

**PROCESSO** - A. I. Nº 152477.0105/10-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MM TRANSPORTES LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª CJF nº 0312-05/10  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 07/10/2011

## **2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0314-12/11**

**EMENTA:** ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE. MERCADORIAS CONSIDERADAS COMO NÃO SOLICITADAS PELO DESTINÁRIO. Restou configurado que a dita inidoneidade do documento fiscal não pode ser atribuída ao transportador vez que, o fisco presumiu que as mercadorias não seriam entregues ao destinatário das mercadorias situado no Estado de Pernambuco. Não há provas de que a mercadoria foi ou seria internalizada neste Estado e nem houve flagrante da entrega da mercadoria em local diverso. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal em face da sua Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito de mercadorias, em 07/04/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 28.802,97, acrescido de multa de 100%, contra a empresa transportadora MM Transportes Ltda, referente ao transporte das mercadorias acobertadas pela NF-e (DANFE nº 37147), com a acusação de: “mercadorias comprovadamente não solicitadas pelo destinatário”.

O recorrido interpôs defesa inicial, alegando improcedência da infração. O autuante manteve a autuação e os autos foram remetidos para a 5ª JJF que exarou o julgamento abaixo transcrito, em parte

*“(…) Da análise dos autos verifico que a situação jurídica de cancelamento da inscrição do contribuinte J. dos Santos Silva, destinatário das mercadorias apreendidas e com endereço cadastrado no município de Petrolina-Pe, só se consolidou com a publicação do edital específico, no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, fato verificado em 30/04/2010, portanto posterior à formalização do lançamento tributário, ocorrida em 07/04/2010.*

*O transportador da mercadoria, sediado em Vitória da Conquista-Bahia, ao qual foi atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto, via Auto de Infração, não poderia saber que o estabelecimento de destino, sediado em outro Estado, já não mais funcionava no endereço indicado na nota fiscal eletrônica (DANFE nº 37.147). Para tanto, teria que fazer as diligências empreendidas pelo fisco, que detém os poderes de investigação e de polícia, que não são conferidos aos particulares. No caso concreto, somente após a devida publicidade do ato de cancelamento, que foi precedido da investigação do fisco de Pernambuco, poderia o transportador deixar de executar o contrato de transporte, para não responder solidariamente pelos tributos vinculados à operação.*

*A questão que se apresenta, também, nesta lide é se o tributo seria devido ao Estado da Bahia, visto que a operação autuada envolvia remessas entre contribuintes localizados nos estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco. Necessária seria a apresentação das provas de que as mercadorias foram ou estavam sendo, no momento da ação fiscal, internalizadas no território baiano.*

*Nesta situação se encontra caracterizada a NULIDADE do lançamento fiscal, por dois fundamentos:*

- 1) a ilegitimidade passiva, com espeque no art. 18, inc.IV, “b”, do RPAF/99, por ter o autuante atribuído responsabilidade tributária de infração que não foi cometida pelo condutor da carga;*

- 2) *incerteza de cometimento de infração contrária aos interesses arrecadatários da Fazenda Pública da Bahia, ensejando o declaração de invalidade do ato de lançamento com base no art. 18, IV, “a”, do mesmo diploma legal acima citado.*

*Representa-se à autoridade fazendária competente para que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal a salvo das falhas acima apontadas.”*

Por conta desta Decisão a 5ª JJF recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

## VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que se trata de Auto de Infração lavrado no Posto Fiscal Benito Gama, situado no município de Vitória da Conquista/Ba, no trânsito de mercadorias transportadas pela recorrida, tendo sido emitido o Termo de Apreensão e Ocorrências (doc. fls. 4 e 5), para a retenção da carga e verificação do real destinatário das mercadorias. Segundo consta na “*Descrição dos Fatos*” do AI, acostado à fl. 4 dos autos, as mercadorias destinavam-se a contribuinte sediado no Estado de Pernambuco, e que tal empresa contribuinte inexistia, conforme documento acostado à fl. 7, firmado pela SEFAZ Pernambuco e datado de 29 de março de 2010, no qual tem-se uma declaração da filha do proprietário do imóvel existente no endereço constante da Nota Fiscal que acobertava as mercadorias apreendidas e, posteriormente liberadas por força de MANDADO DE SEGURANÇA, expedido pela 10ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, tendo como autor da ação a empresa J. DOS SANTOS SILVA, destinatária das mercadorias, conforme documento legal acostado à fl. 25 dos autos.

Constatei que, tal como alegou a recorrida em sua peça defensiva, as mercadorias que transportava estavam acobertadas pela Nota Fiscal eletrônica – DANFE nº 000037147, tendo por destinatário a empresa J DOS SANTOS SILVA-ME, localizada no município de Petrolina/PE (DOC. 02, da defesa – fls. 64/66) e que a citada empresa destinatária se encontrava regularmente inscrita perante o cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado do Pernambuco, conforme DOC 03, constante às fls. 68/71, no momento da lavratura da autuação, ou seja, 07 de abril de 2010. A materialização legal do cancelamento da inscrição da empresa J. DOS SANTOS DA SILVA – ME, somente ocorreu em 30/04/2010, através de publicação no Diário Oficial do Governo do Estado de Pernambuco. Portanto, em data posterior a autuação, o que comprovaria a tese defensiva arguida nos autos e apreciada pela 5ª JJF.

Ademais, a recorrida, sediada em Vitória da Conquista, Estado da Bahia, na condição de mera transportadora das mercadorias, não teria o condão de saber que a empresa destinatária já não mais funcionava no endereço indicado na NF-e (DANFE nº 37.147) e que estaria prestes a ter seu cancelamento efetivado. Tal condição exigiria prévia e legal ação de diligência fiscal ou policial para as quais exige-se “*os poderes de investigação e de polícia, que não são conferidos aos particulares*”, como pontuou a 5ª JJF.

Por conseguinte, entendo que a recorrida não poderia figurar como sujeito passivo por não ter cometido nenhuma ofensa aos ditames legais que norteiam a operação tributária por ela realizada e não feriu os dispositivos legais que embasaram o Auto de Infração.

Todavia, discordo da Decisão da 1ª Instância que, apreciando o próprio mérito da autuação em tela, julgou pela Nulidade do Auto de Infração com base nas seguintes teses: da “*ilegitimidade passiva, com espeque no art. 18, inc.IV, “b”, do RPAF/99, por ter o autuante atribuído responsabilidade tributária de infração que não foi cometida pelo condutor da carga; e a tese da “incerteza de cometimento de infração contrária aos interesses arrecadatários da Fazenda Pública da Bahia, ensejando o declaração de invalidade do ato de lançamento com base no art. 18, IV, “a”, do mesmo diploma legal acima citado*”.

Entendo que tais teses de nulidade não se aplicam ao caso em tela. Primeiro, por entender que não se trata de ilegitimidade passiva do condutor da carga, bem como não vislumbro incerteza da infração, mas, sim, certeza da inoccorrência infracional nos termos postos na autuação à fl. 1, ou seja, “*mercadorias, comprovadamente, não solicitadas pelo destinatário constante na Nota Fiscal*”, enquadrada no art. 209, inciso VI do RICMS. Ora, ficou comprovado que a empresa destinatária, de fato, solicitou o transporte das mercadorias constantes no *DANFE nº 37.147*, inclusive foi quem impetrou o Mandado de Segurança para liberação das mesmas e não constava qualquer cancelamento público no cadastro de contribuintes da referida empresa na data do lançamento de ofício através da lavratura do Auto de Infração.

E, ao contrário do que preceitua o diploma legal supracitado que embasou a infração, não restou comprovado que a recorrida transportava mercadorias acobertada por documento fiscal inidôneo, ou seja, aquele documento que embora revestido das formalidades legais tenha o **intuito comprovado de fraude**.

Assim sendo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para julgar IMPROCEDENTE do Auto de Infração em epígrafe.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152477.0105/10-0**, lavrado contra **MM TRANSPORTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS –RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS