

A. I. Nº - 000.912.993-6/01  
AUTUADO - DAN HERBERT SAT S/A  
AUTUANTE - PETRÔNIO SILVA SOUZA  
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE  
INTERNETE 02/02/02

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 05-01/02**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA.** Provado que as mercadorias não pertenciam ao autuado, configurando, assim, indicação errônea do sujeito passivo da relação tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração lavrado em 30/04/01 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, cobra ICMS no valor de R\$144.585,00 acrescido da multa de 100% em decorrência de entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Consta descrito no Termo de Apreensão nº 077085 “Mercadorias encontradas em um depósito situado à Rua Wenceslau Brás, 223, Queimadinho, Feira de Santana - BA, depósito este sem inscrição estadual, tendo sido apresentadas as notas fiscais nº 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, na tentativa de elidir a ação fiscal. Documentação esta que só caracteriza a entrega em local diverso (do indica), digo, das mercadorias, conforme historiado no termo de apreensão de mercadorias nº 077082 em anexo.”

O autuado impugnou a ação fiscal (fl. 28 a 32), trazendo como preliminar à nulidade da ação fiscal o fato de existir evidente insegurança na determinação da infração, redundando em cerceamento ao seu pleno direito de defesa. Explicou: enquanto o Auto de Infração se refere a entrega de mercadoria, o que pressupõe fato presente e instantâneo, o Termo de Apreensão refere-se a mercadorias encontradas em depósito sem inscrição estadual, restando saber quando e por quem foram enviadas àquele local e na posse de quem se encontravam. Ou seja, quem “entrega” não é, necessariamente, o mesmo que “mantém” em estoque”, fato não observado pelo autuante.

Por outro lado, não sabe dizer como a fiscalização apurou o valor de R\$850.500,00 como base de cálculo, vez que no depósito encontravam-se apenas 63 torres no valor unitário de R\$8.316,00, que somadas perfaziam o valor de R\$523.908,00.

Em seguida, narrou que o autuante ao abordar, no Posto Fiscal de Jacobina/BA, um caminhão conduzindo torres para telecomunicações, exigiu a nota fiscal, documento esse que lhe foi entregue (nota fiscal nº 000225, de simples remessa, datada de 27/03/2001), onde ficou constatado a correção do

procedimento, vez que as notas fiscais de simples remessa estavam acompanhadas de cópia da nota fiscal de origem. Posteriormente, o preposto fiscal averiguou, em Feira de Santana/BA, a regularidade das torres estocadas. Neste momento, todos os documentos foram entregues, provado, assim, que somente haviam “divergências acessórias”, porém sem causar qualquer prejuízo ao Erário, vez que não houve má fé ou evasão fiscal, e todos os imposto sobre a operação devidamente recolhidos. Entendeu como de extrema importância frisar este fato, pois o “autuante desconsiderou os documentos que estavam em sua posse, emitidos de acordo com todas as formalidades legais e com indicação clara da operação, do emitente e do destinatário, bem como do local da entrega”

Observando que houve equívoco do autuante quanto a capitulação da multa sobre a infração dita infringida, atacou o mérito da autuação, afirmando que nas notas fiscais de simples remessa, citadas no Termo de Apreensão, está claro o destino das mercadorias, vez que nelas destacado, e que se faziam acompanhar de cópia da nota fiscal de origem (NF nº 00122), pois seu contrato com a Telecomunicações da Bahia S/A - (TELEBAHIA) foi rigorosamente elaborado, principalmente quanto aos impostos, objetivando seus corretos recolhimentos.

Neste contexto, emitiu a nota fiscal de venda para simples faturamento (nº 000122 de 15/02/01), no valor de R\$573.804,00, tendo como destinatário a empresa baiana e recolhido, de imediato, o diferencial de alíquota de 5%, fato este que poderia ser comprovado pelo adquirente das mercadorias, na pessoa do Sr. Paiva. Inclusive, soube que a Delegacia Fiscal já tomou conhecimento do fato.

Além do mais, em correspondência com data anterior à lavratura do presente lançamento, a TELEBAHIA requereu, e obteve junto a SEFAZ/BA, autorização para o depósito de 63 conjuntos de torres de sua propriedade, no endereço que se encontravam as mercadorias, alegando dificuldades operacionais e elevação de custos para armazenagem nos locais de instalação. Foi esta a razão das saídas fracionadas das mercadorias, transportadas por sua conta e ordem, e que se fizeram acompanhar de notas fiscais de simples remessa, sempre acompanhadas com as cópias da nota fiscal de origem, na qual consta indicada a cidade de Feira de Santana/BA, para, posteriormente e conforme a necessidade, ser emitido documento próprio da empresa, com o município dentro do próprio Estado (Barrigudo do Doutor, Município de Umburanas/BA), onde seria instalada a referida torre. Alegou que tais informações estão confirmadas nas notas fiscais indicadas no Termo de Apreensão. Neste contexto, declarou, não realizou nenhuma operação irregular, pois recolheu totalmente o imposto devido, bem como o destinatário.

Por derradeiro, perguntando como cobrar imposto com alíquota de 17% sobre uma operação interestadual com o imposto devidamente pago, solicitou a nulidade ou a improcedência do lançamento.

O autuante ratificando ao ação fiscal aduziu (fl. 50 a 51):

1. as mercadorias apreendidas encontravam-se estocadas em estabelecimento clandestino (sem Inscrição Estadual), nem, tampouco, possuía autorização temporária fornecida pela Inspetoria Fiscal local (só solicitada posteriormente à ação fiscal);
2. a prova de que as mercadorias foram entregues em local diverso do indicado é que a apresentação das notas fiscais ( fl. 09 à 23), citadas nos termos de apreensão (fl. 02 e 07), eram destinadas aos estados de Alagoas e Sergipe.

Imputou como contracenso se falar de insegurança na ação fiscal e cerceamento do direito de defesa, quando o exposto nos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos, anexados, confirmam o contrário. O funcionário do autuado (fl. 07) assinou o documento como detentor dos bens apreendidos, caracterizou a existência das mercadorias no local citado, a inexistência de Inscrição Estadual do mesmo, bem como, a falta da documentação fiscal. Além do mais, as notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal só caracterizaram a infração e o contribuinte, em sua defesa, não apresentou documento algum que a elidisse, apenas, o pedido da Telemar solicitando armazenagem das torres por 90 dias no local. Observou que esta solicitação datava de 26/04/2001 e a irregularidade identificada em 19/04/2001.

Quanto a base de cálculo apurada, a arbitrou através dos dados contidos no contrato (fl. 08) celebrado entre o autuado e a Telemar, estando neste explícito que o valor de cada torre instalada no local pela contratada é de R\$13.500,00.

## VOTO

A fiscalização de trânsito de mercadoria constatou que o sujeito passivo estava estocando 63 conjuntos de ferragens de torres autoportantes de 18 m<sup>3</sup>, completas, em depósito sem inscrição estadual, localizado a rua Wenceslau Braz, nº 223, Queimadinha em Feira de Santana/BA. Na oportunidade foram apresentadas as notas fiscais nº 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297 e 298, documentos estes emitidos pelo autuado em nome da Telecomunicações de Sergipe – TELERGIPÉ e Telecomunicações de Alagoas, conforme descrito nos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 077085 e 077082 (fl. 02 e 07) e cópias das notas fiscais (fl. 09 a 23) anexadas ao PAF. Nesta circunstância foi lavrado o Auto de Infração.

Inicialmente não acato o pedido de nulidade suscitado pela defesa em razão de existir insegurança na determinação da infração, redundando em cerceamento ao seu pleno direito de defesa. Embora o autuante tenha se reportado a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal e não estocagem de mercadoria desacobertada de documento fiscal, completou a informação reportando-se aos Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 077082 e 077085, onde todos os fatos estão claramente descritos. E, quando da defesa, em suas razões de mérito, o autuado tornou claro que entendeu sobejamente o embasamento da ação fiscal. Em conclusão, entendo que não se processou qualquer vício material de substancial importância no procedimento fiscal para que se possa caracterizar cerceamento do pleno direito de defesa do sujeito passivo.

Para a legislação tributária, ao contrário do que advogou o autuado, não importa saber quando e por quem foram as mercadorias enviadas e sim, na posse de quem se encontravam. O RICMS/97, refletindo o contido no art. 6º da Lei nº 7014/96, nos casos de responsabilidade por solidariedade, se expressa nos seguintes termos:

*Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

.....

*V - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.*

*§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.*

*§ 4º O responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária, ressalvado, quanto ao síndico e ao comissário, o disposto no parágrafo único do art. 134 do Código Tributário Nacional.*

Neste contexto, é necessário saber quem, de fato, tinha a posse das mercadorias apreendidas e ora em discussão, o que passo a fazer.

Quem atendeu a fiscalização foi funcionário da Telecomunicações da Bahia S/A que, inclusive, ficou como fiel depositária das mercadorias. Para tanto, enviou procuração ao seu funcionário, Sr. Eduardo Estevão Cerqueira Bittencout (fl. 03) lhe dando poder para tal fim, embora naquela procuração tenha salientado que as mercadorias objeto do Termo de Apreensão nº 077085 pertenciam a empresa DAN-HERBERT S/A – Torres para Telecomunicações, ou seja, o autuado.

A defesa apensou aos autos a Nota Fiscal nº 000225, de simples remessa, assim como a Nota Fiscal nº 00122 (nota fiscal “mãe”) -fl. 37 e 38 que serviram para acobertar mercadorias adquiridas pela Telecomunicações da Bahia S/A. Narrou que a fiscalização, à época de seu transporte, havia abordado o veículo transportador e tinha conhecimento que as torres eram da Telecomunicações da Bahia S/A e estavam sendo conduzidas ao depósito onde se encontravam, quando, após tal fato, foi a fiscalização verificar. O autuante não contra argumentou esta narrativa, o que entendo verdadeira. E, para corroborá-la, a empresa baiana de telecomunicações, após ação fiscal, solicitou permissão para estocá-las no local das mercadorias apreendidas, pedido este deferido pelo Sr. Inspetor Fazendário (fl. 39), fazendo referência de que as 69 torres foram adquiridas junto ao autuado através da Nota Fiscal nº 00122.

Nesta circunstância, provado que as mercadorias apreendidas e objeto da presente autuação não se faziam acompanhar dos respectivos documentos fiscais e encontravam-se estocadas em local sem inscrição estadual, considerado clandestino pela legislação tributária (art. 191 do RICMS/97 – Decreto nº 6.284/97).

No entanto, ficou comprovado ao longo da lide que as mesmas pertenciam a Telecomunicações S/A e não ao autuado, que as havia vendido anteriormente acobertadas de nota fiscal. Inclusive, para calcular o imposto, o autuante tomou como base o contrato (fl. 08) celebrado entre o autuado e aquela empresa.

Nesta situação, entendo que o autuado é parte ilegítima na presente lide, ocorrendo a indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária., razão pela qual voto pela NULIDADE da ação fiscal com base no art. 18, IV, “b” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 000.912.993-6/01, lavrado contra **DAN HERBERT SAT S/A**.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei n.º 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.438/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERA LIMA BEZERRA - JULGADOR