

A.I. N.<sup>º</sup> - 088502.2124/07-1  
AUTUADO - PONTUAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO e ANTONIO ANIBAL BASTOS TINÔCO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 04. 11. 2008

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

**ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0357-01/08**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. ENTREGA DE MERCADORIAS EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a entrega das mercadorias pelo fornecedor a destinatário diverso do indicado na nota fiscal, conforme declaração firmada pelo próprio recebedor. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/11/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 775,67, acrescido da multa de 100%, em decorrência de entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos do Auto de Infração: “Mercadorias diversas sendo entregues a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Nota Fiscal nº 070447, inidônea para efeitos fiscais, tudo conforme TAMD 101685, de 06/11/2007.”

Encontra-se acostado à fl. 07, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 101685.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 17 a 21, argüindo inicialmente a nulidade da autuação, por não haver consonância entre a suposta infração e o enquadramento constante no Auto de Infração. Diz que a entrega em estabelecimento diverso daquele constante no documento fiscal não implica na conclusão que fora utilizado com intuito comprovado de fraude, conforme determina o artigo 209, inciso VI, do RICMS/BA. Alega que a maior parte das mercadorias objeto da autuação diz respeito à substituição tributária, situação em que se já se encontra encerrada a fase de tributação, sendo, inclusive, vedada a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, não se vislumbrando o intuito de fraude visto pelo Fisco. Diz ainda que o enquadramento errôneo da infração, cerceou o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Atacando o mérito, sustenta que o autuante elaborou demonstrativo de débito do imposto como se todas as mercadorias constantes da nota fiscal sofressem tributação normal, não observando o artigo 356 do RICMS/BA, pois, as mercadorias com situação fiscal de substituição tributária, tais como biscoito, devem ser excluídas da suposta infração, conforme demonstrativo que apresenta, contendo exclusivamente as mercadorias Água sanitária Q'Boa, Nutrinho Pêra polpas 15x45 gramas, totalizando R\$ 32,77 de ICMS devido.

Acrescenta que a procedência desse tópico é inegável, porém fulmina o Auto de Infração em discussão, por ser inferior a R\$ 200,00, conforme o artigo 38, Parágrafo único, do RPAF/99.

Finaliza pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, que sejam considerados todos os argumentos defensivos, relativamente à tributação indevida de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O Auditor Fiscal designado prestou informação fiscal às folhas 33 a 35, esclarecendo que, conforme declaração firmada de próprio punho por Alexandre Souza Novais, contribuinte não-inscrito,

destinatário das mercadorias discriminadas na Nota Fiscal nº 70.447, este não recebeu as referidas mercadorias. Diz ainda que a Nota Fiscal nº 70.447, efetivamente, serviu de suporte para a entrega das mercadorias nela discriminadas a José Brito Novais, inscrição estadual 93.899.692, conforme flagrante circunstanciado no Termo de Apreensão nº 101.685.

Acrescenta que a descrição do fato é clara, manifestando o entendimento de que a conclusão de ter sido o documento fiscal realmente utilizado com o intuito de fraude é compatível com o que consta dos autos. Diz que restou comprovado pelo flagrante da entrega das mercadorias para pessoa diversa da indicada no documento fiscal, tendo o destinatário nele indicado feito uma declaração de não recebimento. Afirma que a nulidade argüida por enquadramento errôneo não pode prosperar, haja vista que não houve cerceamento ao seu direito de defesa, bem como o erro atribuído ao autuante.

Prosseguindo, contesta as alegações defensivas quanto ao mérito, afirmando que não existe comprovação de ter sido o ICMS relativo às mercadorias sujeitas a substituição tributária recolhido, como alega o autuado. Afirma que o artigo 356, do RICMS/BA, desonera a tributação sobre as operações subsequentes das mercadorias que tiveram o imposto recolhido pelo regime de substituição tributária, inexistindo nos autos comprovação nesse sentido, mas, apenas uma presunção da defesa de que teria sido porque a legislação assim estabelece. Diz que nos autos fica claro que se trata de crime de falsidade ideológica cometido pelo autuado, previsto no artigo 299 do Código Penal, devendo nesse sentido ser a intervenção da Procuradoria da Fazenda.

## VOTO

Verso o Auto de Infração em lide sobre entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal.

A princípio, verifico que a ação fiscal foi realizada em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, não incidindo em qualquer das hipóteses previstas no artigo 18, incisos I a IV do RPAF/99, haja vista que a infração está descrita de forma clara, fundamentada no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 101685, de 06/11/2007, que embasou a acusação fiscal, sendo determinada com segurança a infração, o infrator e enquadramento legal. Ademais, o autuado exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento do fato arrolado na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Não acolho, portanto, a nulidade argüida pelo autuado.

Da análise das peças processuais, verifico que o Auto de Infração em exame foi lavrado para exigir o imposto em decorrência da constatação, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, de entrega de mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal, no caso, entregues a destinatário diverso do indicado na Nota Fiscal nº 070447, emitida pelo autuado. Observo que a referida Nota Fiscal nº 070447, emitida pelo autuado – Pontual Distribuidora de Alimentos – tem como destinatário Elenito Novaes, contribuinte não inscrito, estabelecido na Praça Rodrigo Alves Teixeira, s/nº, município de Jussiape/BA, contudo, a efetiva entrega estava sendo realizada para José Brito de Novais, contribuinte inscrito no CAD/ICMS na condição de microempresa sob o nº 93.899.692.

Constatou que a documentação acostada aos autos pela fiscalização, espanca qualquer dúvida quanto ao acerto da acusação fiscal, haja vista que o Fisco flagrou a entrega das mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal, constando no verso da 2ª via da Nota Fiscal nº 070447, à fl. 12-v, declaração firmada de próprio punho pelo efetivo recebedor das mercadorias, confirmando o recebimento, sendo relevante registrar que o Auto de Infração foi lavrado em nome do emitente da nota fiscal que é o próprio transportador, conforme se verifica no campo “Transportador/Volumes transportados” da Nota Fiscal nº 070447.

Vejo, ainda, que o autuado alega ter o autuante considerado todas as mercadorias constantes da nota fiscal como tributadas normalmente, não observando o que estabelece o artigo 356 do RICMS/BA, ACÓRDÃO JJF Nº 0357-01/08

haja vista que as mercadorias com situação fiscal de substituição tributária, a exemplo de biscoitos, devem ser excluídas da exigência, apresentando demonstrativo contendo, exclusivamente, as mercadorias Água sanitária Q'Boa e Nutrinho Pêra polpas 15x45 gramas, totalizando R\$ 32,77 de ICMS devido, o que segundo diz, fulmina o Auto de Infração, por ser inferior a R\$ 200,00, conforme o artigo 38, Parágrafo único, do RPAF/99.

O artigo 356 do RICMS/BA, mencionado pelo autuado para afastar da exigência fiscal as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária apresenta a seguinte dicção:

*“Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”*

A leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito não deixa nenhuma margem de dúvida quanto à desoneração da tributação nas operações internas subsequentes, sendo condição indispensável, que tenha ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária.

Como se vê, o legislador não estabeleceu que as mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária estão, incondicionalmente, desoneradas da tributação nas operações subsequentes. Em verdade, estabeleceu uma condição indispensável para tanto, ou seja, que tenha *ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária*.

Assim sendo, mesmo que a mercadoria esteja sujeita à antecipação ou substituição tributária, caso a operação de circulação ocorra sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, não há que se falar em exclusão do imposto. Certamente, a ausência da documentação idônea - mesmo se tratando de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária-, labora contra o infrator, haja vista a impossibilidade de comprovação de que tenha *ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária*, quando da aquisição das referidas mercadorias. Afinal, não vislumbro outro motivo que possa justificar a realização de operação de circulação de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, sem a documentação fiscal idônea exigível, salvo o descumprimento da obrigação principal nas etapas anteriores.

Diante do exposto, considero a infração integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 088502.2124/07-1, lavrado contra **PONTUAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$775,67, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR