

PROCESSO - A. I. Nº 277993.0207/04-1
RECORRENTE - VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A (VASP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0117-03/06
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0400-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SÚMULA 01 DO CONSEF. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo do imposto. Auto de Infração Nulo. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$759,61, por responsabilidade solidária do transportador, em virtude da condução de mercadorias sem a devida documentação fiscal.

O autuado apresentou defesa, alegando preliminarmente que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra a empresa Plus Express Cargo Ltda. Disse que a multa aplicada além de ser abusiva, possui o caráter de confisco. Na informação fiscal, a autuante ratificou a autuação.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0117-03/06, a Primeira Instância julgou o lançamento procedente.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou a preliminar de nulidade suscitada na defesa, argumentando que não está configurada no lançamento a hipótese de ilegitimidade passiva. No mérito, a lide foi decidida com base no argumento de que *a exigência do tributo está consubstanciada na responsabilidade solidária do transportador, pessoa legalmente designada para responder perante o fisco quanto aos tributos devidos, na hipótese de ocorrer irregularidades na condução das mercadorias*. Explicou o relator que o contrato firmado com a empresa Plus Express Cargo Ltda, nos termos do disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional (CTN), não pode ser oposto à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária em questão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, alegando que era a empresa Plus Express Cargo Ltda. quem deveria figurar como autuado, uma vez que foi ela quem deixou de verificar se as mercadorias estavam acompanhadas de documentação fiscal. Invoca o princípio da verdade material e cita doutrina, tudo para embasar a sua tese.

Aduz que, a despeito da alegada responsabilidade solidária, foi o remetente o principal responsável pelo descumprimento da obrigação tributária, já que foi ele quem enviou a mercadoria sem a devida documentação fiscal.

Após afirmar que a multa aplicada é desarrazoada e possui o caráter de confisco, o recorrente diz que a Primeira Instância não deliberou sobre essa questão levantada na defesa. Diz que a aplicação de multa no patamar pretendido pela fiscalização fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Transcreve doutrina e cita artigo da Constituição Federal.

Ao finalizar, solicita que o Acórdão JJF Nº 0117-03/06 seja reformado, para que o Auto de Infração venha a ser declarado nulo por ilegitimidade passiva. Diz que, caso esse não seja o entendimento deste colegiado, seja minorado o valor da multa aplicada.

Ao exarar o Parecer de fls. 196 e 197, a ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS) afirma que, segundo o documento de fl. 10, foi a VASPEX quem efetuou o transporte das mercadorias relacionadas na autuação e, portanto, não há o que se falar em ilegitimidade

passiva. Afirma que a multa aplicada no lançamento foi a prevista na Lei nº 7.014/96, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de constitucionalidade.

Salienta que a autuante não trouxe aos autos elementos para a formação da base de cálculo do imposto, se limitando a atribuir valores às mercadorias apreendidas. Diz que o art. 938, V, “b”, “2”, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97 (RICMS-BA/97), determina que, nesses casos, deve o fisco buscar na concorrência os valores praticados, para que sejam utilizados como base de cálculo. Aduz que não há qualquer indicação de que os valores citados na fl. 11 sejam efetivamente os praticados pela concorrência. Afirma que o lançamento apresenta vício insanável, devendo ser anulado e reiniciado a salvo de falhas. Opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que seja decretada a Nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Afasto a preliminar de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, uma vez que foi o recorrente quem prestou o serviço de transporte das mercadorias apreendidas e, portanto, é responsável solidário pelo pagamento do débito tributário em questão. O fato de o recorrente ter contratado outra empresa para efetuar a entrega das mercadorias não o exime da responsabilidade solidária prevista no art. 6º, inc. III, al. “d”, da Lei nº 7014/96. Ressalto que, nos termos do § 3º desse referido artigo, a solidariedade em questão não comporta benefício de ordem, facultando ao fisco exigir o crédito tributário do transportador ou do remetente das mercadorias ou de ambos.

Também convém salientar que o contrato firmado entre o recorrente e a Plus Express Cargo Ltda., não possui o condão de modificar a sujeição passiva por solidariedade do recorrente, pois, nos termos do art. 123 do CTN, as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, não acolho a alegação de que a mesma é exorbitante e tem o caráter de confisco, uma vez que a pena aplicada é a prevista no art. 42 da Lei nº 7014/96, para a irregularidade que foi imputada ao recorrente, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar a alegação de constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (RPAF/99).

No que tange à determinação da base de cálculo do imposto, acolho o opinativo da dnota PGE/PROFIS, haja vista que efetivamente não há no demonstrativo de fl. 11 qualquer indicação acerca da origem dos valores ali citados, de forma que não há como saber se os valores utilizados na apuração da base de cálculo correspondiam ao previsto no art. 938, V, “b”, do RICMS-BA/97. Essa falha no procedimento fiscal torna incerto o montante do imposto devido, não havendo como o vício ser saneado mediante diligência. Desse modo, conforme prevê a Súmula nº 01 deste CONSEF, o procedimento fiscal é nulo, pois não contém, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo do imposto.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente deverá providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 277993.0207/04-1, lavrado contra **VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A. (VASP)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS