

PROCESSO - A. I. Nº 211841.0703/10-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 04/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0210-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, a qual, na condição de motorista, não poderia figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Questão ultrapassada em razão de não haver restado configurado descumprimento de obrigação tributária principal quando da apreensão das mercadorias. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Entretanto, na espécie concreta versada, da apreciação dos fatos narrados na autuação, dois pontos importantes mereceram análise: **a)** a mercadoria (álcool hidratado) originou-se de uma empresa localizada em Minas Gerais, com destino a estabelecimento situado no Estado do Maranhão; **b)** não houve o flagrante de que a mercadoria estava sendo entregue ou descarregada no território deste Estado (Bahia), conseqüentemente, se algum imposto era devido no momento da abordagem pelo Fisco, este seria devido ao Estado de Minas Gerais, o concernente a operação normal, enquanto que o por substituição, se devido fosse, seria para o estado destinatário da mercadoria, no caso o Maranhão. Por esses motivos, a hipótese que se apresenta é a de **improcedência** do Auto de Infração em face da existência de **ilegalidade flagrante** no lançamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS no exercício do controle da legalidade, em relação ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado pela fiscalização no trânsito de mercadorias, concernente ao seguinte fato: *“Apresentação do DANFE Nº 3991, de 16/07/10, emitido por SADA Bio Energia e Agricultura Ltda., CGC 06044698/0008-08, acobertando o transporte de 44,780 litros de álcool hidratado, com inexatidão das informações constantes no citado documento fiscal, quanto ao real destinatário das mercadorias, tendo em vista que encontra-se com inscrição estadual suspensa junto à SEFAZ-Ma. Deixando de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS”*. (sic). Foi lançado o imposto no valor de R\$14.063,92 com multa de 60% tipificada no Art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Através de Parecer às fls. 104 e 105 dos autos deste processo, a representante da PGE/Profis, procuradora Maria Olívia T. de Almeida, em sede de controle de legalidade deste feito, destaca inicialmente que a ação fiscal é nula, na medida em que o Auto de Infração foi lavrado contra

quem não possui legitimidade para estar no pólo passivo da demanda. Cita que no Termo de Apreensão, fls. 04 e 05, o autuado, Sr. Carlos Roberto de Oliveira foi qualificado como motorista da empresa transportadora das mercadorias encontradas em situação irregular, não se podendo atribuir ao mesmo nenhuma responsabilidade tributária, haja vista que não estava agindo em seu nome. Acrescenta que os documentos de fls. 09 e 12 confirmam tal assertiva.

Observa que a defesa apresentada nas fls. 37 e seguintes, da lavra da empresa SADA BIO ENERGIA E AGRICULTURA LTDA., alega ilegitimidade para integrar o pólo passivo da presente demanda, haja vista que sequer é indicada no lançamento tributário em questão. Considera a PGE/Profis que, de fato, a despeito de constar como empresa emitente do documento fiscal impugnado pelo Fisco, a mesma não integrou a relação jurídica em questão, não cabendo, portanto, a intimação que lhe fora enviada no sentido de apresentar-se para tomar ciência do Auto de Infração, efetuar o pagamento ou apresentar defesa (fl. 24).

Pelos motivos acima alinhados, manifestou-se contrária à inscrição em dívida ativa do crédito tributário constituído por conduto do presente processo e, com fulcro no Art. 119, II do COTEB representa ao CONSEF no sentido de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em tela.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS às fls. 106 ratifica os termos da representação e encaminha a representação ao CONSEF para apreciação por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A presente representação propõe que o Auto de Infração em tela seja julgado nulo em face da ilegitimidade passiva do autuado, posto que fora lavrado contra quem não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, ou seja, o motorista do caminhão que transportava as mercadorias consideradas em situação irregular, ao invés de ter sido eleita à empresa transportadora identificada no próprio documento fiscal como a responsável tributária.

Com efeito, da análise dos documentos presentes aos autos, percebe-se, com clareza, que o Sr. Carlos Roberto de Oliveira está qualificado na condição de condutor do veículo que transportava a mercadoria apreendida, sendo que, no próprio DANFE fl. 8, consta como sendo a empresa Metta Ind. e Com. de Produtos Químicos a transportadora da mercadoria ao passo que, no documento de licenciamento do veículo, fl. 9, consta que este é de propriedade da empresa Malbe Transportes de Cargas Ltda.

Neste contexto, entendo que estaria correta a PGE/PROFIS em pleitear a nulidade do Auto de Infração na medida em que o vício constatado na ação fiscal o contamina no seu todo, vez que, no presente caso, deveria ser atribuído ao transportador, à responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 6º, III, “d” da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Entretanto, na apreciação dos fatos, ultrapasso essa nulidade, pois flagrante também é a improcedência do lançamento tributário.

Observo que no presente caso, a autuação foi levada a efeito no Posto Fiscal Jaime Baleeiro, município de Urandi/BA, divisa com o Estado de Minas Gerais, sob o argumento de que houve, segundo a descrição dos fatos, “*Apresentação do DANFE Nº 3991, de 16/07/10, emitido por SADA Bio Energia e Agricultura Ltda., CGC 06044698/0008-08, acobertando o transporte de 44,780 litros de álcool hidratado, com inexatidão das informações constantes no citado documento fiscal, quanto ao real destinatário das mercadorias, tendo em vista que encontra-se com inscrição*

estadual suspensa junto à SEFAZ-Ma. Deixando de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS". Já no campo da infração, está consignado que a autuação decorreu de "falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria".

Ora, na espécie concreta versada, ao apreciarmos os fatos narrados na autuação, onde também se verifica uma flagrante contradição entre a descrição dos fatos e a imputação propriamente dita, duas questões importantes merecem destaque na medida em que:

- a) a mercadoria (álcool hidratado), originou-se de uma empresa localizada em Minas Gerais, com destino a estabelecimento situado no Estado do Maranhão;
- b) não houve o flagrante de que a mercadoria estava sendo entregue ou descarregada no território deste Estado (Bahia), consequentemente, se algum imposto era devido no momento da abordagem pelo Fisco, este seria devido ao Estado de Minas Gerais, o concernente a operação normal, enquanto que o por substituição, se devido fosse, seria para o estado destinatário da mercadoria, no caso o Estado do Maranhão.

Por tudo o quanto aqui foi exposto, vejo que a PGE/PROFIS, no caso concreto, apresentou os fatos que, em primeira análise, como já dito anteriormente, levariam à conclusão pela nulidade do Auto de Infração. Entretanto, ainda no escopo da representação, foram constatados outros fatos, acima descritos, que conduzem a uma conclusão diferente da encaminhada pela PGE/PROFIS, visto que a hipótese concreta não seria de nulidade do Auto de Infração, e, sim, para julgamento pela sua Improcedência, em face da presença de ilegalidade flagrante no lançamento de ofício, visto que, na situação fática, não é devido o imposto lançado.

Em conclusão, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação encaminhada, porém, em face da ilegalidade flagrante no lançamento, detectada no conjunto dos fatos analisados, visto que a representação traz toda a matéria à apreciação, julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 211841.0703/10-9 lavrado contra **CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS