

**A. I. Nº** - 212995.0161/13-1  
**AUTUADO** - GILTON TAVARES DA CUNHA  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO SAMPAIO FERRARI  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**INTERNET** - 24/02/2015

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0026-03/15**

**EMENTA:** ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTADOR. DOCUMENTOS FISCAIS CONSIDERADOS INIDÔNEOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado nos autos que a mercadoria apreendida encontrava-se em situação irregular, acompanhada com documento fiscal considerado inidôneo para a operação, sendo exigido o imposto do detentor das mercadorias. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2013, refere-se à exigência de R\$32.508,10 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pela utilização de documento fiscal revestido das formalidades legais, para transportar mercadorias em situação de simulação de saída interna, sendo constatado, pelas circunstâncias materiais, que as mercadorias se destinavam a outra unidade de Federação.

De acordo com a descrição dos fatos, foram encontradas mercadorias saindo do Estado da Bahia, utilizando os DANFES de números 15630, 15631 e 15632, destinadas a estabelecimento de Contribuinte localizado em Paulo Afonso – Bahia, com inscrição estadual suspensa, conforme diligência efetuada “*in loco*”, por preposto fiscal do Posto Fiscal Heráclito Barreto, em Paulo Afonso, e a empresa não foi localizada no endereço cadastrado na SEFAZ/BA, conforme Termo de Fiscalização e FLC acostados ao PAF, concluindo-se que os DANFES foram utilizados com o intuito de fraude, por isso, foram considerados inidôneos.

O autuado apresentou impugnação às fls. 35 a 40 do PAF, informando que explora o ramo de transporte fretando seus veículos a pessoa física ou jurídica para transportes de mercadorias, dentro ou fora do Estado de Sergipe. Também informa que fretou um de seus caminhões, de placa policial IAO 6373, para fazer o transporte de mercadoria (bebidas) constantes dos Danfes de nºs 15632, 15631 e 156300, dentro do Estado da Bahia. Não obstante as mercadorias estarem sendo transportadas acobertadas por documentos fiscais idôneos, foram apreendidas e, via de consequência, lavrado o presente auto de infração, sob o pretexto de serem os documentos fiscais inidôneos.

Reproduz o teor da acusação fiscal, os dispositivos considerados infringidos e da multa aplicada. Apresenta o entendimento de que, para a ocorrência da solidariedade tributária que lhe foi atribuída é preciso, primeiro que seja demonstrado o desejo comum entre as pessoas que tenham interesse na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas expressamente designadas por lei.

Transcreve os incisos I e II e o Parágrafo único do artigo 124 do Código Tributário Nacional e afirma que, para a ocorrência da solidariedade em matéria tributária primeiro, é necessário que exista interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal das

pessoas envolvidas no evento. Depois, que essas pessoas sejam expressamente designadas por lei.

Diz que no caso vertente, o autuante ao atribuir a responsabilidade pelo pagamento do imposto ao impugnante, o fez com base no artigo 39, I, “d” c/c inciso VI do artigo 209 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, aparentemente agindo em conformidade com a legislação fiscal, porque há uma previsão legal para se atribuir ao transportador a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, em casos como o supostamente imputado ao impugnante. Alega que o autuante se eximiu de provar o interesse comum na constituição do fato gerador da obrigação principal entre o autuado e os contribuintes de direito na relação fiscal/tributária.

Diz que os contribuintes de direito sequer foram autuados, e para a validade do ato administrativo (auto de infração) se fazia necessário que fosse demonstrada de forma inquestionável a participação do autuado nas peripécias cometidas pelo motorista do caminhão fretado de propriedade do impugnante, e que partiu dele a ordem de entregar as mercadorias em local diverso daqueles informados na documentação fiscal. Afirma que isso não restou provado, e, sequer o motorista foi ouvido pelo autuante.

Entende que além dessa informação, era imprescindível saber quem os contratou para atuarem como motorista no transporte das mercadorias constantes das notas fiscais eletrônicas de números 15632, 15631 e 156300, inseridas no processo. Saber dessa informação era indispensável, pois quem o contratou é quem deveria arcar com a responsabilidade tributária/fiscal. Todavia disso não se preocupou o autuante.

Frisa que milita em favor do ato administrativo a presunção de legitimidade, mas a fé pública inerente aos atos administrativos convalida apenas o aspecto extrínseco, formais e exteriores na formação do ato, dando-lhes legitimidade. Não obstante, não se pode olvidar que os atos administrativos se sujeitam ao princípio da verdade real e não formal.

Entende que a afirmação unilateral do preposto do fisco de que o impugnante é responsável por solidariedade é insuficiente para a validade do auto de infração, pois carecedor de provas concretas de que foi o responsável pelos desmandos cometidos pelo motorista que conduzia o caminhão.

Afirma que não tem amparo em nosso ordenamento jurídico a concepção de que é do administrado o ônus da prova para desconstituir ato administrativo constituído unilateralmente pela administração. Que ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, ou seja, é seu o ônus de demonstrar a regularidade do procedimento administrativo fiscal. Do contrário se estaria impondo ao contribuinte a produção de prova negativa, que ofende a presunção de inocência e a inexigibilidade de prova negativa.

Diz que no caso em apreço, não existe uma prova sequer de que o autuado contribuiu para o cometimento da infração, a única relação no caso é que é dono do veículo que foi fretado para transportar mercadorias em território baiano. Que é desumano impor ao autuado o ônus de provar a sua inocência e de forma inequívoca, para que somente assim seja capaz de desconstituir a imputação que lhe fora imposta, porque não tem como provar fato negativo de uma presunção.

Ressalta que nas sanções administrativas imputadas unilateralmente cumpre à administração pública o ônus de provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito sempre que negado pelo administrado. Que no presente caso, o impugnante afirma que não contribuiu para o cometimento da infração e, tampouco tinha algum interesse tributário na operação mercantil que desencadeou neste processo administrativo fiscal.

Além disso, o defendente alega que é indevido atribuir a condição de transportador ao impugnante somente porque fretou um de seus veículos para transportar mercadorias que não lhe pertence, conduzido por pessoa que nem sabe quem é, e que não concorreu para os desmandos cometidos pelo motorista que conduzia o veículo. Que neste caso, quem deve ser considerado transportador é quem fretou o veículo e que tem interesse direto nas mercadorias. Não sendo dessa forma entendido, seria o mesmo que atribuir a responsabilidade ao senhorio por um crime cometido no interior de um imóvel seu locado a terceiro.

Por fim, o defendente reitera a alegação de que não ficou provado, de forma convincente, o cometimento da infração, carecendo de prova a ocorrência do fato constitutivo do direito ao crédito tributário, pelo que, pede e espera que seja cancelada a exigência fiscal (imposto, multa, juros e demais encargos), pelos motivos aduzidos, determinando-se, por conseguinte, o arquivamento do processo administrativo instaurado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 59/60 dos autos, esclarecendo que o autuado encontrava-se fora da rota normal, tendo em vista que o caminho escolhido pelo transportador é bem mais distante, o que não justifica para fins econômicos. Diz que a situação irregular foi constatada e o auto de infração foi lavrado juntamente com o Termo de Ocorrência Fiscal.

Também informa que o autuado é inscrito com a atividade de Comercio Atacadista de Bebidas (fl. 08), na Rua Filadelfo Doria nº 781, em Lagarto, encontrando-se “inapto”, conforme documento à fl.07, por estar com inscrição irregular. Por isso, não poderia adquirir mercadorias em seu nome, pois se assim o fizesse teria que antecipar o pagamento do ICMS no seu Estado, sendo que, a intenção do mesmo era a de usar uma “empresa laranja” e não pagar os impostos devidos.

Ressalta que embora o defendente declare à fl. 36 que explora o ramo de Transportes e que fretou um dos seus veículos, o mesmo não emitiu o Conhecimento de Transporte de Cargas e também não provou ser transportadora. Informa, ainda, que o autuado conseguiu, através do emitente dos Danfes, considerados inidôneos, reimprimir os mesmos, para simular uma entrega das mercadorias, embora o destinatário não tivesse sido localizado (fl 14). Indaga como o defendente poderia ter canhotos assinados (fls. 47, 48 e 49), se as notas fiscais originais encontravam-se neste Processo (fls. 09, 10 e 11).

Finaliza reafirmando que o autuado utilizou documentos fiscais (DANFES 15630, 15631 e 15632), que foram considerados inidôneos, para a operação realizada. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

#### **VOTO**

O defendente alegou que não é responsável pelo pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração, apresentando o entendimento de que, para a ocorrência da solidariedade tributária que lhe foi atribuída seria preciso que fosse demonstrado o desejo comum entre as pessoas que tenham interesse na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas expressamente designadas por lei. Afirma que não contribuiu para o cometimento da infração e, tampouco tinha algum interesse tributário na operação mercantil que desencadeou nesse processo administrativo fiscal. Quem o contratou é quem deveria arcar com a responsabilidade tributária. Tais alegações, se confirmadas, implicaria nulidade da autuação, por ilegitimidade passiva.

Observe que a inidoneidade dos documentos fiscais apurada pela fiscalização vai além da simples análise dos referidos documentos que acompanhavam a mercadoria, considerando as informações prestadas na descrição dos fatos, de que os documentos fiscais foram considerados inidôneos, porque as mercadorias eram destinadas a estabelecimento de contribuinte com

inscrição suspensa, conforme diligência realizada in loco. Não foi encontrado o estabelecimento destinatário, no endereço indicado, inclusive do cadastro da SEFAZ/BA.

Neste caso, foram identificados no próprio Termo de Ocorrências o transportador e o detentor das mercadorias em situação irregular e exigido o imposto do detentor, conforme previsto na legislação tributária, e não foi comprovada a alegação defensiva de que deve ser considerado transportador é quem fretou o veículo e que tem interesse direto nas mercadorias, ou seja, o defendente não apresentou qualquer contrato de locação do veículo transportador.

Não acato a 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 copia se encontra juntada às fls. 10, fato confirmado pelo contrato de prestação de serviço juntado com a defesa, não restando dúvidas a esse respeito.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo 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.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, sob a acusação de utilização de documento fiscal revestido das formalidades legais, para transportar mercadorias em situação irregular, sendo constatado, pelas circunstâncias materiais, que as mercadorias se destinavam a contribuinte com inscrição estadual irregular.

Em complemento, consta a informação de que os documentos fiscais foram considerados imprestáveis para a operação, porque foram encontradas mercadorias saindo do Estado da Bahia, utilizando os DANFES de números 15630, 15631 e 15632, destinadas a estabelecimento de Contribuinte localizado em Paulo Afonso – Bahia, com inscrição estadual suspensa, conforme diligência efetuada “in loco”, por preposto fiscal do Posto Fiscal Heráclito Barreto, em Paulo Afonso, e a empresa não foi localizada no endereço cadastrado na SEFAZ/BA. No Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 06, também consta informação de que não foi comprovada a regularidade da inscrição do contribuinte.

No caso em exame, se a mercadoria foi encontrada em situação irregular, foi identificado o seu detentor, conforme Termo de Ocorrência Fiscal à fl. 04, foi atribuída ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos devidos na condição de detentor, conforme estabelece o art. 6º, inciso IV da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

***Art. 6º** São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

...

***IV** - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

Vale salientar, que “o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal”. Portanto, se no momento da ação fiscal, o autuado não exibiu

documento fiscal comprovando a regularidade da mercadoria encontrada, o mencionado Termo de Ocorrência constitui prova material do fato apurado.

Observo que não ficou caracterizada a ilegitimidade passiva, alegada pelo defendente, haja vista que o autuante descreveu como infração a constatação de que houve utilização de documento fiscal irregular. Na descrição dos fatos foram informadas as circunstâncias que levaram o Fisco a considerar inidôneos os documentos fiscais, ficando caracterizado que os referidos documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria foram considerados inidôneos porque o destinatário não foi localizado no endereço cadastrado nesta SEFAZ/BA.

Observo que os fatos apurados não foram elididos, não obstante as alegações apresentadas pelo defendente e não foi comprovado por meio de contrato de locação o argumento de que deve ser considerado transportador é quem fretou o veículo e que tem interesse direto nas mercadorias

No caso em exame, os documentos fiscais 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 IV, 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.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que ficou comprovado nos autos que a mercadoria apreendida encontrava-se em situação irregular, sendo acompanhada com documento fiscal considerado inidôneo para a operação e exigido o imposto do detentor das mercadorias.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **212995.0161/13-1**, lavrado contra **GILTON TAVARES DA CUNHA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$32.508,10**, 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, 04 de fevereiro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA