

A. I. Nº - 218905.0098/14-3
AUTUADO - RODOVIÁRIO NOVA ERA
AUTUANTE - WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 12.06.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-01/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. UTILIZAÇÃO DE NF-E INIDÔNEA. REMESSA DE MAQUINÁRIOS PARA DEMONSTRAÇÃO. Não restou comprovado a fraude fiscal pretendido pela fiscalização do trânsito de mercadorias. Tal acusação sequer poderia ser atribuído ao transportador por falta de interesse jurídico na situação considerada ilícita. O preposto do Fisco não acostou aos autos as provas de que o transportador tenha concorrido para a prática do fato infringente ou decorrido do exercício da sua atividade, ainda mais porque as mercadorias estavam acompanhada de nota fiscal regularmente emitida. Superada a nulidade pela descaracterização da exigência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 20/10/14 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$107.403,13, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apuração de irregularidade fiscal descrita da forma a seguir: "*utilização de documentação fiscal acompanhando mercadorias como se fosse amostra grátis ou mostruário, não satisfazendo as exigências legais*".

O autuado, devidamente representado por advogado com instrumento de mandato (fls. 46/47 e 69/75), apresenta impugnação (fls. 39 a 45). Sintetiza os fatos ocorridos e contrapõe que o órgão fazendário se equivocou ao aplicar as penas supramencionadas, pois a nota fiscal de remessa para demonstração é idônea, preenche todos os requisitos obrigacionais acessórios, revestindo-se da mais pura boa-fé e legalidade.

Preliminarmente, invoca a ilegitimidade do autuado figurar no pólo passivo da demanda, nos termos do artigo 5º da LC 87/96. Aduz que é posição pacificada no âmbito de nossos tribunais que a Transportadora é solidariamente responsável por infrações fiscais, somente quando concorre para sua ocorrência.

No caso, além da Nota Fiscal Eletrônica ter sido emitida tempestivamente e para o destinatário correto, com todos os requisitos legais preenchidos, não seria imputável qualquer conduta ao Transportador que visasse lesar o fisco, pois o que se pode exigir do transportador é que identifique elementos mínimos de legalidade na análise da documentação fiscal e não que imagine que a operação seria inidônea como quer fazer crer o ilustre agente fiscal deste Estado.

Alega que a transportadora apenas conferiu a existência dos documentos fiscais, a adequação e relação dos produtos descritos e a correição de seu destino, os quais, todos, estavam corretos, não sendo possível imputar-lhe qualquer atitude que permita a aplicação do artigo 5º da LC 87/96. Descreve nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº

70042438432, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 20/07/2011”.

Dessa forma, o transportador não pode ser responsabilizado por eventuais erros cometidos pelo embarcador quando da emissão dos documentos fiscais que acompanhem as mercadorias a serem transportadas, pois seria como imputar-lhe ato impossível. Observa a incompatibilidade na atribuição da responsabilidade fiscalizatória de complexa legislação tributária a mero motorista de caminhão.

Afirma que, apesar de ser sabedor de sua ilegitimidade passiva, no presente caso, o transportador buscou junto ao embarcador e destinatário elementos que comprovassem a idoneidade da operação, o que demonstra no mérito e em respeito ao princípio da eventualidade na defesa, caso não seja acolhida a preliminar de ilegitimidade acima invocada.

Diz que, conforme se depreende da nota fiscal, objeto do auto de infração, esta não desatendeu aos requisitos constantes na legislação tributária no que compete especificamente a natureza da operação, bem como se trata de mercadorias para demonstração, não ensejando qualquer entendimento contrário por parte do fisco.

Aduz que o auto de infração é um equívoco ao tratar a operação como amostra grátis ou mostruário. Diz que houve, na realidade, remessa de mercadorias para demonstração, operação na qual a empresa remete mercadorias a terceiros, em quantidade necessária para conhecer o produto; a amostra grátis ou mostruário, considera-se quando a mercadoria com valor comercial é entregue ou remetida a intermediário (empregado ou representante), não para seu uso ou revenda (ainda que isso excepcionalmente possa ocorrer depois de cumprida a sua finalidade), mas para, à vista dela, efetuar vendas de outras mercadorias da mesma espécie, para uso ou para revenda por parte de terceiros.

Resume que a nota fiscal do auto de infração é documento idôneo, tendo base de cálculo e imposto a ser pago, devidamente destacados. Repete que tanto é idôneo que a autoridade fazendária utilizou a nota fiscal emitida para efetuar o cálculo da multa aplicada.

Explica que os equipamentos relacionados na nota fiscal serão destinados para a linha de produção da empresa SISA SAUIPE INDUSTRIAL S/A, os quais, em primeiro momento, necessitam ser testados e aprovados pelo cliente, e se necessário, podem sofrer alterações; Diz que também não a hipótese da devolução de todas as mercadorias caso não atendidas às expectativas do cliente, no que tange a medida e eficácia, bem como a adequação do layout da indústria da compradora.

Salienta que, após aprovação e atestada a eficácia da linha de produção por parte da SISA SAUIPE INDUSTRIAL S/A, a ZEGLA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS PARA BEBIDAS LTDA., iria emitir a nota fiscal de venda na forma da lei, que, juntada toda a documentação seria enviada ao banco para liberação do financiamento junto ao BNDES/FINAME, instituição que financiará os equipamentos contratados. Anexa, nesse sentido, documento bancário com a seguinte observação: *"se houver nota fiscal e remessa de demonstração, de devolução etc., encaminhá-la com nota fiscal de venda"*.

Reitera a idoneidade da nota fiscal e a inexistência de qualquer fraude; as mercadorias podem ser devolvidas ou emitida a nota fiscal de venda no prazo de 60 dias. Atingidas as expectativas do cliente, será emitida a nota fiscal, enviada aos seus destinatários e instituição bancária, encerrando-se o ciclo e perfazendo o negócio jurídico. Somente em não ocorrendo tal operação é que se poderia cogitar a imposição de penalidades.

Aduz que a ZEGLA atua no ramo metalúrgico a mais de 30 anos e jamais colocaria em risco transações comerciais desta monta, muito menos se comprometeria com a instituição financiadora que viabiliza seus negócios, bem como fomenta o desenvolvimento econômico do país; ao emitir a nota fiscal e adotou a natureza da operação remessa para demonstração, não o fez por livre arbítrio,

mas, em atendimento aos requisitos legais, conforme determina a legislação pertinente ao ICMS. Destaca a IN nº 65 DRP, DE 06/11/2008 (DO-RS, DE 11/11/2008).

Finaliza, requerendo a anulação do Auto de Infração por ilegitimidade passiva da transportadora; a nulidade do auto de infração com base nos demais argumentos; pede que as intimações sejam direcionadas a FERNANDO BORTOLON MASSIGNAN, OAB/RS 68.618, com escritório profissional na Av. Borges de Medeiros, 2105, sala 1201, em Porto Alegre, RS, CEP 90510-002; prazo de 5 dias para juntada da documentação original e das demais provas necessárias ao deslinde deste feito.

O autuante na sua Informação Fiscal (fl. 92/96) explica que as mercadorias, objeto da autuação, servem à incorporação do ativo fixo do contribuinte industrial e não demonstração, visto que não serão objeto de retorno.

Resume os principais argumentos do autuado:

Sobre a ilegitimidade passiva da transportadora, diz que a impugnante não promove a venda, mas é responsável por solidariedade pelo que transportar. Acrescenta que os transportadores são responsáveis solidariamente, conforme a legislação do ICMS, em relação às mercadorias que aceitarem transportar ou conduzirem acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Sobre as operações com documentação fiscal inidônea, explica que são as que não guardem os requisitos ou exigências regulamentares; no caso, diz que a nota fiscal veio com alíquota de 7% implicando em mercadoria para revenda. Este tipo de operação é sem dúvida uma simulação, pois o adquirente não iria suportar um frete de alto valor se não houvesse a intenção de ficar e incorporar a mercadoria ao seu ativo. Não existe prazo de retorno declarado, o que corrobora com as informações acima. Diz que as alegações que o autuado não pode ser o responsável tributário, visa apenas criar uma hipótese de erro de sujeição passiva e assim levar o mesmo a fato nulo.

Diz que quando a saída para fins de demonstração em outro Estado se for acobertada por nota fiscal consignando como destinatário o próprio remetente ou seu representante, o retorno poderá ser acobertado pela nota fiscal de remessa, devendo constar na mesma o “visto” da fiscalização de fronteira deste Estado, para efeitos de sua revalidação. Transcreve o Ajuste SINIEF 08/08, que dispõe sobre as remessas de mercadorias destinadas a demonstração e mostruário.

Sobre a argumentação de que as mercadorias discriminadas no DANFE 29810 se trata de Remessa para Demonstração, diz que a ZEGLA, empresa que atua a mais de 30 anos no mercado e produz equipamentos de alta qualidade e de grande aceitação no mercado interno e internacional, em se tratando de equipamento de grande porte e de alto custo, inclusive de frete R\$19.000,00 (DACTE 26607), além das despesas com instalação, montagem e risco de acidente, a demonstração do mesmo poderia ser feito no local da sua produção, como foi feita para o Sócio-Presidente da REFRIGERANTE QUINARI, conforme dados obtidos no YouTube (foto anexa).

Caso a venda fosse realizada para o Mercado Externo,(AFRICA DO SUL), indaga se a ZEGLA enviaria o equipamento para demonstração. E se o cliente não gostasse e devolvesse as máquinas? Conclui que o mais viável seria a parte interessada se deslocar até a fábrica da ZEGLA para ver o funcionamento do equipamento, como foi feito pelo Sócio-Presidente da QUINARI.

Diante do exposto, reafirma que as mercadorias enviadas para demonstração, através do DANFE 29810, irão compor o Ativo Imobilizado da SISA SAUIPE INDUSTRIAL e não será objeto de retorno. Razão pela qual insiste na manutenção da presente imputação.

Apresenta a correção da data exata da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, trazendo à colação o § 1º, art. 19, RPAF BA.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do transito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação da "*utilização de documento fiscal acompanhado de mercadorias como se fosse amostra grátis ou mostruário, não satisfazendo as exigências legais*", em valor que totalizou R\$107.403,13, além da multa de 100%.

Instalando o contraditório, o autuado, através de representante legal, alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda (artigo 5º da LC 87/96), aduzindo que é posição pacífica que a Transportadora será solidariamente responsável por infrações fiscais, apenas quando concorre para sua ocorrência. Ressalta que a Nota Fiscal Eletrônica foi emitida tempestivamente para o destinatário correto, com todos os requisitos legais preenchidos e não poderia lhe ser imputada qualquer conduta lesiva ao Fisco.

No mérito, diz que a nota fiscal de remessa para demonstração é idônea, preenche todos os requisitos obrigatoriais acessórios, revestindo-se da mais pura boa-fé e legalidade. Alega que o Auto de Infração é um equívoco ao tratar a operação como amostra grátis ou mostruário, quando, na realidade, se trata de remessa de mercadorias para demonstração.

Ao seu tempo, o autuante explica que as mercadorias objeto da autuação servem à incorporação do ativo fixo do contribuinte industrial e não trata de remessa em demonstração, uma vez que não serão objeto de retorno. Deduz que a demonstração poderia ser feita no local da produção, como ocorreu com a REFRIGERANTE QUINARI. Reafirma que as mercadorias para demonstração, através do DANFE 29810, irão compor o Ativo Imobilizado da SISA SAUIPE INDUSTRIAL e não será objeto de retorno. Razão pela qual insiste na manutenção da imputação.

Examinando os autos do processo, entendo que o direito não assiste ao FISCO do Estado da Bahia e não logra êxito o lançamento de ofício em debate. Antes, pela ilegitimidade do sujeito passivo, o transportador, considerando que a responsabilidade solidária (art. 6º, III, "d" da Lei nº 7.014/96), alcança os transportadores, em relação às mercadorias que conduzirem sem documento fiscal que comprove a sua procedência ou acompanhadas de documentação inidônea. O que não ocorre, no caso em concreto.

Temos assim, na responsabilidade solidária legal, situações em que a lei impõe ao terceiro a tomada de determinadas providências para impedir ou dificultar a omissão do contribuinte (art. 124, II, CTN). A solidariedade é, na essência, a omissão de um dever de diligência, de vigilância. Justamente por isso, o solidário não é um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

Cabível ressalvar que, em regra, as pessoas envolvidas nas operações mercantis são o comprador e o vendedor. A lei complementar optou por definir que o contribuinte do tributo é o vendedor. A princípio, determinar que o transportador deva efetuar o pagamento do tributo constitui um arcabouço da lei, estruturada para garantir a eficácia das suas disposições, visto que o transportador não está vinculado ao sinal de riqueza que autoriza aquela imposição tributária. Completa o Professor Paulo Barros que “solidariedade mesmo, haverá tão-somente na circunstância de existir uma relação jurídica obrigacional, em que dois ou mais sujeitos de direito se encontram compelidos a satisfazer a integridade da prestação”. (Curso de Direito Tributário, Pág. 217).

Nesse sentido, embora seja necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, a razão de sua responsabilização reside, precipuamente, na desobediência de um preceito legal que consiste no dever de transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida. Percebe-se que, em um primeiro momento, o sujeito solidário é estranho ao acontecimento do fato jurídico tributário e integra outro vínculo jurídico, que nasceu por força de uma ocorrência tida como ilícita.

Nesse passo, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, devem estar marcadas de forma indelével e constar dos autos. A consideração fiscal de que as mercadorias, objeto do Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 09/10, servem à incorporação do ativo fixo do autuado e não demonstração, carece de comprovação. A ausência do prazo para retorno das mercadorias, descrito no DANFE, não é suficiente para a presunção fiscal, uma vez sua previsão no Ajuste SINIEF 08/08. O valor do frete e demais despesas de instalação não têm o condão de descaracterizar a operação ou permitem o agente fiscal imputar que as mercadorias enviadas para demonstração, através do DANFE 29810, irão compor o Ativo Imobilizado da SISA SAUIPE INDUSTRIAL.

Ademais, tal fato, ainda que estivesse provado, sequer poderia ser atribuído ao transportador, visto que esse não tem interesse jurídico na situação considerada ilícita. Tanto faz transportar uma mercadoria com natureza da operação de remessa para demonstração ou para revenda. A prestação de Serviço que realizou foi absolutamente regular e acompanhada, como vimos, dos documentos fiscais regulares e idôneos. Cabível repetir que a fraude que caracteriza a inidoneidade de documento fiscal não se presume. Tal fato já inquinaria de nulidade a exigência por ilegitimidade passiva do transportador colocado no pólo passivo da pretensão fiscal.

Como se não bastasse, a infração querida pelo agente fiscal, sequer existiu. A divergência apontada pelo preposto do Fisco reside na aplicação da alíquota de 7%, entendendo que deveria ser aplicada a alíquota de 17%, num grave equívoco. Ensina a legislação do ICMS que tanto a operação de comercialização ou para compor o ativo imobilizado, como imaginou o agente fiscal, originado de remetente situado no Estado do Rio Grande do Sul seriam gravadas pela alíquota de 7%, a mesmo que o contribuinte gaúcho aplicou na remessa interestadual para demonstração.

Posto isso, o Auto de infração que seria nulo por ilegitimidade do sujeito passivo escolhido pelo autuante, é, na realidade improcedente, porque não resta caracterizada a infração descrita no lançamento de ofício. De acordo com a exposição retro referenciada e a legislação do ICMS, a autuação manejada pela fiscalização no trânsito de mercadorias não logra êxito, resta descaracterizada e o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **218905.0098/14-3**, lavrado contra **RODOVIÁRIO NOVA ERA LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR