



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE CULPA DO TRANSPORTADOR. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO AFASTADA. ARTS. 136 DO CTN E 5º DA LEI KANDIR.

Apesar de o art. 136 do CTN preconizar que, “salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, a norma não afasta a necessidade de perquirir acerca da culpa do terceiro, sendo inadmissível que haja infração à lei tributária sem que esteja presente elemento subjetivo. É vedada, assim, a responsabilização objetiva.

O art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, norma que elege o sujeito passivo tributário do ICMS, determina que apenas se o terceiro concorrer para o não recolhimento do tributo, a ele pode ser imputada responsabilidade pelas infrações praticadas.

Descabe responsabilizar o transportador pela operação realizada acompanhada de DANFE, documento suficiente para o transporte e que preenchia todos os requisitos formais, embora a empresa emitente não tivesse expedido a nota fiscal.

APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)

COMARCA DE LAJEADO

TRANSPORTES CARBONI LTDA.

APELANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento à apelação.



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores
DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) E DES. MARCO AURÉLIO HEINZ.

Porto Alegre, 06 de dezembro de 2017.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA,

Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

TRANSPORTES CARBONI LTDA. apela da sentença de improcedência proferida nos autos dos embargos à execução fiscal opostos por ela à execução fiscal que lhe move o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Em suas razões, preliminarmente, aponta nulidade da sentença, uma vez que não houve saneamento. No mérito, alega que não resta configurado o fato gerador de ICMS. Não houve circulação de mercadoria, sendo o bem levado para exposição, retornando ao Estado do Paraná. Se houve venda, não foi no Estado do Rio Grande do Sul. Afirma não ser responsável tributária, e deveria estar ligada ao fato gerador do ICMS, na forma do art. 121 do CTN. Existe benefício de ordem, sendo a empresa Silomax a contribuinte original. Requer seja extinta a execução fiscal. Requer a extinção da execução fiscal.

Foram apresentadas contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença.

O Ministério Público opina pela rejeição da prefacial e desprovimento do recurso.

É o relatório.



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

VOTOS

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

Busca a parte embargante/apelante a extinção da execução fiscal, sob o argumento de que não é parte legítima passiva, inexistindo sua responsabilidade em relação ao crédito tributário.

Inicialmente, afasto a preliminar de cerceamento de defesa pela falta de saneamento do processo, pois a parte sequer aponta as provas que pretendia produzir, não havendo como se reconhecer nulidade sem prejuízo às partes (*pas de nullité sans grief*).

Ademais, entendeu o magistrado *a quo*, com o que aqui se concorda, tratar-se de matéria que prescinde de dilação probatória para o seu exame, sendo os elementos contidos nos autos suficientes para o deslinde da controvérsia.

Consta do Anexo do Auto de Lançamento Tributário a descrição da infração (fl. 102):

“Aos 20 dias do mês de agosto de 2012, os Agentes Municipais do Município de MARQUES DE SOUZA, interceptaram o veículo placas AEJ8502. Verificada a carga do veículo, foi lavrada a Comunicação de Verificação no Trânsito número 451/000074, tendo em vista a seguinte ocorrência:

‘Mercadoria em trânsito com DANFE de nota fiscal eletrônica não emitida’.”

A transportadora seria sujeito passivo tributário, na qualidade de responsável, na forma do disposto no art. 7º, III, “b” c/c art. 43, I, ambos da Lei Estadual nº 8.820/89, e art. 13, III, “b”, do Livro I c/c art. 9º, I e § 2º, do Livro II, do RICMS.

Sobre a nota fiscal inidônea, assim dispõe o artigo 7º, III, “b”, da Lei Estadual 8.820/89 e 13, inciso III, “b”, do Livro I, combinado com os arts. 9º, I e § 2º, do Livro II do RICMS:

Art. 7º - São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

III - o transportador, em relação à mercadoria que:



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

b) transportar desacompanhada de documento fiscal idôneo;

Art. 13 - São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

III - o transportador, em relação à mercadoria que:

b) transportar desacompanhada de documento fiscal idôneo.

Art. 9º - Deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais emitidos com observância das disposições regulamentares próprias:

I - as mercadorias em trânsito ou em depósito, sujeitando-se à apreensão as que forem encontradas em desacordo com esta disposição;

§ 2º - Os transportadores não poderão aceitar despacho ou efetuar o transporte de mercadorias que não estejam acompanhadas dos documentos fiscais próprios.

Ademais, existiria violação ao artigo 43, inciso I, da Lei Estadual 8.820/89, uma vez que as mercadorias em trânsito devem sempre estar acompanhadas de documentos fiscais idôneos:

Art. 43 - Deverão estar sempre acompanhadas de documentos fiscais emitidos com observância das disposições regulamentares próprias:

I - as mercadorias em trânsito ou em depósito;

Apesar de o art. 136 do CTN preconizar que, *“salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”*, a responsabilidade de terceiro – no caso, o transportador – deve ser verificada com temperamentos, não podendo ser a ele imputada infração sem que, ao menos, tenha concorrido de forma culposa para a prática da infração tributária.

Esta é a interpretação dada ao dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça:



MBP

Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MULTA APLICADA POR CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DO ART. 136 DO CTN.

(...) 2. Tratando-se de infração tributária, a sujeição à sanção correspondente impõe, em muitos casos, o questionamento acerca do elemento subjetivo, em virtude das normas contidas no art. 137 do CTN, e da própria ressalva prevista no art. 136. Assim, ao contrário do que sustenta a Fazenda Estadual, "não se tem consagrada de nenhum modo em nosso Direito positivo a responsabilidade objetiva enquanto sujeição à sanção-penalidade" (MACHADO, Hugo de Brito. "Comentários ao Código Tributário Nacional", Volume II, São Paulo: Atlas, 2004, pág. 620).

No mesmo sentido: REsp 494.080/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.11.2004; REsp 699.700/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 3.10.2005; REsp 278.324/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.3.2006.

3. Recurso especial desprovido. (REsp 777.732/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 20/08/2008)

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 112, CAPUT, III e 136, DO CTN – MULTA – NÃO-OCORRÊNCIA – SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal a quo afastou a aplicação de multa por infração à legislação tributária, por entender que a contribuinte não pode, sem culpa sua, exhibir os livros fiscais exigidos pelo Fisco.

Inexistência de violação dos arts. 112, caput, III, bem como art. 136 do CTN.

2. "Apesar de prever o art. 136 do CTN que a responsabilidade do contribuinte ao cometer um ilícito é objetiva, admitem-se temperamentos na sua interpretação, diante da possibilidade de aplicação da equidade e do princípio da lei tributária in dubio pro contribuinte – arts. 108, IV e 112. Precedentes: REsp 494.080-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2004; e REsp 699.700-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 3.10.2005." (REsp 278.324/SC; Rel.



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.3.2006). (...) Recurso especial improvido. (REsp 254.276/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 28/03/2007, p. 198)

A par de haver na doutrina discussão quanto ao alcance da expressão “*independe da intenção do agente*” contida naquele dispositivo, o entendimento predominante é o de que ela significa prescindibilidade do dolo, mas não afasta a necessidade de perquirir acerca da culpa do terceiro, sendo inadmissível que haja infração à lei tributária sem que esteja presente qualquer elemento subjetivo. É vedada, assim, a responsabilização objetiva, mas não a presunção de culpa.

Leciona Hugo de Brito Machado¹:

“O art. 136 do CTN não estabelece a responsabilidade objetiva em matéria de penalidades tributárias, mas a responsabilidade por culpa presumida. A diferença é simples. Na responsabilidade objetiva não se pode questionar a respeito da intenção do agente. Já na responsabilidade por culpa presumida tem-se que a responsabilidade independe da intenção apenas no sentido de que não há necessidade de se demonstrar a presença de dolo ou de culpa, mas o interessado pode excluir a responsabilidade fazendo a prova de que, além de não ter a intenção de infringir a norma, teve a intenção de obedecer a ela, o que não lhe foi possível fazer por causas superiores à sua vontade.”

Observe-se também que os arts. 136 e 137 devem ser interpretados em conjunto, e especialmente tendo-se em vista que as infrações à legislação tributária em sua maioria estão hoje definidas como crimes pela Lei 8.137/1990.”

Além disso, o art. 5º da Lei Complementar nº 87/96, norma que elege o sujeito passivo tributário do ICMS, prevê que “*lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou*

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 33ª Ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2012. p. 167.



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

E prevê o Livro II do RICMS:

Art. 26-B. O contribuinte usuário de Nota Fiscal Eletrônica, para **acompanhar mercadoria em trânsito, deverá emitir o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica.**

NOTA 01 - O Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica não é documento fiscal hábil para a escrituração fiscal, sendo vedada a apropriação de crédito do imposto destacado, salvo na hipótese em que o destinatário não estiver credenciado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica.

NOTA 02 - O Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica não é documento fiscal hábil para aposição de visto fiscal, que fica dispensado nas operações acobertadas por Nota Fiscal Eletrônica.

NOTA 03 - Quando o destinatário for consumidor final poderá ser utilizado o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica com formato simplificado, conforme instruções baixadas pela Receita Estadual. (grifei)

Ou seja, para a mercadoria em trânsito, necessária apenas o DANFE – Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica, que foi apresentado pela parte embargante quando da autuação (fl. 78). Entretanto, a infração ocorreu por *“mercadoria em trânsito com DANFE de nota fiscal eletrônica não emitida”*.

O transportador se compromete apenas pela aparência de regularidade: se o documento possui os requisitos necessários para acobertar a operação, e se há correspondência entre o que está sendo transportado e a descrição contida no documento.

Não era exigível do transportador que tivesse conhecimento do fato de a nota fiscal não ter sido emitida, se a ele foi apresentado o Documento Auxiliar para realizar o transporte, inclusive contendo Número de Nota Fiscal (2480).

A única irregularidade que aponta o Estado em sua impugnação aos embargos é o fato de que a mercadoria estava sendo transportada em dois veículos, sendo que na nota fiscal constava apenas um.



MBP
Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Contudo, não foi este o motivo da autuação, conforme consta da descrição da matéria tributável e da infração. O anexo do auto de lançamento aponta que foi interceptado o veículo de placa AEJ8502, sendo este o que constava também no DANFE (fl. 78), inexistindo tal divergência.

Verifica-se, pelas fotos do dia da autuação trazidas aos autos, que se trata de caminhão (AEJ8502) com semi-reboque (AFE1448) acoplado. Mas tal fato não possui o condão de tornar impróprio para o transporte referido documento.

E isto também deve haver concluído o agente fiscal, que não justificou o lançamento com base neste fato, mas por a nota fiscal não ter sido emitida.

Assim, não há como atribuir responsabilidade ao transportador, pois não se poderia exigir dele que tivesse conhecimento da ausência da emissão de nota fiscal, se a operação estava acobertada por Documento Auxiliar, suficiente ao transporte.

O tributo, se assim for o caso, deve ser exigido da empresa emitente.

- Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para reconhecer julgar extinta a execução fiscal, desconstituindo o lançamento tributário nº 0026719827 em relação à embargante.

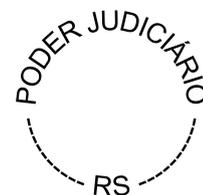
Condeno o Estado ao pagamento de custas processuais (reembolso) e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 3º, do CPC, considerando o tempo de tramitação, o trabalho realizado e a natureza e complexidade da matéria.

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MBP

Nº 70075754895 (Nº CNJ: 0339604-89.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - Presidente - Apelação Cível nº 70075754895,

Comarca de Lajeado: "DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: PAULO MENEGHETTI