

**A. I. Nº** - 217683.1201/10-7  
**AUTUADO** - SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.  
**AUTUANTE** - EDUARDO EPIFÂNIO DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**INTERNET** - 09. 05. 2012

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJJ Nº 0091-01/12**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. MERCADORIA DESCRITA NO DANFE EM DESACORDO COM A TRANSPORTADA. Fraldas descartáveis a granel, oriundas do Estado de Pernambuco, com destino ao Estado de Minas Gerais, descritas como sendo “sucata de fralda”. Base de cálculo não atende ao disposto no Art. 938, V, do RICMS. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

No Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2010, no trânsito de mercadorias, foi efetuado lançamento de ICMS no valor histórico de R\$10.524,00, acrescido de multa de 100%, decorrente da seguinte infração:

Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física de 17.540Kg de fraldas descartáveis acobertados por documento auxiliar de nota fiscal eletrônica - DANFE, emitido pela autuada em 10/12/2010, e ainda pelo conhecimento de transporte rodoviário de cargas – CTRC emitido em 10/12/2010 pela TMC TRANSPORTE MULTIMODAL DE CARGAS LTDA, e ao ser conferida a carga, constatou-se que não se tratava de sucata de fraldas, mas de fraldas a granel. Assim, o DANFE foi considerado inidôneo, nos termos do Arts. 209, IV e VI e 219, IV, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS.

O autuado impugnou o Auto de Infração, tendo apresentado razões de defesa às fls. 32/38, tecendo as seguintes considerações:

Que não assiste razão ao fiscal autuante, pois a documentação fiscal não é inidônea, pois a mercadoria estava acobertada por documento fiscal exigido pela legislação do Estado de Pernambuco, Estado de origem da carga; que o motivo alegado na ação fiscal foi a constatação equivocada de que não se tratava de mercadorias sucateadas, mas sim, de fraldas a granel; que as mercadorias a que se refere o DANFE 0010147 são 17.540 Kg de fraldas descartáveis, empacotadas em fardos de 100 Kg, foram classificadas como sucata, em obediência ao padrão de qualidade do produto submetido a análise no laboratório da empresa; que o produto para ser sucata precisa apresentar pelo menos uma das seguintes características: fraldas sujas, sem elástico ou sem tensão adequada, com frontal rente ao corte, com grandes furos ou rasgadas, sem gel, excesso de cola no filtrante interno da fralda, com corte final muito aberto, com placa de celulose, ou faltando pedaço; que as fraldas são avaliadas por amostragem, aspecto visual e performance em laboratórios específicos; que o processo de avaliação é muito rápido devido à automação dos equipamentos e que quando são classificados sem condição de uso, vão para a área de sucata, onde são prensadas por equipamentos industriais em fardos de 100 Kg; que muitos dos defeitos de fabricação não são perceptíveis a olho nu, mas pela análise de padrão de qualidade do laboratório da empresa; que todo este processo é rigoroso, tendo em vista as normas rígidas de qualidade e vigilância exigidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, assim como as normas do manual prático de fabricação da indústria; que no caso em tela, a mercadoria foi classificada conforme certificado de avaliação emitido por responsável técnico como sucata (fl. 45), pois as fraldas submetidas a testes foram consideradas impróprias para uso; que o fisco de Pernambuco liberou as mercadorias para o destino; que todas as informações foram levadas aos fiscais, que não acataram os argumentos da impugnante, possivelmente por não possuírem embasamento técnico do assunto para que pudessem

avaliar a qualidade do produto apreendido; que a mercadoria está de fato descrita na nota fiscal, com todos os requisitos legais e que por tudo isto, não pode ser considerada inidônea; que com esses esclarecimentos, suportados na documentação que acompanha essa impugnação, pede pela improcedência da ação fiscal, tendo em vista também que a empresa jamais sofreu qualquer processo pela adulteração ou falsificação de documentos fiscais e que há total insegurança e inconsistência nas razões do fisco que levaram à autuação.

O autuante, em informação fiscal às fls. 49/53, contesta o impugnante, com os argumentos adiante expostos:

Que ao considerar inidôneo o documento fiscal, arbitrou a base de cálculo, conforme previsto no Art. 632, VII do RICMS; que a empresa destinatária DIOGO PASCHOAL LOPES ME, desenvolve atividade econômica de fabricação de fraldas descartáveis e não de reciclagem, conforme comprovante de inscrição cadastral(fl. 17); que a mercadoria, embora acondicionada em fardos, apresentava excelente aparência, inclusive estava etiquetada pela SAPEKA; que o objetivo de burlar o fisco, com a descrição errada da mercadoria, tinha por objetivo evitar o pagamento do ICMS substituição tributária; que a mercadoria tinha origem em um fabricante de fraldas e destino em outro fabricante da mesma mercadoria e não uma empresa de reciclagem.

O Auto de Infração esteve em pauta de julgamento na 5ª JJF em 07/07/2011, onde foi deliberado que deveria ser remetido em diligência, para que o autuante, anexasse provas ao processo, de que o preço arbitrado das mercadorias obedeceu aos ditames do Art. 938, V, b, do RICMS/BA. Às fls. 62/63, o autuante afirma que não existe comércio de fralda a granel na região, pois é vendido em pacotes embalados, não existindo similar no mercado; que o valor utilizado na formação da base de cálculo foi oriundo de informações coletadas via telefone, no mercado local (Paulo Afonso/BA), sendo levado em consideração que a mercadoria passaria por um processo de acondicionamento, e que o valor fixado foi tão coerente que a autuada nem contestou, pois foi considerado o valor mais barato, visto que ainda passaria pelo processo de embalagem, e que não foi utilizada a margem de valor agregado visto que o produto se destinava a outro estado da Federação.

#### **VOTO**

O Auto de Infração está devidamente acompanhado do Termo de Apreensão e Ocorrências, em que figura como fiel depositário a TMC TRANSPORTES LTDA, não sendo constatado nenhum vício formal que venha acarretar nulidade do lançamento tributário e o autuado foi devidamente cientificado da autuação e apresentou defesa. Inicialmente constato erro material do processo, pois não foi encontrado demonstrativo de cálculo, nem o Auto de Infração à fl. 01 apresenta a alíquota aplicada, embora por dedução, com a base de cálculo em 87.700,00, e o imposto em 10.524,00, pode-se chegar a uma alíquota de 12%(alíquota interestadual), presumível, já porque a carga se destinava ao Estado de Minas Gerais; o segundo erro material, diz respeito à base de cálculo, onde o próprio autuante em diligência fiscal, responde que o preço foi estabelecido por consulta ao telefone no mercado local de Paulo Afonso, já que não havia atacadista de fraldas descartáveis, o que se constitui vício insanável. Além disso, podemos aferir que o autuante fez o lançamento tributário bom base em uma presunção jûris tantum, de que as fraldas em comento eram próprias para o consumo e não “sucata de fralda”, imprópria para venda a consumidor final. O argumento do autuado acerca dos defeitos das fraldas, como falta de elasticidade, ausência do gel, tensão inadequada, etc, que podem perfeitamente passarem despercebidos a olho nu, é de fato um argumento razoável, pois não tem um fiscal de trânsito, instrumentos que possibilitem atestar a real qualidade das fraldas, já que diversos produtos industrializados e com aparência normal, podem estar de fato sem condições de comercialização a consumidor final, como os exemplos citados(tensão inadequada, falta de elasticidade, etc) e inclusive a venda não se destinava a comércio varejista, mas a outra indústria, que pode vir a reciclar o material. A busca da verdade material, com a realização de perícia para atestar se as mesmas estão aptas ao consumo, além de difícil por exigir envolvimento de órgão externo à SEFAZ, tornou-se praticamente impossível, pois a essa altura, é difícil a consecução uma perícia, pra não dizer impossível, pois o auto foi lavrado em 12/12/2010, e foram retiradas por fiel

depositário, conforme documentos às fls. 70/71, e as mesmas provavelmente foram comercializadas, sendo que a responsabilidade do fiel depositário fica restrita ao pagamento do valor das mercadorias ao fisco, em caso de comercialização ou destruição do bem, mesmo porque o fiel depositário não pode ficar impedido de comercializar o bem sob guarda, pois existe o perigo de perecimento do material, por período prolongado de armazenamento, podendo vir a resultar em prejuízo irrecuperável; assim não é razoável obrigá-lo a manter o bem em sua posse, até o trânsito em julgado da infração, que pode levar anos.

Assim, entendo que além de faltar comprovação da base de cálculo para arbitramento e assim, não atender ao disposto no Art. 938, V, b, do RICMS/BA 97, não há no processo nenhum elemento de certeza que venha garantir tratar-se de fraldas descartáveis e não sucata de fralda como afirma o impugnante, pois a avaliação do fiscal baseou-se em critério subjetivo, não havendo uma análise objetiva, como a de um órgão especialista em controle de qualidade da mercadoria em apreço. Em sendo assim, também não vejo nenhuma segurança jurídica para manutenção da autuação.

Pelo exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217683.1201/10-7**, lavrado contra **SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS DO NORDESTE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2012

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR