

PROCESSO - A. I. N° 000093.2487/90-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSIMAR PEREIRA DOS SANTOS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 27/12/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0442-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, da Lei n° 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 Baleiro 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 n° 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 alinhavar 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 debeatur* 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 comprehensiva, 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