

A. I. Nº - 213080.0096/15-0
AUTUADO - NB TRANSPORTES DE MACAÉ LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 15.12.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-04/16

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. MERCADORIA ENTREGUE A DESTINATÁRIO DIVERSO DO CONSIGNADO NA NOTA FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIA DESTINADA A PESSOA DIVERSA DA INDICADA NO DOCUMENTO FISCAL. Restou provada nos autos que a mercadoria se encontrava acobertada por documento fiscal idôneo. Superados os vícios formais existentes quando da lavratura do Auto de Infração com base nas disposições dos §§ 1º e 2º do art. 2º, do RPAF/BA. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/11/2015, exige ICMS no valor de R\$108.840,89, acrescido da multa de 100%, pelo fato da fiscalização do trânsito ter detectado a entrega de mercadoria destinada a contribuinte diverso do indicado na documentação fiscal, conforme descrito no campo “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração e no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 013 (fl. 06): *“Mercadorias constantes no DANFE nº 20741, emitido pela empresa Ventura Petróleo S/A. sito à Estrada Melquiades Ribeiro de Almeida, 853 – Imboassica Macaé/RJ. Destinadas a mesma, IE 85.967.827, CNPJ 01.785.706/0001-79. Enfim simulando uma transferência, sendo efetivamente entregue sito à Rod. 528 S/N. São Tomé de Paripe Salvador/BA, portanto em local diverso do indicado no documento fiscal. Fato constatado pela Unidade Móvel de Fiscalização. Obs. Este termo substitui o manuscrito de nº 013.*

A empresa Ventura Petróleo S.A apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fls. 29/40). Diz ser sua defesa tempestiva já que foi notificado do Auto de Infração em 29/03/2016.

Ressaltando que tem como objeto social a prestação de serviços de apoio à extração de petróleo e gás natural e não possuir estabelecimento no Estado da Bahia no período da autuação, informa que a plataforma “LOUISIANA SS 51” (“PLATAFORMA”), utilizada na consecução das suas atividades, estava localizada neste Estado (especificamente na Baía do Aratu) para que fossem realizados reparos necessários na sua estrutura. E para que os referidos reparos fossem realizados, necessária a utilização de determinados bens (indicados em anexo - Doc. 03) que se encontravam armazenados no seu estabelecimento no Estado do RJ. Para acobertar o seu transporte, pela empresa NB TRANSPORTES MACAÉ, emitiu uma nota fiscal de “remessa de material para prestação de serviços”, indicando, no campo “Informações Complementares”, todas as circunstâncias do caso (Doc. 04). No entanto, em 09/11/2015, foi lavrado o presente Auto de Infração, conforme descrito no corpo do mesmo.

Transcrevendo todos os dispositivos legais infringidos e indicados pela autuante, refutou toda a acusação, uma vez que o documento fiscal emitido atendeu, especificamente, a todas as exigências da legislação, contendo, inclusive, descrição detalhada das circunstâncias do caso, como indica.

E mesmo que tivesse cometido qualquer infração formal à legislação, jamais poderia haver cobrança do ICMS no caso em questão, uma vez que a mera remessa de bens, sem transferência de propriedade, não configura fato gerador do imposto, vez que diante das determinações do art. 155, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), para que ocorra a incidência do ICMS é indispensável que haja uma operação da qual decorra a circulação de mercadoria.

E nesta sua argumentação, apresenta o que diz ser o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência (cita precedentes do STJ e STF, bem como a Súmula 166 do STJ) e ressalta de que o vocábulo "operações" utilizado pela CF/88, para determinar o campo de incidência do ICMS, impede que o imposto estadual incida sobre a saída que não esteja amparada por negócio jurídico mercantil. Dessa forma e no caso em questão, existe apenas uma circulação física dos bens sem qualquer transferência de propriedade, o que afasta a incidência do ICMS.

Afora tais colocações, ressalta que na operação autuada não existe "mercadoria", na medida em que a transferência teve por objeto bens destinados à serem utilizados no reparo da PLATAFORMA, como dispõe o art. 100, do CTN. E neste caminho, apresenta enxertos de doutrinadores sobre o conceito de "mercadoria" para concluir que *"Verifica-se, portanto, que, mesmo que houvesse, por absurdo, alguma inconsistência na documentação fiscal da IMPUGNANTE, não haveria que se falar na cobrança do ICMS, uma vez que resta claramente demonstrado que a remessa de bens em exame não configura fato gerador do imposto"*.

Insurge-se contra a multa aplicada, pois completamente infundada, já que, como explanado, não existe infração a ser considerada.

Requer, por fim, o cancelamento do Auto de Infração com a consequente extinção do crédito tributário. Protesta, ainda, pelo direito de fazer sustentação oral em julgamento.

A fiscal autuante presta as seguintes informações (fls. 75/80):

1. A tese apresentada pelo impugnante está equivocada, uma vez que a empresa Ventura Petróleo S/A não se encontra inscrita no Estado da Bahia, inclusive conforme suas próprias palavras. Diz que a autuação resta lastreada com a devida prova material e que a premissa do impugnante não se aplica ao caso, pois a ação fiscal restringe-se à responsabilidade das transportadoras.
2. Que a fiscalização teve início ao abordar um veículo transportador trafegando pela "BR-343". Foi verificado que ele estava transitando com um documento fiscal tendo como emitente a Empresa Ventura Petróleo S/A da cidade de Macaé com destino a ela mesma com desvio de percurso para entregar os produtos em outro estabelecimento situado no Estado da Bahia.
3. Que conforme determina a Inspetoria, para comprovar a infração é necessário a sua prova material. Assim, o veículo foi seguido pela fiscalização, momento em que foi constatada a descarga e a entrega das mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal. Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal, as mercadorias foram depositadas no próprio local da descarga, ficando o contribuinte recebedor como fiel depositário. A transportadora retornou para o Posto Fiscal e solicitou autorização judicial para que as mercadorias fossem entregues na Plataforma, onde estava estabelecida "provisoriamente" a empresa Ventura Petróleo S/A que ficou com a posse das mercadorias (fl. 23).
4. O autuado nada justifica, levantando "uma suspeita" de que não incide ICMS, já que somente houve uma circulação física dos bens sem qualquer transferência de propriedade. Porém ao contrário desta afirmativa, a autuação resta clara, ou seja, entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal acobertadora da operação, não existindo qualquer fundamento de que a mercadoria não estava irregular, pois a mesma veio do Estado do Rio de Janeiro para ser entregue no Estado da Bahia.
5. Diz que a legislação é clara quanto a matéria em combate, *"pois o crédito foi reclamando contra o real transportador do equipamento montado que vem a ser o responsável direto pelo*

cometimento da infração, na qualidade de responsável solidário, segundo a Lei 7014/96". Transcreve o art. 6º, III, "a", da Lei nº 7014/96 e art. 39, I, "d", do RICMS/97.

Após tais colocações, passa a argumentar sobre a ilegitimidade da empresa Ventura Petróleo S/A em ser parte da presente lide.

Destacando as determinações dos arts. 180 e 4º, e seu Parágrafo único, ambos do RPAF/BA afirma *"é fundamental a importância que o postulante tenha legitimidade ad causam"* e que sua inobservância compromete o próprio exercício da jurisdição. E expõe: *"No plano processual, parte na relação jurídica controvertida (res in judicium deducta) corresponde a uma situação de direito material, na medida em que em direito material é a pretensão que constitui objeto do processo. Da estreita conexão existente entre os conceitos de parte legítima e parte de direito material, decorre que somente terão legitimidade ativa e passivas para a causa aquelas mesmas pessoas que sejam titulares da relação jurídica substancial e postam como objeto do juízo, não sendo dado a ninguém postular em juízo direito de outrem"*.

Com tais considerações, conclui que a pessoa só pode pleitear direito próprio, salvo quando autorizado por lei, o que, no seu entendimento, não é o caso presente.

Afirma que na seara tributária, a relação jurídica estabelece-se, em face do que resulta da leitura conjunta do art. 119 e art. 121, ambos do CTN. E que *"no âmbito jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu autor"*

E a realidade dos fatos ora guerreados é que a ação fiscal se deu contra a TRANSPORTADORA NB TRANSPORTES DE MACAÉ, titular da relação tributária em questão e não contra a *"VENTURA PETRÓLEO S/A, pessoa jurídica de direito privado sem nenhuma legitimidade para postular "ad causa" e sem nenhum vínculo com a infração"*.

Em seguida, volta a afirmar que a ação fiscal encontra-se correta, embasada em prova material e que este CONSEF tem se posicionado pela procedência de autuações deste gênero, conforme Ementa do Acórdão JJF nº 0098-03/10 que transcreve.

Pugna pela procedência da autuação.

Chamado para conhecer o teor da informação fiscal, o impugnante manifesta-se (fls. 87/88).

Após sintetizar sua impugnação, diz que a fiscal autuante, quando de sua informação, inseriu *"novo fato/fundamento aos autos para sustentar a (improvável) procedência do auto de infração"*, já que trouxe discussão sobre a ilegitimidade da Ventura Petróleo S.A em postular na presente ação fiscal. Em assim sendo, em atenção *"aos princípios norteadores do processo administrativo tributário, notadamente a ampla defesa e verdade material, conjugados ao princípio da "não surpresa" que, no direito adjetivo impõe ao julgador não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, nos termos do artigo 127, § 7º do Decreto nº 7.629/1999 e do artigo 10 da Lei federal nº 13.105/2015 ("NCPC"), deve ser concedido o direito de a PETICIONÁRIA se manifestar a respeito deste novo fato/fundamento jurídico aduzido pela r. Fiscalização. Diante do exposto, com amparo no artigo 127, § 7º do Decreto nº 7.629/1999, que impõe a ciência do sujeito passivo (i.e., a ora PETICIONÁRIA) para se manifestar sobre os "fatos novos", o que se requer seja deferido e, em decorrência, concedido o prazo de 30 (trinta) dias"*.

VOTO

Em primeiro, posiciono-me a respeito da discussão trazida pela autuante de que a empresa Ventura Petróleo S/A não poderia ser parte da presente lide, vez que o Auto de Infração foi lavrado contra o transportador (NB Transportes de Macaé Ltda.) por responsabilidade solidária.

Discussões existem ao redor de tal matéria. No entanto, e neste momento, entendo que ela não deve prosseguir na presente lide por dois motivos.

O primeiro diz respeito ao fato de que a própria Secretaria de Fazenda a chamou para ser parte da lide ao intimá-la para tomar ciência do Auto de Infração, tendo o prazo regulamentar à apresentar defesa ou recolher o tributo (Intimação de fl. 25 que foi por ela recebida em 26/03/2016 - fl. 27). Com tal intimação e tempestivamente, a Ventura Petróleo S/A manifestou-se, obedecendo ao chamado do sujeito ativo tributário. E mais, foi ela chamada, novamente, para se manifestar após a informação fiscal.

O segundo, encontra-se atrelado ao meu convencimento sobre a presente lide.

Superada tal questão, passo à sua análise.

Obsevando os aspectos formais da autuação, denota-se a existência de vícios, que não sendo possíveis de serem saneados, poderiam levar à nulidade da ação fiscal, tais como e sem ordem de prioridades:

1. detentor das mercadorias ser o motorista do veículo transportador sem a sua assinatura no citado Termo para lhe dar efeito legal;
2. o Termo de Depósito encontra-se em branco e sem qualquer assinatura. Sabe-se, após ação fiscal, que as mercadorias encontram-se na posse do postulante pela impetração de Mandado de Segurança (fl. 20/22);
3. não existe qualquer Termo de Liberação lavrado;
4. cópia do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 013 encontra-se apensado aos autos, presumindo-se de que ele nem não foi entregue ao autuado (fl. 07);
5. o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 013 não está assinado pelo autuado, não tendo validade jurídica para surtir efeito;
6. a autuante informa que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 013 foi substituído pelo de nº 213080.0007/15-7. No entanto, não consta nos autos tal termo.

Enfim, diversos são os vícios existentes na lavratura do Auto de Infração que, fatalmente, desaguará em nulidade do mesmo.

No entanto, diante do meu convencimento a respeito da decisão da presente lide, supero todos estes vícios com base nas determinações dos §§ 1º e 2º do art. 2º, do RPAF/BA e adentro ao mérito da autuação.

A acusação é de que o contribuinte foi flagrado pela fiscalização do trânsito descarregando mercadorias em local diverso daquele constante no documento fiscal. Para melhor compreensão, transcrevo a acusação:

Mercadorias constantes no DANFE nº 20741, emitido pela empresa Ventura Petróleo S/A. sito à Estrada Melquiades Ribeiro de Almeida, 853 – Imbaossica Macaé/RJ. Destinadas a mesma, IE 85.967.827, CNPJ 01.785.706/0001-79. Enfim simulando uma transferência, sendo efetivamente entregue sito à Rod. 528 S/N. São Tomé de Paripe Salvador/BA, portanto em local diverso do indicado no documento fiscal. Fato constatado pela Unidade Móvel de Fiscalização.

Registro, inicialmente, que conforme o Estatuto Social da Ventura Petróleo S/A tem ela por atividade “a prestação de serviços à indústria petrolífera, incluindo prospecção, exploração e produção de petróleo, de forma direta ou através de participação em outras empresas, bem como atividade de compra, importação, assistência técnica e genericamente” (fl. 48).

Ao analisar a NF-e nº 20741 (fl. 09) foi ela emitida pela Ventura Petróleo S/A contra si mesma, pois a natureza da operação foi de “remessa de materiais para prestação de serviços”. E nos “Dados Adicionais” do referido documento fiscal consta: “Fornecimento de materiais a serem

utilizados na prestação de serviços na PLATAFORMA LOUISIANA SS 51. Não incidência do ICMS conforme art. 47, inciso XVIII, do decreto nº 27.427/2000 RICMS RJ. Local de embarque Base Naval de Aratu Rodovia BA 528 São Tomé Paripe Salvador Bahia Ba Estrada da Base Naval unidade loi”

Neste caso, estando a empresa prestando um serviço a si própria e sendo necessária a remessa de material para a consecução dos objetivos deste serviço fora do seu estabelecimento, somente poderia ela emitir o documento fiscal para si mesma.

E ressalto de que em qualquer momento foi desconstituída a afirmativa do impugnante de que a plataforma “LOUISIANA SS 51” (“PLATAFORMA”), utilizada na consecução das suas atividades, estava localizada neste Estado (especificamente na Baía do Aratu) para que fossem realizados reparos necessários na sua estrutura. Ao contrário, a fiscalização apreendeu as mercadorias neste trajeto (BA 528, s/n, São Tomé de Paripe) em que seguia o veículo transportador.

E ainda, este serviço estava sendo executado fora do Estado de sua localização, não sendo ele contribuinte deste Estado, porém do Estado do Rio de Janeiro.

Neste caso, o Convênio S/Nº, de 15/12/1970 que trata do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais assim determina:

Art. 19. A nota fiscal conterá, nos quadros e campos próprios, observada a disposição gráfica dos modelos 1 e 1-A, as seguintes indicações:

[...]

VII - no quadro “DADOS ADICIONAIS”:

a) no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” - outros dados de interesse do emitente, tais como: número do pedido, vendedor, emissor da nota fiscal, local de entrega, quando diverso do endereço do destinatário nas hipóteses previstas na legislação, propaganda, etc.;

E ressalto, não distingue se a operação é interna ou interestadual. E tal informação consta expressamente indicada no documento fiscal, inclusive com a não incidência do imposto (art. 47, XVIII, do Decreto nº 27.427/00 do Rio de Janeiro) que dispõe:

RICMS/RJ – Decreto nº 27.427/00

Art. 47 – O imposto não incide sobre:

XVIII – operação de fornecimento, pelo prestador dos serviços compreendidos na competência tributária municipal, de mercadoria a ser utilizada na prestação de tais serviços, ressalvados os casos de incidência do imposto estadual definidos lei complementar;

Por seu turno, a Lei nº 7014/96 deste Estado assim determina:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

XIV - saídas ou fornecimentos decorrentes de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS previstas em lei complementar;

Diante de tudo exposto, não se denota no documento fiscal que acobertou a operação qualquer irregularidade, sendo ele idôneo com a indicação expressa do local onde os bens deveriam ser entregue, não podendo, exclusivamente por presunção, se afirmar, conforme afirmado pela fiscal autuante, ter havido uma “simulação de transferência”. E pergunto, transferência para quem, se a empresa não possui estabelecimento neste Estado.

Por tudo exposto, não resta configurado o fato gerador do imposto. Não restando configurado, improcede a sua cobrança na forma exigida.

Por fim, a respeito da discussão aberta pelo impugnante sobre a não incidência do ICMS em caso de transferências de mercadorias e da multa aplicada, deixa ela de ter pertinência no presente caso.

Voto pela improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 213080.0096/15-0**, lavrado contra **NB TRANSPORTES DE MACAÉ LTDA.**

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR