

A.I. N.º - 148593.0143/07-8
AUTUADO - GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A
AUTUANTE - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 30. 10 .2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0354-01/08

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DE TERCEIROS COM NOTA FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatado o transporte de mercadorias de terceiros, acompanhadas de documentação fiscal inidônea, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário. Não acolhida a arguição 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 Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2007, exige ICMS no valor de R\$ 1.204,96, acrescido da multa de 100%, em decorrência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Consta na “Descrição dos Fatos” que foi constatada pela fiscalização estadual a realização de operação interestadual de mercadorias acompanhadas por documentação fiscal inidônea, tendo em vista que a Nota Fiscal nº 10499, emitida em 12/12/2007, por NEGRÃO & MUNHOZ LTDA.(FISIOLAR IND. E COM. DE APARELHOS FISIOTERÁPICOS) IE (PR) Nº 60112717-94 faz menção à venda de “aparelhos de massagem simples”, no entanto, ao verificar-se os volumes constatou-se que se trata de produtos diferentes, ou seja, “almofadas térmicas vibratórias bi-volt plus”. As mercadorias, em quantidade que caracteriza o intuito comercial, ainda se destinam a contribuinte sem inscrição estadual, pois o destinatário da carga é pessoa física. AWB Nº 790278-6.

Consta às fls. 06/07 o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232192.0058/07-0.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 18 a 30, na qual destaca, inicialmente, não ser responsável pelo pagamento do crédito tributário exigido, tecendo considerações a respeito das figuras do “transportador” e do “expedidor”, existentes em um contrato de transporte comercial. Cita e reproduz trechos dos arts. 730 e 242 do Código Civil e o art. 245 da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), além de De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico), arguindo que no transporte comercial o contratado, denominado transportador, se obriga a levar a pedido ou por ordem do contratante (expedidor) bens ou mercadorias de um ponto a outro, mediante pagamento de certo preço, denominado frete, não podendo por isso o transportador ser confundido com o expedidor.

Assevera que somente realiza o transporte em cumprimento ao contrato firmado entre ele e o expedidor, sendo este o único responsável pela emissão da nota fiscal e demais documentos de maneira idônea e fidedigna necessários a amparar a mercadoria transportada, assim como pelo recolhimento dos impostos por ele devidos. Disse que de acordo com os artigos 113, § 2º e 122 do CTN - Código Tributário Nacional o “sujeito passivo tributário” de tais “obrigações acessórias” é o

expedidor, que não se confunde com o impugnante, por ser aquele o único “sujeito de direito” responsável pelas penalidades pecuniárias decorrentes de eventuais descumprimentos das respectivas obrigações.

Cita o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988 e reproduz o art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, para argumentar que somente nas hipóteses em que o transportador concorrer com o não recolhimento do tributo poderá ser responsabilizado, o que no seu entender, não ocorreu no presente caso, considerando que tal alegação sequer foi feita pela fiscalização. Diz que no Auto de Infração em lide se depreende que a eventual falta cometida se deu por ato exclusivo da empresa expedidora, não existindo qualquer nexo de causalidade em termos participativos entre a impugnante e o expedidor na emissão, por este, de eventuais documentos que não se mostram aptos a acobertar a mercadoria transportada.

Invoca nesse sentido, a jurisprudência pátria transcrevendo as ementas relativas aos processos APC 70007040777 e APC 70007032923, originários do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujos resultados apontaram a nulidade dos Autos de Infração, sob o entendimento de que os lançamentos deveriam ter sido procedidos contra o emitente e não contra o transportador. Evoca também, a jurisprudência administrativa, no caso, o Acórdão referente ao Rec. nº. 15700 - AC 4015 - CCRJ, alegando que se a documentação que acompanhou a mercadoria transportada encontrava-se irregular, as consequências decorrentes dessa situação deveriam ser atribuídas única e exclusivamente ao expedidor.

Aduz que não se pode atribuir ao transportador a conferência de cada nota fiscal com a mercadoria transportada, o que inviabilizaria a execução de suas atividades, além de ferir o princípio da razoabilidade. Reproduz os julgados correspondentes aos processos APC 70003346467, APC 70007214125 e APC 70000952127, emanados do TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relação aos quais foi descaracterizada a responsabilidade do transportador ou do seu motorista pelo preenchimento de nota fiscal irregular.

Sustenta que em assim sendo e de acordo com o § 1º do art. 113 do CTN, o cumprimento da obrigação jurídico-tributária principal é do expedidor e não do transportador, conforme se vê dos ensinamentos de Roque Antônio Carrazza, cujo trecho reproduz parcialmente. Portanto, não sendo o impugnante responsável pela emissão da nota fiscal nem tendo concorrido para a ocorrência das supostas irregularidades, o Auto de Infração deve ser anulado.

Reportando-se à multa aplicada, salienta que esta ofende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O primeiro diz respeito à coerência, logicidade e sensatez, que devem orientar o agente que praticou o ato administrativo. O segundo se refere à extensão e intensidade do ato administrativo praticado, de acordo com a competência atribuída a seu agente. Invoca lição correspondente ao princípio da proporcionalidade enunciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrevendo.

Insurge-se contra o que classifica como exorbitante multa no valor R\$ 1.204,96, correspondente a 100% do valor do imposto, afirmando, ademais, ser uma afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo as sanções nulas, devendo ser arquivado o processo administrativo instaurado para sua cobrança.

Assevera que as sanções impostas possuem caráter confiscatório, por contrariar o disposto no art. 150, inciso IV, da CF/88, considerando que o Estado não pode cobrar qualquer quantia, seja a título de tributo (art. 3º do CTN), seja a título de sanção pecuniária derivada de descumprimento de obrigação tributária acessória, que possam gerar o “efeito de confisco”. Nesse sentido citou os doutrinadores Luiz Antônio Caldeira Miretti, Sacha Calmon Navarro Coelho e Marco Aurélio Greco.

Afirma que a jurisprudência do STF - Supremo Tribunal Federal já pacificou a matéria referente à equiparação de multa excessiva ao efeito confiscatório, conforme trechos das ementas relativas aos processos RE 82510/SP e RE 81550/MG. Conclui que, desta forma, a multa aplicada apresenta caráter de confisco, sendo inconstitucional, haja vista que tal conduta tem o efeito meramente arrecadatório, que desvirtua o caráter da sanção indevidamente imposta.

Pede o acolhimento integral de suas razões de defesa com a anulação do Auto de Infração, uma vez que não pode ser responsabilizado pelo não pagamento do crédito tributário em razão da aparente falta cometida pelo emitente da nota fiscal. Protesta pela apresentação de provas por todos os meios em direito admitidos, especialmente a juntada de novos documentos.

Finaliza requerendo que todas as intimações referentes à presente demanda sejam realizadas no endereço da impugnante e, concomitantemente, a intimação de seus advogados indicados na peça de defesa, na rua Dr. Renato Paes de Barros, nº 1017 – 7º andar, São Paulo/SP, CEP 04530-001, sob pena de nulidade absoluta, em razão de ofensa ao contraditório e ampla defesa, previstos no inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal.

O autuante prestou informação fiscal às folhas 61/62, esclarecendo que a ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias, em razão de ter o autuado efetuado transporte de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, para entrega no Estado da Bahia, acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Acrescenta que, quando da conferência física das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 10499, emitida em 12/12/2007, por NEGRÃO & MUNHOZ LTDA.(FISIOLAR IND. E COM. DE APARELHOS FISIOTERÁPICOS) IE (PR) Nº 60112717-94, constatou que apesar de estar descrita a mercadoria “aparelhos de massagem simples”, na realidade, estava sendo transportada “almofadas térmicas vibratórias bi-volt plus”, portanto, mercadoria diversa da discriminada no documento fiscal, inclusive, em quantidade que caracteriza o intuito comercial e sendo destinadas a contribuinte sem inscrição estadual, pois o destinatário da carga é pessoa física.

Continuando, esclarece que após a constatação da irregularidade lavrou o Auto de Infração com base no artigo 209, I, do RICMS/BA, sendo nomeado o transportador como responsável solidário pelo pagamento do tributo devido.

Contesta a alegação defensiva de não ser responsável pela divergência apurada, afirmando que a indicação do autuado como responsável foi baseada no artigo 39, I, do RICMS/BA.

Esclarece, ainda, que a base de cálculo foi determinada de acordo com pesquisa de preços no mercado de origem, conforme se verifica às fls. 12/13 dos autos.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o transporte de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea, sendo atribuída a responsabilidade por solidariedade ao transportador.

A princípio, verifico que a ação fiscal está em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, não incidindo em qualquer das hipóteses previstas no artigo 18, incisos I a IV do RPAF/99, haja vista que a infração está descrita de forma clara, estando fundamentada no Termo de Apreensão e Ocorrências, que embasou a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Ademais, 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.

No que concerne à arguição de que a multa é confiscatória e que contraria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constato que esta foi corretamente aplicada ao caso em exame, estando prevista na Lei 7.014/96. Com relação à alegação de inconstitucionalidade da autuação, baseada na suposição de uso do tributo com efeito de confisco, cumpre consignar 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.

Da análise das peças processuais, verifico que o Auto de Infração em exame foi lavrado, para exigir o imposto em decorrência da constatação, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, do transporte de mercadorias acompanhadas da Nota Fiscal nº 10499, emitida em 12/12/2007, por NEGRÃO & MUNHOZ LTDA.(FISIOLAR IND. E COM. DE APARELHOS FISIOTERÁPICOS) IE (PR) Nº. 60112717-94, tendo em vista que esta discrimina as mercadorias “aparelhos de massagem simples”, quando, verdadeiramente, estavam sendo transportadas as mercadorias “almofadas térmicas vibratórias bi-volt plus”, portanto, totalmente diversa da indicada no documento fiscal.

Constato que a documentação acostada aos autos espanca qualquer dúvida quanto ao acerto da imposição fiscal, considerando que a ação fiscal teve lugar no recinto da empresa transportadora, onde as mercadorias já se encontravam liberadas após o desembarque no Aeroporto de Salvador, estando prontas para serem entregues ao destinatário indicado no documento fiscal.

Ao teor da legislação tributária pertinente, verifico que o procedimento fiscal atendeu as disposições do RICMS/97, sendo exigido o imposto do transportador na qualidade de responsável solidário, por estar efetuando o transporte de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

No caso, descabe a arguição de ilegitimidade passiva, alegada pelo autuado, por não ter sido identificado como sujeito passivo da obrigação tributária o remetente(expedidor) e sim o transportador. A Lei nº 7.014/96 cuida da responsabilidade solidária no art. 6º, tratando de normas endereçadas a todas as pessoas passíveis de atribuição de responsabilidade solidária. O RICMS-BA estabelece no artigo 39, inciso I, alínea “d”, a responsabilidade solidária do transportador em relação ao transporte de mercadorias acompanhada de documentação fiscal inidônea, conforme transcrito abaixo:

“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 aceitarem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;”

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam realizadas no endereço do impugnante e, concomitantemente, de seus advogados indicados na peça de defesa, na rua Dr. Renato Paes de Barros, nº 1017 – 7º andar, São Paulo/SP, CEP 04530-001, registro que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda poderá enviar intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

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 **148593.0143/07-8**, lavrado contra **GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS\$1.204,96**, 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, 15 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR