

**PROCESSO** - A. I. Nº 000093.2487/90-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - JOSIMAR PEREIRA DOS SANTOS  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 27/12/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0442-12/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em tela. Presença de vícios jurídicos que atentam contra o princípio da estrita legalidade tributária: **a)** não consta nos autos a comprovação do valor arbitrado pelo fisco para determinação do preço atribuído às mercadorias apreendidas, tornando inseguro o valor da base de cálculo do lançamento. **b)** autuação 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 **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

De acordo com o instrumento de fls. 35 a 36 a ilustre procuradora lotada na PGE/PROFIS Maria Dulce Baleeiro Costa, encaminha representação pugnando pela declaração da nulidade do presente Auto de Infração.

Destaca que o Sr. Josimar Pereira dos Santos foi autuado para exigir-lhe o pagamento do imposto no valor de R\$482,20 mais multa de 100% “*por transporte de mercadoria desacompanhada de nota fiscal*”, enquanto que, no Termo de Apreensão consta que a empresa J MOREIRA DA CONCEIÇÃO foi nomeado como fiel depositário das mercadorias apreendidas.

Neste passo, destaca que é preciso identificar o papel do autuado na relação jurídica posta, para que seja possível concluir se é figura legítima ou não para ocupar o pólo passivo da relação jurídico-tributária.

Pontua que o autuado agia como motorista da empresa acima mencionada e que, nesta condição, à luz do art. 6º da Lei nº 7.014/96 e considerando que o autuado não transportava a mercadoria por sua conta e risco e, sim, por ordem e determinação da empresa J MOREIRA DA CONCEIÇÃO não vê como se exigir do autuado o imposto devido.

Aduz que a relação de subordinação entre o autuado e a mencionada empresa impede que esse seja tomado como transportador autônomo, devendo, desta maneira, o imposto ser exigido daquele que lhe ordenou o transporte irregular das mercadorias, no caso presente, o Depositário.

Nesta linha, propõe representação ao CONSEF para que seja declarada a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva do autuado e recomenda a renovação da autuação contra a empresa J MOREIRA DA CONCEIÇÃO, a salvo de falhas.

A ilustre procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, através de despacho à fl. 37, após alinhar sua fundamentação a respeito do assunto em pauta, ratifica os termos da representação e determina, com fundamento no art. 119, II do COTEB, seu encaminhamento ao CONSEF com vistas à declaração de nulidade da autuação.

### VOTO

Do exame da representação sob apreciação, emergiu da análise dos autos outra questão prejudicial decorrente de vício jurídico que atenta contra o princípio da estrita legalidade tributária, e que aqui entendo ser necessário também destacar.

Este vício se relaciona a determinação do valor da base de cálculo indicada pelo Fisco no Termo de Apreensão à fl. 2. Vê-se, neste documento, que a autuante inseriu a seguinte observação: *“Biscoitos sem nota fiscal sendo distribuído em Ilhéus, por conta e ordem do contribuinte depositário deste termo. Base de cálculo de acordo com preços de biscoitos similares vendidos no comércio varejista de Ilhéus”*.

Ora, a fixação do valor da base de cálculo deve obedecer, sempre, os critérios previstos em lei. No caso que ora se examina, a autuante não indica, de forma segura, como chegou ao valor da base de cálculo, tomando como parâmetro, a meu ver, valor totalmente aleatório e carente de comprovação.

Neste contexto, entendo que este vício constatado na ação fiscal contamina todo o Auto de Infração e dentro desse quadro factível fica evidente a insegurança na fixação do *quantum debeat* da infração imputada, hipótese prevista na legislação, Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, como determinante da nulidade da autuação.

A este respeito, invoco a Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita:

**“SÚMULA CONSEF Nº 01**

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.  
FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.**

*É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”*.

O outro vício presente na autuação, corretamente apontado pela PGE/PROFIS, se reveste na ilegitimidade passiva do autuado para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, visto que, o Sr. Josimar Pereira dos Santos está identificado, claramente, no Termo de Apreensão, fl. 2, como motorista do veículo apreendido, ao tempo que em o mesmo estava operando por conta e ordem do contribuinte depositário das mercadorias apreendidas.

Nesta ótica, o vício acima apontado, contamina o lançamento 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;**

Isto posto, *in casu*, como já dito, os vícios acima delineados inferem-se situações de nulidade absoluta, razão pela qual, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta no sentido de que o Auto de Infração nº 000093.2487/90-4 seja julgado NULO.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **000093.2487/90-4**, lavrado contra **JOSIMAR PEREIRA DOS SANTOS**, devendo o PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para o devido conhecimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS