

PROCESSO - A. I. N° 232340.0003/15-4
RECORRENTE - T M TRANSMARINHO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0181-04/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0330-11/15

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual atribui a responsabilidade pelo pagamento do imposto aos transportadores que derem trânsito a mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível. A argumentação do autuado não consegue elidir a acusação fiscal. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/01/2015 para exigir ICMS no valor de R\$14.303,07, acrescido de multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração a seguir descrita, *in verbis*:

Infração 53.01.04 Entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos, as seguintes informações:

"A mercadoria foi apreendida por estar sendo descarregada no estabelecimento identificado como RESIFIBER COMÉRCIO DE FIBRAS DE VIDRO LTDA. inscrição estadual n.º 54.699.548, localizado na Av. Frederico Pontes, 131, no bairro do Comércio, em Salvador. Como o documento fiscal que acobertava o trânsito da mesma, DANFE n.º 48150, a destinava ao contribuinte COATLAND DO BRASIL INDÚSTRIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE FIBRAS RESINAS E TINTAS EIRELI - EPP localizado na Estrada do Coco - Centro Comercial Casa Vinícius, lj. 08, s/n, no município de Lauro de Freitas, o referido documento foi considerado INIDÔNEO".

Por fim, explica a base de cálculo aplicada da seguinte forma:

Este Termo de Ocorrência Fiscal está atrelado ao Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 2323403

Var do DANFE R\$ 69850,00 + IPI R\$ 3.492,50 + Frete R\$ 5.806,45 = R\$ 79.148,95 + MVA AJUSTADA 45,66% = R\$ 115.288,36.

Foi dado o crédito do DANFE n° 48150 + Crédito do FRETE

Após a regular intimação da empresa, foi apresentada Defesa (fls. 34 a 41), rebatendo a infração, bem como a correspondente Informação Fiscal (fls. 76 a 79) que opinou pela procedência total da autuação,

Concluída a instrução, os autos foram remetidos à apreciação pela 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, sob os seguintes argumentos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: entrega de mercadoria em local diverso daquele indicado no documento fiscal.

Iniciarei pela apreciação das preliminares aventadas na peça defensiva. Quanto a nulidade vislumbrada pelo

sujeito passivo, não posso acolher, tendo em vista que a ação fiscal atendeu aos requisitos do artigo 39 do RPAF/99, não se podendo falar em insegurança na autuação, vez que a motivação do lançamento foi a constatação do fato no momento em que o mesmo havia ocorrido. Assim, não há que se falar em nulidade, vez que atendidos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, motivo pelo qual não acolho tal argüição.

No mérito, o cerne da autuação foi a constatação de entrega de mercadoria em local diverso do indicado na nota fiscal, vez que o transportador, responsável solidário, estava no estabelecimento da empresa Resifiber Comércio de Fibras de Vidro Ltda. inscrição estadual n.º 54.699.548, localizado na Av. Frederico Pontes, 131, Comércio, Salvador, tendo apresentado documento fiscal que acobertava a mercadoria descarregada tendo como destinatário a empresa Coatland do Brasil Indústria Comércio e Importação de Fibras Resinas e Tintas, localizado na Estrada do Coco, Centro Comercial Casa Vinícius, l.º 08, município de Lauro de Freitas.

A alegação defensiva, é a de que o motorista parou no estabelecimento em Salvador, a fim de informar-se acerca da localização do estabelecimento em Lauro de Freitas, negando a prática da infração.

A autuação deu-se por responsabilidade solidária, frente ao comando legal contido na Lei 7.014/96, artigo 6º, inciso III, alínea "a", segundo o qual são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação. assim, a legitimidade passiva da autuada está plenamente caracterizada.

Da análise dos elementos e documentos acostados ao processo, faço as seguintes observações: soa estranho que o estabelecimento no qual foi constatada a ocorrência, tenha como atividade o comércio de fibra de vidro, que se denota pela sua denominação, reforçada pelas fotos acostadas ao feito às fls. 59 e 60, e sabidamente a resina de poliéster, mercadoria constante no documento fiscal que ensejou a autuação é utilizada na obtenção da fibra de vidro, sendo comercializada por poucos e específicos estabelecimentos.

Tal produto (resina), trata-se de composto orgânico derivado do petróleo, que passa de seu estado líquido para o estado sólido, através de um processo químico denominado de "Polimerização". As fibras de vidro são usadas para reforçar vários tipos de plásticos. todavia, em muitos casos, os plásticos usados como matriz para compósitos de Fiberglass são feitos com resinas poliéster insaturadas, sendo estas muito usadas em compósitos moldados por contato porque elas são fáceis de ser transformadas em plástico.

As resinas poliéster insaturadas são processadas no estado líquido e curam (isto é, transformam em plástico) à temperatura ambiente em moldes simples e baratos. A cura à temperatura ambiente e sem exigir moldes caros é muito importante, porque viabiliza a produção em pequena escala de peças grandes e complexas.

A coincidência de justamente o transportador parar para pedir informação de endereço de contribuinte do mesmo ramo de atividade localizado em outro município e que comercializa o mesmo tipo de material é intrigante, e fragiliza a alegação defensiva. Na hipótese do transportador ter entregue outra mercadoria no local da constatação do fato, bastaria apresentar a mesma, juntamente com o respectivo documento fiscal, a se ver no próprio Parecer DITRI 12020/2010 invocado pelo autuado em seu favor, no qual a própria destinatária das mercadorias informa ser "Fabricante de resinas pertencentes à classe dos polímeros termofixos dissolvidos em solvente e vinil, com o nome comercial de 'resincoat' e 'coatgel'". Isso reforça a especificidade do produto objeto das ação fiscal.

Note-se que no caso presente, e isso é fundamental na apreciação da matéria, foi a ocorrência da flagrância, ou seja, o fato foi verificado no momento em que ocorria, e não em momento anterior ou posterior à sua ocorrência, o que reforça a autuação e lhe dá a devida sustentabilidade.

Além do mais, o veículo possui placa policial do Estado da Bahia, o que da mesma forma, fragiliza a argumentação defensiva trazida aos autos (fl. 11).

Desta forma, o autuado não se desincumbiu de produzir a necessária prova, motivo pelo qual não acolho tal argumento defensivo.

Quanto ao fato da mercadoria não estar sujeita a substituição tributária, conforme alegado, muito embora não abordado na informação fiscal prestada, se trata de margem de valor agregado para efeito de cálculo do imposto, diante da inidoneidade da operação, encerrando a sua tributação, vez que a substituição tributária é interna, enquadrada no grupo de massas, pastas, ceras, encáusticas, líquidos, preparações e outros para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação, ou seja, de NCM 3404, 3405.20, 3405.30, 3405.90, 3905, 3907, 3910, conforme determinação regulamentar.

Já as decisões trazidas pelo sujeito passivo, não vinculam o julgador, o qual age sob a tese do seu livre convencimento.

Por outro lado, o fato do autuado trazer declaração da empresa onde se deu o fato (fl. 58), também não a socorre, diante da data de sua emissão (29 de abril de 2015), ser distante daquela da ocorrência do fato, qual seja, 09 de janeiro de 2015.

Os comprovantes de pagamento da fatura trazidos ao feito, de igual forma, não comprovam a inexistência do fato imputado no lançamento, qual seja, a entrega de mercadoria em local diverso do constante no documento fiscal.

Desta forma, a base de cálculo encontra-se correta, refutando, pois, tal argumento. Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente.

Inconformado com o Julgamento proferido pela primeira instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 100 a 111), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo todos os pedidos já postulados.

Em síntese, alega a empresa que o motorista estava pedindo informações no estabelecimento RESIFIBER COMÉRCIO DE FIBRA DE VIDRO LTDA, para encontrar COATLAND DO BRASIL IND. E COM. LTDA, situada na Estrada do Coco, s/n, Itinga, no município de Lauro de Freitas. Afirma que toda a confusão foi explicada para o Agente de Tributos que não compreendeu os esclarecimentos.

Junta declarações do motorista e da loja neste sentido, bem como o Registro de Saídas do fornecedor das mercadorias. Alega que tais provas atestam a boa-fé objetiva das partes envolvidas, restando “*evidente que não houve a caracterização da materialidade da infração por fraude ou simulação*”.

Cita e transcreve os artigos 112 e 149 do CTN e jurisprudência do STJ, para alegar que “*não resta dúvida que o digno Agente de Tributos se equivocou em presumir uma fraude utilizando o termo “descarregando” para caracterizar o que não se materializou*”.

Em seguida, passa a discorrer sobre o demonstrativo de débito.

Fala que o Agente de Tributos entendeu por enquadrar a mercadoria “Resina Poliéster”, NCM 39079100, na substituição tributária, majorando a base de cálculo do imposto em 45,66%. Pontua que a referida mercadoria é um plástico suscetível à polimerização sendo utilizado como matéria prima em diversos segmentos industriais.

Afiança que as suas características e finalidades devem guardar identidade com a definição do texto legal para o enquadramento na substituição tributária, mesmo havendo a classificação fiscal. Desta forma, diz que a mercadoria objeto deste de auto não se enquadra na substituição tributária, o que acarreta a inexatidão do demonstrativo de débito.

Entretanto, argumenta que, ainda que fosse enquadrado no regime de substituição, o percentual de 45,66 % também está incorreto. Pontua também que, se persistir alguma dúvida quanto à incidência ou não no regime da substituição tributária, resta acostado aos autos o Parecer nº 12020/2010 de 09/07/2010, da SEFAZ/BA, em resposta a conselente Coatland do Brasil Ind. e Com. LTDA.

Com esses argumentos, fala que a memória de cálculo deveria ficar conforme o tabela a seguir:

Data ocorrência	Base Cálculo	Valor Imposto	Crédito Fiscal	Imposto a Pagar	Multa	Total
22/12/2014	79.148,95	13.455,32	5.295,95	8.159,97	100%	16.319,94

Em seguida, fala em “preliminar de nulidade pela defesa”. Coloca que a instrução deve ser pautada no princípio da verdade material, e por isso, para que o digno Agente de Fiscalização capitule uma infração de documento inidôneo com intuito de fraude ou simulação deve comprovar a existência da mesma, motivo da nulidade consoante o art. 18, IV, ‘a’ do RPAF.

Em seguida, fala das razões da reforma do julgado de piso, alegando que foi enquadrado no art. 44, inciso II, alínea f, da lei 7.014/96, e assim entendeu a fiscalização que apesar do revestimento formal legal da documentação fiscal o intuito seria comprovadamente a fraude.

Assevera que a capitulação incorreta do dispositivo legal não invalida o Auto de Infração, se das circunstâncias outras for possível identificar a infração cometida, entretanto, coloca que “a

opção pela alínea f, por parte do agente de tributos, não foi mera faculdade, pois diante de um documento revestido de formalidade, por exclusão, as demais opções do art. 44 estariam prejudicadas”.

Nestes termos, aduz que Diante da referida capitulação, faz-se mister afastar a suposta fraude mediante o conjunto de documentos acostados nos autos, a saber:

- a. Manifesto de Carga (evidencia que o transportador estava realizando entregas na região do comércio e que também faria na região de Lauro de Freitas);
- b. O pagamento da fatura pelo destinatário da mercadoria (Coatland);
- c. Livro Registro de Saídas, da nota fiscal, que acobertava o trânsito da mercadoria, pelo fornecedor Ashland;
- d. Livro Registro de Entradas, da nota fiscal, que acobertava o trânsito da mercadoria, pelo destinatário da mesma, sem crédito do imposto, até que se ultime o julgamento;
- e. Declaração da Resifiber sobre o ocorrido (Empresa na qual o motorista desceu do veículo para pedir informações);
- f. Declaração do motorista, de próprio punho, sobre o fato e suas circunstâncias;
- g. Declaração do destinatário da mercadoria, evidenciando os prejuízos decorrentes da apreensão.

Alega que a 4ª JJF não fez uma análise sistemática, como também não abordou cada documento presente nos autos e que o documento estava revestido das formalidades leais e que houve uma transação comercial interestadual entre a Coatland (BA) e a Ashland (SP).

Fala que não são verdadeiras as informações indicadas no Termo de Apreensão de mercadorias e que o procedimento adotado pelo Agente de Tributos é estranho e que a boa-fé demonstrada entre as partes do negócio jurídico não foi analisada de forma sistêmica.

Diz que na Decisão, fica evidente que alguns documentos são refutados sob argumentos frágeis, simplesmente negando o lastro probatório do termo ou documento, com perceptível a carência de substância da Decisão da 4ª JJF e que TM TRANSMARINHO TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA realiza um trabalho probo na unidade federativa da Bahia.

Argumenta que o fato o caminhão ter placa da Bahia não é relevante, pois também atua em outros Estados, com motorista sem grau de instrução satisfatório. Aduz que no seu ramo há utilização dos “chapas” e que numa grande metrópole, existe a possibilidade de se pedir informações ou se confundir de endereço.

Fala que a coincidência dos ramos de atividade entre a Coatland e a Resifiber não foi bem analisada pela Junta, pois são de cadeias diferentes e utilizam o produto para atividades distintas. Pontua também que o lapso temporal entre a data da declaração da Resifiber e a data de ocorrência do fato não pode sustentar a procedência da infração e que não houve a devida apreciação quanto aos erros da memória de cálculo.

Mais uma vez propala que a mercadoria, objeto da operação de compra, não deveria ter sido enquadrada na substituição tributária para efeito de cálculo do imposto, uma vez que a finalidade para que se destina a mercadoria é determinante para a verificação do enquadramento na mesma e o Parecer número 12020/2010, exarado pela SEFAZ BA, destaca a não incidência da substituição tributária para a mercadoria em questão, inclusive ressaltando a importância da verificação da finalidade, não bastando o simples fato da NCM constar na relação da SEFAZ.

Explica que sabe que o Parecer não vinculava na Decisão, mas a resposta à argumentação da defesa deveria ser no sentido de contrapor os elementos aduzidos. Assim, o Parecer do órgão fazendário é uma resposta formal ao consultante em relação a algum assunto relevante ao processo, demonstrando como o referido órgão vê a questão. Dessa forma, entende que seus

agentes deveriam, quando em atividades fiscalizadoras, observar o entendimento dos Pareceres da própria SEFAZ.

Em seguida, coloca que a MVA que Agente de Tributos capituloou está errada, pois, o percentual de 45,66%, “não está disposto no rol das mercadorias enquadradas na substituição tributária (anexo RICMS/BA)”.

Neste ponto, também assegura que o Regulamento do ICMS da Bahia prevê como deve ser obtida a base de cálculo do ICMS, para efeito de cálculo do imposto, inclusive nas fiscalizações de trânsito. Diz que nessas situações em que não seja possível determinar os valores, deve-se arbitrar, através dos métodos previstos. Não existe discricionariedade para que o Agente de Tributos atue de forma diversa a prescrita.

Na aplicação do percentual da margem de valor agregado o preposto do fisco deve observar o percentual prescrito na lei, de acordo com a mercadoria (NCM) **e a sua destinação**.

Diante das argumentações aduzidas, em se afastando a substituição tributária, diz que a questão sobre a aplicação do percentual perde o seu objeto, uma vez que não há que se falar do mesmo.

Ao final, requer que seu Recurso Voluntário seja conhecido e lhe seja dado integral provimento para reformar a Decisão recorrida, acolhendo o pedido inicial do sujeito passivo.

VOTO

Temos sob análise Recurso voluntário contra Decisão da 4ª JJF fiscal que julgou procedente o Auto de Infração lançado pela suposta entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal.

Em seu Recurso o Contribuinte alega a nulidade do Auto de Infração por indeterminação da infração e, sucessivamente, a improcedência da mesma, consoante declarações do motorista da empresa e do representante da empresa na qual pediu informações de localização, bem como o livro de saída da fornecedora (Ashland) e o livro de entrada da real adquirente (Coatland).

Insurge-se também quanto ao regime de tributação da mercadoria e ao memorial de cálculo elaborado pelo Agente de Tributos.

Compulsando os autos, vejo que reparo algum merece a Decisão de piso.

Quanto a preliminar de nulidade do Auto de Infração por suposta incerteza quanto a capitulação legal e a base de cálculo, vejo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos, a imputação resta clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei e no regulamento, conforme a natureza dos produtos autuados. Por seu turno, percebo que foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do Contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Dessa forma, afasto as alegações de nulidade.

Passo ao exame do mérito da infração e, por consequência, a validade dos argumentos da Decisão de piso.

Ab initio, vale lembrar que a autuação é entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Tal fato é incontrovertido, tanto que o Contribuinte alega que houve um mero equívoco por parte do seu motorista.

Entretanto, não se pode encarar o lapso atestado pela própria empresa transportadora e motorista como mero equívoco, uma vez que, o motorista profissional errou a cidade do destinatário da mercadoria! Não foi o bairro, não foi a rua, mas sim a cidade.

Para mim, trata-se de erro grosseiro que não sustenta qualquer escusa lógica ou jurídica quanto ao cometimento da infração ora sob apreciação.

Ademais, devemos lembrar que o fiscal atesta peremptoriamente que a mercadoria estava sendo descarregada. Portanto, torna-se inverossímil a narrativa de que o motorista profissional, com a carteira de motorista expedida na cidade de Salvador, estava pedindo orientações sobre a localização de uma outra empresa, situada em outra cidade e não realizando o ato de descarga das mercadorias.

Assim, não vislumbro argumentos fáticos ou jurídicos capazes de alterar o julgamento de *primo grau*.

Quanto à alegação de que a mercadoria (Resinas Poliéster - NCM 39079100) não estava sujeita substituição tributária, vejo que a descrição da NCM 3907 abrange as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal considerada inidônea, (pois fala de formas primárias de poliacetais, outros poliéteres e resinas epóxidas, em formas primárias; policarbonatos, resinas alquídicas, poliésteres alílicos e outros poliésteres, em formas primárias), conforme as disposições do antigo artigo 353 e, assim, julgo que elas estão sob o regime de substituição.

Cura ressalta que o Parecer da GECOT/DITRI nº 12020/2010, da lavra da Auditora Sandra Urânia é claro em dizer que é necessário a identidade entre as características e finalidade do produto com as definições do texto legal para a inclusão no regime de substituição tributária, mesmo havendo adequação à classificação fiscal.

Por fim, quanto a apuração do memorial de cálculo e a utilização da MVA, vejo que o fiscal observou os preceitos estabelecidos para o arbitramento da base de cálculo, consoante o previsto o artigo 22, inciso V da Lei nº 7.014/96.

Ademais, conforme a tabela trazida pelo autuante de fl. 6 e a DANFE nº 48150, de fl. 09, a MVA de 45,66% está correta por a alíquota interestadual foi de 7% e a alíquota interna é de 17%.

Assim, a infração 1 é subsistente conforme o julgamento de base.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de Primeira Instância que julgou totalmente procedente o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232340.0003/15-4 lavrado contra **TM TRANSMARINHO TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA**. devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.303,07**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "c", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de Novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS