são vias fixas dos talonários dos fornecedores das mercadorias.

A 1ª Instância deste Colegiado rechaçando os argumentos expostos que as provas existentes nos autos eram suficientes para caracteriz

pessoa física Jânio Quadros Moreira das mercadorias adquiridas pela empresa Nilvan Santos de Azevedo.

O recorrente, quando se sua manifestação, ressalta que na lavratura do Auto de Infração deve ser observada a estrita legalidade, quanto aos sujeitos da obrigação tributária, sua base de cálculo, fato gerador e responsabilidade de terceiros, quando for o caso. Diz, ainda, que a 4ª JJF, ferindo os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, não vinculou o locatário dos veículos, na condição de transportador, com a obrigação tributária, desfigurando contrato que deliberam vontade entre as partes.

Ao analisar as peças processuais, questões de ordem legal, de imediato, se apresentaram.

A primeira pergunta é: pode-se lavrar Auto de Infração contra um transportador, por responsabilidade solidária, após entrega das mercadorias? Mais uma vez observo que os fatos geradores autuados são de 2006 e o Auto de Infração foi lavrado em 2008.

A segunda questão é: pode-se imputar ao transportador, por responsabilidade solidária, o imposto devido de uma operação comercial tendo em vista a condição de “inapto” do adquirente das mesmas?

Ao me debruçar sobre a primeira questão e observando o artigo do RICMS/BA (Dec. nº 6.284/97), ou seja, art. 39, I, “a”, base legal da autuação, de fato, resta determinado de que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente. Esta norma decorre das determinações da Lei Complementar nº 87/96 (art. 5º) que confere à lei (no caso a Lei nº 7.014/96) a possibilidade de atribuir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário relativo ao ICMS devido por contribuinte ou por responsável se os seus atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento do imposto.

Porém, e no específico caso, esta responsabilidade solidária possui limite, uma vez que o transportador não é proprietário da mercadoria. Ele somente possui a posse da mercadoria entre o início do seu transporte até a sua entrega. A partir daí, esta responsabilidade deixa de existir. Entendo que o legislador ao assim se posicionar se referiu ao momento do transporte das mercadorias (flagrante) e não imputou tal responsabilidade em algum momento posterior. Corrobora este entendimento quando a legislação posta define o local da prestação de serviço de transporte para efeito de cobrança do ICMS (no caso em questão) o local *onde se encontre o veículo transportador, quando em situação fiscal irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação fiscal inidônea* (art. 48, II, do RICMS/BA). E, caso provada a entrega da mercadoria a pessoa diversa do destinatário, a Lei nº 7.014/96 aplica severa multa ao fato, ou seja, 100% *quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal* (art. 42, IV, “c”) e sobre o valor constante na nota fiscal deve ser acrescida MVA.

Melhor sorte não tem a resposta ao segundo questionamento. O fato do adquirente da mercadoria encontrar-se, como dito, na situação de “inapto” perante o Cadastro de Contribuintes desta Secretaria da Fazenda não caracteriza prática ilícita ou omissão do transportador. A responsabilidade da venda a um contribuinte “inapto”, que corresponde a um não contribuinte, é do remetente (vendedor) da mercadoria. O que o transportador deve verificar, e obedecer, é se o documento fiscal foi emitido dentro das normas legais pertinentes. Esta posição tem todo respaldo em decisões já prolatadas por este Colegiado.

Afora todas estas questões, ao examinar as peças processuais, não resta provado que no momento da ocorrência dos fatos geradores (2006), o empresário individual Nilvan Santos de Azevedo se encontrava com sua inscrição cadastral na condição de é que o mesmo foi intimado para cancelamento em 20/12/2007 e 16/01/2008 – Edital nº 02/2008 (fl. 229 dos autos), após diligência

local do seu estabelecimento em 12/12/2007 (fl. 188 do PAF). Corroborando estes fatos, existe a afirmativa do autuante, quando descreveu a infração (fl. 1), que a empresa individual Nilvan Santos de Azevedo se encontrava “inapta”, quando do período da fiscalização, ou seja, em 2008.

E, se tais fatos não bastassem, o autuante exigiu o imposto por substituição/antecipação tributária, já que a mercadoria (açúcar) neste regime encontra-se enquadrada. Esta situação resta clara ao se constatar a multa aplicada: 60% conforme disposições do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Ou seja, não cabe ao transportador recolher o imposto devido por substituição/antecipação tributária. Este imposto, a depender da situação (havendo ou não Convênio) cabe ao remetente ou ao adquirente da mercadoria (art. 353 e 371, do RICM/BA). Não é da responsabilidade do transportador. A exceção consta no art. 39, I, “e”, do RICMS/BA quando, ao transportador, se imputa a responsabilidade do pagamento do imposto ao entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário.

Diante do exposto, entendo que o Auto de Infração encontra-se maculado de vícios, não permitindo se dar prosseguimento à presente lide, nem, tampouco, apreciar os argumentos do recorrente quanto aos fatos por ele arguidos.

Por fim, diante das peças processuais, existem nestas operações autuadas indícios de ilícito fiscal. Assim, recomenda-se que a Repartição Fiscal proceda a uma fiscalização, a salvo de falhas legais, visando resguardar os interesses do Estado da Bahia.

Diante do exposto voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgar NULO o Auto de Infração com base no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269094.0211/08-9, lavrado contra **JÂNIO QUADROS MOREIRA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS