

A . I. N° - 206894.0017/09-1
AUTUADO - MARCOS DE PAULA RAMOS
AUTUANTE - LÍDIO DE SOUZA TELES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 02.10.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0331-04/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. É nulo por ilegitimidade passiva, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado contra pessoa que não poderia constar no pólo passivo da relação tributária. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/05/09 exige ICMS no valor de R\$ 13.202,90, acrescido de multa de 100%, em decorrência da apreensão de diversas mercadorias (brinquedos infantis, bicicletas) que estavam sendo descarregadas em local diverso do endereço constante nos documentos fiscais, conforme termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos 302670, à fl. 04.

O autuado apresenta sua defesa às fls. 26 a 32, através de advogado com instrumento de Procuração, fl. 33, suscitando, preliminarmente, nulidade da autuação, indicando que falta segurança na determinação da infração, na apuração da base de cálculo e na indicação do sujeito passivo e mais; que a acusação fala em “local de saída”, o que não corresponde à realidade dos fatos configurando a insegurança jurídica devendo ser decretada a nulidade do auto de infração.

Diz ainda que o cálculo fora levantado de forma indevida causando prejuízos à defesa. Afirma que na documentação que acompanhava a operação, o valor das mercadorias sujeitas à antecipação parcial é de R\$ 85.510,82, porém adotou R\$ 112.874,53 sem a devida fundamentação e comprovação. Cita e transcreve o Acórdão JJF 0202/99 (fl. 28).

Destaca ainda que mesmo a documentação fiscal identificando o remetente, o destinatário e o transportador, escolheu a pessoa do motorista que não possui qualquer envolvimento na relação comercial, o que impõe a nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva. Cita em seu favor e transcreve o acórdão CJF 024912/05 desse CONSEF. Pede que seja aplicado o disposto no art. 155, parágrafo único, RPAF/BA e a nulidade do auto de infração.

No mérito, afirma que a autuação não possui sustentação. Antes pela lavratura do presente auto de infração contra o motorista; a Lei nº 7.014/96 prevê a multa de 100% somente na ausência de documentos fiscais ou na presença de documentação inidônea, o que não é o caso. Entende que o correto seria a aplicação da multa formal prevista no art. 42, inciso XXII, na medida em que a operação estava sendo realizada com documentação fiscal idônea faltando apenas a indicação do local da entrega, o que, constando na nota fiscal, impediria a lavratura do auto de infração.

Registra ainda que o remetente emitiu carta de correção não aceita pelo autuante e que, inclusive pagou a antecipação parcial, dentro do prazo regulamentar, anexando os respectivos DAE's. Diz que não restou caracterizada a infração apontada, mas o autuado se compromete a arcar com a multa por descumprimento da obrigação acessória do inciso XXII, supra referida.

Finaliza, defendendo a nulidade do auto de infração ou sua procedência parcial com aplicação da multa.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 58 a 61, diz inicialmente que a presente defesa nem deveria ser conhecida porque não existe no processo procuração do Marcos de Paula Ramos constituindo a UTILITOYS ou seus advogados para que defendam. Contudo, exporá suas “razões” em deferimento ao egrégio CONSEF.

Diz que o objeto da reclamação consta no campo descrição dos fatos, insurgindo-se a empresa UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES, destinatária da carga e fiel depositária, contra a ação fiscal que recaiu sobre seu motorista e justifica que foi nomeado pelo agente que apreendeu as mercadorias como responsável tributário por solidariedade, nos termos do art. 39, RICMS/BA.

Sobre a alegação do autuado acerca da base de cálculo, cita o art. 61, II, “b”, diz que a mesma foi determinada pela soma do total dos produtos das notas fiscais citadas no termo de apreensão, documentos de 13/15, R\$ 94.062,11, acrescentando a MVA de 20% (fl. 16). Sobre a multa de 100%, aplicou o disposto no art. 915, IV, “c” cabível “quando a mercadoria for entregue a destinatário diverso do indicado do documento fiscal”.

Com relação às cartas de correções que não teriam sido aceitas pelo fiscal, afirma que sequer estava presente no local da apreensão. Sobre os DAE’s da antecipação parcial foram pagos em 28.05.2008, três dias após a lavratura do auto de infração. Conclui que o contribuinte cometera, na realidade, duas infrações: não antecipou o imposto tempestivamente, uma vez que estava descredenciado (fl. 54), quando o fez, lhe acarretaria multa de 60%; depois, estava descarregando em local diverso do indicado na nota fiscal.

Sobre a alegação de que não causou prejuízo, que a infração é acessória, diz que é direito do Estado cobrar as multas por infringência à legislação tributária, citando os artigos 911, 913, 914 e 915 do RICMS/BA. Sobre o termo “local de saída das mercadorias”, afirma que no Termo de Apreensão a infração está perfeitamente caracterizada, que é parte integrante do auto de infração, citando em seu favor os artigos 18 e 19 do RPAF/BA, asseverando que eventuais incorreções ou não observância de exigências meramente formais não acarretam nulidade do auto de infração.

Às fls. 65/75, através também de seus advogados com mandato de procuração, fl. 76, Marcos de Paula Ramos, motorista, responsável tributário na presente ação, com processo protocolado sob nº 116179/2009-8, vem questionar em seu nome a lavratura do auto de infração argumentando sobre a necessidade da anulação do feito.

Relata que transportava mercadoria descrita nas notas fiscais 513.570/513.572 e que, impossibilitado de descarregar a referida mercadoria no endereço do destinatário por ser um shopping center, foi orientado a descarregar na Avenida Santos Dumont s/n Km. 05, Estrada do Coco, sendo feita uma carta de correção. Pede para observar que não havia condições de fazer a descarga de uma carreta no espaço fornecido.

Diz que o lançamento aponta diversos artigos da legislação sem vincular a conduta do contribuinte a nenhum deles, conforme se observa da transcrição dos supostos artigos infringidos pela impugnante: Art. 209, 911, 913, RICMS/BA; Art. 42, IV “b”, Lei nº 7.014/96; Diz que, no caso em tela, as nota fiscais que acobertaram a operação não podem ser consideradas inidôneas, conforme apontado no auto de infração, pois não possuem nenhuma característica dentre as descritas na legislação e que o endereço informado como destinatário não pode ser o mesmo do descarregamento, uma vez que é um Shopping Center, não sendo possível, em hipótese alguma, descarregar uma carreta no local descrito. Isso não significa que a nota fiscal seja inidônea, pois trazia em seu bojo informações claras e corretas, fornecidas pelo destinatário.

Afirma ainda que constatada a impossibilidade do descarregamento, foi feita uma retificação no endereço do destinatário, por meio de Carta de Correção, autorizada pela legislação, conforme Art. 201, RICMS/BA. Observa ainda que a Carta de Correção é vedada quando a correção dos dados implique em mudança do destinatário, o que não ocorreu, pois o destinatário permaneceu o mesmo, enquanto, apenas o endereço do descarregamento foi modificado em razão da impossibilidade de descarregamento no Shopping Center. Assim, é evidente que a operação foi realizada da forma correta, estando a retificação do endereço do destinatário, por meio de carta de correção, acobertada pela legislação.

Afirma que a desconsideração da escrituração somente pode se dar em casos extremos. A impugnante não procedeu a qualquer adulteração ou falsificação de documentos ou praticou qualquer outra conduta que justifique a capitulação legal apontada.

Na hipótese de haver penalidade a ser aplicada à Impugnante, sua conduta seria enquadrada em disposição diversa da apontada no auto de lançamento, pois deveria então ser considerado um mero equívoco no campo de preenchimento. Diz que não houve prejuízo na arrecadação do ICMS e que sua conduta não enseja a lavratura do auto de infração por documentação fiscal inidônea, porque esta evidentemente não ocorreu, devendo ser anulado o auto de infração impugnado.

Admite que houve apenas o descumprimento de uma obrigação acessória sem qualquer prejuízo ao Fisco Estadual. Foi utilizado como fundamento para a autuação o transporte de mercadoria sem documentação fiscal, previsto no RICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97 com penalidade na Lei do Estado da Bahia nº 7.014 de 04.12.1996, no art. 42, IV. Contudo, diz, na remota hipótese de haver penalidade a ser aplicada à impugnante, sua conduta seria enquadrada em disposição diversa da apontada no auto de lançamento, aplicando penalidade menos gravosa, como a multa para o caso de mera inobservância de obrigação acessória, que não resultou na falta de apuração de tributo.

Transcreve decisões do STJ em favor de sua tese proclamando o princípio da razoabilidade e asseverando que a capitulação da multa não guarda correspondência com a sua conduta, visto que entende não ser possível a aplicação de procedimento especial, reservado àquelas operações clandestinas, furtando-se ao cumprimento das obrigações tributárias, se a impugnante é transportador idôneo e não se enquadra em qualquer das situações da aplicação da penalidade apontada no auto.

Diz que eventual imperfeição da obrigação acessória não tem força jurídica bastante para atropelar direitos subjetivos do Contribuinte, como, por exemplo, o de se submeter ao exato valor do imposto, sem se sujeitar à multa presente no auto de infração, até porque a conduta do contribuinte não permite a incidência no patamar aplicado pela autoridade fiscal. Conclui pela ilegalidade do auto de infração quanto ao montante do imposto exigido e pela multa aplicada.

Discorre que infração e penalidade devem ter correlação e equilíbrio entre a falta cometida e a sanção a ser imposta, traduzindo-se como a proporcionalidade entre a falta e a penalidade. Reafirma que a exigência da multa sem proporcionalidade representa um verdadeiro excesso de exação porque pune exageradamente o contribuinte que age com evidente boa-fé. Cita e transcreve ainda o art. 170 da CF/88 que trata dos princípios da Ordem Econômica, entre esses, a propriedade privada. Encerrando, alega que a penalidade imputada é excessiva e deve ser anulada, motivando a própria desconstituição da autuação.

Finalizando, pede seja o auto de infração julgado improcedente ou exigida multa por descumprimento da obrigação acessória.

VOTO

O presente auto de infração foi lavrado para exigir o pagamento de ICMS em decorrência da apreensão de diversas mercadorias (brinquedos infantis, bicicletas, etc.) que estavam sendo descarregadas em local diverso do endereço constante nos documentos fiscais, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 302670, anexado à fl. 04 dos autos.

O autuado, dentre outros argumentos, questiona a autuação, seja porque o auto foi lavrado contra o motorista da carga apreendida, seja pela consideração de inidoneidade dos documentos fiscais, o que motivou a aplicação da multa de 100%; seja ainda porque não contém no processo, demonstrativo como ocorreu a apuração da base de cálculo, uma vez que as notas fiscais apreendidas somam R\$ 85.510,82 e foi adotado o valor de R\$ 112.874,53. Contrapõe o autuante afirmando que é direito de Estado cobrar as multas por infringência à legislação tributária; que a ação fiscal recaiu sobre o motorista porque o foi nomeado pelo agente que apreendeu as mercadorias como responsável tributário por solidariedade, nos termos do art. 39 do RICMS/BA; que a base de cálculo foi apurada pela soma do total dos produtos das notas fiscais citadas no termo de apreensão acrescida do MVA de 20%, conforme art. 61, II, “b” do RICMS/BA e que a multa

de 100% é cabível “quando a mercadoria for entregue a destinatário diverso do indicado do documento fiscal”.

Da análise das peças processuais, verifico antes, que prepostos do motorista colocado no pólo passivo da obrigação tributária ingressaram com impugnação, às fls. 65/75 dos autos, protocolada em 27.07.09, que deixa de ser apreciada tendo em vista sua intempestividade, nos termos do art. 123, RPAF/BA.

A sujeição passiva por solidariedade do motorista, no caso em tela, segundo o autuante, deu-se em função de sua nomeação no Termo (fl. 04), no momento da apreensão das mercadorias.

O art. 264 do Código Civil ensina que há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigação a dívida toda. Diz ainda que solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265, CC 2002). No direito tributário, no entanto, não vige a regra de que a solidariedade não se presume, uma vez que a mesma se estabelece sem a necessidade de que a lei o diga expressamente, como ocorre no art. 124 I CTN. Assim, toda dívida que alcance duas ou mais pessoas é solidária. Ou seja, o raciocínio vale para quando mais de uma pessoa pode ser enquadrada como contribuinte pela ocorrência de situação de fato comum a ambas. O segundo tipo de solidariedade na obrigação tributária decorre da designação expressa da lei (Art. 124, II, CTN).

Se a última hipótese não comporta maiores dificuldades, pois o legislador indica as pessoas que sejam solidárias; a vagueza do termo “interesse comum” presente na hipótese do art. 124, I, CTN, impõe exame minucioso tendente a averiguar a existência desse interesse comum que acarreta a citada solidariedade. Certo é que o contribuinte é quem deve suportar o ônus pelo pagamento do tributo, já que é quem revela capacidade contributiva ao praticar o fato gerador respectivo; o terceiro apenas pode ser responsabilizado quando tenha alguma relação com o fato gerador porque tenha participado de algum modo na sua realização ou para que seja juridicamente possível o ressarcimento pelo ônus tributário que teve de suportar no lugar do contribuinte. É o que revela inclusive o art. 128, CTN.

Para a hipótese narrada neste processo, a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário, seria do transportador das mercadorias, assim também indicado pelo autuante em sua Informação Fiscal, fl. 58, conforme previsto no artigo 6º, III da Lei n. 7.014/96 (art. 39, I, RICMS/BA):

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

III - os transportadores em relação às mercadorias:

Ocorre que o Termo de Apreensão e o conseqüente Auto de Infração que deveriam ser lavrados contra o transportador das mercadorias e proprietário do veículo foram emitidos contra o motorista, um mero preposto daquele. O motorista não responde solidariamente pelo crédito tributário e não poderia ser alocado como sujeito passivo, porque não fica caracterizada nos autos a sua vinculação jurídica com o fato gerador ou que seja inidônea a documentação fiscal em relação às mercadorias que detiver para entrega, nos termos do art. 39, V, RICMS/BA.

Ademais, o transportador, SAULO DOS SANTOS DOVIRGENS – TRANSP. – ME, CNPJ 02.480.686/0001-90, a quem poderia ser atribuída legalmente a responsabilidade tributária, encontrava-se plenamente identificável com seus dados cadastrais descritos nas próprias notas fiscais que acompanhavam as mercadorias apreendidas (fls. 17/19), inexistindo suporte jurídico para a lavratura do Auto de Infração contra o mero motorista do veículo.

Igualmente, não considero que, no caso concreto, os documentos que acompanhavam as mercadorias possam ser considerados inidôneos, sendo entendidos, em regra, aqueles que não preencham requisitos de validade, não revestido de valor fiscal ou que comprovadamente sejam expedidos com dolo, fraude ou simulação.

No presente processo, as notas fiscais 513.570, 513.571 e 513.572 foram consideradas inidôneas porque as mercadorias descritas em tais documentos estavam sendo entregues em endereço diverso do constante nas notas fiscais. Ora, como vimos, o documento inidôneo não guarda relação de pertinência com a operação que se realiza, seja por vício material ou formal, de tal sorte que a operação ou prestação acobertada por documentação desse porte será considerada desacompanhada de documentação fiscal, sujeita, portanto, às infrações legais. Do que não me parece tratar o caso em tela.

Posto isso, conforme mesmo admitido pelo autuante na Informação Fiscal, o auto de infração foi lavrado em nome de MARCOS DE PAULA RAMOS por ter sido a pessoa nomeada pelo agente fiscal que apreendera as mercadorias; verifico ainda que o auto de infração foi assinado por preposto do destinatário, UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA e, em seguida, houve pedido de desconsideração da assinatura efetuado pelo autuante, fl. 20. Isto não indica o cometimento da infração pelo motorista do veículo que transportava as mercadorias apreendidas, conforme constante na inicial dos autos.

Diante do exposto, concluo que o motorista escolhido para configurar no pólo passivo da relação tributária não se configura como legítimo sujeito passivo por carência de fundamento legal para tal. Nesses termos, voto pela nulidade do lançamento fiscal de ofício com base no art. 18, IV, “b”, RPAF BA, ao tempo em que represento à autoridade competente, para que se proceda à renovação do procedimento, a salvo de equívocos.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206894.0017/09-1**, lavrado contra **MARCOS DE PAULA RAMOS**. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR