

A. I. N° - 210313.0052/13-4
AUTUADO - BARROS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04/12/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0262-03/14

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual atribui a responsabilidade pelo pagamento do imposto aos transportadores que derem trânsito a mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível. Entretanto, na situação fática, existe contradição entre os fatos narrados no auto de infração e o descrito no Termo de Ocorrência Fiscal. Com isto, o fulcro da autuação indicado pelo autuante se tornou incerto, gerando insegurança jurídica, cerceando o direito de defesa do autuado. Aplicação da norma disposta pelo art. 18 do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/02/2013, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$9.019,54 e multa de 100%, em razão da entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. (Infração 53.01.04). Consta na descrição dos fatos que mercadorias constantes dos DANFs 12581 e 12582 emitido pela empresa Indústria de Cosméticos Haskell Ltda., estabelecida no estado de Minas Gerais, destinadas à empresa Ighor César de Guimarães e Moraes, situada na Rua Manoel Cândido Souto, 42, bairro João Gordo, Montes Claro, Minas Gerais, estavam sendo entregues na empresa Atila Magnum de Moraes, situada na Avenida São Rafael, nº 2737, Centro Comercial São Marcos, loja 41, em Salvador/BA, sendo lavrado o Termo de Ocorrências nº 210313.0016/13-8 fls. 04/05.

O autuado ingressa com defesa às fls. 44 a 72, através de advogado, procuração fl. 73. Afirma que do ponto de vista financeiro, os Contribuintes envolvidos não teriam absolutamente nada a ganhar em promover a fraude de que, tacitamente, são acusados pelo agente autuante.

Assevera que todos os tributos incidentes foram devidamente pagos à fazenda mineira, de maneira que não haveria razões para que se alterasse a verdade sobre o efetivo destino dos bens. Aduz que o estado da Bahia, em verdade, está cobrando um tributo indevido em razão de uma operação interna entre contribuintes situados em Minas Gerais e, na qual, já foram pagos ao ente tributante correto, todos os tributos efetivamente incidentes.

Menciona tratar-se de um lado, de não incidência, porquanto não há fato imponible referente a qualquer tributo de que seja credora a fazenda baiana, em relação à circulação das mercadorias apontadas nas DANFE's 12.581 e 12.582; e, de outro lado, de *bis in idem*, porquanto cobra-se do contribuinte o pagamento por uma operação em face da qual, todos os tributos efetivamente incidentes já foram pagos a quem de direito.

Argumenta que em todo caso, cogitando-se apenas por amor ao debate, caso eventualmente pensem diferente esses julgadores, mantendo-se, em alguma medida, a autuação, ao menos impera que se leve em conta alguns fatores. Registra a tempestividade da defesa.

Sobre os fatos, diz que no dia 20 de fevereiro de 2013, um veículo do tipo caminhão, de sua propriedade, partiu da Rodovia BR 120, km 636,9, S/N, no município de Viçosa/MG, transportando diversas mercadorias remetidas pela Indústria de Cosméticos Haskell Ltda., com sede naquele endereço, no mesmo município em que se situa a transportadora.

Continua afirmando que as ditas mercadorias se distribuía em três diferentes lotes, que seriam entregues, segundo orientações da remetente/contratante, também a três diferentes destinatários, em seus respectivos endereços, conforme as seguintes indicações: (i) 1º lote – mercadorias acompanhadas e discriminadas pelos DANFE's nº 12.588, 12.589 e 12.590, a serem entregues a destinatário situado no município de Salvador, no estado da Bahia; (ii) 2º lote – mercadorias acompanhadas e discriminadas pelos DANFE's nº 12.583 e 12.584, a serem entregues a destinatário situado no município de Feira de Santana, no estado da Bahia; (iii) 3º lote – mercadorias acompanhadas e discriminadas pelos DANFE's nº 12.581 e 12.582, a serem entregues a destinatário situado no município de Montes Claros, no estado de Minas Gerais. Informa que após efetivadas as três entregas, o veículo retornaria à cidade de Viçosa/MG, local da partida, onde se situava a sede e a garagem da transportadora.

Explica que considerando questões de conveniência logística, remetente e transportador verificaram que o município de Viçosa se situa no leste de Minas Gerais, sendo-lhe fácil o acesso às rodovias que ligam aquele Estado diretamente com o Estado da Bahia, ao passo que Montes Claros, se situa no noroeste mineiro, de maneira que a rota mais célere e econômica a se desenvolver consistia em ir pelo leste da divisa dos dois Estados referidos, até que se chegasse a Salvador/BA.

Diz que na volta, calharia que o veículo viesse por rumo diverso, em direção ao sudoeste baiano, tendo a cidade de Feira de Santana em seu caminho. Em seguida, entrando em Minas Gerais, o veículo estaria próximo a Montes Claros, onde faria sua última entrega, para enfim, retornar a Viçosa.

Assevera que a guisa de demonstrar a plausibilidade do afirmado, acosta aos autos as rotas dos referidos trechos e seus respectivos caminhos indicados, conforme apontamentos do sítio virtual do “Google Maps” (maps.google.com.br/). Descreve as opções que tinha disponível concluindo que pela opção 1: Viçosa x Montes Claros percorreria 3023 km e pela opção 2 : Viçosa x Salvador – seriam 2977 km percorridos. Argumenta que só pela distância percorrida e pelo tempo estimado de viagem em ambos os trajetos possíveis, já se afiguraria muito mais recomendável a adoção da rota identificada como “Opção 2”.

Registra que saiu a realizar entregas que efetivavam três diferentes operações comerciais de circulação de mercadorias, a partir de um remetente a três distintos destinatários e no caso, considerando os logradouros dos envolvidos nas referidas operações, vê-se que duas delas tinham caráter interestadual, porquanto seus destinatários estavam na Bahia, ao passo que o remetente tem sede em Minas Gerais.

Acrescenta que a terceira operação, por sua vez, dava-se entre contribuintes do mesmo Estado, porquanto, sem prejuízo do itinerário descrito, as mercadorias circuladas saíram de Viçosa com destino a Montes Claros, dois municípios, portanto, do mesmo Estado de Minas Gerais.

Destaca que no esteio da legislação de regência, incidiram e foram recolhidos o diferencial de alíquota de ICMS, pelas operações interestaduais, havidas como tais as remessas ao município de Salvador/BA e Feira de Santana/BA, bem como a alíquota interestadual de ICMS por essas mesmas operações, além do ICMS à alíquota cheia, em relação à operação realizada entre contribuintes do mesmo Estado, e isto às fazendas estaduais da Bahia e Minas Gerais, respectivamente.

Frisa que nada obstante a conduta regular e cautelosa de todos os contribuintes envolvidos nas operações supra descritas, enquanto trafegava pelo Estado da Bahia, após ter sido já abordado por dois distintos postos fiscais, os quais aferiram e atestaram a idoneidade da documentação que

acompanhava as mercadorias, bem como a lisura das operações efetivadas, foi surpreendida por ocorrência fiscal que desafia os fatos ocorridos.

Menciona que prosseguindo o veículo da transportadora, no cumprimento da rota traçada conforme indicativo supra, à altura do município de Candeias, no estado da Bahia, foi objeto de nova abordagem promovida pelos prepostos dessa Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Dessa feita, no posto fiscal Honorato Viana, o representante da Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito na Região Metropolitana de Salvador – BA, em que pese a chancela dos postos fiscais ligados à mesma SEFAZ-BA, que já haviam abordado o veículo, consoante dito, achou por bem proceder, novamente, à fiscalização.

Aduz que em sua verificação, o referido preposto aduziu que considerava “estranho” o fato de que o automóvel em questão transportava mercadorias que haviam saído de Minas Gerais e se faziam acompanhar por notas fiscais que as discriminavam e destinavam a contribuinte situado, também, no Estado de Minas Gerais e, ainda assim, transitavam no Estado da Bahia. Entendeu o preposto que as ditas mercadorias não poderiam transitar no Estado da Bahia sem um destinatário certo neste Estado, pelo que o fiscal apreendeu o veículo e todo o seu conteúdo, impedindo que prosseguisse no cumprimento de seu itinerário.

Esclarece que após extensa negociação, o preposto ainda aceitou liberar o veículo, bem como o conteúdo nele transportado, desde que se apresentasse algum fiel depositário das indigitadas mercadorias discriminadas nos DANFE's 12.581 e 12.582, as quais, como já se disse, eram destinados a contribuinte sito no Estado de Minas Gerais, em operação interna, e estavam em trânsito no Estado da Bahia por questão de conveniência de rota.

Reitera que o caminhão apreendido transportava três diferentes lotes de mercadorias, sendo os dois primeiros deles destinados a contribuintes situados neste Estado. Em razão disso, um desses contribuintes, interessado especialmente na liberação do veículo, uma vez que nele se encontravam, também, mercadorias suas, apresentou-se e assumiu o múnus de depositário fiel dos produtos cuja operação era questionada pelo fiscal.

Observa que como se vê do termo de ocorrência fiscal lavrado na ocasião, a apreensão do veículo e mesmo a lavratura do referido termo tiveram por única razão de existência o fato de mercadorias envolvidas em operação interna entre contribuintes situados no Estado de Minas Gerais se encontrarem em trânsito no Estado da Bahia.

Assevera que sendo cediço que não há qualquer ilegalidade em tal situação, tendo sido liberado a depositário fiel, as mercadorias foram regularmente entregues a seu destinatário efetivo, ao passo que os contribuintes envolvidos se apresentaram ou se fizeram representar, logo em seguida à ocorrência, diretamente na sede da IFMT-METRO, onde apresentaram documentos que bastassem à comprovação da lisura e correção das operações referidas, entregando inclusive, os documentos que atestavam a efetiva entrega das mercadorias ao destinatário apontado nas notas fiscais correlatas.

Entretanto, diz que para sua surpresa e estupefação, lavrou-se o auto de infração que ora impugna, por meio do qual o Fisco do Estado da Bahia cobra o tributo de ICMS, à alíquota de 17%, sobre o valor integral das notas que discriminavam as mercadorias transportadas, além de uma multa de 100% do valor do referido tributo, tudo em razão dos fatos supra relatados.

Acrescenta que nos termos da autuação, a Fazenda estadual considerou que as mercadorias discriminadas nos DANFE's nº 12.581 e 12.582 foram efetivamente entregues à empresa Atila Magnum de Moraes – ME, apesar de terem sido destinadas à empresa Ighor Cesar de Guimarães e Moraes, a configurar entrega em “local diverso do indicado nos documentos fiscais”.

Afirma que a autuação e a sua consequente imposição não pode prosperar pelos seus próprios termos, bem como, pelo quanto narrado, sendo forçoso reconhecer-se a improcedência e a impertinência do auto de infração de número epígrafado.

Frisa ser necessário, para que não reste qualquer dúvida, aprofundar-se no mérito da exação e na sua improcedência, em razão de ter-se lavrado o auto de infração fundado em manifestos equívocos, que inquinam completamente, inclusive, as razões de direito empregadas na tipificação e no enquadramento das condutas imputadas.

Diz que pelo modo como feito o auto de infração, haveria que ser considerado nulo, porquanto se furta o agente fiscal à necessária indicação precisa e concreta das infrações que reputa cometidas, bem como da sua exata tipificação e enquadramento legais. Afirma que o auto impugnado traz somente, uma parca e genérica súmula do ocorrido, acompanhada de uma compilação desordenada de artigos de legislação apontados, esparsamente, como bases da tipicidade e da caracterização da situação.

Observa que a falta de uma adequada relação entre os fatos narrados e as normas cuja incidência sobre eles se propõe ocasiona uma frontal lesão ao direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que o contribuinte nem mesmo sabe ao certo o que se lhe atribui, não podendo, portanto, ser preciso como deveria na impugnação, já é o caso de se reconhecer a nulidade do auto, o que, por oportuno, requer.

Em todo caso, aparentemente a imposição recaiu sobre a transportadora por incidência do art. 6º, III, a, da Lei estadual 7.014/96, que torna o transportador que entregar mercadoria em local diverso do destinatário, solidariamente responsável pelos tributos incidentes sobre a operação.

Menciona que se considerou que o estado da Bahia seria o local da operação de circulação das mercadorias identificadas nos DANFE's 12.581 e 12.582, porque aqui teriam se encontrado, supostamente irregulares ou desacompanhadas de documento fiscal idôneo, atraindo-se a incidência do art. 13, I, b, da referida lei. Diz supor pelas normas apontadas em enquadramento, que as mercadorias tenham sido reputadas em trânsito no Estado baiano desacompanhadas de documento fiscal idôneo, o que as tornaria irregulares, na linha do art. 40, § 3º da mesma lei.

Diz crer pela leitura das leis apontadas, que o fisco reputou inidôneas as notas que acompanhavam as mercadorias, por julgar que, apesar de cumprirem todas as formalidades legais, tais documentos teriam sido usados com intuito de comprovada fraude.

Aduz que tal imputação em nenhum momento é feita de modo claro e direto. Isto é, em nenhum momento o preposto acusa o contribuinte, concretamente, de empreender qualquer fraude ou simulação, no entanto, quando do enquadramento, cita-se o art. 44, II, f, da Lei 7.014/96, cuja dicção dá a crer exatamente o dito no parágrafo retro.

Aduz que toda a autuação está fulcrada na premissa de que as mercadorias identificadas nos DANFE's 12.581 e 12.582 teriam sido entregues a destinatário diverso daquele apontado nas notas e conhecimentos de transporte que as acompanhavam. Menciona que, sendo assim, a improcedência do auto há que ser reconhecida e declarada *prima facie*.

Assevera que a mercadoria em questão como bem se reconhece na autuação, estava destinada à empresa Ighor Cesar de Guimaraes e Moraes, CNPJ 09.412.147/0001-63, situada em Montes Claros no Estado de Minas Gerais. Informa que junta ao processo os conhecimentos de transporte que atestam a efetiva entrega das ditas mercadorias ao seu referido destinatário, consoante indicado nos documentos fiscais, como ainda uma declaração firmada pelo titular da indigitada empresa destinatária, reconhecendo e atestando cabalmente o recebimento regular dos produtos a si remetidos.

Menciona que no termo de ocorrência fiscal lavrado quando da apreensão do caminhão, consta que nele se encontravam não só as mercadorias descritas nos DANFE's 12.581 e 12.582, cujo trânsito foi julgado irregular ou 'suspeito', mas também outros dois lotes de produtos encomendados por contribuintes desse Estado da Bahia.

Informa que ali constou, ademais, que, um desses contribuintes, ansioso por receber as mercadorias que lhe estavam endereçadas, sendo comunicado de que o transporte não se podia

completar em função da apreensão do referido caminhão, apresentou-se, espontaneamente, no posto fiscal Honorato Viana e se dispôs ao papel de depositário fiel de toda a carga, comprometendo-se a conservá-la e entregá-la a quem de direito.

Esclarece que das anotações do preposto ainda se colhe, claramente, que tais mercadorias foram apreendidas em trânsito, com indicação de que se destinavam a contribuinte sediado no estado de Minas Gerais, sem qualquer destinatário certo no Estado da Bahia, e foram entregues apenas à guarda e responsabilidade da empresa Atila Magnum de Moraes - ME, que funcionaria como depositária fiel, de modo a isentar-se o Estado de eventuais perdas e danos.

Prossegue relatando que ao denotar o pleno desacerto e em versão contrastante, o mesmo agente que lavrou o termo de ocorrência, quando da elaboração do auto de infração, faz constar que o conjunto de mercadorias discriminadas nos DANFE's 12.581 e 12.582 teria sido "efetivamente entregues na empresa Atila Magnum de Moraes - ME, IE 78.842.202, situada na Av. São Rafael, nº 2737, em Salvador, portanto, local diverso do indicado nos documentos fiscais".

Assevera que tal informação, que constitui a essência do auto, é flagrantemente inverídica, contrariando, inclusive, o disposto no termo de ocorrência fiscal lavrado quando da apreensão indevida das mercadorias. Diz que a toda evidência, não há como admitir-se que as mercadorias em questão tenham sido entregues ao referido empresário sediado em Salvador-BA, porquanto o próprio Fisco dá conta de que os produtos foram apreendidos em trânsito.

Requer que seja recebida e distribuída a presente defesa escrita, para que se decrete, em seu julgamento, a anulação do auto de infração de número em epígrafe e o seu consequente arquivamento, com baixa na cobrança indevida ora impugnada. Ou ainda, acaso não seja anulado, que seja julgado e declarado improcedente.

À fl. 87 a empresa foi comunicada que a defesa seria arquivada sob a alegação de que teria sido apresentada após o prazo de trinta dias. Às fls. 90/91 o auditor fiscal Eduardo do Rego Avena opinou contrariamente ao arquivamento da defesa, pelos motivos que alinha, cujo conhecimento e provimento da impugnação foi decidida pelo Presidente do CONSEF e o auto de infração foi encaminhado ao autuante para que procedesse a informação fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 100/105. Diz que o auto de infração foi lavrado em 23/02/2013 para constituir crédito tributário contra o autuado já qualificado, legítimo proprietário do veículo transportador por cometimento da seguinte infração: *"Entrega em local diverso do indicado na documentação fiscal"*

Afirma que tal operação foi acobertada pelos DANFES 12581 e 12582 de emissão da empresa Indústria de Cosméticos Haskell Ltda, com endereço na cidade de Viçosa, MG, com mercadorias tributáveis destinadas à Ighor Cesar de Guimarães E Moraes, na cidade de Montes Claros - MG, documentos fiscais considerados inidôneos, haja vista que foram entregues na empresa Atila Magnum de Moraes - Me, em Salvador - Bahia, local da descarga, que ficou na qualidade de fiel depositário das ditas mercadorias. Afirma que o Termo de Ocorrência seria uma prova material incontestável de que os produtos foram entregues em local diverso no Estado da Bahia.

Sintetiza as razões da defesa. Diz se insurgir contra a decisão do CONSEF que reabriu o prazo de defesa para o autuado sem nenhum critério técnico, haja vista a completa falta de respaldo legal. Sobre a matéria transcreve os arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Diz não ter vislumbrado nenhum documento que fosse considerado como efetivada a intimação, a não ser o AR anexado (fl. 74) que está de acordo com os dispositivos acerca da intimação do sujeito passivo pelo RPAF/BA. Observa que a prova irrefutável da efetivação da intimação no dia 16 de abril de 2013, via AR, é que o autuado entrou em contato com a Coordenação de Atendimento da IFMT Metro em 09 de maio de 2013 para solicitar o DAE (fls. 50/53).

Prossegue relatando que mesmo o CONSEF considerando a defesa como tempestiva, o que discorda, porém, por respeito à hierarquia, acata a decisão, entretanto, protesta veementemente

contra os argumentos apresentados pelo requerente, que após várias intimações, inclusive o AR constante no processo, o autuado compareceu à Inspetoria para recolher o tributo.

Ocorre que ao emitir o DAE, o AR não tinha sido lançado pelo Coordenador de Atendimento da IFMT Metro que foi obrigado a lançar no sistema a ciência tácita para emissão do documento, ocasião em que o contribuinte aproveitou para efetuar a defesa. Sobre tempestividade da defesa cita o Código Civil.

Sobre o mérito da autuação, afirma que a primeira alegação da defesa fala de conveniência logística. Informa que a empresa transportadora carregava em seu caminhão baú 468 caixas com peso de aproximadamente 2700 quilos, referente aos DANFES 12581 e 12582, o que dizia respeito a operação interna no Estado de Minas Gerais. Pergunta que conveniência logística é essa que faz uma empresa optar em transportar 2700 quilos em um percurso dentro do Estado de Minas Gerais de 641 quilômetros em oposição a uma aventura interestadual percorrendo 1345 quilômetros até Salvador e outros 1122 quilômetros até Montes Claros. Diz que os custos desse frete seriam muito altos. Entende que a fiscalização de Minas Gerais não dispõe de nenhum posto fiscal, se houvesse, certamente este veículo seria interceptado na fronteira.

Sobre o argumento da autuada que teria passado por vários postos de fiscalização sem que fosse adotado qualquer procedimento de retenção das mercadorias ou a constituição de crédito tributário, o que seria uma prova de que não houve a infração, rebate explicando que até então, não havia elementos suficientes para a materialização da transgressão à legislação tributária e estes elementos somente foram formalizados em sua inteireza quando da consecução do percurso, quando da efetiva entrega das mercadorias transportadas em local diverso do indicado e o Posto Fiscal Honorato Viana que foi o responsável pelas diligências fiscais que culminaram na lavratura do auto de infração, por ser o mais próximo da ocorrência fiscal.

Aduz que o crédito foi reclamando contra o transportador que vem a ser o responsável direto pelo cometimento da infração, na qualidade de responsável solidário, segundo a Lei 7.014/96, que transcreve.

Explica que a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Apreensão, cumprindo com as suas atribuições, ao abordar o veículo transportador que estava de passagem pelo Posto Fiscal Honorato Viana verificou que o mesmo estava com destino físico diverso do indicado na documentação fiscal, que seria de uma empresa de outra localidade, de unidade da Federação diversa da Bahia. Enfim, com um desvio de percurso absurdo.

Informa que seguindo orientação da administração, que determina em situações desta natureza, que não seja formalizada a apreensão de imediato e sim no local da descarga com a finalidade de fazer prova em favor do fisco, seguiu o veículo transportador e depois de constatada a descarga e a entrega das mercadorias em local diverso, foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal, as mercadorias ficaram no próprio local da descarga, ficando o contribuinte recebedor como fiel depositário, (fl.04) com a emissão da nota fiscal avulsa (fl. 29) para regularizar a operação.

A respeito da imputação lançada, esclarece que o enquadramento, bem como a descrição dos fatos, encontra-se na peça vestibular do presente PAF, no qual estão indicados não só os dispositivos regulamentares cabíveis, mas, também, a tipificação prevista.

Diz constatar que em toda a sua peça defensiva o requerente só faz confundir a ação fiscal. Esta se trata de uma combinação de inobservância, o auto foi lavrado com a finalidade de reclamar um crédito no local onde foi constatada a infração. Para reforçar a tese diz interpretar a inobservância conforme inciso I do art. 13 do RICMS/BA.

Sobre o local da ocorrência do fato gerador transcreve decisão do CONSEF no auto de infração 161739.0019/09-5, acórdão JJF Nº 0098-03/10.

Afirma que em outra alegação descabida o autuado demonstra que ele não tem nenhum compromisso com a verdade, ao declarar que: *"logo em seguida à ocorrência, diretamente na sede da IFMT METRO, (sic.) onde apresentaram documentos que bastassem à comprovação da lisura e correção das operações referidas"*.

Afirma que faltam elementos nos autos que comprovem que as mercadorias objeto desta ação fiscal tenham efetivamente ingressado na empresa mineira sediada na cidade de Montes Claros, pois a defesa limitou-se tão somente a apresentar uma simples declaração sob o título "comprovante de recebimento de mercadorias" (fl.80), sem nenhum amparo legal. Frisa que não existe nenhuma prova material, como por exemplo, nota fiscal carimbada pelos postos fiscais do percurso, não foi anexada cópia da nota fiscal ou do conhecimento de transporte atestando a efetiva entrega das mercadorias, cópia do registro de entradas na empresa mineira atestando o efetivo ingresso das ditas mercadorias, e não existe nenhum registro de passagem dos DANFES 12581 e 12582, saindo do Estado.

Finaliza afirmando manter na integralidade a autuação.

VOTO

Trata o presente auto de infração de exigência de ICMS sob a acusação de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. Consta na descrição dos fatos que mercadorias constantes dos DANFs 12581 e 12582 emitido pela empresa Indústria de Cosméticos Haskell Ltda., destinadas à empresa Ighor César de Guimarães e Moraes, ambas situadas no estado de Minas Gerais, estavam sendo entregues na empresa Atila Magnum de Moraes, situada na Avenida São Rafael, nº 2737, em Salvador/BA, sendo lavrado o Termo de Ocorrências nº 210313.0016/13-8 fls. 04/05.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou que foi autuado quando o veículo da transportadora, no cumprimento da rota traçada, à altura do município de Candeias, no estado da Bahia, foi objeto de abordagem promovida pelos prepostos dessa Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no posto fiscal Honorato Viana e o representante da Inspeção Fiscal de Mercadorias em Trânsito na Região Metropolitana de Salvador – BA procedeu à fiscalização.

Prosseguindo, argumentou que o preposto fazendário entendeu que o fato de as mercadorias terem saído de um município mineiro com direção a outro município no mesmo Estado, passando pela Bahia gerava desconfiância suficiente a que se considerasse fraudulenta a ação e apreendeu as mercadorias sob a alegação de que estariam sendo descarregadas no estado da Bahia conforme consta da acusação fiscal.

O autuante declarou na informação fiscal que "a equipe de fiscalização que efetuou a lavratura do Termo de Apreensão, cumprindo com as suas atribuições, ao abordar o veículo transportador que estava de passagem pelo Posto Fiscal Honorato Viana, verificou que o mesmo estava com destino físico diverso do indicado na documentação fiscal, que seria de uma empresa de outra localidade, de unidade da Federação diversa da Bahia. Informou que seguindo orientação da administração da SEFAZ, determinando que em situações desta natureza, não seja formalizada a apreensão de imediato e sim, no local da descarga com a finalidade de fazer prova em favor do fisco, seguiu o veículo transportador e depois de constatada a descarga e a entrega das mercadorias em local diverso, foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal".

Da análise dos elementos que compõem o PAF, em especial do citado Termo de Ocorrência Fiscal nº 210313.0016/13-8 fls. 04/05, vejo que o mesmo assim descreve os fatos: *"transporte de mercadorias em trânsito pela BR-324, no Posto Fiscal Honorato Viana de Castro, quando o veículo foi interceptado pelo Fisco foram apresentados os seguintes DANFs: 12588, 12589, 12590, operação entre os estados de Minas Gerais e Bahia com destino a empresa Atila Magnum de Moraes cuja situação encontra-se regular perante o fisco baiano;*

DANFs de nº 12588, 12589 e 12590, operação entre os estados de Minas Gerais e Bahia, com

destino a distribuidora Pereira Gomes Ltda., cuja situação encontra-se regular perante o fisco baiano;

DANFs 12581 e 12582 operação entre contribuintes do estado de Minas Gerais, em operação interna, entretanto transitando neste Estado sem destinatário certo.

A apreensão da mercadoria justifica-se para os DANFs 12581 e 12582, pois trata-se de documentação fiscal inidônea, em virtude dessas mercadorias estarem em rota completamente diferente, haja vista o veículo encontrar-se transitando para Salvador sem nenhuma informação complementar nos conhecimentos de transportes, ou mesmo nos DANFs de que seriam entregues no estado de Minas Gerais.

A lavratura deste termo de ocorrência é para resguardar os direitos da Fazenda Pública Estadual, bem como, para constituir prova de infração à legislação do ICMS".

Da leitura da descrição dos fatos acima transcritos, constato que existe divergência entre o que está descrito no auto de infração e o que consta no Termo de Ocorrência Fiscal. No primeiro, a acusação fiscal é de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal. No segundo, relata-se que os fatos aconteceram quando da interceptação do caminhão em trânsito pela BR 324, com as mercadorias sendo apreendidas no Posto Fiscal Honorato Viana. Com isto, o fulcro da autuação indicado pelo autuante se tornou incerto.

Caso a autuação tenha ocorrido no posto fiscal, existe contradição com a acusação fiscal, pois as mercadorias ainda não estavam sendo descarregadas. Ademais, não vislumbro nesta circunstância, que este fato seja suficiente para descaracterizar o documento fiscal. Não há qualquer irregularidade ou ilícito tributário, na passagem pela Bahia, para entrega de alguns lotes de mercadorias, com o prosseguimento da viagem para o estado de Minas, para entregar o restante da carga.

Há de se ressaltar, que o fato de se constatar que o veículo se encontrava fora da rota provável, por si só, não se constitui em prova efetiva da prática de ilícito fiscal. Ela sugere indício de irregularidade, e havendo tal indício, a fiscalização possui formas de apurar se realmente ocorreu a infração às normas tributárias, pois não é razoável, nem tampouco legal, a acusação fiscal sem a devida apuração.

Observo que não existe prova nos autos, do local onde as mercadorias teriam sido descarregadas, considerando que o Termo de Ocorrências lavrado como prova do ilícito tributário, não faz esse registro.

Em obediência a legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir.

Saliento que a própria legislação do estado da Bahia, conforme dispositivo utilizado para realização do lançamento fiscal, dá conta de que só se há de falar em irregularidade de documentação fiscal apresentada quando houver sido utilizada na prática de fraude comprovada.

Concluo, após toda a análise acima colocada, que a falta de comprovação da ocorrência conforme descrição dos fatos no auto de infração, bem como, a falta de caracterização da infração através do Termo de Ocorrências, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, "a", do RPAF/99.

Constato que o autuado apensou documento à fl. 80, onde disse comprovar que as mercadorias relacionadas nos DANFs em comento, foram entregues ao destinatário estabelecido em Minas Gerais, documento este, que não faz prova da regularidade da operação como deseja o impugnante.

Diante desse fato, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, represento a autoridade competente para que verifique a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, intimando o autuado para comprovar através do Registro de Entradas, a

escrituração das notas fiscais 12581 e 12582 no estabelecimento mineiro, objetivando resguardar os interesses do Estado.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210313.0052/13-4**, lavrado contra **BARROS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR