

**PROCESSO** - A. I. Nº 210558.0705/10-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - M.M. TRANSPORTE LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 25/08/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0238-12/11

**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. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Entretanto, na espécie concreta versada, e da apreciação dos fatos narrados na autuação, restou configurado que a inidoneidade do documento fiscal não pode ser atribuída ao transportador, vez que o fisco presumiu que as mercadorias não seriam entregues ao seu destinatário no Estado de Pernambuco. Não há provas de que a mercadoria seria internalizada neste Estado e nem houve flagrante da entrega em local diverso. 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: *“Veículo placa JSW0934(trator) e reboque JSW5154 e JSW1641 BA, conduzido por o Sr. ALMERINDO DE JESUS RODRIGUES, abordado no Posto da Polícia Rodoviária Federal na BR 116 após o Posto Fiscal Benito Gama. foi constatado que não apresentou a documentação no posto fiscal para a devida fiscalização e registro dos DANFES(nota) no sistema SEFAZ, veículo conduzia as mercadorias constantes dos DANFES 30530, 30529, 30527, 30526, 30525, procedente do Estado de São Paulo, da Firma: INDÚSTRIA DE BEBIDAS PARIS LTDA. – Rio das Pedras – SP. destinada a empresa com endereço no estado de Pernambuco, ao pedir diligência ao Estado de pernambuco nos foi informado atraves do termo de CONSTATAÇÃO (em anexo), que no endereço funciona um templo evangélico. Na impossibilidade de não podermos identificar o verdadeiro destinatário foi lavrado o auto der infração contra o responsável solidário o “transportador”. (sic).*

A título de infração está consignado: *“Mercadoria, comprovadamente, não solicitada pelo destinatário constante na Nota Fiscal”*. Foi lançado o imposto na quantia de R\$28.903,75 acrescido da multa de 100% prevista no Art. 42, inciso IV “a” da Lei nº 7.014/96.

Através de Parecer às fls. 53 a 55 dos autos deste processo, a representante da PGE/PROFIS, procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, em sede de controle de legalidade deste feito, destaca, inicialmente, que a autuação se baseou na inidoneidade do documento fiscal que acompanhava a mercadoria transportada pelo autuado, por ter sido emitido com intuito de fraude (art. 209, VI, do RICMS/BA), o qual transcreveu, destacando, a seguir, que a Lei nº 7.014/96 em seu art. 6º, prevê a

responsabilidade do transportador pelo pagamento do ICMS (inciso III), em relação as mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea.

Destaca que embora, aparentemente, a responsabilidade solidária do transportador estar caracterizada, o dispositivo legal mencionado há de ser interpretado considerando o princípio da razoabilidade, visto que, apesar de indiscutível ser a responsabilidade solidária do transportador na hipótese de transporte de mercadoria sem documentação fiscal, mas, no caso de documento fiscal inidôneo é preciso se discutir que causa de inidoneidade pode ser atribuída ao transportador.

Pontua que no presente caso a inidoneidade do documento fiscal está fundada na impossibilidade de solicitação da mercadoria pelo destinatário, em função de declaração fornecida pelo Fisco de Pernambuco, porém tal fato não pode ser imputado ao transportador, a quem não cabe exigir comprovação da condição ou não de atacadista do adquirente.

Afirma que o Fisco da Bahia, diante das informações colhidos do Fisco de Pernambuco, presumiu que a mercadoria não se destinava àquele adquirente constante no documento fiscal e que a mercadoria seria internalizada neste Estado. Entende que estamos diante de suposições do Fisco Estadual, já que não há prova da fraude na emissão do documento fiscal, muito menos há prova do conluio do transportador na suposta fraude.

Conclui que não há elementos nos autos que possibilitem a certeza de que a mercadoria não se destinava a adquirente de Pernambuco, já que não houve flagrante de entrega de mercadoria em local diverso, trânsito por estrada incompatível e, conseqüentemente, não comprovada a inidoneidade do documento fiscal por fraude, muito menos se pode responsabilizar o transportador.

Pelas razões acima expostas, propõe Representação ao CONSEF a fim de que seja declarada a NULIDADE do Auto de Infração por *ilegitimidade passiva*.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS, à fl. 56, ratifica os termos da representação e a encaminha 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 transportador das mercadorias apreendidas.

Com efeito, da análise dos documentos presentes aos autos, tem-se que as mercadorias objeto da autuação se originaram do Estado de São Paulo com destino a contribuinte localizado no Estado de Pernambuco. A causa da autuação, isto é, o fato motivador da lavratura do Auto de Infração, foi “*Mercadorias, comprovadamente, não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal*”.

Ora, o enquadramento da infração no art. 209, VI do RICMS/BA remete à atribuição de responsabilidade solidária ao transportador que conduzir mercadoria sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou de documentação fiscal inidônea. A procedência da mercadoria está comprovada, o documento fiscal não é inidôneo, apenas, como bem disse a PGE, o Fisco baiano presumiu, com base em uma informação do Fisco do Estado de Pernambuco, que as mercadorias não seriam entregues naquele Estado e, conseqüentemente, seriam internalizadas no Estado da Bahia. Não existe prova neste sentido nos autos.

Observo que, no presente caso, a autuação foi levada a efeito no Posto Fiscal Benito Gama, município de Vitória da Conquista/BA, sendo que não houve o flagrante de que a mercadoria estava sendo entregue ou descarregada no território deste Estado (Bahia). Nesta condição, se algum imposto porventura era devido no momento da abordagem pelo Fisco, não seria devido a

este Estado, vez que não se comprova nos autos, qualquer procedimento que ensejasse cobrança de imposto pelo Fisco baiano.

Por tudo o quanto aqui foi exposto, vejo que a PGE/PROFIS, no caso concreto, apresentou os fatos para apreciação pelo CONSEF. Entretanto, ainda no escopo da representação e com base nos fatos nela descritos chego 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, uma vez 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, e considerando 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 **210558.0705/10-0** lavrado contra **M.M. TRANSPORTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS