

A. I. N° - 129441.0024/12-7  
AUTUADO - AGRÍCOLA SIMABA LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NASCIMENTO DE CARVALHO  
ORIGEM - IFMT/SUL  
INTERNET - 09.10.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0226-02/12**

**EMENTA:** ICMS. ENTREGA DE MERCADORIAS A DESTINATÁRIO DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou que seja entregue em local diverso do indicado no documento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Refeitos os cálculos para aferição correta do valor da base de cálculo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 30/03/2012, exige ICMS no valor de R\$22.847,87, acrescido de multa de 100%, em decorrência de entrega de mercadorias em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, fl. 07 e 08.

O autuado impugnou lançamento tributário, fls. 20 a 26, salienta que o Auto de Infração em lide, fora refeito em face do julgamento do Auto de Infração 940699-990, PAF Nº010521/2011-0. E para elucidar as dúvidas oriundas do presente auto de infração, necessária a juntada dos documentos que originaram o auto primitivo, no qual, fora realizada fiscalização em trânsito, na data de 20/12/2010, tendo sido lavrados os autos nº 888.477-3 e 940699-9. Devido nulidades encontradas nos referidos autos, o processo fora julgado em favor do contribuinte, reconhecendo a nulidade do Auto de Infração em decisão unânime. Por consequência o Auto de Infração fora refeito imputando as condutas descritas no Item 01.

Primeiramente, aduz que como se trata de Auto de Infração de Trânsito, o autuante não tem como afirmar que as mercadorias foram destinadas a pessoas diversas do indicado nas notas fiscais. Conforme as notas fiscais em anexos as vendas foram feitas diretamente da indústria para os consumidores descritos nas notas fiscais, tendo sido intermediada por seu representante Sidnei da Silva, o qual recebeu as comissões devidas.

Assegura que o sócio da empresa Autuada o Senhor Sidnei da Silva trabalha como representante, ou seja, apenas intermédia a venda sobre a qual recebe porcentagem pela venda feita. Desta forma, conforme se verifica pelas notas fiscais a venda fora feita diretamente da indústria para os compradores e não para o autuado, tendo somente o Sr. Sidnei da Silva, pessoa física representante intermediado a venda, pois conforme já dito, o sócio da Autuada é representante fazendo assim intermediações de vendas.

Desta forma entende que é parte ilegítima, haja vista que não há relação da autuada com as operações descritas nas notas fiscais referidas na autuação fiscal, não efetivando qualquer compra ou venda de tais produtos.

Alega que não é a detentora das mercadorias no momento da ação fiscal, pois as mercadorias se encontravam em poder da empresa transportadora, que estava transportando da indústria para os consumidores descritos nas notas fiscais, não existindo legitimidade passiva, configurando-se, neste caso, a ilegitimidade passiva. Argumenta que, no caso presente, o Auto de Infração foi lavrado em nome da Empresa da qual o representante comercial (Sidnei da Silva) é sócio.

Contudo, não se aplica o disposto no inciso V do art. 39 do regulamento, segundo o qual é possível atribuir-se a responsabilidade solidária ao detentor das mercadorias em situação irregular.

Observa que as figuras da relação jurídico-tributária estavam presentes – o fornecedor, os compradores e a transportadora – e as mercadorias estavam acompanhadas de documentos fiscais, mas o fisco optou pela presunção, o que é vedado no ordenamento jurídico. No mesmo sentido 1ª Junta de Julgamento Fiscal, julgou improcedente o Auto de Infração de nº 901975-8/01, bem como acatando a ilegitimidade passiva do autuado por ter sido o auto lavrado em face do representante comercial, transcrevendo a Ementa do **ACÓRDÃO JJF N° 2097-01/01**.

Reitera que restou comprovado a ilegitimidade da Autuada para figurar no pólo passivo da demanda, pois conforme já dito acima a Autuada não tem relação com as operações de vendas diretas efetivadas pelo Representante comercial e nem é detentora de tais mercadorias.

Alega ausência de requisitos, pois o fisco alega ainda a estocagem de mercadorias descoberta de documentos fiscais o que não condiz com a realidade, pois, conforme já dito as mercadorias estavam apenas de passagem pelo estabelecimento autuado e não no estoque da empresa. A entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal é um fato que não se presume, tem de ser provado, e no presente caso não há comprovação da entrega da mercadoria em local diverso. Assim a 1ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF nº 0381/01-3 julgou improcedente o Auto de Infração que não apresentou provas que as mercadorias foram entregues em locais diversos.

Sustenta que a autuação está um pouco confusa, mesmo com todas as Notas Fiscais em seu poder, o autuante lavrou Auto de Infração tentado atribuir ao autuado a condição de detentor das mercadorias, porém todas as figuras da relação comercial eram conhecidas e bastava ao fisco conferir os dados dos documentos fiscais.

Reitera que as mercadorias estavam acobertadas por documentos fiscais e que as mesmas não estavam no estoque da empresa, não havendo fundamento para a procedência da ação fiscal, pois as mercadorias não foram entregues a destinatário diverso, ocorrendo a perda do objeto, sendo improcedente a autuação, uma vez que as mercadorias iam ser entregues aos compradores especificados nas notas fiscais.

Assevera que Nota Fiscal nº 2467, no importe de R\$63.970,00, não é, e nem foi na época, objeto de fiscalização, conforme se pode observar nos autos anteriores, anexada pela defesa, dessa forma, extrapola os limites da fiscalização a inserção de qualquer nota fiscal que esteja no rol da fiscalização anterior. Ademais, eventualmente, caso esta nota fiscal seja objeto da fiscalização, é importante observar que para a mesma será utilizada todos os argumentos acima, eis que certamente esta nota fiscal não corresponde a produtos vendidos para a Defendente, nem mesmo corresponde a produtos que a defendant vendeu a terceiros. Certamente representa produtos comercializados por terceiros estranhos à lide, não podendo integrar o presente auto ora impugnado.

Ao final, requer que seja acolhida a preliminar suscitada, no sentido de que seja declarado nulo o procedimento, ou que, sendo ela ultrapassada, no julgamento do mérito se declare a improcedência da ação fiscal.

Na informação fiscal, fls. 57 a 61, o autuante afirma que foram encontrados no estabelecimento do autuado, mercadorias acompanhadas de notas fiscais onde constam como destinatários outros contribuintes.

Esclarece que a ação fiscal que resultou no presente PAF, ocorreu em razão de renovação de procedimento de ação fiscal. A ação fiscal originária foi realizada no dia 20 de dezembro de 2010, no estabelecimento do autuado quando foram encontradas mercadorias (plataformas para milho), sendo apresentados os correspondentes DANFE's com destinatários diversos. Após ser julgado nulo o auto de infração nº 888.477.309, foi renovada a ação fiscal com a lavratura do presente auto de infração.

Destaca que ao efetuar leitura do Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 7 deste PAF, o qual está assinado pelo Preposto Fiscal e pelo Sócio da Empresa Autuada, o Sr. SIDNEI DA SILVA, sem ressalvas ou qualquer restrição, se verifica que as mercadorias estavam depositadas no estabelecimento, devendo portanto, o autuado assumir o ônus tributário de tal situação. Verificando ainda o Termo de Apreensão nº 28394 (fls. 45 deste PAF), referente ao auto originário (de nº 888.477.309), consta que a mercadoria encontrava-se no estabelecimento do Autuado.

Para comprovar a assertiva acima, reproduz literalmente a descrição dos fatos constante no referido Termo de Apreensão: “*refere-se a mercadoria (a), digo, encontrada em seu estabelecimento, constantes nos DANFE's nº 2181, 2208, 3631, 4312, todos com destinatários diversos do Contribuinte ora fiscalizado. Apreensão efetuada p/ cobrança do ICMS e seus acréscimos, se devidos.*”

Observar que o auto de infração correspondente ao Termo de Apreensão acima mencionado, foi lavrado na mesma data desse documento, onde o Sr. Sidnei da Silva tomou ciência, na condição de sócio-gerente.

Posteriormente, no dia 29/03/2012, quando foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal, descreveu que as mercadorias foram encontradas no estabelecimento do Autuado e mais uma vez, o Sr. Sidnei da Silva, assina como Representante da Empresa Autuada, sem qualquer restrição. Portanto, não tem fundamento se falar que as mercadorias estavam em poder de empresa transportadora e que seria ilegitimidade passiva, autuar a AGRÍCOLA SIMABA LTDA.

Quanto a alegação de o que sócio Sidnei da Silva, seria representante comercial e atuou como intermediário das referidas operações, recebendo comissão por tal atividade, menciona o autuante que não foi apresentado qualquer comprovação do alegado, e ainda assim, caso fosse verdadeiro, o Sócio não poderia utilizar a Empresa Autuada para depositar ou armazenar bens ou mercadorias de terceiros. Deve-se observar ainda que a ação fiscal inicial ocorreu em 20/12/2010 e a apresentação da defesa do auto de infração ora em lide, no dia 20/04/2012, não sendo apresentado quaisquer documentos comprovando a propriedade das mercadorias pelas pessoas indicadas nos documentos fiscais ou qualquer comprovante de entrega das mesmas. O art. 143 do RPAF indica que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Verifica ainda, que, apesar do autuado alegar que a mercadoria estava em poder do transportador, não indicou quem seria o transportador, o veículo, nem apresentou qualquer documento que comprove tal alegação. Pelo contrário, no documento Termo de Ocorrência Fiscal, constante no PAF, assinado pelo Sócio Sidnei da Silva indica que as mercadorias foram encontradas no estabelecimento do Autuado e as notas fiscais apresentadas, com cópias constantes do PAF, das fls. 10 a 14, possuem destinatários diversos e não o Autuado.

Destaca que na mesma peça defensiva, após afirmar que a mercadoria estava em poder do transportador, o Autuado afirma na fl. 24 do PAF: “*O fisco alega ainda a estocagem de mercadorias descoberta de documentos fiscais o que não condiz com a realidade, pois conforme já dito as mercadorias estavam apenas de passagem pelo estabelecimento Autuado, e não no estoque da empresa.*”. Observem a contradição, inicialmente afirma que as mercadorias estavam sendo transportadas e que a responsabilidade seria do transportador. No segundo momento, afirma que as mercadorias estavam de passagem pelo estabelecimento do Autuado.

Aduz que na verdade, esta é uma modalidade de evasão fiscal, onde a empresa efetua operações de compras em nome de terceiros e em seguida revende, sem contabilizar nenhuma das operações. E na defesa, simplesmente afirma que a mercadoria não estava no estabelecimento e que o Sócio Sidnei da Silva, seria representante comercial da indústria que produziu as mercadorias encontradas no estabelecimento, apenas intermediando as operações comerciais. É fácil verificar que tais declarações não procedem, pois, após mais de 15 meses da ação fiscal inicial, as mercadorias ainda não foram entregues aos supostos adquirentes.

Em relação aos acórdãos da 1ª JJF transcritos na defesa, aduz que o primeiro foi decorrente de auto lavrado contra representante comercial, não há similaridade com o presente PAF; E o segundo sobre a comprovação de entrega da mercadoria em local diverso, deve-se observar que também difere do presente PAF, pois neste as mercadorias estavam estocadas na empresa autuada, conforme descrições contidas no Termo de Ocorrência Fiscal e no Auto de Infração.

Relativamente a alegação de que a nota fiscal nº 2467, não foi objeto de fiscalização na época do primeiro auto de infração e não poderia ser agora, deve ser informado que a referida nota fiscal, trata-se de uma operação de “venda para entrega futura”, conforme se pode verificar no campo ‘natureza da operação’ na mencionada nota fiscal (fl. 14 do PAF). A nota fiscal da entrega é a de número 4312, constante as fls. 13 do PAF. Por equívoco, foram lançadas no demonstrativo de débito as duas notas fiscais, quando deveria lançar apenas a segunda. Neste sentido, efetuou a exclusão do demonstrativo dos valores da nota fiscal nº 2467 e o ICMS decorrente desta nota fiscal, conforme planilha que anexa aos autos, e após recalcular o ICMS devido, excluindo a nota fiscal nº 2467, onde o novo valor ICMS reclamado é R\$18.549,12.

Finalizando, requer que o PAF seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, no valor de R\$18.549,12, afora multa e acréscimos.

Às folhas 64 e 65, conta intimação ao autuado para se manifesta sobre a informação fiscal e novo demonstrativo débito.

#### VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Fiscalização de Trânsito, imputando ao sujeito passivo a entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

De igual forma não pode ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva sustentada pela defesa, em razões das provas acostadas aos autos, conforme passo a analisar.

O argumento defensivo de as mercadorias estariam em uma transportadora, não pode ser acolhido, uma vez que o autuado nem mesmo citou qual seria essa suposta transportadora, muito menos apresentou qualquer documento para comprovar sua alegação. Cabe ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ainda em relação a tal alegação defensiva, a própria peça defensiva reconhece que as mercadorias estavam em seu estabelecimento, quando da ação fiscal, ao afirmar em sua impugnação que: ***as mercadorias estavam apenas de passagem pelo estabelecimento Autuado, e não no estoque da empresa.***

Outros documentos que também comprovam que as mercadorias estavam, efetivamente, quando da ação fiscal, no estabelecimento do autuado, são o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 028394, fl. 45, e o Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 07, nos quais constam, de forma

clara e expressa, que as mercadorias estavam no estabelecimento da empresa **AGRÍCOLA SIMABA LTDA.**, contribuinte autuado.

O autuado assinou espontaneamente os referidos termos, confessando que as mercadorias apreendidas estavam no estabelecimento autuado.

Cabe salientar que a defesa também reconhece que os documentos fiscais apresentados para comprovar a origem das mercadorias, constam como destinatárias das mercadorias outros contribuintes e não o autuado.

Também não é capaz de comprovar a ilegitimidade passiva, a alegação de o que sócio do autuado Sr. Sidnei da Silva, seria representante comercial, pois, mesmo que fosse comprovado, o sócio da empresa autuada não poderia depositar ou armazenar bens ou mercadorias de terceiros, sem que houve uma autorização expressa da Administração Tributária Estadual para tal finalidade.

No tocante aos acórdãos transcritos na defesa, observo que os mesmos não se aplicam ao caso em tela, uma vez que o primeiro foi decorrente de auto lavrado contra representante comercial, não há similaridade com o presente PAF. O segundo acórdão citado trata sobre a comprovação de entrega da mercadoria em local diverso, deve-se observar que também difere do presente PAF, pois neste as mercadorias estavam estocadas na empresa autuada, conforme descrições contidas no Termo de Ocorrência Fiscal e no Auto de Infração.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Adentrando no mérito da lide, constato que o argumento defensivo em relação a Nota fiscal nº 2467, deve ser acolhido, uma vez que restou comprovado que se trata de uma operação de “venda para entrega futura”, conforme se pode verificar no campo ‘natureza da operação’ na mencionada nota fiscal, fl. 14. A nota fiscal da entrega é a de número 4312, constante as fls. 13 dos autos.

Saliento que o próprio autuante, na informação fiscal, reconheceu seu equívoco, efetuando a exclusão do demonstrativo do valor da Nota Fiscal nº 2467 e o ICMS decorrente desta nota fiscal, apresentado nova planilha, após recalcular o ICMS devido, reduzindo o valor do ICMS para R\$18.549,12.

Acolho o resultado da revisão fiscal, pois foi comprovada a tese da defesa mediante prova documental. Ademais, devo ressaltar que, diante revisão fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140. do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$18.549,12.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 129441.0024/12-7, lavrado contra **AGRÍCOLA SIMABA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.549,12**, 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, 25 de setembro de 2012

JOSÉ CARLOS BACELA – PRESIDENTE  
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR