

**PROCESSO** - A. I. Nº 152701.0021/14-0  
**RECORRENTE** - NORMANDES CUSTÓDIO VIEIRA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0128-03/14  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 14/10/2014

#### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO CJF Nº 0299-11/14**

**EMENTA:** ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTADOR. DOCUMENTOS FISCAIS CONSIDERADOS INIDÔNEOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter realizado transporte de mercadoria de terceiro, acompanhada de documentação fiscal considerada inidônea. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto contra a decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 13/01/2014, exigindo R\$16.158,54 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da seguinte infração:

Infração 01 - Transporte de mercadorias sem documentação fiscal.

Constam da descrição dos fatos as seguintes observações:

Falta de pagamento do ICMS referente à antecipação tributária sobre 48.048 (quarenta e oito mil e quarenta e oito latas de cerveja schincariol de 350 ml), sendo transportadas no veículo Mercedes Benz placa HIH 2425/MG, acompanhadas pelos DANFEs nºs 296144 e 2296146, emitidos em 11/01/2014, por Brasil Kirin Logística e Distrib. Ltda., localizada à Rua Um, 491.521, cidade de Contagem – MG, destinadas à mesma cidade de Contagem. Operação acobertada com documentação fiscal considerada inidônea, contendo declaração inexata da natureza da operação, tendo em vista que as mercadorias estão supostamente destinadas a contribuinte da cidade de Contagem – MG, como se infere das cópias inclusas (colacionadas) (em anexo) Informamos ainda que, segundo o condutor do veículo, ditas mercadorias serão entregues na cidade de Salvador – Bahia.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 19 a 32 pugnando pela nulidade e improcedência da infração, como também Informação Fiscal pelo Autuante, às fls. 61 a 64, rebatendo todas as questões preliminares e justificativas defensivas, para então ratificar o seu entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

#### **“VOTO**

*Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração com base no art. 18, inciso I do RPAF/BA, alegando que a autuação foi efetuada por Agente de Tributos Estaduais, servidor incompetente para tanto.*

*Saliento que o Auto de Infração é acompanhado de demonstrativos ou planilhas que contenham detalhes que não possam ser especificados no corpo do Auto de Infração, e devem ser assinados por quem tenha competência para lavrar o Auto.*

*De acordo com as alterações promovidas no Código Tributário do Estado da Bahia, pela Lei 11.470, de 08/04/2009, a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, competindo aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (§ 3º da Lei 11.470/09).*

*No caso em exame, trata-se de fiscalização de mercadorias em trânsito, conforme Termo de Ocorrência às fls. 05/06 do PAF, estando o autuante em pleno exercício de suas funções fiscalizadoras, conforme estabelecido na legislação mencionada.*

*Observo que embora a legislação estadual tenha inserido no rol de competências dos Agentes de Tributos atividades que eram privativas dos Auditores Fiscais, para as quais é exigido nível superior em áreas de conhecimento específico, não se pode negar aplicabilidade ao dispositivo legal que estabeleceu tal competência, e não se trata de enquadrar Agentes de Tributos Estaduais como Auditores Fiscais, como entendeu o autuado.*

*Vale salientar que em relação à aplicação da legislação tributária estadual, a atividade de fiscalização é vinculada às leis, convênios, regulamentos e atos normativos oriundos da administração tributária estadual, por isso, na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do PAF, deve-se atender aos princípios da legalidade, não cabendo a este Órgão Julgador declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.*

*Em outra preliminar de nulidade apresentada o defendente alegou ilegitimidade passiva, afirmando que o presente Auto de Infração fora lavrado em desfavor do motorista contratado meramente para prestar o serviço de transporte da mercadoria, consoante se pode verificar do Contrato de Prestação de Serviços que acostou aos autos.*

*Não acato tal alegação defensiva, considerando que no presente Auto de Infração a responsabilidade pelo recolhimento do imposto foi atribuída ao transportador, ao teor do que dispõe o art. 6º inciso III alínea “d”, da Lei 7.014/96 e, como informado pelo autuante, a propriedade do veículo está comprovada pelo CRLV cuja cópia se encontra juntada à fl. 10, fato confirmado pelo contrato de prestação de serviço juntado com a defesa, não restando dúvidas a esse respeito.*

*Constato que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa, o autuado tomou conhecimento da ação fiscal, e o PAF está revestido das formalidades legais, não se encontrando os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado nas razões defensivas.*

*No mérito, o presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída ao autuado, tendo em vista que foram encontradas as mercadorias constantes do Termo de Ocorrência Fiscal de nº 152701.0018/14-9, transportadas pelo autuado, tendo sido apresentados os DANFES de números 2296144 e 2296146, emitidos em 11/01/2014, pela Brasil Kirin Logística e Distribuição Ltda., localizada em Contagem – Minas Gerais (fls. 06/07 dos autos), constando que as mercadorias eram destinadas a contribuinte da própria cidade de Contagem – MG.*

*De acordo com a descrição dos fatos, foi constatada a falta de pagamento do ICMS referente à antecipação tributária sobre 48.048 latas de cerveja schincariol de 350 ml, sendo transportadas no veículo Mercedes Benz placa HIH 2425/MG, acompanhadas pelos DANFES números 2296144 e 2296146, emitidos em 11/01/2014, operação acobertada com documentação fiscal considerada inidônea, contendo declaração inexata da natureza da operação, tendo em vista que as mercadorias estão supostamente destinadas a contribuinte da cidade de Contagem – Minas Gerais, entretanto, segundo o condutor do veículo, as mercadorias seriam entregues na cidade de Salvador – Bahia.*

*O fato motivador da lavratura do presente auto de infração, foi ter sido flagrado no trânsito de mercadorias, o veículo pertencente ao autuado, após passar pelo posto fiscal sem efetuar a parada obrigatória, transportando mercadorias, que segundo os DANFES apresentados (fls. 06 e 07) estariam destinadas à cidade de Contagem – MG, como faz prova o documento à fl. 8, assinado pelo motorista, o próprio autuado.*

*O defendente alegou que ao transitar com mercadorias acobertadas por NF-e, como no caso em apreço, o documento fiscal idôneo para comprovar o recolhimentos do ICMS, nada mais é do que o DANFE, devidamente apresentado pelo impugnante, o que faz cair por terra a pretensão punitiva do autuante, diante da inexistência de tipicidade da conduta. Entende ainda, que a atuação do agente de tributos deveria ter se restringido à averiguação, através das chaves de acesso descritas nos DANFES*

*apresentados, apurando a veracidade das informações consignadas, confirmando a existência das NF-es respectivas. Assim procedendo, certificar-se-ia acerca da emissão das Notas Fiscais Eletrônicas devidas, bem como das Autorizações de Uso correlatas, com a retenção e recolhimento do ICMS devido pela indústria Brasil Kirin Logística e Distribuição Ltda., já que operação interestadual está sujeita ao regime de substituição tributária em razão da natureza das mercadorias.*

*Observe que os fatos apurados não foram elididos, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não seria devido o imposto, haja vista que não se trata apenas de conferir as Chaves de Acesso da NF-e. No caso em exame, os DANFES que acompanhavam as mercadorias foram considerados inidôneos, haja vista que as irregularidades apuradas pela fiscalização foram de tal ordem que os documentos fiscais se tornaram imprestáveis para a operação, ou seja, as mercadorias seriam entregues em endereço diverso do constante nos DANFES. Por isso, o imposto exigido no presente Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo com documentação fiscal considerada inidônea.*

*De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.*

*Dessa forma, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter realizado transporte de mercadorias de terceiro, acompanhadas de documentação fiscal inidônea.*

*O defendente também alegou que as mercadorias transportadas estão enquadradas no regime de substituição tributária; que nos documentos fiscais apresentados resta clara a descrição das mercadorias, bem assim a substituição tributária ocorrida quando da operação, sendo certo que as vendas eventualmente realizadas em momento posterior não se sujeitariam a nova tributação, vez que o ICMS devido já foi recolhido pelo substituto tributário, encerrando, portanto, a fase de tributação.*

*Quanto a esta alegação, saliento que o tratamento dado a mercadoria acompanha da documentação considerada inidônea é o mesmo para mercadoria desacompanhada de documento fiscal, por isso, não se considera comprovado que houve pagamento do imposto por substituição tributária em relação a essas mercadorias que não têm comprovação de sua origem nem destinatário certo.*

*Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pelo autuante à fl. 2 do PAF.*

*Sobre a multa aplicada, no percentual de 100%, foi efetuado o seu enquadramento correto, com base no art. 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a decisão de piso, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 107 a 117, objetivando a revisão do julgamento. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, sem anexar novos documentos fiscais ou demonstrativos.

Inicia o seu recurso com um breve relato dos fatos ocorridos neste PAF.

Resumidamente, falta da incompetência do agente de tributos para lavrar Auto de Infração, com a necessidade de se declarar a nulidade por este motivo.

Fala ainda da ilegitimidade passiva do autuado, motorista contratado.

No mérito, argumenta ser improcedente a autuação devido a natureza da mercadoria comercializada, que está sujeita a substituição tributária, consoante o art. 289 do RICMS/BA de 2012.

Não houve pronunciamento da PGE/PROFIS.

## **VOTO**

A decisão de piso não merece reparos.

O Recorrente argui no seu recurso em sede de preliminar que o agente de tributos não é competente para lançar autos de Infração, que o transportador é parte ilegítima da lide e, no mérito, que a infração é improcedente ante a natureza da mercadoria que está sujeita a substituição tributária.

Então vejamos.

Quanto à competência do Agente de Tributos em lavrar Auto de Infração no trânsito de mercadorias, o art. 107 do COTEB espanca qualquer dúvida, conforme se depreende das suas disposições abaixo transcritas:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

(...)

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Já no que tange a ilegitimidade passiva, por força da norma insculpida no artigo 6ª, inciso III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, o transportador é responsável solidário pelo pagamento do tributo devido.

Pela importância no deslinde da questão, transcrevo o citado artigo, *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;

Assim, entendo que não devem ser acolhidas as questões preliminares suscitadas pelo Sujeito Passivo

Passo para análise do mérito.

Primeiramente, no que se refere à infração 1, trata-se de transporte de mercadorias ocorrido entre estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais para Bahia, referentes a caixas de cervejas em lata.

Conforme o próprio DANFE trazido aos autos, as mercadorias foram adquiridas da fábrica e transportadas para um revendedor no Município de Contagem, em MG. Não há dúvida que as cervejas estão sujeitas ao regime de substituição tributária segundo a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91, abaixo transcrito:

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subseqüentes.

No caso concreto, a cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/91, que versa sobre o regime de substituição tributária incidente nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, atribui ao estabelecimento remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nas saídas subsequentes para o Estado da Bahia, ainda que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Deste modo, também não há dúvida que cabe ao remetente atacadista, na condição de substituto tributário, a retenção e pagamento em favor do Estado da Bahia, conforme determina a Cláusula Terceira do Protocolo ICMS 11/91.

**Cláusula terceira** No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, observado o seguinte:

I - já tendo o imposto sido retido, o distribuidor, o depósito ou o estabelecimento atacadista emitirá nota fiscal para efeito de ressarcimento, junto ao estabelecimento que efetuou a primeira retenção, do valor do imposto retido em favor do Estado de destino, acompanhada de cópia do respectivo documento de arrecadação;

II - o estabelecimento destinatário da nota fiscal a que se refere o inciso anterior poderá deduzir, do próximo recolhimento ao Estado a favor do qual foi feita a primeira retenção, a importância correspondente ao imposto anteriormente retido, desde que disponha dos documentos ali mencionados.

Parágrafo único. Em substituição à sistemática prevista nesta cláusula, poderão as unidades da Federação estabelecer forma diversa de ressarcimento.

Assinale-se que, nos termos do parágrafo único da cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no acordo interestadual que trata do regime de substituição tributária aplicável à situação.

No presente caso dos autos, como não havia o documento fiscal que comprovasse a retenção do ICMS-ST por parte do remetente, restou configurada a responsabilidade subsidiária do transportador pelo não recolhimento do imposto pertinente ao caso.

Assim, como não há o documento fiscal idôneo acobertando a entrada das mercadorias no Estado da Bahia, foi aplicado o quanto disposto no art. 8º, III, 'd' da Lei nº 7.014/96.

Pelo todo exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, para manter inalterada a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152701.0021/14-0**, lavrado contra **NORMANDES CUSTÓDIO VIEIRA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.158,54**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2014

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS