

PROCESSO - A. I. N° 200571.0008/15-7
RECORRENTE - AGNALDO LEAL SANDES (COMERCIAL DE ALIMENTOS LEAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0029-03/16
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0105-11/16

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ação fiscal movida pela fiscalização de mercadoria em trânsito, sem lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias, para constituir prova material de infração. Termo de Ocorrência Fiscal lavrado em momento posterior à circulação das mercadorias em trânsito, sem aposição de assinatura do transportador. Documento inadequado para fazer prova da infração apontada. Termo de arrecadação de livros e documentos fiscais arrecadados pelo Fisco demonstra que houve a entrega da mercadoria pelo transportador. Preliminar de nulidade acolhida, superada por decisão de mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade. Reformada de ofício a Decisão de julgamento do Auto de Infração de **PROCEDENTE** para **IMPROCEDENTE**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, com vistas à reforma da decisão proferida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 22/01/15, exigindo ICMS no valor de R\$21.678,31, acrescido da multa de 100%, em decorrência da constatação da entrega de mercadorias em local diverso do indicado no documento fiscal.

Consta na descrição dos fatos que o autuado “... transportou mercadorias destinadas a contribuinte deste Estado em situação irregular, com local de entrega e estabelecimento inexistente fisicamente, sem nunca ter existido nas imediações do endereço indicado e com titular desconhecido dos vizinhos do suposto endereço, cometendo, assim, o ilícito fiscal de entrega de mercadoria a contribuinte e em local diverso do indicado no documento fiscal”, sujeitando-se a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto (art. 6º, III, aliena “a” da Lei nº 7.014/96).

Na Decisão proferida pela primeira instância inicialmente foi afastada a nulidade suscitada por ilegitimidade passiva, tendo em vista a previsão contida no art. 39 do RPAF/99, motivado pela constatação do fato no momento que ocorreu, atendendo aos requisitos de validade e eficácia do lançamento, possibilitando exercer o seu direito de defesa, como foi feito. No mérito, apreciou:

O cerne da autuação foi a constatação de entrega de mercadoria em local diverso do indicado na nota fiscal, vez que o transportador, responsável solidário, estava transportando mercadorias para contribuinte com Inscrição Estadual nº 116.307.651, na condição de Inapta, tendo como destinatário WALDOMIRO DE OLIVEIRA SANTANA, com endereço na Praça Nilo Gonçalves, 248, Formosa do Rio Preto/Bahia, (fls. 51), onde consta que a mesma fora intimada para inaptação em 18/12/2014.

A alegação defensiva, é a de que não há provas de que o local é inexistente, pois o autuado possui provas que entregou as mercadorias ao destinatário especificado na Nota Fiscal, no entanto, não vejo nos autos comprovação do alegado, motivo pelo qual entendo ser correto o procedimento adotado pelo fiscal autuante.

A autuação deu-se por responsabilidade solidária, frente ao comando legal contido na Lei nº 7.014/96, artigo 6º, inciso III, alínea "a", redação abaixo, segundo o qual são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, os transportadores em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação. Assim, a legitimidade passiva do autuada está plenamente caracterizada.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - ...

II - ...

III - os transportadores em relação às mercadorias:

a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;

b) procedentes de outra Unidade da Federação sem destinatário certo ou para estabelecimento desabilitado no cadastro;

c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário;

Notei que no caso presente, e isso é fundamental na apreciação da matéria, foi a ocorrência da flagrância, ou seja, o fato foi verificado no momento em que ocorria, e não em momento anterior ou posterior à sua ocorrência, o que reforça a autuação e lhe dá a devida sustentabilidade.

Além do mais, o preposto fiscal intimou o condutor do veículo para apresentação dos recibos de entrega das mercadorias constantes dos DAFES 157.853, 157.861 e 158.115, (fls. 7), sem contudo, o obter do sujeito tais comprovantes.

Conforme Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 4, está claro e cristalino o local onde estavam as mercadorias, fazendo prova irrefutável da ocorrência do ilícito fiscal.

Observe que o veículo de placa policial OZL 7842, pertence ao autuado, o que da mesma forma, fragiliza a argumentação defensiva trazida aos autos de ilegitimidade passiva.

Quanto à alegação de Fisco não anexou aos autos do processo administrativo as provas que levaram a alegação de que as mercadorias foram entregues em estabelecimentos inexistentes, Entendo que está demonstrado claramente através do documento Ficha de Localização de Contribuinte-FLC, acostado às fls. 53, com data de 18/12/2014, de que efetivamente a empresa não funcionava no local indicado, ou seja, o estabelecimento comercial não existia fisicamente.

Em relação à alegação de que os recibos dos DANFE's nºs 57.853, 157.861 e 158.115, (fls. 7), foram assinados pelo destinatário das mercadorias, o sujeito passivo não carrega aos autos a comprovação de sua alegação, motivo pelo qual deixo de acolher.

Já as decisões trazidas pelo sujeito passivo, não vinculam o julgador, o qual age sob a tese do seu livre convencimento.

Verifico que o autuado não impugnou os dados numéricos do levantamento fiscal. Assim, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado PROCEDENTE.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 82 a 91), observe que o recorrente reapresentou na sua quase totalidade, os argumentos da impugnação inicial, que foram apreciados pela 3ª JF.

Preliminarmente alega ilegitimidade passiva, por entender que na condição de transportador, não pode ser responsabilizado por solidariedade com relação à condução de mercadorias acobertadas por documento fiscal emitido para estabelecimento devidamente cadastrado na SEFAZ.

Afirma que há de se distinguir a figura do contribuinte e do responsável, cuja obrigação expressa no art. 121 do CTN, atribui a terceiro, vinculado ao fato gerador, responsabilidade pelo crédito tributário, excluindo ou não a responsabilidade do contribuinte (artigo 128).

Aduz que o CTN não atribui ao transportador responsabilidade por pagamento de tributo nem confere tal possibilidade à lei, não estando vinculado ao fator gerador na hipótese de operação de circulação de mercadorias que vincula exclusivamente quem possui e quem adquire as mesmas.

E ainda, que a LC 87/96 confere à lei a possibilidade de atribuir a terceiro a responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário devido por contribuinte ou responsável, se os seus atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento do tributo (art. 5º), porém, nem o CTN, nem a LC 87/96 não permite atribuir ao transportador responsabilidade por pagamento de ICMS, salvo no caso do mesmo praticar atos ou ficar omissos, que decorra falta de recolhimento de imposto.

Afirma que não praticou ato ou omissões que contribuíram para não pagamento do tributo, efetuando apenas o transporte da mercadoria, entregando em seu destino correto, como especificado na nota, sendo que *“os comprovantes de efetivas entregas estão em poder do autuado (conforme afirmar em seu termo de autuação), e, curiosamente, não se encontram nos autos do processo administrativo”*.

Argumenta que não há provas de que a mercadoria foi entregue em local inexistente, pois o recorrente possui provas que entregou ao destinatário especificado em nota, *“cabendo assim ao Fisco provar a tal inexistência, o que não ocorreu”*.

Suscita nulidade por cerceamento do direito de defesa (i) tendo em vista que os documentos estão em poder do Fisco e não foram anexados aos autos, e que não pode provar que entregou a mercadoria, se o Fisco não apresenta os documentos que estão em seu poder; (ii) o lançamento é atividade administrativa vinculada, exigindo do agente público a observância exigidas pela Lei, e Auto de Infração preencheu alguns requisitos formais previstos nos artigos 41 e 149 do RPAF/BA.

Ressalta que não foram anexados aos autos as provas de que as mercadorias foram entregues em estabelecimento inexistente, supondo apenas inexistir o estabelecimento de “Waldomiro de Oliveira Santana”, mas ao contrário do “suposto” pelos fiscais, o recorrente possui provas da entrega da mercadoria ao destinatário especificado na nota fiscal, que se encontram em poder dos fiscais conforme especificados no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos e Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, constantes nos DANFES nº 157853, 157861 e 157115.

Assevera que a inobservância do previsto no art. 41 do RPAF/BA, configura vício insanável do lançamento, prejudicando o exercício do direito de defesa, vista que o comprovante da entrega das mercadorias encontram-se em poder do Fisco ao invés de está no processo administrativo.

Argumenta que a fiscalização não respeitou os preceitos procedimentais inerentes à sua atividade, não anexando provas aos autos, formalidade necessária à validade da autuação, o que conduz a decretação de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, conforme jurisprudência do STJ (RESP 48516/97; do Conselho de Contribuintes/Ministério da Fazenda (Ac. 103-20.594/2001).

Suscita ainda, nulidade da Decisão, pelo fato de apreciar que as assinaturas constantes dos DANFES são divergentes dos documentos constantes do cadastro da SEFAZ, o que não poderia ser feito pelo Fisco, e sim por meio de um exame grafotécnico que deveria ser feito mediante perícia.

Suscita, também nulidade da Decisão, por afirmar que a lavratura do Auto de Infração ocorreu mediante flagrante da irregularidade constatada (Termo de Apreensão), o que não consta dos autos.

No mérito, afirma que não há uma correta subsunção fática entre a autuação e a natureza jurídica das operações praticadas, mas na eventualidade de não ser acatado as nulidades suscitadas, sustenta que não ocorreu falta de recolhimento do ICMS em desfavor do recorrente.

Transcreve o art. 39, V do RICMS/97 e § 4º que trata da responsabilidade *solidaria dos responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, quando “qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver*

para comercialização, industrialização ou simples entrega, desacompanhadas de documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea,...”.

Destaca que o art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96 dispõe sobre os responsáveis solidários pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, no caso do transportador em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal, ou acompanhada de documentação fiscal inidônea.

Afirma que na situação presente não promoveu circulação de mercadoria desacompanhada de documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, e muito menos, a entrega de mercadoria em local diverso da especificada no documento, visto que o próprio Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, os fiscais fizeram a observação que *“os documentos foram recebidos do contribuinte e assinados supostamente por Waldemiro de Oliveira Santana – (ME)”*.

Argumenta que cabia ao Fisco provar que inexistia o endereço de entrega das mercadorias, pois em consulta no site da Receita Federal do Brasil, o CNPJ da empresa WALDEMIRO DE OLIVEIRA SANTANA-ME, está ATIVO, constando o mesmo endereço da nota fiscal, e não há prova pelo Fisco de que os fiscais foram até o local verificar se existe ou não o endereço da entrega.

Conclui afirmando que o Auto de Infração deve ser julgado nulo ou improcedente, reformando a Decisão prolatada pela 3ª JF, de acordo com os argumentos expostos.

A PGE/PROFIS foi dispensada de emissão de parecer, por se tratar de recurso interposto com valor inferior a R\$100.000,00 de acordo com o art. 136, III, “b” do RPAF/BA.

VOTO

Conforme consta no relatório, no Recurso Voluntário interposto foram reapresentados na sua quase totalidade os argumentos da impugnação inicial, que foram apreciados pela 3ª JF.

O recorrente suscitou quatro nulidades. Na primeira, alegou ilegitimidade passiva, por entender que o transportador não pode ser responsabilizado por solidariedade com relação a transporte de mercadorias acobertadas por documento fiscal destinado a estabelecimento cadastrado na SEFAZ.

Observo que conforme estabelecido no art. 6º, III da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

- a) que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação;
- b) procedentes de outra unidade da Federação sem destinatário certo no território baiano;
- c) que forem negociadas no território baiano durante o transporte;
- d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;
- e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário;

Na situação presente, o contexto que se apresenta, é que o autuado transportou mercadorias de contribuinte localizado no Estado de Goiás para contribuinte localizado no Estado da Bahia, e a fiscalização acusou que o estabelecimento destinatário é inexistente. Portanto, esta nulidade suscitada tem pertinência com o mérito da questão, ou seja, saber se existe ou não o estabelecimento destinatário. A princípio, o transportador é responsável solidário com relação às mercadorias que transportar, quando se enquadrar nas situações acima elencadas na Lei. Esta nulidade será analisada no momento da apreciação do mérito.

No tocante a nulidade suscitada sob o argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, o recorrente alega que os documentos estão em poder do Fisco e não foram anexados aos autos [comprovante de entrega da mercadoria], impossibilitando provar que entregou a mercadoria e

que o agente fiscal possui atividade administrativa vinculada, devendo anexar aos autos as provas de que as mercadorias foram entregues em estabelecimento inexistente.

Verifico que no Auto de Infração foi descrito a irregularidade cometida, o enquadramento, fazendo se acompanhar do demonstrativo de débito e Termo de Ocorrência Fiscal, bem como de informação sobre o contribuinte (fls. 8 e 9) que indica inaptidão por não ter sido localizado (art. 27, I, do RICMS/12), a partir de 30/12/14, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 22/01/15.

No que se refere ao argumento de que os documentos de prova estão em poder do Fisco, constato que o Termo de Intimação juntado pela fiscalização à fl. 7, demonstra que em 16/01/15 foi intimado o autuado para apresentar os comprovantes de entrega de mercadorias. Diante da alegação de que os “comprovantes de entregas” estão em poder do Fisco, entendo que o estabelecimento autuado deveria juntar ao processo cópia dos mencionados comprovantes de entregas (canhotos) para ser apreciado. Como nenhuma prova neste sentido foi apresentada, entendo que há apenas uma negativa de cometimento da infração, que não desonera o estabelecimento autuado quanto ao cometimento da infração. Foi juntado ao processo (fl. 53) Ficha de Localização de Contribuintes (FLC) Waldomiro de Oliveira Santana, datada de 18/12/14, sugerindo a exclusão do contribuinte do Cadastro da SEAFZ (art. 27, I RICMS/12), por não ter sido localizado. Por sua vez, o Termo de Arrecadação juntado à fl. 42, datado de 17/01/14 indica que foram arrecadados os canhotos dos DANFES nº 157853, 157861 e 157115 pelo “suposto” destinatário.

Pelos exposto, diante da afirmação do autuado de que entregou as mercadorias ao destinatário, constata-se que a fiscalização realizou diligência fiscal (18/12/14) e não encontrou a empresa Waldomiro de Oliveira Santana (IE 116.307.651), incorrendo na sua inaptidão em 30/12/14.

Diante de tais fatos, o recorrente não apresentou prova de que fez entrega da mercadoria que transportava e sim, que fez entrega a fiscalização dos canhotos com recibo de entrega. Assim sendo, o recorrente não ficou impossibilitado de apresentar a prova da entrega da mercadoria a empresa destinatária, motivo pelo qual não acolho a nulidade pretendida.

O recorrente suscitou nulidade da Decisão argumentando que foi apreciado que as assinaturas constantes dos DANFES são divergentes dos documentos constantes do cadastro da SEFAZ (fl. 88), o que deveria ser feito mediante exame grafotécnico mediante realização de perícia.

Da análise do voto a que se refere o presente recurso (fls. 72/73), não foi identificada qualquer apreciação relativa à divergência de assinaturas. Constatado que o parágrafo citado na fl. 88 do recurso é reprodução do texto contido na informação fiscal à fl. 50.

Pelo exposto, este fato foi trazido pela fiscalização, como reforço de argumento de que o destinatário não foi encontrado, teve sua inscrição cancelada, com o intuito de caracterizar a acusação de que a mercadoria foi entregue a contribuinte de fato inexistente. Como este fato [divergência de assinatura] não foi apresentado na defesa, nem foi objeto de apreciação no voto da Decisão ora recorrida, entendo que restou prejudicada a sua apreciação.

Quanto ao argumento de que deveria ser realizada perícia para realizar exame grafotécnico das assinaturas, observo que nenhum argumento neste sentido foi apresentado na impugnação inicial (fls. 30 a 37), nem foi apreciado no voto, nem foi trazido ao processo qualquer documento fiscal que demonstrasse as supostas divergências. Por isso, fica indeferido o pedido de realização de perícia, quer seja, pela sua desnecessidade em vista das provas trazidas aos autos, ou por ser impraticável, visto que os supostos documentos fiscais divergentes não foram trazidos aos autos para que pudesse formar um juízo de valor para efeito da Decisão da lide, nos termos do art. 147, II do RPAF/BA.

No que se refere à quarta nulidade, o recorrente argumenta que o Auto de Infração foi lavrado mediante flagrante irregularidade, por não fazer se acompanhar de Termo de Apreensão de Mercadorias.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- 1) O Auto de Infração é Modelo 4, cuja acusação é de entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, foi lavrado em 22/01/15, caracterizando ação fiscal movida pela fiscalização de trânsito de mercadorias;
- 2) O demonstrativo de débito (fl. 2) indica quantidades de 1.025 fd de açúcar + 3.090 fd de açúcar, os quais foram relacionados no Termo de Ocorrência Fiscal acostado à fl. 4, lavrado em 22/01/15, na Inspetoria de Fiscalização de Mercadoria em Trânsito da Região Sul (IFMT – Sul). Este Termo foi assinado unilateralmente pela fiscalização, assim como o demonstrativo de débito de fl. 6, que relaciona as NFe 157.402, 157.853, 157.861 e 158.115;
- 3) Na fl. 7 foi juntado o Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos datado de 16/01/15, especificando que o autuado (transportador) devia apresentar os comprovantes de entregas das mercadorias constantes dos DANFES 157.853, 157.861 e 158.115 emitidos pela empresa Jalles Machado S/A, localizado no município de Goianésia-GO (não relaciona o DANFE 157.402). Por sua vez, na defesa apresentada (fl. 42) foi acostado Termo de Arrecadação de Livros e Documentos o qual indica que a fiscalização arrecadou em 17/01/15 “*canhotos das DANFES de números 157861 e 158115 de Jalles Machado S/A*”.
- 4) Na fl. 8, foi juntado informação do destinatário da mercadoria constante dos DANFES (Waldomiro, IE 116.307.651), com indicação de que foi declarado INAPTO em 30/12/14;
- 5) Nas fls. 9 a 12, foi identificado os veículos placas OZL 7842 e OZL 0428, como cadastrados pelo estabelecimento autuado, os quais estão indicados nos mencionados DANFES, cujas cópias foram juntados às fls. 13 a 16.
- 6) As cópias dos DANFES às fls. 13 a 16 indicam que foram emitidos em 05/12/14 (157.402); 12/12/14 (157.853); 12/12/14 (157.861) e 17/12/14 (158.115) e às fls. 17 a 23 foram relacionadas operações de aquisições de açúcar no mesmo fornecedor (Jalles Machado), no período de maio/2014 a dezembro/2014, pelo suposto destinatário (Waldomiro).
- 7) As fls. 24 a 27, foram juntados Avisos de Recebimento (AR), datados de 13/03/15, cientificando da lavratura do Auto de Infração, intimando para quitar o débito ou apresentar defesa.

Constato que as mercadorias objeto da autuação se refere a diversas operações consignadas nos DANFES 157.853, 157.861 e 158.115, cujas mercadorias tiveram circulação entre os dias 05 a 17 de dezembro de 2014.

Por sua vez, a fiscalização em 16/01/15, deu início à ação fiscal intimando o transportador para apresentar os comprovantes de entregas da mercadoria ao destinatário.

Em momento posterior a operação de circulação das mercadorias, foi efetuado diligência (fl. 43) ao estabelecimento destinatário em 18/12/14 (fl. 53) e que não o tendo localizado, providenciou o cancelamento da inscrição (IE 116.307.651), conforme documento à fl. 51 e verso, em edital de 30/12/14.

Pelo exposto, observo que não houve lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias, quer seja em nome do transportador que foi autuado, como também do destinatário das mercadorias, no momento em que as mesmas deram entrada no território do Estado.

O Termo de Ocorrência acostado à fl. 4, foi lavrado em 22/01/15, na mesma data da lavratura do Auto de Infração, que nem teve assinatura do autuado, tudo indica que enviado por AR (fls. 24 e 26), após a lavratura da Intimação para apresentação de livros e documentos em 16/01/15 (fl. 7).

O art. 28 do RPAF/BA estabelece que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará termos, conforme o caso (Início de Fiscalização; Apresentação de Livros e Documentos; Arrecadação de livros e documentos), sendo que o item IV estabelece:

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

O Termo de Apreensão de Mercadorias, possui prazo de validade (§2º) e se não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considera-se encerrada a ação fiscal.

Por sua vez, o art. 29 do RPAF/BA, estabelece:

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização ou do Termo de Apreensão:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

- a) descumprimento de obrigação acessória;
- b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou
- c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

Assim sendo, tendo a ação fiscal sido desencadeada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, envolvendo quatro operações de circulação de mercadorias em dias diferentes, cuja acusação é de *“Entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal”*, deveria ter sido precedida de apreensão por meio do devido Termo, como previsto no RPAF/BA, para que em momento posterior fazer prova da irregularidade.

Na situação presente, após o trânsito das mercadorias o transportador foi intimado mediante termo próprio, para apresentar os comprovantes de entrega (fl. 7), que a fiscalização afirmou na informação fiscal divergir dos documentos constantes dos dados do titular no banco de dados da SEFAZ, os quais nem foram juntados aos autos.

Dessa forma, entendo que neste caso, em se tratando de diversas operações, ou melhor, quatro operações de circulação de mercadorias em dias diferentes, deveria ter sido lavrados os Termos de Apreensão de Mercadorias para documentar a apreensão de mercadoria e constituir prova material de infração, fato que não ocorreu.

Por isso, acato à nulidade suscitada, visto que a lavratura do Auto de Infração não obedeceu ao devido processo legal, cujo ato administrativo omissivo gera preterição do direito de defesa do contribuinte, bem como o lançamento de ofício não conter os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito, após a solicitação de declaração das quatro nulidades suscitadas, o recorrente requereu que o Auto de Infração fosse declarado nulo ou improcedente.

Por tudo que foi exposto, observo que a acusação é de que o transportador fez entrega da mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal. Entretanto, tendo as mercadorias consignadas nas NFe 157.402, 157.853, 157.861 e 158.115, sido conduzidas pelo transportador nos dias 5, 12 e 17 de dezembro de 2014, em momento posterior, ou seja em 16/01/15 a fiscalização intimou o autuado para apresentar os comprovantes de entregas das mercadorias (fl. 43), tendo o contribuinte o feito, conforme Termo de Arrecadação acostado à fl. 42.

Assim sendo, entendo que tendo as operações de circulação das mercadorias ocorridas no mês de dezembro de 2014, a ação fiscal teve início no mês seguinte, ou seja, janeiro de 2015 e o autuado fez prova de que entregou as mercadorias com a entrega dos *“canhotos das DANFES de números 157861 e 158115 de Jalles Machado S/A”*, quando a inscrição do estabelecimento destinatário estava ativa, visto que as operações de circulação ocorreram nos dias 5, 12, 12 e 17 de dezembro de 2014, e a inaptidão do contribuinte só foi feita pelo edital 50/2014 no dia 30/12/14 (fl. 51/verso).

Logo, não ficou caracterizada a irregularidade apontada.

Considerando que o recorrente invocou apenas nulidades do processo, mesmo tendo acatado a quarta nulidade suscitada, considerando a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito

passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de pronunciar a nulidade e de ofício declaro Improcedente o Auto de Infração.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a decisão de Procedente para IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e reformar a Decisão recorrida de **PROCEDENTE** para **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **200571.0008/15-7**, lavrado contra **AGNALDO LEAL SANDES (COMERCIAL DE ALIMENTOS LEAL)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS