

A. I. Nº - 279268.0110/03-5
AUTUADO - VARIG LOGÍSTICA S.A.
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - IFME-DAT/METRO
INTERNET - 14.06.04

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200/01-04

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTADOR. DOCUMENTO FISCAL CONSIDERADO INIDÔNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuação baseada em indícios de irregularidade da inscrição cadastral do emitente. Nos termos do art. 209, parágrafo único, do RICMS/97, para que um documento fiscal seja considerado inidôneo é preciso que contenha irregularidades de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine. Provado que o fato gerador da obrigação tributária ocorreu em outro Estado. O fisco baiano não tem competência para cobrar tributo devido a outra unidade da Federação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/03, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a mercadorias em trânsito acobertadas por Nota Fiscal considerada inidônea, por ter sido emitida por contribuinte “não habilitado” no Estado de origem, havendo inclusive mercadorias em quantidades inferiores às indicadas no documento fiscal. ICMS lançado: R\$ 6.379,29. Multa: 100%.

Foram apresentadas duas defesas, uma por Grasse Perfumes e Essências Ltda., na condição de destinatário das mercadorias, e outra por Varig Logística S.A., na condição de autuado, por ser o transportador das mercadorias.

Grasse Perfumes e Essências Ltda. – destinatário dos bens –, alega, como preliminar, ser pessoa legítima para impugnar o lançamento por ter interesse de agir neste caso, haja vista ser contribuinte do imposto. A seu ver, o Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa que não pode ser considerada responsável tributária, por ser uma empresa de logística. Outra preliminar: não há comprovação do método de apuração da base de cálculo, pois o autuante não provou a origem dos preços médios unitários das mercadorias, não tendo feito acompanhar a autuação da prova do que afirmou no Auto de Infração, sequer indicando a fonte de onde supostamente foram tomados os preços que arbitrou para as mercadorias, havendo, por conseguinte, falta de liquidez e certeza quanto ao valor lançado. Discorre acerca do aspecto quantitativo do fato gerador do tributo. Refere-se a acórdãos deste Conselho que decretaram a nulidade de procedimento fiscal em face de critérios insuficientes para configurar a infração. Quanto ao mérito, assinala que a suposta irregularidade diz respeito a contribuinte de outra unidade da Federação, não havendo, por isso, prejuízo para a fazenda estadual da Bahia, registrando-se ainda a extraterritorialidade em relação à lei deste Estado. Aduz que o destinatário é inscrito no SimBahia, na condição de microempresa, de modo que o tributo é pago independentemente da relação entre compras e vendas. No tocante à diferença quantitativa a que se refere o Auto de Infração, pondera que tal circunstância não acarreta prejuízo para a Bahia, pois a suposta falta se relaciona ao remetente

das mercadorias, que é estabelecido em outro Estado. Cita decisão do CONSEF. Acusa o fisco de ter arbitrado a base de cálculo. Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo ou improcedente.

O autuado, Varig Logística S.A. – transportador dos bens –, alega excesso de multa, o que, a seu ver, implicaria nulidade do lançamento. Quanto aos fatos, alega que a atividade de transporte aéreo é muito trabalhosa e complexa, não tendo no caso em exame praticado nenhum crime, de modo que não se justifica a pena que lhe foi imposta. Argumenta que, de acordo com a Lei nº 7.565/86, que regula o transporte aéreo, o expedidor da encomenda, sem prejuízo da responsabilidade penal, responde pela exatidão das indicações e declarações constantes no Conhecimento Aéreo e pelo dano que, em consequência de suas declarações ou indicações irregulares, inexatas ou incompletas, vier a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa. Cita comentários que atribui a José da Silva Pacheco (não cita a fonte). Pede que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que não se ateria à defesa apresentada pela Grasse Perfumes e Essências Ltda., pois esta não tem legitimidade passiva para tal, primeiro, porque quem cometeu a infração foi o emitente da Nota Fiscal, que é contribuinte do Estado de São Paulo; segundo, porque a responsabilidade solidária é atribuída ao detentor ou transportador das mercadorias; e terceiro, porque o destinatário não chegou a deter as mercadorias, de modo que a ele não poderia ser imputada responsabilidade solidária, e, consequentemente, não tem legitimidade passiva para postular.

Quanto à defesa apresentada pela Varig Logística S.A., o fiscal acentua os aspectos que motivaram a autuação, e explica que não se baseou nos preços indicados na Nota Fiscal porque os mesmos estão abaixo do preço de mercado. Aduz que foi feito o arbitramento da base de cálculo com apoio no art. 938, V, “b”, do RICMS/97, adotando os preços médios de venda a varejo praticados por estabelecimentos varejistas desta capital, conforme instrumentos às fls. 15 a 19. Frisa que a multa de 100% é prevista na legislação. Fala da previsão legal do instituto da solidariedade tributária. Opina pela procedência do lançamento.

O processo foi submetido à apreciação da 1ª Junta, na pauta suplementar de 5/5/04, concluindo-se que a lide está em condições de ser julgada.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a mercadorias em trânsito acobertadas por Nota Fiscal considerada inidônea, por ter sido emitida por contribuinte “não habilitado” no Estado de origem, havendo inclusive mercadorias em quantidades inferiores às indicadas no documento fiscal. O emitente da Nota Fiscal é a empresa B.A.S. Comercial Importadora e Exportadora Ltda., estabelecida no Estado de São Paulo. As mercadorias são destinadas a contribuinte inscrito no Estado da Bahia. O Auto de Infração foi lavrado em nome da empresa transportadora.

Noto que foram apresentadas *duas defesas*: uma pelo autuado, Varig Logística S.A., na qualidade de responsável solidário, por ser o transportador dos bens, e outra pelo destinatário das mercadorias, Grasse Perfumes e Essências Ltda., que alega ser pessoa legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica, por ser contribuinte do imposto, considerando imprópria a autuação efetuada em nome do transportador.

Cumpre, em primeiro lugar, decidir acerca da existência dessas duas defesas.

Em tese, é legal a autuação do transportador ou detentor de mercadorias em situação irregular. A Lei nº 7.014/96, no art. 6º, III, “d”, e IV, atribui ao transportador e ao detentor de mercadorias em

situação irregular a qualidade de responsável solidário pelo tributo devido pelo contribuinte, de modo que o lançamento do tributo tanto pode ser efetuado em nome do contribuinte como em nome do responsável. No caso em exame, não era possível ser feito o lançamento em nome do contribuinte, pois este é estabelecido em outra unidade da Federação, não tendo como ser alcançado pela lei baiana, em face do princípio da territorialidade. Noutras palavras, no caso em exame, a responsabilidade solidária assume uma feição singular, pois o responsável tributário é posto em pé de igualdade com um contribuinte inacessível à lei baiana, de modo que a responsabilidade recai inevitavelmente sobre o responsável, já que ele, na pessoa do preposto que conduz o veículo transportador, se encontra fisicamente no território nacional no momento da apuração do fato.

Na defesa apresentada pela Grasse Perfumes e Essências Ltda., esta alega que tem legitimidade passiva para integrar a lide por ser contribuinte do imposto. Esse argumento não prospera, pois o interesse de agir não é determinado pelo simples fato de determinada pessoa ser contribuinte do imposto. No pólo passivo da relação jurídica podem figurar o contribuinte ou o responsável. Em face do art. 6º da Lei nº 7.014/96, que põe o transportador e o detentor de mercadorias em pé de igualdade, na condição de *responsáveis solidários*, pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo *contribuinte* nas situações ali descritas, cumpre ao intérprete perquirir o que seja responsável e o que seja contribuinte. “Responsável” é aquela pessoa que é chamada a responder por obrigação de terceiro em virtude de algum vínculo mantido com este, nos estritos termos da lei (sua responsabilidade é, portanto, indireta); por sua vez, o termo “contribuinte” designa, tecnicamente, a pessoa que dá ensejo à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária relativa determinada operação (sua responsabilidade é direta, vale dizer, o contribuinte é relacionado direta e imediatamente ao fato jurídico gerador da obrigação tributária). Tendo em vista que, de acordo com a norma jurídica do tributo em apreço, nas operações verificadas no mercado interno o contribuinte é aquele de cujo estabelecimento se dá a saída das mercadorias, isto significa dizer que o contribuinte a que se refere a lei é a pessoa que deu saída das mercadorias do seu estabelecimento, e não o destinatário dos bens, pois o destinatário ou comprador não precisa ser, necessariamente, contribuinte de direito. Nas vendas a consumidor final, por exemplo, o destinatário não precisa ser (e quase sempre não é) contribuinte do imposto (é contribuinte de fato, mas não contribuinte de direito, e no caso em análise apenas este importa).

No lançamento em discussão, o destinatário não integra a relação jurídica tributária. Sendo assim, não é pessoa legítima para apresentar defesa. Por conseguinte, seria o caso de se mandar desentranhar o instrumento apresentado pela Grasse Perfumes e Essências Ltda., dando-lhe ciência do fato, de acordo com o devido processo legal. No entanto, na instrução do processo, quando os autos foram submetidos à pauta suplementar, na sessão do dia 5/5/04, foi deliberado que se acolhesse o instrumento protocolado pelo destinatário como peça subsidiária, haja vista que a Grasse Perfumes e Essências Ltda. é sem dúvida um terceiro interessado neste caso.

Passo à decisão de mérito.

Quando mercadorias procedentes de outra unidade da Federação transitam pelas rodovias desacompanhadas de documento fiscal idôneo, a lei baiana autoriza a presunção de que os bens foram postos em circulação no território deste Estado. Mas isso – frise-se – é quando as mercadorias estão transitando sem documento fiscal idôneo.

No caso em exame, as mercadorias estavam circulando acompanhadas de Nota Fiscal. Além da Nota Fiscal, havia também o Conhecimento de Transporte, que faz alusão à Nota Fiscal. O Conhecimento de Transporte, sobre o qual não pairam dúvidas quanto à sua idoneidade, constitui

prova inequívoca de que as mercadorias saíram do estabelecimento do emitente da Nota Fiscal, em São Paulo. O fato gerador do ICMS ocorre no *momento* e no *local* onde se verifica a *saída das mercadorias*. Uma vez provado que as mercadorias *saíram* de estabelecimento situado em São Paulo, concluo que, se é devido o tributo, quem tem competência para exigí-lo é o Estado de São Paulo.

O fisco considerou inidôneo o documento baseando-se unicamente no documento à fl. 12, ou seja, numa consulta ao Sintegra, onde consta que o emitente não seria habilitado, ou seja, o emitente estaria com sua inscrição em situação irregular no Estado de São Paulo. Ocorre que a consulta ao Sintegra constitui apenas um indício, não uma prova. Note-se que, de acordo com a observação constante no instrumento à fl. 12, os dados ali indicados se baseiam em “informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados”. Ou seja, não se trata de informações oficiais. Consta ainda na observação que os aludidos dados: “Não valem como certidão de sua existência de fato e de direito...”. Note-se bem: se aqueles dados não valem para atestar a existência “de fato e de direito”, para que servem, então? Resposta: servem como indício, jamais como prova. Os atos administrativos regem-se pelo *princípio da oficialidade*. Um papel como o que se encontra acostado à fl. 12, sem a assinatura de ninguém, pelo qual ninguém se responsabiliza, jamais servirá de prova para nada.

Nos termos do art. 209, parágrafo único, do RICMS/97, para que um documento fiscal seja considerado inidôneo é preciso que contenha irregularidades de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine.

O Conhecimento de Transporte (fl. 9) prova que as mercadorias são provenientes de São Paulo. Isso significa que o fato gerador da obrigação ocorreu em São Paulo. O fisco baiano não tem competência para cobrar tributo devido a outra unidade da Federação.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279268.0110/03-5, lavrado contra **VARIG LOGÍSTICA S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de junho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA