

PROCESSO	- A. I. N° 281394.1156/07-2
RECORRENTE	- SG COMÉRCIO DE CALÇADOS & CONFECÇÕES LTDA. (PÉ A PÉ CALÇADOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA – Acórdão 5 ^a JJF n° 0108-05/08
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 21/08/2009

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0020-21/09

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA AO APELO DA EQUIDADE. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. 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. Pedido **DEFERIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0108-05/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 23/11/2007, para exigir o ICMS no valor de R\$534,33, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias, procedentes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização por contribuinte com a inscrição estadual suspensa - em processo de baixa.

O Recurso trata tão-somente do pedido da dispensa da multa aplicada pela infração cometida, por entender a empresa ser ela indevida e injusta, inclusive não causando prejuízo ao Erário.

O recorrente (fls. 92/97) explicou que se encontrava em processo legal de baixa, em virtude de seus sócios estarem constituindo uma nova empresa cuja razão social é SD – Comércio de Calçados e Confecções Ltda, com CNPJ 09.0699860007-16 e Inscrição Estadual n° 75485302-NO. Este fato havia sido comunicado aos seus fornecedores, lhes sendo solicitado que não mais emitissem notas fiscais em seu nome e sim em nome da nova empresa. Como prova, anexou cópia do comunicado e de e-mails que enviou aos seus fornecedores (fls. 63/72). Entretanto, e mesmo com tais cuidados, foram emitidas notas fiscais em nome da empresa autuada. Ao tomar conhecimento do fato, de imediato, procurou o Posto de Fiscalização Estadual de trânsito de mercadorias dando-se por intimado do Auto de Infração, recolheu o imposto sem a multa aplicada e transferiu a propriedade das mercadorias consignadas na nota fiscal objeto da autuação para a nova empresa supracitada, que permaneceu como fiel depositária.

Assim, estava apenas contestando a multa aplicada, já que o erro havia sido dos seus fornecedores. Tendo se posicionado obedecendo a todos os trâmites legais não poderia ser acusado de má-fé e penalizado por equívoco que não deu causa. Acrescentou de que vários dos seus estabelecimentos haviam sido autuados pelo mesmo motivo e que agiu da mesma forma em relação a todos, ou seja, tomou ciência dos autos lavrados e recolheu o tributo sem a penalidade aplicada. Além do mais, os fatos acorreram próximo ao final do ano (natal e ano novo), épocas de muito movimento entre compradores e fornecedores, consequentemente, com a perda de controle da situação.

Afirmou, em seguida, que toda ação fiscal deve ser instaurada em consonância com os princípios da moralidade, legalidade e eficiência que regem os atos da administração pública, respeitando os direitos individuais e toda matéria tributária emanada da Constituição Federal. E, no caso guerreado, e pelos fatos narrados, era imperiosa a aplicação das determinações do art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN. Requeru o Provimento do Recurso Voluntário apresentado, sendo que todas as intimações e/ou informações relativas ao processo fossem encaminhadas ao advogado da empresa.

A PGE/PROFIS em seu Parecer (fl.105), da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, entende que da análise dos autos restava caracterizada a infração imputada ao recorrente. E, como o pedido do Recurso é de tão-somente a dispensa da multa, opinou pelo improviso do pleito já que em sede de Recurso Voluntário cabe, apenas, a análise da pertinência, ou não, da multa aplicada e não da sua exclusão ou abrandamento, que compete à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 142-A do COTEB.

A Coordenação Administrativa do CONSEF encaminha os autos à PGE/PROFIS para emissão de novo Parecer jurídico objetivando a análise de cabimento do Recurso Voluntário ser apreciado como Pedido de Dispensa de Multa ao Apelo da Equidade, previsto no art. 159 do RPAF/99 (fl. 106).

Em novo Parecer, desta feita pela lavra da procuradora Maria Olívia T. de Almeida (fls. 110/111), após breve relato do pedido do recorrente, do pedido da Coordenação Administrativa do CONSEF, do que cuidam os artigos 142-A do COTEB e 159 do RPAF/99 e como junto deste Colegiado existe Representação da PGE/PROFIS, acorde art. 152 do COTEB, redireciona os autos à Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa para, em complementação ao Parecer anterior, emitir opinativo acerca do mérito do pedido.

O Sr. procurador assistente à fl. 112 dos autos assim se posicionou: *O Parecer jurídico de fls. 130/131, com base no princípio da fungibilidade dos recursos, trata o presente Recurso voluntário como Pedido de Dispensa.* Em vista desta condição o mesmo deve ter seu provimento deferido pela Câmara Superior do CONSEF, como seu entendimento anteriormente externado.

O processo foi encaminhado, novamente, à procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa que emitiu opinativo pelo não deferimento do pedido do recorrente. Ressaltando que embora milite a favor do contribuinte a proximidade de tempo entre os fatos, ou seja, a situação de baixa da empresa (9/11/2007 - fl. 06) e a emissão da nota fiscal (19/11/2007) – 10 dias, não consta dos autos prova inequívoca de comunicação prévia da empresa aos seus fornecedores sobre sua situação cadastral, bem como, informações acerca da nova pessoa jurídica constituída e em nome da qual deveriam ser faturadas as mercadorias.

Observou que os e-mails juntados pela defesa, ainda que se afaste a discussão de sua validade como prova, são posteriores à emissão do documento fiscal. Em assim sendo, entendia que não restava provada, cabalmente e no processo, a intenção do recorrente de informar aos seus fornecedores, à época, sua situação cadastral. Além do mais, e como destaque, entendeu que a prova a ser produzida pela nova empresa constituída era de demonstrar, à época, não ter recebido mercadorias desses fornecedores.

VOTO

O art. 169, § 1º, do RPAF/99 (Decreto no 7.629/99) determina que *compete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do art. 159.* E este pedido de aplicação de equidade deve ser fundamentado nas condições que o referido Regulamento indica, ser interposto no prazo de trinta dias após a intimação da Decisão do órgão julgador e estar acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos (§§ 1º e 2º do citado art. 159 e Decreto).

Sobre este aspecto, deve-se indagar, primeiramente, se o Recurso Voluntário interposto pode ser entendido como um Pedido de Dispensa de Multa ao apelo da equidade, e, portanto, Recurso de competência desta Câmara Superior. Para isto, resta provado que o Recurso foi interposto no prazo regulamentar, sendo acompanhado do pagamento do imposto (obrigação principal). Assim, sob este aspecto, invoco o princípio da fungibilidade dos recursos para entender que ele pode ser apreciado por esta Câmara Superior, pois existem os elementos necessários a assim ser considerado, tornando desta forma o processo célere, efetivo e eficaz (princípios da economia

processual e da informalidade que norteiam o processo administrativo fiscal) e, sobretudo, seguro, justo e tempestivo, assegurando o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Mas, ainda existe outro ponto a ser considerado objetivando o acolhimento por esta Câmara Superior do pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade pleiteado pela empresa. Os incisos I a IV, do parágrafo 1º, do art. 159, do RPAF/99 exigem, respectivamente, que a falta de recolhimento do tributo tenha decorrido de erro *por orientação ou comportamento de funcionário fiscal, ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação, ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração ou ter o sujeito passivo agido por força maior ou caso fortuito*. O argumento utilizado pelo contribuinte no seu pleito é a responsabilidade de terceiros pelo fato ocorrido, ou seja, a sua pretensão da exclusão da penalidade tributária tem por fundamento de que o ilícito decorreu de uma conduta de seus fornecedores, não havendo, portanto, nexo de causalidade que justifique a cobrança da multa a ele imputada.

Existem fatores excludentes do nexo causal e, portanto, excludentes da própria responsabilidade. Entre eles, e, por exemplo, quando a causa do dano é da própria pessoa vitimada pela ação ou omissão de terceiro. Entretanto, e ficando restrito o assunto ao ICMS, quando terceiro concorre para a ocorrência de um ilícito fiscal, existe a chamada responsabilidade solidária, por força do disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 87/96. E o art. 136, do CTN determina que a responsabilidade tributária independe da intenção do agente ou do responsável. Em outras palavras, o fato de terceiro não pode ser admitido como causa excludente de nexo causal de uma obrigação tributária principal já que ela pode ser transferida para terceiro, ainda que este não tenha praticado o ato lesivo. Ressalto, inclusive, que assim se posicionou o recorrente ao recolher o imposto devido.

Entretanto, não se pode esquecer do norte da lide, ou seja, a solicitação, exclusivamente, da dispensa da multa imposta ao apelo da equidade. Ao deslocar a discussão para outro fator excludente do nexo casual, ou seja, caso fortuito ou força maior, este pode romper o nexo causal entre a conduta e o dano. Embora existam diversos debates do que seja caso fortuito e o que seja força maior, o nosso Código Cível não fez distinção, com algumas exceções, podendo, ambos, ilidirem o nexo causal. E, nesta linha se encontra o art. 159, parágrafo 1º, IV, do RPAF/99. E, pergunta-se, pode a omissão de terceiros ser considerada caso fortuito ou de força maior para exclusão de uma penalidade pecuniária aplicada? No caso presente, entendo que sim, pois, conforme abaixo se expõe, houve uma imprevisibilidade dos acontecimentos, causada por terceiros e que independeu da ação do recorrente. Portanto, 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 caso fortuito e força maior, CONHEÇO do pleito formulado.

Sendo o Recurso desta forma aceito, informo, quanto ao pedido de que todas as intimações e/ou informações relativas ao processo sejam encaminhadas ao advogado da empresa, que no foro administrativo este procedimento não é obrigatório, mas sim à parte envolvida na lide. No entanto, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria poderá enviar ao seu patrono comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa.

Isto posto, o Auto de Infração trata da exigência do imposto, na entrada no território baiano, sobre mercadorias adquiridas para comercialização e procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual em processo legal de baixa desde 09/11/2007, conforme disposições do art. 125, II-A, item 2, do RICMS/BA.

Das provas apresentadas resta comprovado de que, apesar de nos documentos fiscais que acobertaram o trânsito das mercadorias constar destinatário com inscrição estadual em processo de baixa, este procedimento foi realizado pelo fornecedor do recorrente, já que, desde início de novembro de 2007, todos eles foram comunicados pela empresa recém-constituída da mudança de seus dados cadastrais, sendo, inclusive, informado como deveriam, a partir daquela data, assim

procederem. Tais provas constam às fls. 63/72 dos autos. São diversos e-mail trocados entre o recorrente e seus fornecedores, onde resta patente a sua preocupação em efetivar esta mudança, inclusive para não haver problemas quanto ao faturamento das compras, como houve.

Também resta provado que o contribuinte somente teve conhecimento da apreensão das mercadorias depois que o transportador (Patrus Transportes Urgentes) se comunicou com o fornecedor (fls. 68/69). E, neste momento, peço vênia para discordar do opinativo exarado pela douta PGE/PROFIS ao negar provimento ao Recurso do contribuinte em relação à dispensa da multa aplicada na presente ação fiscal por entender não constar dos autos prova inequívoca de comunicação prévia da empresa aos seus fornecedores sobre sua situação cadastral, bem como, informações acerca da nova pessoa jurídica constituída e em nome da qual deveriam ser faturadas as mercadorias. Nesta específica lide a situação está provada. Mesmo supondo que esta comunicação não tenha sido realizada imediatamente após a baixa da empresa no cadastro de inscrição desta Secretaria de Fazenda, os e-mails trocados entre o recorrente e seus fornecedores, bem como, entre o fornecedor e a transportadora, atestam que a Adidas do Brasil Ltda. tinha conhecimento da situação antes da emissão da Nota Fiscal nº 638769 e autuada. Analisando o e-mail de fls. 68/69, ele data de 16/11/2007 e consta informado pelo transportador à empresa fornecedora que a carga referente à Nota Fiscal nº 612163 encontrava-se no seu depósito apreendida, pois o cliente (o recorrente) estava com sua inscrição estadual baixada. Às fls. 67, o e-mail da Adidas do Brasil Ltda, de 19/11/2007 e enviado às 8:02 AM dava conta desta situação. A nota fiscal autuada foi emitida neste mesmo dia às 10:10:33h, ou seja, com o completo conhecimento da situação cadastral do recorrente.

Ao tomar conhecimento da apreensão das mercadorias, o recorrente procurou o Posto de Fiscalização Estadual se dando por intimado do Auto de Infração, recolheu o imposto exigido no valor principal e acréscimos moratórios (fl. 26) e transferiu a propriedade das mercadorias apreendidas e consignadas na Nota Fiscal nº 638769 (fl. 11/12) para a nova empresa, que ficou como fiel depositária das mesmas (fl. 18).

Acrescenta-se, ainda, ser comprensivo o equívoco por parte do fabricante, em época de intensas vendas natalinas, em não providenciar, de imediato, a mudança dos dados cadastrais do recorrente.

Em vistas das circunstâncias acima relatadas, embora a infração esteja caracterizada, entendo não ter existido dolo ou má-fé do recorrente. E, como houve o recolhimento da obrigação principal, voto pelo DEFERIMENTO do pedido de dispensa de multa formulado pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, DEFERIR o Pedido de Dispensa de Multa apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281394.1156/07-2, lavrado contra SG COMÉRCIO DE CALÇADOS & CONFECÇÕES LTDA. (PÉ A PÉ CALÇADOS), no valor de R\$534,33, devendo ser cientificado o recorrente da presente decisão e homologado o valor já recolhido, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS