

**A. I. Nº** - 944828450  
**AUTUADO** - ELIAS RIBEIRO DE LIMA FILHO  
**AUTUANTE** - RICADO COELHO GONÇALVES  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 09. 08. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0205-01/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apreensão de mercadoria (biscoito) desacompanhada de documentos fiscais. O autuado apresenta comprovante extraído do Portal da Nota Fiscal Eletrônica da emissão da respectiva NE-e, no momento da saída das mercadorias que não confere com os documentos relacionados no Termo de Apreensão. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/09 exige ICMS no valor de R\$ 9.766,97, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apreensão diversas mercadorias (biscoitos) transportadas e desacompanhadas de documentos fiscais, conforme termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos à fl. 02.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 20 a 30, inicialmente, diz da tempestividade da sua impugnação e que a apresentou em meio eletrônico de dados, conforme determina o parágrafo 3º art. 8º do RPAF/BA. Diz que a acusação fiscal é nula porque não foi descrita com precisão, uma vez que preencheu aos requisitos legais previstos no art. 39 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Assente que a forma como foi descrita a infração não é suficiente à sua caracterização e não fornece segurança quanto à real acusação (operação sem documento fiscal ou documento fiscal considerado inidôneo). Não se sabe qual fato levou o autuante a entender a ausência de nota fiscal ou sua inidoneidade?

Transcreve em seu favor o art. 18, RPAF BA, que determina “nulo é o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, além de cercear o direito ao contraditório e a ampla defesa. Afirma que este é o presente caso.

Enfatiza a declaração de nulidade do Auto de Infração, por força do art. 18, II e IV, “a”, RPAF, alegando insuficiência de elementos para determinar, com segurança, a infração, com reflexo no direito da ampla defesa do impugnante. Salienta que se trata de omissão que invalida o trabalho fiscal porque retira do Impugnante o seu direito de defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Transcreve em favor de sua tese decisões do CONSEF.

No mérito, diz que não procede ao entendimento fiscal de que a operação foi realizada sem documento fiscal ou com nota fiscal considerada inidônea, tendo em vista que a nota Fiscal nº 41.297, correspondente a mercadoria transportada, foi emitida em 17/12/2009, às 03h:22min:44seg, protocolo nº 126090023383509, conforme DOC 3. Aduz que a NF-e 41297 foi regularmente emitida e o Fisco, por ser eletrônica, já detinha cópia da mesma.

Alega ainda não compreender que elementos foram considerados considerada inidônea e em que hipótese de inidoneidade, dentre a RICMS/BA, foi enquadrada a NF-e nº 41297?

Argúi ainda quisesse o autuante punir o autuado por ter fornecido, inicialmente, a chave de acesso a NF-e errada, a partir da apresentação trocada do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), não houve má-fé. Conclui que não poderia ser acusado de transportar mercadoria sem nota fiscal ou com nota fiscal inidônea, porque a NF-e foi regularmente emitida. Lembrando ainda que o DANFE não substitui a nota fiscal, servindo na facilitação à consulta da NF-e.

Admite a existência de erro, mas garante que não houve nenhum prejuízo para o Estado da Bahia, porque a operação realizada, transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, foi regularmente formalizada com a prévia emissão da NF-e, conforme consta dos registros magnéticos do Fisco.

Reitera que a nota fiscal existe eletronicamente, emitida em 17/12/2009, às 03:22 através do protocolo de autorização de uso nº 126090023383509, ou seja, antes da fiscalização em 18/12/2009. Existindo, antes do início da operação, não seria caso para apreensão de mercadoria, nem lavratura de auto de infração. Transcreve, nesse sentido, decisão do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE.

Completa que, no âmbito do processo administrativo fiscal, prevalece o princípio da verdade material, consistente na busca da verdade colhida mediante o exame exaustivo dos fatos e das provas; no caso concreto, descobrir se realmente ocorreu a não emissão da nota fiscal ou a emissão de nota fiscal inidônea e isto porque, importante, nesse terreno, é a prova, a verificação dos fatos. Analisa que no campo fiscal, o julgador tem mais liberdade, podendo mandar fazer outras investigações para obter a verdade material. Cita acerca do tema, a doutrina dos professores James Marins, Celso Antônio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meireles e Aurélio Pitanga Seixas Filho.

Diz ainda, se porventura a fiscalização entenda que a informação equivocada do número da chave da NF-e constituiu embaraço à fiscalização, deveria ter punido o Impugnante por este fato e não pela não emissão de nota fiscal.

Questiona a aplicação do benefício da dúvida, do art. 112, CTN, citando decisões do STF, do STJ, sob o argumento de que, alguma dúvida restar, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Finaliza, reiterando os pedidos de nulidade, improcedência e benefício da dúvida, já formulados, além da juntada posterior de documentos e realização de perícia e/ou diligência fiscal.

Na informação fiscal prestada à fl. 43/46, o autuante esclarece que a autuação está suportada por termo de apreensão, devidamente assinado pelo autuado, confirmando que a mercadoria estava sendo transportada sem documento fiscal e apenas com um ramaneio extra-fiscal.

Diz que o auto de infração obedeceu aos moldes legais, não tendo possibilidade de cerceamento do direito de defesa, pois, cristalino foi o procedimento adotado. Para provar, o contribuinte apresentou impugnação. Conta que após conferência do veículo transportador solicitou da Vitarela que enviasse os valores que comporiam a base de cálculo, sendo entregue um “fac-simile” do DANFE 41.297, na tentativa de corrigir a operação. Observa que salientou em amarelo a expressão “NF correta” e, no seu rodapé, dia e horário da transmissão: 18.12.2009, às 12:24.

Reitera que o romaneio é documento extra-fiscal e que o fisco já conhecia o “modus operandi” da empresa transportadora em conjunto com a Vitarela, que têm histórico de irregularidades fiscais. As decisões descritas nas razões não se aplicam à presente situação.

Contesta o pedido de nulidade, emanada do art. 18, RPAF e aplicação do princípio do benefício da dúvida, uma vez que a mercadoria estava efetivamente sendo transportada sem documento fiscal, não existindo qualquer argumento hábil para desconstituir o lançamento tributário.

Entende que a peça defensiva visa apenas cumprir seu papel de defesa, que o condutor e o transportador da mercadoria não conheçam su  
Pede a ratificação do auto de infração.

## VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS, em face ao transporte de mercadoria (biscoitos) desacompanhada de documentos fiscais, conforme termo de Apreensão de Mercadorias nº 301242 anexo à fl. 02.

O autuado argúi, preliminarmente, a nulidade do feito, uma vez que a acusação foi descrita com imprecisão, falta de segurança na determinação da infração, não se sabendo se uma operação sem documento fiscal ou com documento fiscal considerado inidôneo, cerceando, dessa forma, o seu direito à ampla defesa e ao contraditório com fundamentos constitucional no art. 5º, LV, CF 88, além dos artigos 39 e 18, II e IV, “a”, RPAF BA. Questiona ainda o autuado pela realização de perícia e/ou diligência fiscal.

Verifico, no entanto, que o presente Auto de Infração foi lavrado com observância dos requisitos legais, permitindo pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária e, ao mesmo tempo, em que possibilita a impugnação do lançamento por parte do autuado, não havendo, em hipótese, cerceamento do direito de defesa ou ao contraditório. Os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação, devendo ser rechaçado o pedido de nulidade, ainda porque não encontra amparo nas situações previstas do art. 18 do RPAF BA.

Inaplicável a interpretação mais favorável ao contribuinte, prevista no artigo 112, CTN, uma vez que como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidades, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Por fim, não vislumbro a necessidade de perícia ou diligência fiscal, considerando que a solução da matéria em questão independe de tal providência, nem mesmo de qualquer outra diligência, tendo em vista que as provas materiais para a solução da lide foram juntadas aos autos. Sequer o autuado informa quais pontos suscitariam a providência pericial. Indefiro, portanto, tal pedido, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF BA.

No mérito, o cerne da questão é a apreensão de mercadorias transitando desacompanhada de documentação fiscal; garantindo o autuado que a nota fiscal existe eletronicamente, emitida em 17/12/2009, antes da fiscalização em 18/12/2009.

Analisando as peças e documentos que compõem o processo verifico, antes, que o autuado é o transportador, responsabilizado solidariamente pelo pagamento do imposto, uma vez que aceitou transportar mercadorias, biscoitos relacionados no anexo ao Termo de Apreensão, fl. 03, sem a documentação fiscal comprobatória de sua procedência, nos termos do art. 39, I, “d”, RICMS BA.

O autuante fundamenta a exigência no art. 201, I combinado com o art. 220, I, RICMS BA, ao argumento que a nota fiscal deverá ser emitida pelo contribuinte antes de iniciada a saídas das mercadorias, sempre que realizar operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS. Ocorre que, dentre os documentos que devem ser emitidos em tais situações, vige a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, especificada no art. 192, I-A, RICMS BA.

Sabe-se que o Ajuste SINIEF 07/2005 e suas alterações instituíram nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE. Ocorre que a NF-e é um documento que existe apenas na forma digital, em substituição à tradicional nota fiscal impressa em papel. Assim, em vez de papel, temos um documento emitido e armazenado eletronicamente. O fisco ganha em rapidez e segurança, pois passa a monitorar todas as etapas do processo de circulação de mercadorias, fazendo uso de arquivos eletrônicos, em contrapartida, precisará mudar a já estabelecida cultura de fiscalização.

No novo modelo de documentos fiscais, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) é uma representação gráfica simplificada da NF-e e tem, dentre out

acesso da NF-e (permitindo assim a consulta às suas informações na Internet) e acompanhar a mercadoria em trânsito.

O DANFE, assim, deve ser impresso, pelo emitente da NF-e, antes da circulação da mercadoria, pois o trânsito de uma mercadoria documentada por uma NF-e sempre deverá estar acompanhado do DANFE correspondente, o que inclusive, cabível a ressalva, não ocorreu na presente situação, uma vez que o documento somente foi apresentado em momento posterior.

No caso em concreto, as mercadorias não se faziam acompanhar do documento fiscal tradicional, porque a mencionada operação teria sido efetuada através da NF – e nº 41.297, emitida em 17.12.09; para fazer prova de tal assertiva, o autuado juntou aos autos, cópia do espelho do documento fiscal, fls. 13/16, extraído do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, evidenciando sua emissão antes da lavratura do presente auto de infração, em 18.02.09, sugerindo equívoco no entendimento fiscal do trânsito de mercadoria desacompanhada de documento fiscal.

O Romaneio de Entrega 313850, emitido em 17.12.2009, fl. 47, apesar de documento extra-fiscal, conforme acertadamente pontuou o agente fiscal, já mencionava o nº da Nota Fiscal Eletrônica 41297, evidenciando também que a emissão do documento fiscal precedeu à lavratura do presente Auto de Infração e poderia contribuir a favor das alegações defensivas.

Contudo, a partir da comparação entre as mercadorias apreendidas discriminadas no Termo de Apreensão 301242, fls. 02/03 e aquelas mencionadas na Nota Fiscal Eletrônica 41297, apesar de equivalência na sua descrição, não se pode assegurar que se tratam das mesmas mercadorias, tendo em vista, inicialmente, que suas completamente divergentes em suas quantidades.

Assim, é que foram apreendidas 60 caixas de BISCOITO RECHEADO TRELOSO CHOC 20 X 390, enquanto na cópia do documento trazido pelo autuado e mesmo no DANFE, cuja cópia também foi apensada aos autos, à fl. 51, constam apenas 5 caixas; o BISCOITO RECHEADO TRELOSO CHOC 30 X 130, no documento de apreensão 38 e no documento fiscal 88; o BISCOITO RECHEADO BRIGADEIRO 30 X 125, apreendidas 82 caixas, constando 32 no documento fiscal; o mesmo ocorre com o produto BISCOITO C CRACKER VITARELLA 20 X 400, 2850 caixas apreendidas, mas constando nos documentos uma saída de 2550.

Correto, nesse sentido, a decisão fiscal, considerando que ao constatar divergências entre as mercadorias constantes no Termo e no documento fiscal o fisco perdeu a capacidade de atestar se são os mesmos produtos, ou se pelo menos parte deles está salvaguardado por documento fiscal, diante, inclusive, do grau de fungibilidade dos produtos apreendidos, podendo facilmente serem substituídos por outros da mesma espécie.

Diante do exposto, resta caracterizada a exigência fiscal de trânsito de mercadorias sem se fazer acompanhada de documento fiscal, conforme tratada na inicial.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente 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 **944828450**, lavrado contra **ELIAS RIBEIRO DE LIMA FILHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.766,97**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMI

VALMIR NOGUEIRA