

A. I. N° - 210765.1844/16-3
AUTUADO - FOCUS LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. (FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.)
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11.08.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0121-02/17

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A empresa transportadora é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, devidos pelo contribuinte de direito, relativamente às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. Está comprovado nos autos o trânsito das mercadorias apreendidas desacompanhadas de documentação fiscal. Não acolhidas às arguições de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/10/2016, exige o ICMS no valor de R\$175.157,28, acrescido da multa de 100%, em razão da seguinte infração: 51.01.01 - “Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.”

No campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos” consta que o lançamento se refere a sete aparelhos de ecografia de marca Toshiba, dois kits 4D de marca Toshiba e três transdutores de marca Toshiba, apresentados pelo motorista Augusto Cesar Soares, CPF 069.350.076-07, no Posto Fiscal Benito Gama, com os DACTEs 015934, 015935 e 015936, emitidos pela transportadora Focuslog Logística Serviços e Transportes Ltda., CNPJ 04.824.534/0002-74, acompanhados com relação das mercadorias acima citadas, no entanto, sem documentação fiscal que acobertassem a operação de trânsito de São Paulo para a Bahia, conforme Termo de Ocorrência e documentos anexados ao processo.

O autuado apresenta defesa (fls. 30 a 39) e, inicialmente, destaca que atua no segmento de Transporte Rodoviário e Aéreo de Cargas e, no desenvolvimento de seu escopo social, se viu surpreendido com apreensão de veículo de sua propriedade “PLACA OYT-5988/PE”, bem como de toda mercadoria transportada e da carteira nacional de habilitação (CNH) de seu funcionário, conforme documentação já anexada aos autos.

Sustenta que houve abuso perpetrado pela autuante quando reteve não só as mercadorias transportadas, mas também o veículo e a CNH do motorista condutor, constituindo a aludida retenção do documento de habilitação do motorista abuso de autoridade, não estando entre as faculdades autorizadas por lei para autuação da autoridade fiscalizadora, que tem seus atos administrativos estritamente vinculados à lei. Diz que a Fiscalização exerce, através de seus agentes, coação visando obter o pagamento do suposto imposto, antes mesmo do término do processo administrativo. Cita a Súmula nº 323, do STF, que prevê que é defeso ao agente público impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte por intermédio de irregular retenção

de mercadorias de sua propriedade, a fim de compeli-lo ao pagamento de débito de ICMS, uma vez que esta retenção acarretaria no cerceamento de atividades lícitas.

Salienta que o transporte em comento se deu por transferência de patrimônio da sociedade empresária Diagnósticos da América S.A., não merecendo prosperar a cobrança de ICMS, pois nenhuma operação estava sendo realizada no momento da apreensão, de forma que a impugnante estava apenas exercendo o livre exercício de circulação de bens em território nacional.

Explica que, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, o ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, e essa circulação deve ser jurídico-comercial, isto é, pressupõe-se a transferência, de uma pessoa para outra e pelos meios adequados, da titularidade de uma mercadoria, pois sem mudança de titularidade não há de falar em tributação pelo ICMS. Cita doutrina e reproduz trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Diz que, para fins de tributação por meio de ICMS, os conceitos de “operação”, “circulação” e “mercadorias” se interligam e se complementam, de modo que sem esses três conceitos não há o que se falar em incidência do tributo. Frisa que no caso em tela, diante da documentação que acompanhava a carga (DACTE, DAMFE e declarações), resta evidenciado que não houve operação relativa à circulação de mercadorias apta a ensejar a incidência do ICMS, visto que se trata de mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos de titularidade da mesma pessoa jurídica - a DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A..

Informa que as mercadorias apreendidas foram enviadas pelo estabelecimento da DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A. situado em Barueri, Estado de São Paulo, na Av. Juruá, nº 434, s/n, ao estabelecimento da própria DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A. situado em Salvador, Estado da Bahia, na Av. Adhemar de Barros, nº 376, Ondina. Aduz que a referida transferência ocorreu entre estabelecimentos de mesma titularidade e, sendo assim, não constituiu fato gerador do ICMS, segundo entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme jurisprudência que transcreve.

Diz que, ante a ausência do fato gerador do ICMS, o Auto de Infração é nulo e, considerando a documentação que acompanhava as mercadorias, deve ser julgado improcedente.

Aduz que, caso este colegiado decida pela procedência do Auto de Infração, deve ser reconhecido como contribuinte o proprietário das mercadorias em trânsito, a DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A., e não a mera transportadora, ora impugnante. Destaca que o Código Tributário Nacional, em seus artigos 134 e 135, prevê a responsabilidade de terceiros por obrigações tributárias do contribuinte, porém não elencada a transportadora. Diz que a Lei Complementar 87/96 determina, em seu art. 5º, que o terceiro só terá responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimo devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Sustenta que, no caso em tela, é cristalina a ilegitimidade passiva da FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇO E TRANSPORTES LTDA, por dois motivos: a) a responsabilidade por tributos de terceiros deve estar expressamente prevista em lei complementar que estabelecerá normas gerais em matéria tributária, como exige o art. 146, III, da Constituição Federal, e o CTN - norma geral em matéria tributária - não atribuiu a responsabilidade da transportadora pelas obrigações tributárias de terceiros; b) a Lei Complementar 87/96 previu genericamente a responsabilização do terceiro, mas exigiu que para que o terceiro fosse responsabilizado pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, que os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do ICMS, o que não ocorreu no caso em comento.

Diz que não é constitucional, legal e nem justo que a transportadora seja compelida ao adimplemento do crédito tributário exigido, quando é identificável o responsável pelas obrigações tributárias porventura existentes, qual seja, o remetente e o destinatário das mercadorias em trânsito, a DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A..

Friza que a DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A. impetrou Mandado de Segurança com pedido de tutela de urgência, em 25 de outubro de 2016, tombado sob o nº 0509258-57.2016.8.05.0274, que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de Vitória da Conquista, com o objetivo de liberar os bens de sua propriedade que estão retidos no Posto Fiscal Benito Gama, reconhecendo, assim, que é proprietária das mercadorias apreendidas (Doc. 02 - fls. 57 e seguintes). Prosseguindo, faz alusão ao princípio da verdade material e cita doutrina.

Afirma que caso o Auto de Infração seja mantido, pelo menos deverá ser considerado que o caráter confiscatório da multa aplicada em 100% em afronta o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal. Aduz que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, com base na vedação ao confisco, de que são inconstitucionais as multas fixadas em índices de 100% ou mais do valor do tributo devido. Para embasar seu argumento, reproduz ementa de decisão proferida no STF.

Ao finalizar, o defendantre requer:

- 1 - a liberação do veículo apreendido e citado no Termo de Ocorrência (placa OYT-5988/PE), bem como das mercadorias transportadas e a habilitação do motorista;
- 2 - a improcedência dos Termos de Ocorrência e de Apreensão e Depósito, bem como do Auto de Infração, a fim de ver excluída a cobrança de ICMS e de multa, pois não ocorreu o fato gerador de ICMS, conforme a impugnação e os documentos acostados aos autos;
- 3 - caso seja mantida a autuação, que o polo passivo seja retificado para incluir a proprietária das mercadorias em trânsito (DIAGNÓSTICOS DA AMÉRICA S.A.) e excluir a transportadora (FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇOS & TRANSPORTES LTDA); e que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa de 100% aplicada;
- 4 - que as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome dos advogados que subscrevem a defesa, no endereço que declina.

A informação fiscal foi prestada pelo Agente de Tributos Estaduais Ennio Wander Lélis Carvalho, conforme fl. 165, tendo o informante assim se pronunciado: “*A Fazenda Estadual, tendo em vista a argumentação e os documentos juntados com a defesa, que não estavam disponíveis no momento da autuação, que comprovam se tratar de simples deslocamento de mercadorias realizado por empresa não contribuinte do ICMS, operação não abrangida no campo de incidência do imposto, vem através do seu Preposto Fiscal, muito respeitosamente, salvo melhor juízo, requerer aos membros da Junta de Julgamento Fiscal a IMPROCEDÊNCIA do auto de infração em análise.*”

VOTO

O defendantre arguiu a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não ocorreu o fato gerador do ICMS que foi lançado de ofício.

Essa arguição de nulidade não se sustenta, pois, nos termos do §3º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, a mercadoria que for encontrada em trânsito no território baiano desacompanhada da devida documentação fiscal será considerada em situação irregular, sendo, portanto, devido o devido o ICMS referente às operações subsequentes que ocorrerão com essa referida mercadoria.

Afasto a arguição de ilegitimidade passiva do autuado na relação jurídico-tributária tratada no Auto de Infração em tela, pois o art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, prevê que os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito relativamente às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino. É relevante salientar que essa responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem, podendo o imposto ser exigido do contribuinte ou do responsável solidário ou de ambos, nos termos do §3º do art. 6º da citada Lei.

Foi alegado na defesa que houve abuso por parte da autuante ao reter não só as mercadorias transportadas, mas também o veículo e a carteira nacional de habilitação (CNH) do motorista que transportava as referidas mercadorias. Assim, solicita a liberação do veículo e da referida CNH.

Nos termos do art. 31-E do RPAF-BA/99, a apreensão de mercadorias constitui um procedimento fiscal destinado a documentar a infração apurada, para efeitos de constituição de prova material do fato, não se constituindo, portanto, em um meio de compelir os contribuintes a efetuarem o pagamento do imposto, como foi alegado na defesa. No caso concreto em análise, as mercadorias apreendidas já foram liberadas, conforme Termo de Liberação à fl. 27 dos autos.

Já no que tange à alegada apreensão do veículo transportador das mercadorias e da CNH do motorista, esse fato não consta no Termo de Apreensão e nem há prova nos autos de tal fato. Contudo, caso reste comprovada tal apreensão, o pedido de liberação deverá ser dirigido à repartição fazendária responsável pela apreensão, uma vez que o atendimento de tal pleito não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo.

Ultrapassadas as questões acima e adentrando ao mérito da lide, inicialmente saliento que as mercadorias apreendidas foram encontradas em trânsito no Posto Benito Gama, conduzida pelo motorista do autuado, desacompanhada de documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, fato que não é negado na defesa interposta.

A tese defensiva atinente a não incidência de ICMS na transferência de patrimônio da sociedade empresária Diagnósticos da América S.A. não se sustenta, uma vez que as mercadorias apreendidas estavam em situação irregular no território baiano, não havendo assim como se cogitar da aplicação do previsto na Súmula 166 do STJ. Além disso, há que se observar que o art. 12, inc. I, da Lei Complementar 87/96 deixa claro que ocorre fato gerador do ICMS “*no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*”

O DACTE e o DAMFE acostados aos autos serviram para amparar a prestação de serviço de transporte, porém esses documentos não substituem a nota fiscal que deveria acobertar o trânsito das mercadorias em comento. Do mesmo modo, as declarações acostadas ao processo não possuem o condão de substituir o documento fiscal que deveria ter acompanhado as referidas mercadorias.

Considerando que a Diagnósticos da América S.A. não era contribuinte do ICMS e que não estava obrigada e emissão de nota fiscal, deveria o transporte das mercadorias estar acobertado por nota fiscal avulsa emitida pela repartição fazendária da unidade federada de origem. Saliento que, conforme a consulta citada à fl. 156, a legislação tributária do Estado de São Paulo dispensa a emissão da nota fiscal avulsa apenas nas operações internas, o que não era o caso da presente lide, a qual trata de operação interestadual.

As fotocópias das Notas Fiscais nºs 1886 e 11857 (fls. 119 e 120) emitidas pela Toshiba Medical do Brasil Ltda. para a empresa Diagnósticos da América S.A., localizada no Estado de São Paulo, correspondentes às mercadorias apreendidas, não são capazes de elidirem a infração, pois são referentes à operação interna, ocorrida no Estado de São Paulo, no mês anterior ao da autuação. Ademais, essas notas fiscais foram apresentadas após a apuração do trânsito irregular das mercadorias, conforme disposto no art. 40, §§ 3º e 6º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcrevo:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

(....)

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

(....)

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração e, por força do disposto no art. 6º, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, o transportador das mercadorias, no caso o autuado, responde solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito.

Sobre a alegação defensiva de que a multa indicada na autuação, equivalente a 100% do valor do imposto lançado, teria o caráter de confisco, saliento que a sua aplicação é prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a esta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação de argumentos quanto à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Quanto ao pedido para que as publicações e intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome dos advogados que subscrevem a defesa, no endereço que declinam, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210765.1844/16-3, lavrado contra **FOCUS LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. (FOCUSLOG LOGÍSTICA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$175.157,28**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR