

**A. I. Nº** - 944505/60-0  
**AUTUADO** - JOCLEBER SANTOS DA CRUZ  
**AUTUANTE** - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** 01.09.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0220-05/10**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Autuação efetuada em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12.11.09, diz respeito a ICMS referente a mercadorias que foram transportadas sem documentação fiscal – mercadoria transitando pela BA-093 no caminhão de placa JSP-9838, conduzido pelo motorista Jocleber Santos da Cruz. Imposto lançado: R\$ 1.062,50. Multa: 100%, prevista no art. 42, inc. IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Para subsidiar o Auto de Infração foi formalizado Termo de Apreensão nº 302294, onde consta a retenção no trânsito de 250 pallets de 1,30x1,10 m.

Foi apresentada defesa, subscrita pelos advogados da empresa Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda. (fls. 12/15 e procuração, fl. 23), que figura no processo como depositária das mercadorias apreendidas.

Na impugnação, o contribuinte alega que o agente fiscal procedeu à apreensão das mercadorias através do Termo de Apreensão nº 302294, sob o fundamento de que a operação estava sendo realizada sem a cobertura de documentação fiscal. Todavia, refuta a citada imputação, afirmando que a operação se encontrava respaldada pela nota fiscal nº 005865, que o agente fiscal não considerou por ocasião da ação fiscalizadora. Juntou á peça defensiva cópia do citado documento (fl. 28 do PAF).

Sustenta, então, que o motivo da autuação é falso, pois a operação estava devidamente respaldada com Notas Fiscais que não foram consideradas pela fiscalização de trânsito. Argumenta que, se havia alguma irregularidade no documento fiscal apresentado, que então a fiscalização atribuisse a prática de Nota Fiscal inidônea, mas não simplesmente ignorasse o documento. Aduz que, como prova de que as operações estavam acompanhadas de Notas Fiscais, as Notas Fiscais que o fisco imputa inexistentes se encontram acompanhadas dos recibos de entrega das mercadorias, anexos. Juntou também cópias da Nota anterior e da posterior aos documentos supracitados. Reitera não haver motivo para a autuação. Transcreve trecho dos ensinamentos do prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, (Direito Administrativo, 11ª Ed. págs. 280 e SS)., e do saudoso prof. Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Ed., RT, SP, 1990, pp. 174/175), acerca do princípio da motivação. Fez menção também aos Comentários ao Código Tributário Nacional, da Editora Forense, em relação ao tema da motivação do ato administrativo de lançamento.

Finaliza a peça impugnatória, para pedir que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou que, no mérito, seja julgado improcedente.

O agente de tributos/autuante presta informação fiscal (fl. 34), destacando que o autuado, em sua defesa, alega, entre outros argumentos, que a operação estava devidamente respaldada na nota fiscal nº 005865, porém que o fisco do trânsito não considerou o citado documento em razão da data de emissão ter sido diferente da data de saída. O autuante, entretanto, sustenta que a tese defensiva não tem amparo na legislação, visto que o termo de apreensão foi lavrado para constituir prova material da infração e que a empresa fiel depo

O contribuinte, na sessão de julgamento, através de seu advogado, apresentou memoriais, suscitando nulidade absoluta do Auto de Infração, visto que o Sr. Jocleber Santos Cruz seria parte ilegítima no processo administrativo, pois se encontrava, no momento da ação fiscal, na condição de mero condutor ou motorista, visto que o veículo era de propriedade do Sr. Jorge Luiz da Cruz, este sim, o efetivo transportador das cargas apreendidas. Menciona a existência no PAF do documento do veículo, onde constam estas informações.

Trouxe aos autos a Decisão exarada no Acórdão nº 0091-03/10, da lavra do julgador José Bizerra Irmão, que declarou a ilegitimidade passiva em outro processo lançado contra o mesmo contribuinte. Ao final, pediu a decretação da nulidade do presente e em seguida reiterou o pedido de improcedência.

## VOTO

Após análise do presente PAF, no seu conjunto, verifico que a motivação do lançamento em exame é a realização de operações de circulação de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. A referida imputação se deu no trânsito de mercadorias e o Auto de Infração foi lavrado contra o motorista / transportador, o Sr. Jocleber Santos da Cruz, na condição de responsável solidário. A empresa remetente, qualificada nos autos como Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda, formulou defesa, subscrita por seus advogados, onde informa que a operação se encontrava devidamente acobertada pela NF nº 5865, com recibo de entrega da carga, destinada à empresa Brasken S/A, situada no Pólo Petroquímico de Camaçari.

Aponta ainda a defesa que o fisco não aceitou a documentação fiscal em razão da data de emissão, que correspondente à data do pedido formulado pela Brasken, ocorrida em 06/11/09, ter sido diferente da data de saída/recebimento, verificada em 12/11/09. Disse que tal fato não torna o documento inidôneo ou converte a situação em infração de falta de apresentação de documental fiscal.

Do quanto exposto acima, à luz dos fatos constantes dos autos, verifico assistir razão ao autuado, no que tange à preliminar de nulidade suscitada nos memoriais apresentados por ocasião do julgamento do presente PAF.

Nesta linha de entendimento adoto o mesmo posicionamento externado no Acórdão nº 0091-03/10, visto que a vinculação do autuado, Sr. Jocleber Santos da Cruz com a Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda. foi admitida claramente pela fiscalização neste caso, tanto assim que, de acordo com o Termo de Apreensão, a Brazpallet foi eleita depositária fiel das mercadorias, e quem assinou o termo de depósito foi justamente o Sr. Jocleber Santo da Cruz, que no campo próprio do termo figura como seu “representante”.

Na mesma diretiva do Acórdão paradigma mencionado, se observa que a lei tributária atribui responsabilidade solidária ao contribuinte e ao transportador.

No caso em exame, pelo tipo das mercadorias (pallets), pelos documentos fiscais juntados ao PAF e pela natureza da defendente, o que se deduz a partir da sua denominação social, fica patente que a Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda é a proprietária das mercadorias, tanto assim que se prontificou a ser sua depositária fiel. A essência da responsabilidade solidária é delineada no § 3º do art. 39 do RICMS, ao prever a possibilidade de o fisco optar por autuar ou o contribuinte ou o responsável. O proprietário da mercadoria tem interesse material e processual no desfecho da lide.

Noto que no campo “Descrição dos Fatos” é dito que o caminhão era conduzido pelo “motorista” Jocleber Santos da Cruz. E, de fato, analisando o documento do veículo, noto que este, sendo de propriedade do Banco Itaucard S.A., se encontra arrendado a Jorge Luiz da Cruz sendo o Sr. Jocleber Santos da Cruz mero o motorista ou condutor.

É preciso, então, distinguir, na mesma linha do voto paradigma, figura do motorista. O motorista, em relação ao transportador, é co

em relação ao titular do estabelecimento em que trabalha. Se a fiscalização verifica alguma irregularidade no estabelecimento, não pode autuar o balconista. De igual modo, o motorista não pode ser confundido com o transportador e ser autuado em seu lugar.

O recolhimento de tributo – seja qual for o tributo –, quer seja feito espontaneamente, quer em decorrência de lançamento de ofício, está sujeito à observância de preceitos de ordem material e de ordem formal. Pelos preceitos de ordem formal, observa-se de que modo deve ser feita a cobrança dos valores devidos. Isso significa dizer que os critérios pelos quais se efetua o pagamento do tributo não ficam à mercê da vontade ou predisposição do sujeito passivo, como também não ficam à mercê dos caprichos dos agentes do fisco. A lei é a fonte e a medida do tributo.

O art. 39, I, “d”, do RICMS, repetindo disposições de idêntico teor do art. 6º, III, da Lei nº 7.014/96, ao cuidar das hipóteses em que juridicamente se admite a aplicação da chamada responsabilidade solidária, prevê a possibilidade de responsabilização dos transportadores. É de se observar que norma se refere a “transportadores”, e não aos “empregados”, “motoristas” ou “prepostos” dos transportadores.

Sendo assim, o nome de Jocleber Santos da Cruz figura indevidamente no Termo de Apreensão como transportador e no Auto de Infração como responsável tributário, e, por conseguinte, não há fundamento jurídico para que a autuação recaísse sobre ele.

Houve neste caso um vício de substancial importância, pois o Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa à qual a lei não atribui a figura da responsabilidade solidária.

Nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF, o procedimento é nulo por ilegitimidade passiva.

A repartição deverá examinar se existem elementos que justifiquem a renovação da ação fiscal.

Diante do acima exposto, e em total concordância com a Decisão paradigma, contida no Acórdão nº 0091-03/10, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **VOTO DIVERGENTE. (Quanto a fundamentação).**

No tocante à ilegitimidade passiva, peço vênica para discordar do nobre colega Presidente/Relator. Observo que o lançamento tributário teve como imputação a realização de operações de circulação de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. A defesa contestou a acusação, com a alegação de que a operação se encontrava devidamente acobertada pela Nota Fiscal nº5865, tendo como destinatário a Brasken S.A. situada no Pólo Petroquímico, no município de Camaçari, cujo documento, segundo o defendente, não fora aceito pelo autuante com a alegação de que a data de sua emissão era divergente da data de saída correspondente.

Examinando as peças processuais, verifiquei que o motivo determinante da apreensão, foi efetivamente a realização de operação de circulação de mercadoria desacompanhada de nota fiscal, o autuado tomou conhecimento e reconheceu a acusação, tanto assim que assinou sem qualquer ressalva o Termo de Apreensão.

Ressalto que não ficou provado que a Brazpallet seja a verdadeira proprietária das mercadorias. A nota fiscal apresentada não traz nem os dados do veículo que transportava os pallets apreendidos, nem o nome do transportador porventura contratado pela Brazpallet, da forma que se encontra a nota fiscal, por si só não prova que os pallets nela discriminados são os mesmos objeto da apreensão que fundamentaram a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao argumento de que a vinculação do autuado, Sr. Jocleber Santos da Cruz com a Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda. fora admitida pela fiscalização porque a Brazpallet foi eleita depositária fiel das mercadorias, não concordo, visto que à pode ser eleito depositário qualquer terceiro indicado pelo fisco, q como tal a Brazpallet. Ressalte-se que ao contrário do que aduziu o termo de depósito não foi o Sr. Jocleber Santo da Cruz, e sim

Silva que figura na qualidade de sócia no quadro societário da depositária. Não ficou provado que a Brazpallet seja a verdadeira proprietária da mercadoria na forma ensejada no voto prolatado. Portanto, consoante Termo de Depósito, a Brazpallet figura nos autos na condição de depositária e não de proprietária da mercadoria.

Da análise das peças, verifica-se que o caminhão é de propriedade do Sr. Jorge Luiz da Cruz, adquirido com reserva de alienação fiduciária, junto ao Banco Bradesco, não se trata de arrendamento mercantil conforme fora alegado no voto, cujo veículo fora cedido de algum modo ao autuado, que pelo conjunto dos elementos trazidos aos autos restou demonstrado a sua condição de transportador, e não de mero motorista, uma vez que não há prova de tal vinculação profissional. Não consta dos autos qualquer contrato vinculando o autuado ao proprietário do veículo ou ao depositário signatário do Termo de Depósito na condição de motorista.

Diante do exposto, não há dúvida de que o autuado é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto na condição de detentor/transportador da mercadoria sem nota fiscal. Posto que de acordo com o art. 39, inciso V do RICMS/97, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, 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.

Saliento, contudo, que coaduno com o entendimento do Presidente/Relator de que deve ser julgado nulo o Auto de Infração, entretanto fundamentado em outro argumento, o de falta de elementos que determine com segurança a lavratura do Auto de Infração. No demonstrativo “Levantamento de Preço Corrente” à fl.05, consta o preço unitário de R\$ 25,00 da mercadoria, sem esclarecer de que forma o mesmo fora obtido. Não consta nos autos o critério adotado para determinação da base de cálculo, assim como não existe a memória de cálculos de apuração da base de cálculo e do valor do imposto consubstanciado no Auto de Infração, situações que acarretam a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento do direito de defesa. Nos termos da Súmula nº 01 deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a descrição dos fatos imputados e a demonstração da base de cálculo, bem como o método aplicado para a apuração do tributo.

Ante o exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Contudo, diante dos fatos levantados no processo, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, represento à autoridade administrativa competente no sentido da realização de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime julgar **NULO** o Auto de Infração nº **944505/60-0**, lavrado contra **JOCLEBER SANTOS DA CRUZ**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR / Voto divergente  
(Quanto a fundamentação)

TERESA CRISTINA D