

PROCESSO - A. I. N° 281394.1155/07-6
RECORRENTE - MWV FEITOSA MOTA (PÉ A PÉ CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA – Acórdão 5ª JJF n° 0024-05/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 08/05/2009

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0012-21/09

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA AO APELO DA EQUIDADE. Comprovado nos autos que a falta de recolhimento do imposto decorreu de equívoco cometido por terceiro, é de ser acatado o pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade formulado com espeque no art. 159, do RPAF. Modificada a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **DEFERIDO**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização do trânsito, em 23/11/2007, por ter sido constatado que o autuado, que estava em processo de baixa, deixou de recolher o ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativo a mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação. Foi lançado o imposto no valor de R\$282,43 e imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 60%, consoante prevê o art. 42, II, “d”, da Lei n° 7.014/96.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal, analisando as matérias arguidas pelo autuado em sede de impugnação, rejeitou a prefacial de nulidade suscitada, ao fundamento de que constam dos autos os elementos que demonstram a motivação do lançamento de ofício. O pedido de perícia também foi indeferido, tendo o relator consignado que já havia formado o seu convencimento acerca da lide administrativa, fazendo-se, por isso, desnecessário o exame técnico encarecido.

No mérito, a autuação foi julgada inteiramente procedente, de acordo com os fundamentos a seguir delineados, *in verbis*:

“...no momento que foi emitido o documento fiscal que acobertava o transporte das mercadorias, a empresa já se encontrava com a sua inscrição estadual suspensa e dessa forma, conforme disposto no art. 125, II-A, ITEM 2 do RICMS/BA, o imposto deve ser recolhido no momento da entrada das mercadorias procedentes de outra unidade da Federação no território deste Estado, pelo contribuinte que se encontrar em situação cadastral irregular. Ademais, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (calçados), conforme demonstrativo de fl. 3, o imposto devido foi calculado corretamente, acrescido da Margem de Valor Agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS.

Em que pese o esforço do contribuinte demonstrando as providências que tomou para se precaver contra a possibilidade de erros na emissão de Notas Fiscais por parte de seus fornecedores são insuficientes para elidir a infração tributária por não serem documentos fiscais apropriados para corrigir os equívocos aventados na Defesa. Por isso, as cópias de emails juntadas às fls. 35/40, para tentar justificar o equívoco com relação à indicação errada do destinatário, não pode ser acatada. Além do mais, conforme disposto no art. 911, constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo”.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 76/81, aduzindo, basicamente, que estava em processo regular de baixa das 4 (quatro) empresas que compõem o grupo econômico, para formação de uma só pessoa jurídica, que deveria funcionar sem solução de continuidade, qual seja SD Comércio de Calçados e Confecções Ltda., com CNPJ n° 09.069986/0007-16 e Inscrição Estadual n° 75485302 – NO.

Afirma que todos os fornecedores foram informados acerca de tal mudança, tendo sido solicitado, expressamente, que as notas fiscais fossem emitidas, a partir da data do pedido de baixa, em nome da nova empresa acima referida, conforme demonstram os documentos colacionados à peça defensiva. Assim, sustenta que a emissão de notas fiscais em nome do autuado decorreu de equívoco dos seus fornecedores.

Diz, ainda, que, no momento em que tomou conhecimento do erro cometido por seus fornecedores, dirigiu-se voluntariamente ao Posto de Fiscalização de Trânsito de mercadorias e deu-se por intimada em todos os autos de infração, procedendo, de imediato, ao pagamento do imposto devido e à transferência da propriedade dos produtos apreendidos para a nova empresa, SD Comércio de Calçados e Confecções Ltda., a qual, através de seu sócio, ficou como depositária.

Assevera que o problema ocorreu próximo ao final do ano, quando as compras de mercadorias se intensificam pelas empresas e os fabricantes às vezes perdem o controle da situação, provocando erros, cujas consequências, todavia, segundo entende, não podem ser suportadas pelo autuado, que não deu causa ao problema.

Ao final, afirma que agiu dentro dos trâmites legais, de total boa-fé, e requer a exoneração da multa por descumprimento de obrigação principal, invocando, em reforço à sua tese, os primados da moralidade, legalidade e eficiência, a interpretação da legislação tributária de modo mais favorável ao contribuinte e, ainda, a inexistência de prejuízo para o Fisco, uma vez que o imposto devido já foi totalmente recolhido.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Parecer de fls. 85/88, opinou, inicialmente, pelo recebimento do Recurso Voluntário como Pedido de Dispensa de Multa, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

Em seguida, manifestou-se pelo deferimento do pleito formulado, ao argumento de que as provas dos autos demonstram que o autuado estava em processo de baixa regular, por ela requerida, e realizando alteração cadastral, tendo informado fartamente aos seus fornecedores essas ocorrências, o que, inclusive, foi reconhecido pelo próprio auditor fiscal autuante.

VOTO

Ab initio, em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal e da celeridade processual e verificando que o objetivo deste Recurso Voluntário é afastar a multa por falta de recolhimento de imposto com fundamento em razões de equidade, recebo o apelo interposto como Pedido de Dispensa de Multa.

No que concerne aos requisitos de admissibilidade, verifico que o expediente foi apresentado dentro do prazo de que trata o parágrafo 2º, do art. 159, do RPAF, bem como consta dos autos o comprovante de recolhimento do valor principal apurado pelo auditor (DAE de fl. 57).

A adequação da fundamentação, todavia, não é tão simples assim de se verificar, podendo-se afirmar com alguma segurança e peremptoriedade, apenas, que a hipótese dos autos não se enquadra à moldura jurídica dos incisos I a III, do parágrafo 1º, do art. 159, do RPAF, pois eles exigem, respectivamente, que a falta de recolhimento do tributo tenha decorrido de erro induzido por orientação ou comportamento da autoridade fiscal, de razoável e justificada dúvida de interpretação ou, por fim, de escusável ignorância da legislação tributária do Estado.

O argumento utilizado pelo contribuinte para pleitear a dispensa da multa é o fato de terceiro; ou seja, pretende o contribuinte ver excluída a aplicação de uma penalidade tributária sob o fundamento de que o ilícito (falta de recolhimento do tributo a tempo e a modo) decorreu de uma conduta de seus fornecedores, não havendo, assim, nexo de causalidade que justifique a cobrança da multa sancionatória contra a qual se insurge.

O fato de terceiro, como causa excludente do nexo de causalidade, não comporta maiores discussões, devendo analisar-se, exclusivamente, se, de acordo com cada espécie de responsabilidade instituída, é ou não possível eximir o acusado da responsabilidade em razão da desconstituição do liame causal.

Na responsabilidade decorrente das relações de consumo, por exemplo, admite-se, de modo expresso, a exclusão da responsabilidade do fornecedor por defeito de serviços ou produtos, acaso reste comprovada a culpa exclusiva de terceiro (arts. 12, parágrafo 3º, III, e 14, parágrafo 3º, II, ambos do CDC – Lei nº 8.078/90). Já a responsabilidade civil dos pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e aqueles que participaram de produtos de crime, quanto aos danos ocasionados pelos filhos, pupilos, curatelados, prepostos, hóspedes etc., embasa-se, justamente, no fato de terceiro e subsiste ainda que aqueles – os responsáveis – não tenham agido com culpa (arts. 932 e 933, do Código Civil vigente). Em outras palavras, nesse último exemplo, o fato de terceiro não é admitido como causa excludente de nexo causal.

Quando se desloca a discussão, entretanto, para o direito sancionatório, me parece que a lei não pode dispor como bem entender acerca do efeito do fato de terceiro para a responsabilidade do acusado. Chego a essa conclusão a partir da análise do inciso XLV, do art. 5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”.

Pois bem, resta claro que a responsabilidade civil pode ser transferida para terceiro, ainda que não tenha praticado o ato lesivo; já a sanção de natureza não-civil, esta deve restringir-se àquele que cometeu o ilícito, sendo defeso à lei, sob pena de incorrer em manifesta inconstitucionalidade, dispor contrariamente.

Nesse contexto, é forçoso admitir que o Pedido de Dispensa de multa de que trata o nosso Regulamento tenha por fundamento o fato de terceiro, enquadrando-o no inciso IV, do parágrafo 1º, do art. 159. Registre-se que a conclusão ora apresentada não decorre de interpretação extensiva do dispositivo regulamentar; na verdade, parte da doutrina prega que a força maior é ***“a própria atuação humana manifestada em fato de terceiro ou do credor”*** (v.g. Álvaro Villaça Azevedo, citado em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090112153048199).

Assim, considerando que o fato de terceiro é causa excludente do liame de responsabilidade da sanção tributária e, ainda, que se trata de espécie do gênero força maior, **CONHEÇO** do pleito formulado.

No mérito, emerge dos autos que a empresa autuada estava, quando da autuação, em processo de baixa regular (documento de fl. 06), tendo informado tal fato a seus fornecedores, quase um mês antes do lançamento de ofício, para que as notas fiscais passassem a ser emitidas em nome da nova empresa, SD COMERCIAL DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA., consoante se observa das mensagens eletrônicas acostadas à peça de impugnação (fls. 38/43) e dos contratos sociais (fls. 27/35).

Verifica-se, ainda, que os próprios fornecedores confessam, em algumas dessas mensagens, que houve atraso na alteração dos dados da empresa e que muitas notas fiscais foram emitidas equivocadamente em nome da ora requerente, que se encontrava em processo de baixa.

O próprio autuante afirmou, em suas informações, que não há ***“como responsabilizar o autuado por erro que muito mais provavelmente é do fornecedor que não observou as alterações contratuais porque passou seu cliente. Enfim, não é possível atribuir o erro ao destinatário equivocadamente, o que nos obriga a aceitar os seus argumentos”*** (fl. 60).

Logo, resta efetivamente caracterizado o fato de terceiro que, apesar de ser inidôneo à alteração da responsabilidade tributária, é circunstância suficiente para afastar a aplicação da multa por descumprimento de obrigação principal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciando demanda análoga, decidiu nessa mesma linha, consoante se observa do seguinte aresto:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS Á EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRANSPORTE DE MERCADORIA. TRANSPORTADOR. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. FATO DE TERCEIRO. MULTA.

1. A ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos contados da data da sua constituição definitiva.

2. Segundo a legislação tributária, o transporte de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal constitui infração qualificada.

3. A responsabilidade tributária independe da intenção do agente ou do responsável (art. 136 do CTN), mas não dispensa a prova do nexo de causalidade entre a conduta do sujeito passivo e o descumprimento da obrigação. Não responde, portanto, o transportador pelas infrações que não deu causa, sendo da responsabilidade exclusiva do emitente da nota fiscal.

4. A lei tributária que reduz a multa fiscal moratória aplica-se retroativamente enquanto não definitivamente julgado o ato na esfera administrativa ou judicial. Precedentes do STJ. Recurso provido em parte”. (Apelação Cível Nº 70016065252, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 27/07/2006).

Ante o exposto, na alcatifa do Parecer da PGE/PROFIS, voto pelo CONHECIMENTO e DEFERIMENTO do Pedido de Dispensa de Multa formulado pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **DEFERIR** o Pedido de Dispensa de Multa apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281394.1155/07-6, lavrado contra **MWV FEITOSA MOTA (PÉ A PÉ CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$282,43**, e dos acréscimos legais, sem a multa de 60%, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS