

A. I. N° - 299166.0013/07-1
AUTUADO - TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM S/A
AUTUANTE - WALTER LUCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05/06/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-05/07

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL CANCELADA. EXIGÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. Na situação em comento, o transportador responde solidariamente pelo imposto devido por antecipação, por conduzir mercadorias acompanhadas de documento fiscal comprovadamente inidôneo. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/01/2007, cobra ICMS no valor de R\$24.509,12, acrescido da multa de 100%, pela utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte com a inscrição cancelada.

Foi lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências sob n° 140256, apreendendo as mercadorias constantes da nota fiscal n° 00761, à fl. 8 (30.000 CDs da Banda Chiclete com Banana).

O autuado apresenta impugnação às fls. 18/40, inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

- a) do princípio da autonomia dos estabelecimentos – alega que a empresa que efetuou a prestação de serviço de transporte foi a filial situada no estado do Rio de Janeiro, e não o autuado que é filial inscrita na Bahia. Transcreve o art. 14, §2º, da Lei n° 7.014/96 e art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, para justificar seu argumento;
- b) da suposta irregularidade não imputável ao transportador – alega que não pode ser responsabilizado por um suposto ato infracionário do emitente da nota fiscal, uma vez que apenas transportava as mercadorias. Transcreve o art. 5º, da Lei Complementar n° 87/96 para embasar sua alegação;
- c) da equivocada descrição dos fatos e errônea capitulação legal da penalidade aplicada – diz que na descrição dos fatos do Auto de Infração é mencionado que a infração decorreu da utilização de documento fiscal emitido por contribuinte com inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa ou baixada ou anulada, porém alega que sendo transportador não pode emitir ou utilizar o referido documento. Reclama, ainda, o enquadramento da infração como sendo o do art. 190, do RICMS/BA, dizendo que esse só pode ser aplicado a quem não obedeceu ao art. 150, do mesmo regulamento.

No mérito, diz que a cobrança é indevida, pois as mercadorias destinavam-se a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS. Invoca ainda os princípios da impessoalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade na tentativa de elidir a infração em análise. Entende, ainda, que a multa aplicada é inconstitucional por ser confiscatória e transcreve ensinamentos do Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho sobre a vedação do confisco, bem como algumas decisões do STF.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal (fl. 52), diz que as mercadorias foram encontradas no depósito da Transportadora Itapemirim, localizado no bairro de Pirajá em Salvador, que é a filial baiana da empresa transportadora dos produtos apreendidos. Acrescenta que na ação fiscal a empresa foi identificada como detentora das mercadorias e seu funcionário assinou no Termo de Apreensão nº 140256 como detentor e como depositário dos produtos. Considera que a responsabilidade solidária atribuída ao transportador e detentor de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea está prevista no art. 39, do RICMS-BA, e que o tema já tem jurisprudência firmada no CONSEF.

Argumenta que o transportador tinha disponível a consulta ao “site” do SINTEGRA para saber da situação cadastral do emitente da nota fiscal junto a Secretaria da Fazenda do estado de origem dos produtos.

Acrescenta que o Auto de Infração emitido pelo SEAIT (sistema informatizado de emissão de Auto de Infração) já insere automaticamente o enquadramento legal da infração cometida conforme o código previsto para determinada infração, e que no presente caso foi inserido o art. 190, referente a uma versão anterior do RICMS-BA.

No entanto, ressalva que suprimindo o equívoco da falta de atualização do SEAIT no Auto de Infração também está citada a alínea “b”, do inciso VII, do artigo 209, do RICMS/BA como enquadramento da infração cometida.

Rechaça o pedido do autuado pela nulidade da autuação, acrescentando que a descrição dos fatos, constante no Termo nº 140256 é bastante clara e precisa sem deixar dúvidas quanto aos motivos que ensejaram a ação fiscal.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO VENCIDO

A autuação em análise cobra ICMS do transportador, na condição de responsável por solidariedade, pela utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte com a inscrição cancelada.

O art. 39, do RICMS/97, assim dispõe:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

- a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal correspondente;*
- b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;*
- c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;*
- d) que aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;*
- e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário;*

O autuante elegeu o transportador como responsável solidário, considerando que a documentação fiscal que acompanhava as mercadorias apreendidas era inidônea para a operação (alínea “d” acima).

Efetivamente de acordo com o documento à fl. 12 verifica-se que a empresa remetente das mercadorias apreendidas está com sua inscrição cancelada desde 28/10/97, sendo estranho o mesmo ter obtido AIDF em outubro/06 para emitir o documento fiscal em questão.

No entanto, além do transportador da operação em análise ter sido a filial da Transportadora Itapemirim, situada na cidade do Rio de Janeiro-RJ, e não a filial baiana (autuado), entendo que não cabe ao transportador verificar a regularidade cadastral das empresas que emitem os documentos fiscais, cujas mercadorias são transportadas.

Efetivamente se pode responsabilizar o transportador quando as mercadorias estão desacompanhadas de documento fiscal, ou mesmo quando os mencionados documentos não correspondem às mercadorias efetivamente transportadas. Todavia, exigir do transportador que observe tal particularidade no momento em que aceita mercadorias para entregá-las a outrem, seria esperar que o transportador atuasse quase como um agente fiscal, exorbitando a sua condição de mero verificador.

Portanto, não me parece razoável que o transportador seja apenado por circunstâncias como a que ora se examina, sobretudo porque uma empresa pode perfeitamente se encontrar regular quando contrata os seus serviços e, no entanto, ter modificada sua situação no dia seguinte quando a mercadoria já estaria sendo transportada.

Por outro lado, verifico, também, que a mercadoria apreendida (CDs) está enquadrada no regime da substituição tributária, conforme art. 353, II, item 20, do RICMS/97, e existe Protocolo (19/85 e 07/00) firmado entre os Estados envolvidos na operação que prevê a retenção do imposto pelo remetente das mercadorias, determinação também estabelecida no art. 373, do regulamento supra citado.

Como o imposto não foi retido pelo remetente, devemos analisar as disposições abaixo transcritas do art. 372, do RICMS/97:

Art. 372

(...)

§ 3º Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:

I - se o imposto não for retido ou recolhido antecipadamente, o tributo será exigido na fronteira, atribuindo-se a responsabilidade ao remetente (art. 125, II, “b”);

II - quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas (art. 357, parágrafo único, e art. 125, I, “c”);

III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.

Portanto, para a situação em comento, o imposto deveria ter sido exigido do remetente das mercadorias no momento da entrada das mesmas neste Estado (fronteira) e, caso seja impossível à cobrança sobre tal empresa, o art. 125, § 1º, do RICMS/97 estabelece que poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto (responsabilidade supletiva), na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

De tudo exposto, entendendo que o transportador não pode ser responsabilizado pelo pagamento do imposto em lide, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, com base no que dispõe o art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

VOTO VENCEDOR

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob diversos argumentos: fere o princípio de autonomia dos estabelecimentos; por entender que não figura no pólo passivo da obrigação tributária, alegando que sua responsabilidade restringia-se ao transporte de mercadorias; pela indicação equivocada da descrição dos fatos e da capitulação legal; desobedecer ao princípio da impessoalidade e ainda, que a multa aplicada é inconstitucional por ter caráter confiscatório. Os mesmos argumentos foram repetidos quando se defendeu do mérito da questão. Por este motivo, fica indeferido o pedido de nulidade suscitada sob diversos argumentos, conforme apreciação do mérito, conforme passo a apreciar.

No mérito, como descrito pelo Relator, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS do transportador, na condição de responsável por solidariedade, tendo em vista que a nota fiscal que acobertava a operação foi emitida por contribuinte com a inscrição cancelada.

De acordo com o documento acostado à fl. 7, a Transportadora Itapemirim S/A, CNPJ 33.271.511/0159-86, localizada no Rio de Janeiro, emitiu o CTCR nº 105680-159, relativo à prestação de serviço de transporte das mercadorias consignadas na nota fiscal de nº 761, cuja primeira via foi juntada à fl. 8.

Nesta situação, a empresa autuada é contribuinte do ICMS em relação ao serviço de transporte prestado e responsável solidário no tocante as mercadorias que transportava. Na condição de contribuinte, em se tratando de operação de prestação de serviço interestadual, o fato gerador do imposto ocorre no Estado onde inicia a operação. No presente caso, a prestação do serviço de transporte iniciada no Rio de Janeiro com entrega da mercadoria ao destinatário em Salvador, o ICMS é devido ao Estado do Rio de Janeiro onde ocorreu o início da operação e caso a operação tivesse sido iniciada no Estado da Bahia, o imposto seria devido a este Estado independente do transportador ter domicílio aqui. Portanto, em relação à obrigação tributária principal relativa à prestação do serviço de transporte, o imposto é devido ao Estado onde tem início a prestação do serviço, podendo ser exigido do prestador do serviço (transportador) ou do contratante do serviço na condição de contribuinte substituto, quando a legislação tributária estabelecer, a exemplo da contratação de serviço de transporte de empresa não inscrita no Estado da Bahia, por contribuinte instalado neste Estado.

Já na condição de responsável solidário, o art. 39, do RICMS/97, estabelece que:

Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

d) que aceitem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Nesta condição, o transportador é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito sempre que ocorrer irregularidades em relação às mercadorias transportadas, quer esteja desacompanhada de documento fiscal, seja pela entrega a destinatário diverso do indicado no documento fiscal, quer sejam negociadas no território baiano durante o transporte ou conduzirem sem documentação fiscal ou acompanhada de documentação fiscal inidônea.

Na situação presente, a nota fiscal que acobertava a operação (fl. 8), foi emitida por contribuinte que teve sua inscrição cancelada desde 23/10/1997, ou seja, há quase dez anos, conforme

documentos juntados às fls. 10, 12 e 13, sendo que o último foi emitido pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro. Assim sendo, a nota fiscal é inidônea, por ter sido emitida por contribuinte com inscrição estadual do ICMS já cancelada (art. 209, VII, “b” do RICMS/BA) e o transportador, nesta situação, é o responsável pelo pagamento do imposto das mercadorias que conduzia, conforme dispositivo regulamentar acima transcrito (art. 39, “d” do RICMS/BA).

Quanto ao argumento de que não é o sujeito passivo da obrigação tributária, verifico que o estabelecimento emissor do CTCR, transportadora Itapemirim S/A, encontra-se instalada no Estado do Rio de Janeiro e a matriz no Estado de São Paulo, conforme documento juntado à fl. 7. Por sua vez, a mercadoria foi apreendida no estabelecimento do mesmo transportador instalado na Rod. BR 324, KM 5,6, bairro de Pirajá em Salvador, conforme Termo de Apreensão, acostado à fl. 5.

Pelas peculiaridades da prestação do serviço de transporte interestadual, a cada momento a mercadoria transita por diversos estabelecimentos filiais da empresa transportadora, mas, o transportador é um só, ou seja, a Itapemirim S/A e não pode ser acolhida a tese defensiva de autonomia dos estabelecimentos, haja vista que o imposto ora exigido do transportador é relativo às mercadorias que conduzia acobertada por documento fiscal inidôneo e não de obrigação tributária relativo ao serviço de transporte prestado pelo estabelecimento. A decisão contida no Acórdão JF 0080-02/02, transcrita à fl. 21, invocada pelo defendente como situação idêntica a este lançamento, trata da exigência de imposto relativo a infrações cometidas pelo estabelecimento matriz, relativo à obrigação principal, cujo lançamento foi feito no estabelecimento filial e não constitui fato similar ao deste lançamento.

Além disso, conforme indicado na nota fiscal inidônea (fl. 8), o frete contratado é por conta do destinatário, isto significa que deveria ser pago pela empresa Bahia Eventos Ltda, localizada em Salvador, onde se encontra instalado o estabelecimento autuado, e embora não tenham sido alegadas, as indicações no CTCR (fl. 7) de “Frete FOB; Débito SSA; Retira na agência SSA; Cobrar Frete”, faz prova de que a operação de transporte foi contratada na filial de destino que é o estabelecimento autuado, onde seria retirada a mercadoria e efetuado o pagamento.

Com relação à alegação de que foram desconsiderados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade sob o argumento de que o valor exigido na autuação supera em muitas vezes o valor do frete, não pode ser acolhido, tendo em vista que o valor do ICMS exigido refere-se à infração cometida em relação às mercadorias transportadas e não da operação de prestação de serviço de transporte. Pelo senso comum sabe-se que o valor do frete é estabelecido em função de diversos fatores, como volume, peso, distância, risco de quebra, etc. Na situação presente, trata-se de transporte de CDs, que tem volume pequeno em relação ao seu valor, o que reflete na diferença do valor do frete em relação ao volume e montante do imposto em relação ao valor da mercadoria. Observo ainda, que na apuração do débito não foi deduzido o valor do crédito fiscal indicado na nota fiscal de R\$13.680,00, o que agravou o montante do imposto exigido, mas, correto o procedimento fiscal tendo em vista que o emitente da nota fiscal está com a inscrição cancelada. Entretanto, mesmo que o emitente da nota fiscal estivesse com a sua inscrição cancelada, seria admissível a dedução do crédito fiscal na apuração do imposto da autuação, caso ficasse provado que houve a contabilização da nota fiscal por parte do emitente e o recolhimento do imposto, porém, nenhuma prova neste sentido foi trazida aos autos.

Por tudo que foi exposto, concluo que o autuado é sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável solidário ao conduzir mercadorias que aceitou transportar, acompanhada de documento fiscal inidôneo.

Quanto à alegação de que feriu o princípio da impessoalidade, ao exigir imposto do impugnante em detrimento da exigência do remetente, observo que conforme anteriormente apreciado a empresa remetente das mercadorias apreendidas teve sua inscrição cancelada desde 28/10/97 (fl. 12), e é inidônea a nota fiscal emitida pelo estabelecimento emissor. Nesta situação, a Itapemirim S/A, não importando se a filial do Rio de Janeiro ou a de Salvador, e sim de quem estava conduzindo a mercadoria no momento que foi abordado pela fiscalização, ao aceitar transportar as mercadorias, deveria certificar-se da regularidade da inscrição do estabelecimento emitente do documento fiscal, conforme disposto no art. 142, I do RICMS/BA. No caso presente, o emitente da nota fiscal já tinha sido cancelado há mais de nove anos, e da forma que agiu, a Itapemirim S/A, ao aceitar transportar mercadoria acompanhada de documento fiscal inidôneo, assumiu o risco de ser submetido a ação fiscal e de ser responsabilizado pela exigência do ICMS das mercadorias, conforme previsto na legislação fiscal, o que ocorreu no presente lançamento.

Por outro lado, a mercadoria apreendida (CDs) está enquadrada no regime da substituição tributária (art. 353, II, item 20, do RICMS/97), e é contemplada no Protocolo ICMS 19/85 e 07/00, do qual o Estado do Rio de Janeiro é signatário. Observo que o documento fiscal inidôneo (fl. 8) que acobertava as mercadorias transportadas, não destaca a retenção do imposto pelo remetente e conforme previsto no art. 372, § 3º, I do RICMS/BA, acima transcrito pelo Relator, deveria ser exigido o imposto do remetente, nos termos do art. 125, II, “b” do citado diploma legal. A questão que se coloca diante dos fatos é: Como o Estado da Bahia poderia exigir o imposto do remetente, tendo em vista que o mesmo teve sua inscrição cancelada há quase dez anos? Além de que deveria fazer a retenção e recolhimento do imposto da operação, conforme previsto na legislação tributária.

Constato que a contracapa do CD à fl. 9 indica ter sido fabricado pela empresa Bandeirantes Artes Gráficas e Editora Sesil Ltda situada em São Paulo, enquanto o remetente denominado Estudioart Editora Produtora e Distribuidora de Discos está localizado no Rio de Janeiro. Embora o documento à fl. 8, não indique o Código Fiscal de Operação (CFOP) e nem o transportador, supõe-se que se trata de revenda de produto adquirido e de acordo com o previsto na legislação do ICMS, deveria ter sido retido o imposto.

Como na situação presente o imposto não foi retido pelo sujeito passivo por substituição, caso fosse esgotada a possibilidade de exigir o imposto do sujeito passivo por substituição, poderia ser exigido por meio de notificação fiscal do estabelecimento destinatário, nos termos do art. 372, III c.c. o art. 125, § 1º tudo do RICMS/BA. Entretanto, no presente caso, não foi identificado nos postos fiscais de fronteira do Estado (art. 372, I do RICMS/BA) a não retenção do ICMS da operação, mesmo porque as mercadorias foram apreendidas no estabelecimento autuado localizado na Capital do Estado e não consta na nota fiscal que a mesma tenha sido visada em qualquer posto fiscal, salientando ainda, a não indicação na nota fiscal do transportador. Logo, mesmo que a legislação faculte a exigência do ICMS da operação pelo destinatário, concluo que, é correta a exigência do imposto da operação do estabelecimento transportador, tendo em vista que está comprovada a inidoneidade do documento fiscal que acobertava as mercadorias que aceitou transportar e estavam sendo conduzidas por ele no momento da ação fiscal.

Com relação ao argumento de que a multa é inadequada e confiscatória, verifico que a infração foi tipificada no art. 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96, que prevê multa de 100% “quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea”. Portanto é legal a multa aplicada e conforme anteriormente apreciado, a nota fiscal que acobertava a operação era inidônea, sendo adequada a multa aplicada ao transportador, na condição de responsável solidário, por conduzir mercadorias acompanhadas de documento fiscal inidônea. Com relação a alegação da inconstitucionalidade da multa, devo ressaltar que, de

acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No tocante ao argumento de que houve descrição equivocada dos fatos, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos que deram suporte ao lançamento (fl. 5), indica como fato determinante o “Transporte das mercadorias acima listadas encontradas no depósito da Transportadora Itapemirim S/A, acompanhada da nota fiscal nº 00761, considerada inidônea para operação tendo em vista que o emitente se encontra não habilitado, no Estado de origem. 1. Mercadoria sujeita a substituição tributária”. Por sua vez a descrição da infração de “utilização de documentação fiscal emitida por contribuinte com inscrição cancelada” está em consonância com o documento suporte de apreensão das mercadorias e o enquadramento nos art. 190 e 209, VII, “b” se coaduna com irregularidade da operação por o transportador estar conduzindo mercadorias acompanhadas de documento fiscal inidôneo. O autuado compreendeu do que estava sendo acusado, tanto que se defendeu da acusação, apresentando argumentos e fatos para tentar elidir a infração, não podendo ser acolhido o argumento de que houve equívoco na descrição dos fatos.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0013/07-1**, lavrado contra **TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.509,12**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR/VOTO VENCIDO

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS - JULGADOR