

A. I. N° - 193999.1014/13-6
AUTUADO - APK LOGÍSTICA E TRANSPORTES. LTDA.
AUTUANTE - SÍLVIO ROGÉRIO REIS CRUZ
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 21/07/2014

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-05/14

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DOCUMENTO FISCAL CONSIDERADO INIDÔNEO. REUTILIZAÇÃO. O exame das razões que determinaram a inidoneidade e reutilização do documento fiscal, determinou que os mesmos não foram suficientes para as conclusões que levaram a presente exigência fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/10/2013, reclama ICMS no total de R\$38.974,09, imputando ao autuado a seguinte infração: *"Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação"* - Multa de 100%.

O autuado, apresenta defesa, às fls. 95 a 110, onde, inicialmente, descreve que o autuado tem objeto social o transporte estadual e interestadual de mercadorias e, na espécie, fora contratada juntamente com a Transportadora Mercosul Line Navegação e Logística Ltda., pela embarcadora SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA. para entregar para entregar 201 televisores no valor de R\$229.259,41 à compradora VIA VAREJO S/A., filial de CAMAÇARI/BA. No entanto, a fiscalização apreendeu os veículos do autuado de placas APX-0704 e AJG-5222 e das mercadorias neles transportadas (DANFE's n°s 29.7106, 29.7107 e 29.7108) - Auto de Infração e Apreensão 19.3999.1014/13-6, junto ao Posto Fiscal da Receita Estadual/BA de FRANCISCO HEREDA LORETO/BAHIA ocorrida em 27/10/2013, 22:48 h, condicionando a liberação dos mesmos ao pagamento do imposto (ICMS) e multa no valor de R\$77.948,18 - Auto de Apreensão n° 193999.1013/13-0 e, ainda, ficar o autuado depositário fiel das referidas mercadorias apreendidas, sob a alegação de que a operação de transporte em questão teria "reutilizado" notas fiscais, ou seja, não possuía documentação fiscal idônea, o que supostamente resultaria na obrigação de recolhimento de ICMS e multa (docs. anexos).

Afirma que o fiscal fora obrigada a ajuizar o anexo Mandado de Segurança perante a Vara Cível da Comarca de Rio Real-BAHIA, cujo pedido liminar restou concedido à Autuante para determinar a liberação de seus veículos e mercadorias transportadas. Pontua que a capitulação dos Autos de Infração e Apreensão suscitam as supostas infringências aos arts. 6º, inciso III, alínea "d"; art. 13, inciso I, alínea "b", item 1; art. 17 parágrafo terceiro e art. 44, inciso II, alíneas "d" e "f" da Lei n° 7.014/96 c/c o art. 318 parágrafo 3º do Regulamento do ICMS-BA, aprovado pelo Decreto n° 13.780/2012 de multa/ICMS, com tipificação no art. 42, inciso IV, alínea "d" da Lei n° 7.014/96, em razão de o autuado estar supostamente trafegando com "notas fiscais reutilizadas" consideradas inidôneas pela Atuante.

Pede por preliminar de nulidade do Auto de Infração alegando defeito formal por parte da lavratura ora impugnada, no qual contém fato descritivo de tráfego com "notas fiscais reutilizadas" consideradas inidôneas pela Autuante.

Indaga a fiscalização que: *"qual é a inidoneidade do transporte das alegadas notas fiscais tidas como reutilizadas se todos os impostos estão recolhidos e a Autuante não se negou a apresentar a documentação no Posto Fiscal???? Os artigos tidos como violados dispostos no Auto de Infração são genéricos e, portanto, impossível saber qual foi a "reutilização de notas fiscais" supostamente cometida!"*.

Diz que nos autos não há qualquer menção à modalidade de inidoneidade, o que constitui até mesmo cerceamento de defesa, bem como, não há descrição da base de cálculo do valor da multa e se a autuação refere-se a ICMS não pago de mercadoria e/ou transporte. Simplesmente menciona o valor total de R\$77.948,18, o que É impossível identificar o que é multa/base de cálculo de 100%. Assim, há falha insanável no Auto de Infração: a identificação objetiva da irregularidade alegada e o seu valor/base de cálculo. Portanto, a nulidade do Auto de Infração é indubitável porque a descrição da infração é subjetiva, desde que, o Sr. Fiscal não demonstrou onde se encontra a “inidoneidade” perpetrada pela Suplicante.

Sabe-se que o Auto de Infração é um *ato jurídico* desde que gera efeitos jurídicos e se subordina aos pressupostos do Código Civil que enuncia para sua validade que o agente fiscal seja capaz, que o objeto do ato seja lícito e obedeça à forma prescrita em lei. Cita ensinamento de Antonio da Silva Cabral ensina que “*A descrição do fato é essencial, pois a tipicidade é inerente à tributação. O fato é a situação existente e que autoriza o lançamento. Se a matéria for contestada, o tribunal que for apreciar a matéria deverá conhecer precisamente a matéria de fato.*”. Acrescenta: “*O Auto de Infração deve mencionar a disposição legal aplicável ao caso. A respeito desta questão é necessário que o fiscal aponte qual a norma legal infringida, sobretudo porque a menção ao dispositivo legal é que indicará se realmente houve infração... Quando o erro na citação da norma traz consequências práticas, o auto deve ser anulado. É o caso de se citar como embasando a desclassificação de escrita um artigo sobre arbitramento, quando o caso não é de arbitramento, pois, além da citação errônea da norma, procedeu-se a um arbitramento que não tem embasamento. Afinal, o importante é o que diz a lei e não a interpretação que lhe dá o autuante.*” in Processo Administrativo Fiscal, Editora Saraiva, 1993, pág.223.

Portanto, o Auto de Infração é nulo “*pleno jure*”, eis que não foram preenchidos os requisitos para sua eficácia jurídica.

Alega insubsistência do Auto de Infração – A regularidade da operação de transporte e o correto recolhimento do ICMS – Inexistência de “reutilização” de nota fiscal.

Afirma que todos os impostos estão perfeitamente recolhidos na operação de transporte realizada pelo autuado contratada pela embarcadora SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA. para entregar para entregar para entregar 201 televisores no valor de R\$229.259,41 à compradora VIA VAREJO S/A., filial de CAMAÇARI/BA. Disse que a autuação está consubstanciada na errônea alegação do agente fiscal de que as DANFE's n°s 29.7106, 29.7107 e 29.7108 não possuem correspondência ao DACTE n° 5253 de 25/10/2013.

Sustenta que não há que se falar, na espécie, em “reaproveitamento” de notas fiscais muito menos em “documento fiscal inidôneo”. Disse que esse equívoco do fiscal da Receita Estadual da Bahia se deu pelo total desconhecimento do modal de transporte de “cabotagem” e rodoviário. Complementa, afirmindo que a “cabotagem” é a navegação entre portos marítimos e, na presente operação a transportadora MERCOSUL LINE realizou o transporte de cabotagem e o autuado o transporte rodoviário, retirando as mercadorias no porto e seguindo até o destino final.

Aduz que a operação de transporte representada pela documental fiscal que acompanhava o veículo da Auatuda inicia-se com a transportadora MERCOSUL LINE, a qual efetuou o transporte das mercadorias descritas na notas fiscais (DANFE's n° 29.7106, 29.7107 e 29.7108), via cabotagem (marítima) de Manaus-Amazonas onde está situada a fabricante SAMSUNG até o Porto Suape- PE, por meio do conhecimento de transporte CT-e 12616 emitido em 09/10/2013 (doc. anexo).

Reitera que a continuidade da operação de modal realizou-se com o sucessivo transporte pelo autuado das mercadorias entre o Porto de Suape-PE para o destino Camaçari – BA, por meio da emissão do conhecimento de transporte (CT-e 5253) – doc. anexo. Disse que a legislação aplicável, determina que as mercadorias transportadas acompanhavam as notas fiscais (DANFE's n° 29.7106, 29.7107 e 29.7108) desde o início do transporte em Manaus-Amazonas que se iniciou via cabotagem e prosseguia via rodovia pelo autuado até Camaçari – BA. Desta feita, em atendimento à legislação fiscal, cada transportadora envolvida no modal emitiu o respectivo conhecimento de transporte.

Portanto, é absurda a presente autuação calcada na suposta “reutilização” de notas fiscais, na medida em que toda a operação de transporte está acompanhada da documentação fiscal idônea e com todos os impostos quitados, quais sejam, DANFE's nºs 29.7106, 29.7107 e 29.7108 e conhecimentos de transporte da Mercosul Line nº 12.616 e conhecimento de transporte do autuado (APK) 5253 de 25/10/2013, SEM QUALQUER INTUITO DO COMETIMENTO DE FRAUDE por parte do autuado.

Registra que a única explicação pela elaboração do equivocado e absurdo Auto de Infração na espécie é o total desconhecimento pelo agente fiscal do modal que alia o transporte de cabotagem e rodoviário por meio de empresas diversas, além de o desconhecimento da própria legislação fiscal/tributária. Transcreve o art. 209 do RICMS/BA, o qual determina que “*somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o tornem imprestável para os fins a que se destine*”.

Afirma que não há quaisquer elementos fraudulentos, dissimuladores, dolosos ou de má-fé por parte do autuado que tornem inidôneos os documentos fiscais e imprestáveis aos fins a que se destinem. Refuta que esses erros e omissões os quais sequer estão descritos no Auto de Infração não são suficientes para causar a inidoneidade na documentação fiscal do autuado. Assevera que a inidoneidade implica em comprovação de elementos fraudulentos, dissimuladores, dolosos e de má-fé, cujos mesmos NÃO ESTÃO PRESENTES, tendo em vista que ocorreu uma entrega espontânea das notas fiscais à fiscalização, em posto fiscal de fronteira, não procede a ação fiscal que aduz tais documentos como inidôneos, pois como visto não “houve reutilização de notas fiscais”.

Declara que não há dúvidas que são aplicáveis, na espécie, as disposições dos arts. 6º, inciso III, alínea “d”; art. 13, inciso I, alínea “b”, item 1; art. 17 parágrafo terceiro e art. 44, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 318 parágrafo 3º do Regulamento do ICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 de multa/ICMS, com tipificação no art. 42, inciso IV, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e, diante da ausência de elementos fraudulentos, dissimuladores, dolosos e de má-fé, é forçoso que o Auto de Infração seja declarado insubsistente.

Argumenta que o parágrafo único do art. 209 do Regulamento do ICMS-BA transrito anteriormente relativiza a inidoneidade de documentos fiscais nos casos dos incisos I, III e IV, não bastando que estejam ausentes estas formalidades exigidas, devendo também o documento ser imprestável ao fim a que se destina, o que não é o caso dos autos.

Disse que esse entendimento jurisprudencial exposto abaixo do próprio CONSEF-BAHIA (A-125/05/13), os documentos fiscais para serem considerados inidôneos devem conter irregularidades de tal monta que os tornem imprestáveis, em aplicação ao parágrafo único do art. 209 do Regulamento do ICMS-BA.

Argui que a alegação de “reutilização” da nota fiscal apontada no Auto de Infração não constitui motivo suficiente para a declaração da inidoneidade dos documentos fiscais. Afirma que em nenhum momento houve caracterização de lesão à Fazenda Pública ou intuito de fraude do autuado.

Alega que a multa de R\$38.974,09 é violação aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Data vênia, há três princípios constitucionais infringidos no Auto de Infração: *a) – da legalidade; b) – da razoabilidade e proporcionalidade*. Defende que é impossível identificar a origem da autuação conforme descrito em preliminar, além de a “nota fiscal não ter sido reutilizada” o que prova a idoneidade do documento fiscal, a “multa” fixada de R\$38.974,09 é exorbitante. Assim, no Estado de Direito como ocorre ou espera-se que ocorra em nosso país impera a *rule of Law, not of men*, e os atos administrativos devem ser fundamentados segundo a lei, que é o primeiro princípio – da legalidade.

Pontua que os dispositivos em que se apóia o ato administrativo ora combatido não correspondem à uma infração do contribuinte, pois não se vislumbra qualquer enquadramento

fático relacionado a descrição do ocorrido ainda mais considerando que o transporte da mercadoria estava acompanhado de regular nota fiscal válida e com todos os impostos pagos.

Pergunta se o ponto fulcral do Auto de Infração é de saber se houve alguma afronta literal da lei pelo autuado e qual o prejuízo que causou ao erário estadual? Clama que não há afronta à legislação fiscal e ao erário Estadual a emissão da documentação fiscal do autuado! Portanto, não existe razão plausível para a lavratura do Auto de Infração impugnado.

Admite que há a interpretação de que houvera eventual vencimento da Nota Fiscal, pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade tendo em vista que não houve infração nem prejuízo fiscal ao Estado eis que, tratava-se de transporte regular acompanhado de nota fiscal e obediente aos preceitos legais, a autuação estabelecendo a multa de R\$38.974,09 é geratriz de enorme prejuízo ao contribuinte.

Enuncia a lição de Celso Bandeira de Mello “que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.” In Curso de Direito Administrativo, 13ª Ed. Malheiros, pág. 79.

Assinala que segundo a doutrina e a sólida jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, o princípio da razoabilidade/proportionalidade, conducente à necessidade de que os atos administrativos guardem “uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar” (cf. Min. Luiz Fux, ao relatar o REsp nº 728.999-PR). Do mesmo precedente citado, bastante esclarecedor reproduz o trecho do voto condutor proferido pelo eminentíssimo Min. LUIZ FUX (Celso Antônio Bandeira de Mello in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 2002, 14ª Ed., p. 91-93).

Diz que entendimento referido rende homenagem ao que o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem, reiteradamente, assentando sobre o tema. Transcreve trecho do voto do Min. CELSO DE MELLO, proferido na Suspensão de Segurança nº 1.320 (DJ de 14.04.99 - *apud* Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF, Ed. Dialética, 2002, p. 326).

Diante do exposto, requer-se, preliminarmente, seja declarada a nulidade por vício formal do Auto de Infração e, no mérito, a insubsistência do Auto de Infração. Requer-se a produção de provas em direito permitidas, especialmente a juntada de novos documentos e oitiva de testemunhas.

O autuante, às fls. 142 a 155, presta informação fiscal afirmando, inicialmente, que o documento fiscal em apreço foi emitido em 28/09/2013, com data de saída para o mesmo dia e, como confirma o carimbo da portaria da empresa, a saída se deu no dia 01/10/2013 (verso das folhas 07, 10 e 13). Que fique claro que a saída da Samsung se deu no dia 01/10/2013, pois esta saída está bem clara com a informação da própria emitente que as mercadorias saíram da fábrica nesta data, sendo as mesmas entregues a transportadora para que seguissem viagem até o seu destino.

Aborda que no arquivo “XML” consta a transportadora Mercosul Line Navegação e Log. Ltda., conforme DACTE 12616 emitido em 09/10/2013 (folha 16), como a empresa que faria o transporte das mercadorias, porém as mesmas chegaram ao posto fiscal sendo transportadas pelo autuado conforme DACTE 5253 emitido em 25/10/2013 (folha 23). Pelo referido documento o autuado fez o transporte de Manaus a Camaçari. Não consta CC-e eletrônica para corrigir a informação de qual transportadora faria, efetivamente, o transporte da origem ao destino final, nem é informado qual percurso cada transportadora faria, como prevêem o Ajuste SINIEF 07/05, suas normas técnicas e os manuais que orientam os contribuintes no preenchimento da NF-e e do DANFE.

Diz que de acordo com as informações acima conclui-se que a Mercosul fez uma entrega das mercadorias no início de outubro e a APK faria outra no fim do mesmo mês, caso não fosse impedida pela fiscalização no Posto Fiscal.

Sinaliza que após consulta ao site da SEFAZ/AM (folhas 07, 10 e 13) vimos que a emitente não procedeu como determina a Legislação e não fez a devida troca de transportadora como preconiza o AJUSTE SINIEF 07/05 através do registro de CC-e:

Cláusula décima quarta-A Após a concessão da Autorização de Uso da NF-e, de que trata a cláusula sétima, durante o prazo estabelecido no ‘Manual de Integração - Contribuinte’ o emitente poderá sanar erros em campos específicos da NF-e, observado o disposto no §1º- A do art. 7º do Convênio SINIEF s/nº de 1970, por meio de Carta de Correção Eletrônica - CC-e, transmitida à Administração Tributária da unidade federada do emitente.

§ 1º A Carta de Correção Eletrônica - CC-e deverá atender ao leiaute estabelecido no ‘Manual de Integração - Contribuinte’ e ser assinada pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 2º A transmissão da CC-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

§ 3º A científicação da recepção da CC-e será feita mediante protocolo disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a “chave de acesso”, o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária da unidade federada do contribuinte e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da administração tributária ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

§ 4º Havendo mais de uma CC-e para a mesma NF-e, o emitente deverá consolidar na última todas as informações anteriormente retificadas.

§ 5º A administração tributária que recebeu a CC-e deverá transmiti-la às administrações tributárias e entidades previstas na cláusula oitava.

§ 6º O protocolo de que trata o § 3º não implica validação das informações contidas na CC-e.

§ 7º A partir de 1º de julho de 2012 não poderá ser utilizada carta de correção em papel para sanar erros em campos específicos de NF-e.

Transcreve trecho do Parecer nº 24743/2008 em resposta a indagação de um contribuinte afirma o seguinte: *ICMS. A efetiva remessa da mercadoria deve ser concomitante à data da saída. Apesar da legislação tributária estadual não fixar um prazo máximo para a entrega de mercadoria após a saída, este prazo deverá ser compatível com a distância entre o estabelecimento remetente e destinatário.*

Declara que conforme entendimento jurisprudencial, exposto abaixo, do próprio CONSEF/BA, quanto ao prazo de validade jurídica da NF-e. Reproduz a jurisprudência (A-0229-03/13). Do mesmo precedente citado, bastante esclarecedor trás trechos do voto condutor proferido pelo eminent julgador:

Discorre que pelas diversas decisões deste órgão e pela Legislação, apesar da Lei não determinar prazos específicos para a saída e a circulação de mercadorias, este prazo é tratado dentro da razoabilidade como definido em diversos Pareceres da GECOT/DITRI, que é o órgão definido por Lei para interpretar a Legislação no âmbito da SEFAZ/BA, destacamos trecho de um desses Pareceres, em resposta ao contribuinte que tinha dúvida quanto a validade jurídica do prazo limite para circulação de uma NF-e, diz trecho do Parecer nº 24743/2008: “*a efetiva remessa da mercadoria deve ser concomitante à data da emissão da nota fiscal de saída. Apesar da legislação tributária estadual não fixar um prazo máximo para a entrega de mercadoria após a saída, este prazo deverá ser razoável e compatível com a distância entre o estabelecimento remetente e destinatário*”.

Portanto, sustenta que não há que se falar que NF-e não tenha data nem prazo definido em Lei para circular, pois como visto acima, cabe ao Fisco, através da fiscalização de trânsito, impor controle e limites para que a operação mercantil se dê dentro dos limites da razoabilidade e/ou compatibilidade e em obediência ao bom ordenamento jurídico e em defesa dos cofres públicos.

Responde que, quanto a alegação da defesa que a distância percorrida e os diversos modais empregados, cabotagem e rodoviário, não justificam os 27 (vinte e sete) dias contados entre a emissão do DANFE e sua chegada ao Posto Fiscal Francisco Hereda, na BR 101 divisa com Sergipe. A Lei não diferencia para efeito de saída e chegada colocando na condicional em que

modal transitou a mercadoria para lhe conceder mais ou menos tempo de validade dos documentos que as acompanham. Se assim fosse teria que descer ao nível de termos uma Lei definindo minuciosamente cada modal, ou seja, teríamos um prazo para os trens, um outro para os caminhões, outro para os navios e outros para os aviões e assim sucessivamente. A mim soa como imponderável. Para demonstrar que a operação em lide é fraudulenta, reproduziu o DANFE nº 16374 emitido pela LG Electronics do Brasil em 22/10/2013 com o carimbo do fisco no PF Francisco Hereda em 01/11/2013. A LG, assim como a Samsung, está localizada na zona franca de Manaus e o DANFE 16530 emitido em 28/10/2013 e carimbado pelos fiscais Alagoano e Sergipano.

Afirma que os DANFEs citados e anexos são apenas um exemplo de que é possível ficar dentro da razoabilidade sem desrespeitar a Legislação pertinente. O questionamento que fica é se a LG e outras empresas conseguem trazer suas mercadorias em tão pouco tempo porque a Samsung leva 27 dias para fazer o mesmo percurso? Neste período vimos diversas outras Notas fiscais desta empresa e de outras dentro do prazo razoável e legal para circulação, inclusive, outras da mesma Samsung, transportadas pelo autuado, com menos de 15 (quinze) dias de emitida.

Salienta que a infração de utilização de documento fiscal INIDÔNEO constitui uma infração de ação múltipla, contemplando várias condutas. A ocorrência de UMA ou VÁRIAS condutas são suficiente para a tipificação e a exclusão de uma ou outra conduta não exclui a tipicidade da infração.

Acrescenta que a alegação do autuado que o documento foi emitido dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento, conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta § 1º, combinado com o § 2º, que considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem e que não ficou claro o motivo da inidoneidade do documento fiscal, alegação desprovida de fundamento pois no enunciado do Auto de Infração está dito com todas as letras, inclusive, em maiúscula “*REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL*”. Sendo este o motivo, mais claro impossível.

Afirma que a reutilização é aquilo que utilizado mais de uma vez que, como ficou demonstrado aconteceu neste caso, quando a mesma NF-e serviu para transitar ao menos duas vezes, sendo uma viagem iniciada em 09/10/2013 e a outra em 25/10/2013, esta com a participação do autuado.

A alegação de que não há descrição da Base de Cálculo. Diz que basta ler o demonstrativo de débito na página 02, que esta dúvida estará dirimida. Ali estão descritos os valores unitários, as quantidades, o valor total, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o valor do ICMS e a respectiva multa e seu percentual. Mantivemos os mesmos preços unitários dos televisores informados nos documentos, pois não sendo preços controlados por qualquer meio, nem por pauta fiscal, são preços compatíveis com os do mercado, portanto estão dentro do razoável, por isso foram acatados e serviram para formar a Base de Cálculo da presente autuação.

Registra que a Bahia é competente para exigir o imposto e seus acréscimos legais, conforme disciplina o Art. 11 “b” da LC 87/96, pois se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou prestação.

Sustenta que o Protocolo ICMS 42/91, transcrito abaixo, disciplina que os estados signatários na sua Cláusula primeira, Cláusula segunda, I, II, III, podem promover fiscalização integrada, apreensão das mercadorias oriundas ou destinadas ao estado signatário do presente protocolo em situação irregular de acordo com a Legislação do Estado autuante reforçando o disposto na LC 87/96 sem nenhuma afronta ao Princípio da territorialidade. Fazem parte deste Protocolo os Estados da Bahia e do Amazonas. Sendo portanto o fato gerador o local em que as mercadorias estiveram irregulares por falta de documentação ou documentação inidônea. Reproduz Cláusula primeira.

Relata que a legalidade das apreensões na fiscalização de trânsito é imprescindível, pois sem este recurso seria impossível ao fisco no posto fiscal realizar efetivamente qualquer fiscalização

como pesagem, conferência consulta a Legislação, consulta ao fisco de outros Estados, etc. Após fazermos todas as consultas necessárias à lavratura do presente Auto de Infração, comunicamos ao motorista que entrasse em contato com sua transportadora e comunicasse que faríamos a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais e que a mesma tomasse as providências cabíveis para providenciar o que a Lei exige nestes casos: pagamento, Mandado de Segurança ou fiel depositário.

Reitera que o Processo Administrativo Fiscal (PAF) é regido por Lei e a mesma exige diversos procedimentos para garantir a lisura do ato bem como possibilite o exercício do pleno direito de defesa. Para que isso possa ser garantido, a ambas as partes, é necessário o preenchimento de diversos termos além do próprio Auto de Infração, sob pena da autuação ser considerada nula.

Reporta que lavrado os termos e o Auto de Infração, foi comunicado ao autuado que providenciasse o pagamento ou definisse uma pessoa jurídica inscrita no nosso cadastro e que estivesse com sua inscrição sem qualquer problema que a impedissem de ser fiel depositário das mercadorias ou, ainda, que conseguisse um Mandado Judicial que mandasse liberar as mercadorias. Essas foram as condições passadas ao autuado e em momento algum foi condicionada a liberação tão somente ao pagamento. Se as mercadorias demoraram para serem liberadas a culpa é única e exclusivamente do autuado que demorou, excessivamente, para providenciar a documentação exigida pelas Leis e regulamentos que regem o PAF. Caso fossemos liberar as mercadorias sem me ater a essas exigências, aí sim, estaríamos ferindo a Legislação. Como visto todo o processo foi conduzido dentro do maior respeito à Lei e os procedimentos jurídicos e fiscais como ditam as regras e o bom ordenamento jurídico.

Conclui que a emitente agiu de má fé quando, ao emitir a NF-e e seu respectivo DANFE com as falhas apontadas nesta informação fiscal, pois estas falhas lhe permite utilizar o mesmo documento fiscal quanta vezes lhe aprovou, basta imprimi-lo e reimprimi-lo contando com as falhas da nossa infra-estrutura fiscalizatória. É sabido que nenhuma fiscalização atinge 100%, nada é fiscalizado 100% aqui ou onde for, pois apor carimbo em DANFE é mais inútil que buzina em avião. Dada a característica principal do DANFE que é ser impresso em papel comum e não ter a necessidade de cumprir os ritos burocráticos que era imposto às Notas Fiscais antigas, como a AIDF.

Afirma que não pode sequer supor, menos ainda admitir que uma empresa do porte da Samsung venha alegar desconhecer a Legislação que rege a NF-e e cometer tantos atos ilegais por pura ignorância. Resta a conclusão do uso por má fé do presente documento fiscal. E, com base em tudo que aqui foi escrito, é imperioso que esta casa manifeste-se e nos ajude a impor os devidos limites para que a NF-e não tenha o mesmo destino das velhas Notas Fiscais, ou seja, não caia no total descrédito.

Quanto à alegação do autuado que a fiscalização agiu fora da Lei ao apreender as mercadorias, sustenta que é totalmente descabida, pois em momento algum agimos ao arrepio da Lei. O caminhão ficou retido o tempo necessário para que fosse feita a vistoria da carga, a emissão dos termos, tudo de acordo com RPAF em seu Art. 28:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transscrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

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;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

V - revogado

VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;

VII – Termo de Encerramento de Fiscalização, destinado a documentar o encerramento do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte.

Acrescenta que, após identificado o sujeito passivo há a necessidade que o mesmo tome conhecimento da autuação. Como trabalhamos em Postos Fiscais de fronteira, longe do sujeito passivo, solicitamos do mesmo que providencie uma autorização ou procuração para que o motorista assine em nome da empresa a documentação pertinente. Caso não tenhamos essa assinatura no Auto e nos Termos corremos o risco do autuado se manifestar arguindo, com razão, cerceamento de defesa, pois não foi informado da autuação, pois na maioria das vezes o motorista não tem vínculo com o autuado, apenas está “pegando” um frete, daí a necessidade de ser autorizado a assinar em nome do autuado. Muitas vezes as empresas autuadas se recusam a dar esta autorização e, como não podemos liberar o prosseguimento da viagem sem a assinatura no Auto de Infração, ou seja, sem que a mesma tome conhecimento da autuação, passa-se dias até que os motoristas são autorizados a assinar. Quando o autuado, como é o caso em lide, apresenta sua defesa nos acusa de impor a liberação somente com o pagamento. Sendo esta uma acusação totalmente falsa e irresponsável da parte do autuado.

Este argumento cita, aduz que a liberação das mercadorias está condicionada tão somente ao pagamento do imposto, é levado ao poder judiciário e o juiz é levado ao erro, pois não conhece os trâmites da autuação nem as necessidades e/ou dificuldades do fisco no trânsito de mercadorias, dificuldades muitas das vezes causadas pelo próprio contribuinte quando na condição de autuado, pois dificulta o fornecimento da autorização para assinatura do documentos e, quando atrasa a liberação das mercadorias, nos acusa de sermos intransigentes e, ao arrepio da Lei, exigirmos o pagamento para só então liberarmos as mercadorias, como o fez o presente autuado.

Afirma que a autuação tem base legal no que determina o RICMS/12: § 3º *Se as mercadorias estiverem desacompanhadas de documentação fiscal ou acompanhadas de documento inidôneo, também se aplicará o regime sumário sendo que o imposto será exigido pelo seu total, sem qualquer dedução.*

E, que determina o RPAF/99:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

§ 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária.

Ainda, com determinação da Lei nº 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os prestados;

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

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 3º Na falta do valor a que se referem os incisos I, V e XII deste artigo, a base de cálculo do imposto é:

I - o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - inidôneo o documento fiscal que:

d) contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;

Como também a Súmula nº 03 do CONSEF (31/07/2002):

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE. EXTRATERRITORIALIDADE.

É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.

Em relação à multa, está conforme a Lei nº 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;

Portanto, conclui que a ação fiscal foi feita dentro das normas legais atinentes aos Princípios Tributários Constitucionais. Não havendo nenhuma afronta aos Princípios da Administração Pública e de acordo com os Artigos 108 e 112 do CTN. Nestes termos e face ao exposto solicita que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, efetuado no trânsito de mercadorias, acusa o autuado de utilizar documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

O autuante concluiu que houve a aludida reutilização do documento fiscal, em seu entendimento, com base no fato de que o documento que amparava a circulação da mercadoria foi emitido em 28/09/2013, com data de saída para o mesmo dia e, como confirma o carimbo da portaria da empresa, a saída se deu efetivamente no dia 01/10/2013 (verso das folhas 7, 10 e 13).

Aborda que no arquivo “XML” consta a transportadora Mercosul Line Navegação e Log. Ltda., conforme DACTE 12616 emitido em 09/10/2013 (folha 16), como a empresa que faria o transporte das mercadorias, porém as mesmas chegaram ao posto fiscal sendo transportadas pelo autuado conforme DACTE 5253 emitido em 25/10/2013 (folha 23) e pelo referido documento o autuado fez o transporte de Manaus a Camaçari. Assegura o autuante que não consta CC-e eletrônica para corrigir a informação de qual transportadora faria, efetivamente, o transporte da origem ao destino final, nem é informado qual percurso cada transportadora faria, como prevêem o Ajuste SINIEF 07/05, suas normas técnicas e os manuais que orientam os contribuintes no preenchimento da NF-e e do DANFE.

Conclui o autuante que, de acordo com as informações acima a Mercosul fez uma entrega das mercadorias no início de outubro e a APK faria outra no fim do mesmo mês, caso não fosse impedida pela fiscalização no Posto Fiscal.

Alega o sujeito passivo que a exigência tributária foi realizada por desconhecimento do autuante sobre modal de transporte de “cabotagem” e rodoviário. Explica que a “cabotagem” é a navegação entre portos marítimos e, na presente operação a transportadora MERCOSUL LINE realizou o transporte de cabotagem e o autuado o transporte rodoviário, retirando as mercadorias no porto e seguindo até o destino final.

Reitera o autuado que a continuidade da operação de modal realizou-se com o sucessivo transporte pelo autuado das mercadorias entre o Porto de Suape-PE para o destino Camaçari – BA, por meio da emissão do conhecimento de transporte (CT-e 5253) – doc. anexo. Disse que a legislação aplicável determina que as mercadorias transportadas acompanhavam as notas fiscais (DANFE's nºs 29.7106, 29.7107 e 29.7108) desde o início do transporte em Manaus-Amazonas que se iniciou via cabotagem e prosseguia via rodovia pelo autuado até Camaçari – BA. Desta feita, em atendimento à legislação fiscal, cada transportadora envolvida no modal emitiu o respectivo conhecimento de transporte.

Cabe, no presente caso, o exame direto do mérito em questão. Verifico que a inidoneidade da documentação que acoberta a presente exigência tributária alberga como fundamento, inicialmente, o lapso temporal entre a data da emissão, saída da mercadoria e a passagem da mercadoria no posto fiscal, local da autuação e como segundo motivo a mudança de transportadora sem que tal modificação fosse efetuada nos documentos fiscais, onde a emissão da nota e respectiva saída ocorreram em 01/10/2013 (folha 16), como a empresa que faria o transporte das mercadorias (MERCOSUL LINE NAVEGAÇÃO E LOGISTICA LTDA.), porém as mesmas chegaram ao posto fiscal em 27/10/2013, sendo transportadas por outra empresa, a autuada, conforme DACTE nº 5253 emitido em 25/10/2013 (folha 23).

Cabe, portanto, o exame das duas razões que conduziram o autuante a determinar a inidoneidade dos documentos fiscais e assegurar que houve reutilização de tais documentos. O primeiro se ampara no tempo decorrido entre o inicio do transporte, que foi 09/10/2013, com saída da mercadoria em 28/09/2013 e o momento que a mesma foi apreendida ao passar pelo posto fiscal, 27/10/2013. Quanto a esta questão, verifico que a mercadoria saiu de Manaus-Amazonas onde está situada a fabricante SAMSUNG até o Porto Suape - PE, por via marítima e, por via terrestre, até aqui na Bahia. Assim, de forma vestibular, não considero razoável concluir os quase 30 dias para o aludido percurso é de tal ordem desproporcional a ponte de tornar o documento fiscal inidôneo. Além do mais, ainda que fosse maior o decorrer do aludido espaço de tempo, não há na legislação tributária do ICMS a determinação desse decurso de tempo para tornar inválido o documento fiscal que acoberte a circulação da mercadoria.

No que tange a segunda razão, além de ser razoável, com base na documentação fiscal, que a mercadorias saíram de Manaus-Amazonas onde está situada a fabricante SAMSUNG até o Porto Suape - PE, através da Transportadora Mercosul Line Navegação e Log. Ltda., e por via terrestre, do aluído porto até aqui na Bahia, através do redespacho por outra transportadora, conforme demonstra que efetivamente ocorreu o Conhecimento de Transporte da APK, ás fls. 122 dos autos, além de não haver a exigência de carta de correção, conforme alega o autuante e previsão do art. 445 do RICMS/2012, não se constituindo, portanto, em razão para concluir que o documento fiscal é inidôneo e muito menos que houve a sua reutilização.

Assim, diante das considerações, acima alinhadas e albergado no que dispõe o Parágrafo único do art. 44 da Lei nº 7014/96, não entendo que os fatos sustentados pela fiscalização para a determinação da inidoneidade dos documentos fiscais e consequente reutilização dos mesmos, são suficientes para tais conclusões.

O art. 44 da Lei nº 7014/96, determina que:

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...
II - *inidôneo o documento fiscal que:*

- a) omitir indicações;*
 - b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;*
 - c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;*
 - d) contiver declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou contiver rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;*
 - e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;*
 - f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;*
 - g) for emitido por contribuinte:*
- 1 - fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;*
- 2 - no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada.*

Parágrafo único. Nos casos das alíneas “a”, “c” e “d” do inciso II, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine.

Diante do Exposto, considero IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 193999.1014/13-6, lavrado contra **APK LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA**.

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

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR