

A. I. Nº - 299166.0719/06-3
AUTUADO - TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM S/A
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT DAT/METRO
INTERNET - 23.05.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-01/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ENCONTRADAS NO PÁTIO DA TRANSPORTADORA ACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigibilidade do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria acompanhada de documento fiscal irregular. A regularidade da mercadoria encontrada deveria ser comprovada mediante apresentação das notas fiscais correspondentes no momento da ação fiscal. A apreensão constitui prova material da prática da irregularidade. Infração subsistente. Não acolhida a argüição preliminar de nulidade, nem apreciada a alegação de inconstitucionalidade por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/11/2006 exige ICMS no valor de R\$4.225,18, acrescido da multa de 100%, em decorrência da constatação de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias no mesmo discriminadas, constatada durante contagem física, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 141.747, à fl. 06 dos autos.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 18 a 28, suscitando como preliminar de nulidade a ilegitimidade de parte, sob a argumentação de que não pode ser responsabilizado por uma infração que não cometeu e nem poderia evitar, pois apenas transportou as mercadorias, não tendo poder de polícia para vistoriar as cargas, de modo a verificar se o teor da nota fiscal está de acordo com o conteúdo dos volumes.

Salienta que cabe aos transportadores efetuar as averiguações formais, analisando se o documento obedece aos padrões legais, a natureza da operação, o destaque do imposto, os dados do remetente e do destinatário, o peso e a quantidade de volumes, etc., fugindo de sua responsabilidade e, principalmente, de suas possibilidades, a conferência física das mercadorias e os valores atribuídos pelo remetente.

Diz que no presente caso tomara todas as precauções legais possíveis, antes de efetuar o transporte, nada encontrando de irregular, uma vez que a Nota Fiscal nº. 106 preenche todos os requisitos de validade e o número de volumes apresentado guarda consonância com a quantidade nela declarada (sete volumes). Deste modo, não poderia adivinhar que dentro das caixas havia mercadorias não declaradas nas notas fiscais.

Assevera que nesse tipo de infração, a responsabilidade deve ser atribuída exclusivamente ao emitente da nota fiscal e jamais aos transportadores, mesmo porque o impugnante não tem nenhum interesse de que constem na nota fiscal valores inferiores àqueles correspondentes aos produtos transportados, tendo em vista que o frete é cobrado através da aplicação de um percentual sobre o valor declarado na nota fiscal.

Requer a nulidade do Auto de Infração, considerando que resta à administração pública a possibilidade de lavrar um novo Auto de Infração contra o emitente da nota fiscal.

No mérito, enfatiza que a nota fiscal não pode ser considerada como inidônea, desde quando no campo destinado à descrição dos produtos estes estão discriminados corretamente, inclusive na quantidade, além de que os produtos constantes na nota fiscal são os mesmos que foram identificados no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 141747, o que demonstra o absurdo da autuação, ensejando a total improcedência do Auto de Infração, devido à ausência de suporte fático para a constituição do pretendido crédito tributário.

Transcreve os artigos 5º, *caput*, e 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988, arguindo que o princípio da igualdade recebeu tratamento especial, significando que se todos são iguais perante a lei, e sendo o ato do agente obrigatoriamente vinculado à lei, a autuação não poderia recair apenas sobre o impugnante, o que resultou em evidente afronta à Carta Magna.

Afirma que a atitude arbitrária do agente fiscal caracteriza, também, o desrespeito ao princípio da impessoalidade, que veda o favorecimento de um contribuinte, em detrimento de outro, conforme preconiza o transcrito art. 37, *caput*, da CF/88.

Prosseguindo, alega que apesar da idoneidade da nota fiscal, foi aplicada a multa de 100% sobre o valor atribuído às mercadorias que supostamente não se encontravam declaradas no documento fiscal, sendo tal exigência inconstitucional, por se constituir num confisco ao patrimônio do impugnante, desde quando o valor correspondente a esse percentual representa um montante superior ao preço do valor do serviço de transporte. Acrescenta que a realidade econômica do nosso país não acolhe mais as multas abusivas, que visam expropriar o patrimônio do contribuinte.

Acrescenta que no Brasil foi atribuída às empresas de transporte a condição de fiscal do Estado perante os remetentes das mercadorias, para que não venham a ser penalizadas pelas infrações praticadas por seus clientes.

Argui que existe uma forte tendência de desaparecimento das multas confiscatórias, conforme se vê no disposto no art. 61, da Lei 9.430/96, que estabelece a multa de mora de 0,33% ao dia, limitada ao máximo de 20%, nos pagamentos em atraso de tributos e contribuições federais, assim como no art. 52 da Lei 8.078/90, que limita em 2% a multa de mora decorrente do inadimplemento de obrigações, o que mostra a tendência da conjuntura econômica em banir multas exorbitantes.

O autuado frisa que o princípio do não-confisco decorre da disposição contida no art. 150, inciso IV, da CF/88, ressaltando que a vedação ao confisco no direito tributário é matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência, conforme transcrição do pensamento dos tributaristas José Cretella Júnior, Sacha Calmon Navarro Coelho e Ângela Maria da Motta Pacheco. Acrescenta que o confisco atenta contra o direito da propriedade e da segurança jurídica e salientou que no caso específico das transportadoras as multas impostas se constituem numa afronta, considerando que o valor da operação de compra e venda sempre é muito superior ao da prestação de serviço de transporte, aduzindo que no caso da lide, enquanto o valor do frete é de R\$410,00, o suposto crédito tributário representa um montante de R\$8.450,36.

Enfatiza que de acordo com o transcrito art. 2º, § único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser aplicados a toda a administração pública, assim como o Dec. 70.235/72, asseverando que no caso presente a violação ao princípio da proporcionalidade deve ser analisada sob três aspectos: primeiro, o valor da multa aplicada é muito superior ao valor do serviço efetuado; o segundo aspecto diz respeito à atitude do preposto fiscal, que devendo autuar o remetente das mercadorias, preferiu imputar a infração ao impugnante; por último, ao responsabilizar o transportador da carga, o fisco coíbe o exercício da livre iniciativa, garantia assegurada através dos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII e 170, incisos II e IV e parágrafo único, da CF/88, todos transcritos, desde quando o obriga a rejeitar um serviço em prol da fiscalização que lhe é atribuída, além do que, mesmo observando todas as formalidades, fica sujeito a autuações totalmente descabidas, como no caso presente.

Aduz que essa política adotada pela fiscalização já foi objeto de discussão no STF - Supremo Tribunal Federal, quando foi denunciado o abuso do fisco ao impedir o exercício da livre iniciativa, apresentando como exemplos as Súmulas 70 e 547, trazendo à colação, ainda, o posicionamento esposado pelo jurista Helenilson Cunha Pontes, em sua obra “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”.

Prossegue, argüindo que não pairam dúvidas de que o agente fiscal desobedeceu ao princípio da proporcionalidade, ao qual está vinculado, notadamente na “escolha” do sujeito passivo, pois poderia autuar o remetente ou o destinatário das mercadorias, todavia escolheu o impugnante, arbitrando penalidade superior ao valor cobrado pela prestação de seus serviços.

Manifesta o entendimento de que essa política apresenta o agravante de não coibir a reincidência, pois os remetentes e os destinatários das mercadorias nunca são autuados, sendo, ao contrário, beneficiados com a liberação de suas mercadorias, sem arcar com nenhum ônus, o que demonstra a ineficácia dessa política e atesta a afronta à garantia constitucional da livre iniciativa e do exercício da profissão.

Diante do exposto, requer a nulidade do Auto de Infração pela preliminar argüida ou que seja julgado totalmente improcedente, pelas razões de mérito, pleiteando o seu imediato arquivamento, por ser desprovido de suporte fático para a constituição do crédito tributário.

Considerando que o Processo Administrativo Fiscal é regido pelos princípios do contraditório e da verdade material, devendo se fazer acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos, para que não se configure em cerceamento ao direito de defesa do autuado, além do que a informação fiscal deve ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação; considerando ter sido observado que a informação fiscal acostada à fl. 62 dos autos se refere ao Processo de nº. 299166.0679/06-1, divergindo, portanto, do caso discutido na presente lide, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 65), deliberou que o processo fosse encaminhado à IFMT-DAT/METRO, para que a Repartição Fiscal cientificasse o Auditor Fiscal autuante a apresentar a informação fiscal acerca das razões do impugnante, suprimindo a lacuna existente no processo.

O autuante apresentou a informação fiscal à fl. 68, argumentando que a responsabilidade solidária atribuída ao transportador pelo pagamento do ICMS referente às mercadorias que guarde ou transporte, que estejam acompanhadas de documentação fiscal inidônea, por estar em desacordo com as citadas mercadorias já é tema com jurisprudência formada no CONSEF, com base na alínea “d” do inciso I do art. 39 do RICMS/97, não procedendo as alegações defensivas quanto ao fato de ter sido responsabilizado por aceitar cargas sem que tivesse conferido a documentação que a acompanhava, o que vem a ser sua obrigação.

As mercadorias apreendidas e discriminadas no Termo de Apreensão totalizam 784 peças, divergindo em quantidade e tipo daquelas discriminadas na nota fiscal, onde constam apenas 137 unidades não podendo ser aceita a arguição de que não existem diferenças. O valor dos produtos foi calculado a partir dos preços unitários de venda a consumidor, praticados pelo remetente que vem a ser o próprio destinatário dos produtos (fl. 11), não tendo pertinência as reclamações concernentes ao valor adotado como base de cálculo do ICMS.

Mantem a ação fiscal e sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

No auto de infração em lide é exigido o ICMS em decorrência da constatação da existência de mercadorias (confeções) no pátio de empresa transportadora, acobertada por nota fiscal inidônea, apurada através da contagem física dos produtos.

Inicialmente cumpre-me tratar da arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, baseada na alegação de ilegitimidade passiva. À luz da legislação pertinente, verifico que o procedimento fiscal para a lavratura do Auto de Infração atendeu aos dispositivos legais positivados na Lei nº. 7.014/96, sendo exigido o imposto do transportador na qualidade de responsável solidário, por estar transportando mercadorias acobertadas por documentação fiscal inidônea. No caso, descabe a argumentação de ilegitimidade passiva, por não ter sido identificado como sujeito passivo da obrigação tributária o remetente ou o destinatário e não o transportador. A lei acima referida cuida da responsabilidade solidária em seu art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária. Nesse mesmo sentido, o RICMS-97 estabelece no artigo 39, inciso I, alínea “d”, a responsabilidade solidária do transportador em relação às mercadorias acompanhadas por documentos fiscais inidôneos, o que vem a ser o caso presente, conformed transcrevo em seguida:

“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;”

Acrescento que o autuado foi responsabilizado por solidariedade, também porque tinha como obrigação verificar a regularidade das mercadorias antes de efetuar o seu transporte, porém assim não o fez. Esta são a motivação fática e jurídica do lançamento em questão. É de se observar, ademais, que o impugnante alegou que a documentação fiscal estaria correta, considerando que a quantidade de volumes transportados no número de sete estaria compatível com a informação contida no referido documento, não obstante estar demonstrado nos autos que a quantidade de peças transportada se referia a um total bastante superior àquele citado na nota fiscal, além de divergir, também, no que se refere à sua discriminação.

Ressalto, além disso, que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Deste modo, estando o lançamento tributário previsto, conforme dito acima, na legislação que rege o ICMS, enfatizo não vislumbrar nos autos a ocorrência de qualquer ofensa

aos princípios da igualdade e da impessoalidade, nem ter ocorrido uma suposta arbitrariedade na cobrança do tributo.

No que diz respeito à arguição de que a multa é confiscatória e que contraria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, esclareço que a mesma foi corretamente aplicada ao presente caso, estando prevista na Lei 7.014/96, o que ocorre, de igual modo, com a exigência do imposto. Quanto às alegações de inconstitucionalidade da autuação, baseadas na suposição de que ocorreria o uso do tributo com efeito de confisco, o que atentaria contra o direito da propriedade e da segurança jurídica do autuado, acrescento que este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação deste Estado, de acordo com o art. 167, inciso I, do RPAF/99. De qualquer modo, acrescento que no caso da lide a infração está devidamente prevista no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado, para exigir o imposto em decorrência da constatação, pela fiscalização de trânsito, do transporte de mercadorias (diversos toalhas em tecido) acompanhadas da Nota Fiscal nº. 106, considerada inidônea para acobertar as mercadorias, considerando que enquanto no levantamento conduzido pela fiscalização foram encontradas 784 peças de toalhas, o documento fiscal se referia a tão somente 137 peças, resultando, dessa maneira, numa diferença de 647 unidades, o que comprova sem qualquer dúvida o acerto da fiscalização ao considerar o referido documento como imprestável para acobertar as citadas mercadorias. Ressalto que a ação fiscal teve lugar no depósito da empresa transportadora, sendo as mercadorias procedentes de Curitiba-PR, estando destinadas à Feira *Made in Bahia*, caso em que o expositor normalmente efetuará o pagamento do ICMS referente às saídas a se verificarem durante o evento, por antecipação, com base nos dados constantes na documentação fiscal apresentada. Deste modo, a ação fiscal evitou que a sonegação fiscal se consumasse.

Verifico que o levantamento de preços conduzido pela fiscalização e a forma como foi composta a base de cálculo está de acordo com a previsão constante do art. 938, inciso V, alínea “b”, item 2, do RICMS/97, que determina que, sendo constatado na fiscalização do trânsito de mercadorias que a documentação fiscal é inidônea, a base de cálculo do imposto a ser adotado será o preço de venda a varejo no local da ocorrência. Conforme Cotação de Preços anexada ao PAF, os valores dos produtos foram colhidos junto ao próprio estabelecimento destinatário, referindo-se aos preços praticados no varejo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0719/06-3**, lavrado contra **TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.225,18**, 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, 16 de maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR