

A. I. Nº - 217449.0606/14-9
AUTUADO - QUICK LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT NORTE
INTERNET - 24/02/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-03/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. REUTILIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NULIDADE. O lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar com segurança o débito apurado, ante a ausência de demonstração da apuração. Inexiste também nos autos certeza e liquidez do lançamento por não constar elementos que caracterizem inequivocamente o cometimento da infração imputada, ou seja, a inidoneidade por reutilização da documentação fiscal que acobertava a circulação das mercadorias apreendidas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2014, exige crédito tributário no valor de R\$12.962,03, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação - Infração - **53.01.16**.

Consta na descrição dos fatos que em ação fiscal foram constatadas “irregularidades no veículo de placa OGO6926/NGX2398 que transportava 1.700 fds de Fraldas descartáveis constante do Danfe nº 249305, chave 5214 0502 9320 7400 4260 5500 6000 2493 0517 2608 2091 da nota fiscal eletrônica emitida em 30/05/2014 pela empresa Hypermarcas S/A CNPJ 02.932.074/0042-60. E o DACTe 228472 emitida em 30/06/2014 pela autuada. Sendo os documentos fiscais considerados inidôneos por reutilização. Verificação do veículo constatamos que os documentos fiscais não pertencem ao mesmo, conforme DACTe o Danfe pertencente ao veículo NGW8349/NGA4915 foi reutilizado em 24/06/2014 para acobertar uma nova saída de mercadorias no veículo OGO6926/NGX2398. Verificação no Sistema da Nfe constatamos que não existe nenhum evento de registro de saída e nenhuma carta de correção para validar a nova saída do Danfe. Sendo o Danfe imprestável para acobertar a operação pela perda de sua validade jurídica. E, como prova do ilícito foi feita a apreensão das Mercadorias e dos Documentos Fiscais.”

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 43, ingressa com defesa tempestiva fls. 31 a 41.

Inicialmente, assinala a tempestividade da impugnação, reproduz o teor da acusação fiscal e afirma que inexistente qualquer ilegalidade ou indícios de má-fé na operação perpetrada e objeto do Auto de Infração.

Relata que o motivo que ensejou a presente autuação foi ocasionado em razão do procedimento de logística. Observa foi contratado pela empresa Hypermarcas S/A, em 03 de junho de 2014, para promover o transporte de um lote de 1.700 fds. de fraldas descartáveis da marca SAPEKA de NCM 9619.00.00 e CFOP 6106, da unidade fabril para o destinatário DCL Distribuidora Cardeal LTDA., inscrita no CNPJ de nº 05.253.499/0001-62, no município de Caruaru, Estado de Pernambuco, conforme comprovam, respectivamente o DANFE - NF-e: nº 249305, fl. 57, e o DACTe de nº 228472, fl. 59.

Informa que em 04/06/2014 transportou do centro de distribuição da Hypermarcas S/A para seu estabelecimento, que fica a uma distância de 700 metros, para aguardar a autorização do envio/entrega ao destinatário. Destaca que o veículo que transportava as mercadorias foi o de placa policial NGW8349/NGA4915, conforme pode ser visualizado no DACTE - Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico, fl. 57. Registra que após a autorização para entrega, na data de 24/06/14, a mercadoria saiu do seu estabelecimento para o endereço do destinatário, conforme apontado no Romaneio de nº 21460908, fls. 61 a 68, e nos rastreadores de carga, fl. 69.

Afirma que diante da autorização a mercadoria seguiu ao seu destino, contudo, ao passar pelo posto fiscal autuante, o veículo transportador foi parado para fiscalização e autuado sob os seguintes argumentos: a) Divergência entre o veículo transportador da mercadoria autuada de placa policial OGO6926/NGX2398 com o veículo apontado no DACT NGW 8439/NGA 4915; b) Data de emissão do DACTE e do DANFE são distintas; e c) o DANFE perdeu a sua validade jurídica, contudo, não apresenta qualquer fundamento, ou base legal, que consubstancie o fundamento da perda de validade do documento fiscal.

Frisa que a autoridade fiscal compreendeu que o DANFE foi reutilizado em 24 de junho de 2014, para acobertar nova saída de mercadorias, agora com o veículo de placa OGO6926/NGX2398, fato esse, que diz ser inverídico.

Menciona que se existe equívoco, foi no momento do transporte da mercadoria a qual, foi conduzida por outro veículo distinto ao constante do DANFE, devendo ser penalizado não pelo descumprimento da obrigação principal, mas, em decorrência do descumprimento do dever acessório de retificação do documento fiscal. No entanto, destaca que, ao revés preferiu a autoridade fiscal, a cobrança do tributo devido ao Estado da Bahia, arbitrando-o com base no DANFE e imputando a incidência da multa de 100%, gerando assim um *quantum debeatur* de R\$25.924,06.

Aduz a ocorrência de cerceamento de defesa pela ausência de fundamento e dispositivo legal que caracterize a perda da validade jurídica do DANFE.

Afirma que a descrição do fato impositivo, não apresenta qualquer fundamento fático ou jurídico, bem como, a base legal que consubstancie a alegação de imprestabilidade do DANFE por perda da validade jurídica.

Questiona que se o DANFE é inválido juridicamente, indagando qual é o fundamento em lei, na forma do art. 111 do CTN que consubstancia tal conclusão. Acrescenta assinalando que se o documento é imprestável juridicamente, resta inexplicável a razão de utilizá-lo para compor a Base de Cálculo da nota fiscal Avulsa, fl. 71.

Diz que neste contexto, é patente a falta de apuro na constituição da peça inquisitória de lançamento, e, a falta de iniciativa do autuante ao diligenciar no sentido de verificar a existência real e material da mercadoria transportada no veículo OGO6926/NGX2398, a qual, conforme pode ser visualizado no DANFE, DACTE e no Romaneio de Carga, tratar-se do mesmo lote de mercadorias, e foi devidamente entregue ao destino em Pernambuco (vide o rastreamento de carga do veículo de placa policial OGO6926/NGX2398). Assinala que a presente autuação foi pautada, unicamente em suposições e presunções da existência de fraude e da ocorrência do fato gerador.

Destaca que as fiscalizações realizadas por Agentes Fiscais devem buscar a função orientadora, educacional e corretiva, apontando, direta e objetivamente, as falhas e indicando as correções necessárias para o bom e fiel enquadramento e cumprimento da Legislação Estadual, se olvidar da autuação fundamentada.

Observa que o autuante restringiu-se a consubstanciar a lavratura do auto de infração em uma suposta imprestabilidade do DANFE, sem qualquer fundamento jurídico ou previsão legal que tal

documento seja imprestável para a circulação das mercadorias. Continua frisando que o presente lançamento encontra-se eivado de vício e da conseqüente nulidade, por não haver dúvida que: 1) inexistência de descrição perfeita dos fatos ocasionadores do suposto ilícito tributário; 2) está ausente o enquadramento legal que ratifique a invalidade jurídica do DANFE, situações estas que constituem em grave e flagrante cerceamento de defesa, capaz de tornar imprestável para os fins que se destina o levantamento fiscal.

Cita que a CF/88 em seu art. 5º, inciso LV, prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa, quando anuncia que a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa será feita com “os meios e recursos a ela inerentes”, não se pode ignorar que a autuação dentro dos ditames legais previstos é instrumento de exercício dessa garantia constitucional. Arremata sustentando que seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme prevê o art. 18 também do RPAF-BA/99, conferindo aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, obediência aos preceitos constitucionais.

Diz restar nula a presente autuação em razão da inexistência de requisitos essenciais para sua lavratura, bem como para exercício da ampla defesa e do contraditório. Colaciona ementa do ACORDÃO JJF Nº 0168-01/12 do CONSEF para corroborar sua tese.

Sustenta que além da ausência do fundamento legal da invalidade jurídica do DANFE é patente, por conseqüência que em nenhum momento, quando da lavratura da peça ora impugnada, o autuante perquiriu a busca da verdade material, colhendo dados corretos das Notas Fiscais. Assinala que não foi efetuado qualquer demonstrativo que justifique os valores utilizados como base de cálculo para cobrança do imposto e da multa de 100%. Arremata observando que inexistem no Auto de Infração qualquer demonstrativo dos valores referentes ao imposto supostamente devido e nem demonstrativo das alíquotas aplicáveis às mercadorias, bem como, as previsões legais na lei e no regulamento do ICMS que ratifiquem a cobrança.

Cita a fundamentação do Acórdão JJF do CONSEF/BA nº 0898/01, que julgou improcedente um auto de infração análogo ao ora impugnado, reproduzindo trecho do voto.

Diz restar comprovada, mais uma vez a nulidade da presente autuação.

Frisa que na autuação não existe em qualquer documento apresentado pelo fiscal o registro do memorial de apuração da base de cálculo do tributo, por arbitramento.

Afirma que a base de cálculo do tributo, a qual foi utilizada para escrituração a nota Fiscal Avulsa, em favor do Estado da Bahia, tomou como base o valor constante, apenas no DANFE, emitido pela Remetente Hypermarcas S/A.

Destaca que, diante da suposta inidoneidade do documento, não caberia ao autuante aproveitar a DANFE, inidôneo, e diga-se, “sem validade jurídica”, mas atentar-se ao comando expresso no art. 22 da Lei 7.014/96, que transcreve.

Diz ser de fácil interpretação, que a intenção do legislador objetivou, garantir à autoridade fiscal duas modalidades de auditorias nas hipóteses de fiscalizações com a utilização de documentos inidôneos por parte do contribuinte, quais são: a) adoção do preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou b) adoção do preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência.

Afirma que nenhuma das metodologias de apuração da Base de Cálculo do ICMS arbitrado foram utilizadas pelo autuante, logo, nesta conjectura, deve ser declarada e reconhecida a nulidade do auto de infração.

Assinala que em momento algum, por da lavratura do Auto de Infração, o autuante perquiriu a busca da verdade material, baseando-se apenas em simples presunção da ocorrência do fato

gerador, ao supor que o DANFE/NF-e: 000249305, Série 6, pelo simples fato de que os veículos utilizados para o transporte das mercadorias são diferentes.

Explica que, em caso de dúvida em relação à mercadoria transportada constante no documento inidôneo, deveria a fiscalização quando do início da fiscalização, verificar e/ou solicitar documentos que consubstanciem a identidade das cargas constantes no veículo auditado no posto fiscal, objetivando assim, apurar com precisão a verdade material dos fatos e a efetiva infração à legislação tributária, o que não ocorreria.

Esclarece que o fato da Nota de emissão ter sido datada, há 24 dias antes da saída da mercadoria, foi em razão da indisponibilidade de transporte para deslocamento das mesmas (o transporte de mercadorias em casos semelhantes ao da presente Notificação, sempre acontece, com uma quantidade razoável para o deslocamento). Destaca que emitiu Nota Fiscal para seu cliente, mas a mercadoria permaneceu no local, com a nota emitida (apenas data de emissão) 24 dias, aguardando disponibilidade de caminhão para a rota de entrega.

Menciona que para demonstrar a real existência dos fatos, diz juntar o Rastreamento da carga 21472614, de Lacres 11980/11981, demonstrando que o veículo de placa policial OGO6929/NGX 2398, jamais adentrou ao Estado baiano a fim de descarregar as mercadorias neste Estado, bem como, o veículo seguiu até o estado de Pernambuco para promover a descarga e entrega da mercadoria no município de Caruarú. Diz que acosta também o rastreamento do veículo NGW8349/NGA4915, a fim de comprovar que o veículo jamais saiu do Estado de Goiás no período de 30 de maio a 30 de junho de 2014, colocando assim, uma pá de cal, no argumento de reaproveitamento da nota fiscal.

Observa que se a fiscalização tivesse verificado a documentação com a atenção devida, constataria que a Nota Fiscal de nº 2496305-6, emitida pela Hypermarchas, gerou o número de carga de nº 21472614) e numeração de romaneio nº 21460908, logo, diz ser dedução lógica, a mercadoria transportada no veículo OGO6929/NGX 2398.

Assinala restar claro, que o autuante apenas perpetrrou a autuação em razão de suposições vazias, inócuas e de forma arbitrária.

Cita trecho do pensamento dos doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar para corroborar sua pretensão de que as provas lícitas que detém contra a verdade formal da infração imputada no caso concreto, deve propiciar a busca da verdade material.

Afirma que a presente autuação está consubstanciada, na acusação de reutilização de documento fiscal que, no caso em tela, os elementos apresentados pelo Fisco são insuficientes para caracterizar a infração.

Ressalta que o julgamento deve se basear em fatos, circunstâncias e provas materiais inseridas no processo. Acrescenta frisando que, não havendo prova da reutilização da nota fiscal, deve o Fisco atentar para o quanto disposto no art. 112 do CTN, no que pese, neste caso, as provas não terem sido robustas o bastante para caracterizar de maneira inequívoca a infração. Nessa linha de raciocínio, para demonstrar que sua tese é pacífica traz à colação ementa de julgado administrativo.

Reitera seu pedido de nulidade do Auto de Infração e, não sendo atendido, pugna pela improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que conforme comprovado a mercadoria chegou ao seu destino no veículo apontado na nota fiscal, bem como, o veículo NGW8349/NGA4915, jamais ingressou no Estado da Bahia no período de 30 de maio a 30 de junho de 2014, bem como o veículo OGO6929/NGX 2398, seguiu até o destinatário em Caruarú Pernambuco, não ingressando assim, em solo baiano.

Caso não se entenda pela nulidade do presente levantamento, nem mesmo reste evidente a sua improcedência, requer seja procedida uma revisão fiscal para o fim de se depurar do suposto débito os valores indevidamente exigidos, ou, em sendo necessária, a produção de prova pericial,

nos termos do art. 123, parágrafo 3º, do RPAF-BA/99, tendo em vista os evidentes equívocos cometidos pelo autuante.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 80 a 85. Inicialmente menciona que constatou irregularidade no veículo placa OGO6926/NGX2398, que transportava 1.700fds de Fraldas descartáveis, constante do Danfe nº 249305 emitido e autorizado em 30/05/2014 pela Hypermarchas S/A. e DACT e nº 228472 emitido pela autuada em 04/06/2014. Sendo o Danfe e o DACTe considerados inidôneos por reutilização. Afirma que os Danfes e o DACTe, são pertencentes a veículo diverso placa NGW8349/NGA4915, Motorista Emerson Pereira de Amaral, CPF 172.544.262-00 e foram reutilizados no veículo placa OGO6926/NGX2398, Motorista Almir Dias da Cunha, CPF 429.352.884-91, para acobertar uma nova operação de mercadoria em 24/06/2014. Destaca que Consulta ao Sistema da NFe constatou que inexistiu Evento de Registro de Saída ou Cce - Carta de Correção Eletrônica para validar a nova saída dos Danfes, por isso, assinala que os Danfes, são imprestáveis para acobertar a operação pela perda da sua validade jurídica. Registra que foi feita a apreensão da mercadoria e dos documentos fiscais como prova do ilícito fiscal.

No que diz respeito à impugnação do Auto de Infração por atipicidade e falta de enquadramento legal, sustenta que não se faz verdadeira, consoante disciplina do art.11, alínea “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 da prestação, na presente situação ocorreu no Estado da Bahia.

Explica que de acordo com o RPAF-BA/99 em seu 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.

Afirma que a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, tendo em vista a presente ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Destaca que conforme dispõem o CTN artigos 124 e 123 que trata da responsabilidade por solidariedade, o art. 5º da LC 87/96, o art. 39, inciso I, alínea “d” do RICMS-BA/12 e Súmula 03 do CONSEF, a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento de tributos”. Arremata destacando que no presente caso o sujeito passivo por solidariedade é o transportador.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa por falta da base de cálculo, sustenta que não se faz verdadeira, uma vez que foi calculada a base de cálculo, acrescida de serviço de transporte de acordo com o previsto para mercadorias sujeita ao Convênio do ICMS 76/94, combinado como previsto na LC 87/99, tratando-se de mercadorias oriundas da indústria. Em relação ao arbitramento alegado pelo autuado, informa que conforme art. 22, da Lei 7.014/96: “A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo, quando não for possível determinar o valor da operação”. Diz ser inequívoca a interpretação que tal dispositivo será facultativo, quando não se pode determinar o valor da operação, situação diversa quando se tratar de mercadorias oriundas da indústria e sujeita a Convênio, em que será o preço FOB declarado pela indústria. Explica que tendo sido a exigência apurada de acordo com a regra geral do Convênio e da LC 87/99 inexistiu qualquer irregularidade na apuração base de cálculo da mercadoria.

Disciplina o RPAF-BA/99, art. 18, §2º: “Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.”

Registra que no Demonstrativo de Débito, fl. 02, consta a quantidade de produto, valor total e alíquota aplicada e o respectivo valor da multa. Informa que tal dispositivo faz parte do Auto de

Infração, sendo, portanto, equivocada a alegação da defesa de tais dados não constam da autuação.

Explica que a NF-e é disciplinada pelo Protocolo 10/07 e suas alterações, Ajuste SINIEF e Atos COTEPE, e que neles estão contidos todos os requisitos e obrigações para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da Nfe e do Danfe. Prossegue esclarecendo que o DANFE - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual a nota fiscal eletrônica se refere àquela mercadoria em trânsito. Observa que é utilizado para efetuar o registro de passagem pelos Postos Fiscais, através do código de barra ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento).

Afirma que a reutilização está comprovada pela divergência entre a Placa e a data de circulação constante no DACTe nº 228472 emitido em 04/06/2014, tendo como veículo transportador NGW8349/NGA4915 e Danfe nº 249305 no qual consta data de saída 03/06/2014 aposta por carimbo e o veículo que transportava as mercadorias possuía a placa OGO6926/NGX2398 e consulta ao Sistema da NFe, não existe nenhum Evento Registro de Saída de acordo com o Manual de Integração do Contribuinte previsto no Ajuste do SINIEF 07/05 para os Danfes que não transitarem na respectiva data de saída e, quando utilizados após a data de emissão. E não existe nenhuma Carta de Correção para validar a Operação do novo veículo transportador. Restando, portanto caracterizada a reutilização em 24/06/2014. Arremata frisando que inexistia qualquer justificativa na defesa que ilida a falta de razoabilidade entre as diversas placas constantes nos documentos e a do veículo transportador e a sua reutilização em 24/06/2014, para acobertar uma nova operação de mercadorias.

Quanto à alegação do defendente de que emitiu o CTe com placa aleatório para cumprir a Legislação do Estado, afirma que não se faz verdadeira. Observa que o autuado declara em sua peça de defesa, fl. 33, a reutilização do Danfe em dois veículos distintos, com o intuito de justificar a ilicitude apontando questões logísticas infundadas e anexa a sua peça de defesa, fl. 65, um comprovante de Controle Cargas Carregada referente ao veículo NGX2398 com data visivelmente adulterada. Diz restar evidente que o Danfe nº 249305 de 30/05/2014 pertencente ao veículo NGW8349/NGA4915, foi reutilizado pelo veículo OGO6926/NGX2398 em 24/06/2014 conforme o relatório de carga, fls. 62 e 63, e demais carimbos dos postos fiscais constantes no Danfe e DACTe.

Destaca que a alegação da autuada que os Danfes estão dentro da regularidade, não se confirma tendo em vista que os Danfes foram utilizados após o prazo legal previsto no art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008, que não poderá ser superior a 24hs o que equivale a um dia da Autorização, o Prazo para circulação dos Danfes ou cancelamento, consoante Parecer GECOT/DITRI nº 15375/09.

Menciona que o Convênio S/N de 1970, veda a emissão de NF que não corresponda a uma efetiva saída de mercadoria (art. 44), fora dos casos previstos nas legislações do IPI e de circulação de mercadorias e o Ajuste SINIEF 07/05, que instituiu a NF-e prevê a aplicação do citado convênio (Cláusula décima oitava), razão pela qual, diz entender haver prazo para cancelamento ou circulação e, no caso do não atendimentos dos dispositivos legais, o documento perde a sua validade jurídica.

Explica que havendo mudança de transportador ou uma nova saída após a data de emissão, para os documentos continuarem com a sua validade jurídica é necessário que seja efetuado o Evento de Registro de Saída ou a Carta de Correção Eletrônica conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, Cláusula décima terceira. Sustenta que a inexistência de tais eventos torna o documento imprestável para acoberta a operação de mercadorias pela perda da sua validade jurídica pelo não atendimentos às exigências regulamentares.

Assevera que a placa do veículo transportador não consta no XML da NFe e sim de um outro veículo no DACTe o qual o Danfe está vincula e não ocorreu o evento necessário para validar a

operação conforme está descrito no Ajuste do SINIEF 07/05 combinado com o Convênio S/N/70 em seu art. 18, inciso VI, alínea “c” em que é obrigatório a placa do efetivo veículo transportador, vinculando o documento ao transportador, tendo como principal objetivo coibir a prática lesiva da reutilização da documentação fiscal em outro veículo.

Ressalta que, consoante o Dec. nº 13.780/2012, nos artigos 82 e 83, §2º, a NF-e substitui a Nota Fiscal Modelo 1. Diz entender que, apesar de inexistência de previsão expressa na legislação pertinente vigente fixando um prazo para a emissão da NF-e e do respectivo DANFE, a emissão dos referidos documentos não poderão apresentar datas de saída diversas.

Afirma que a sistemática de emissão da Nota Fiscal Eletrônica impõe que a data seja informada no momento do preenchimento. Fisa que apenas quando não tiver havido a circulação da mercadoria, se o contribuinte desejar modificar a data de saída constante na Nota Fiscal Eletrônica vinculada à operação, poderá fazê-lo mediante o cancelamento do Referido documento no prazo de 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, conforme Ato COTEPE ICMS Nº 35, de 25/11/2010, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2012.

Destaca que a emissão da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e e do Documento Auxiliar da NF-e - DANFE) devem indicar como data da operação, o dia da efetiva saída da mercadoria.

Observa que o Regulamento do IPI - Dec.7.212/2010, disciplina em seu art. 36, inciso VI, que se considera ocorrido o fato gerador, no quarto dia da data de emissão da respectiva Nota Fiscal, quanto aos produtos que até o dia anterior, não tiverem deixado o estabelecimento do contribuinte, sendo o documento imprestável para acobertar o estoque de mercadoria ou para acobertar uma nova operação de mercadorias. Acrescenta frisando que o art. 411 do Regulamento do IPI dispõe: “Fora dos casos previstos neste Regulamento e na legislação estadual, é vedada a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadoria.”

Registra que a infração de utilização de documento fiscal inidôneo constitui uma infração de ação múltipla, contemplando varias condutas. Assinala que a ocorrência de uma ou várias delas é suficiente para a tipificação e a exclusão de uma ou outra conduta não exclui a tipicidade da infração.

Assinala que o Convênio S/Nº, 1970, art. 44 disciplina que: “Fora dos casos previstos nas legislações dos Impostos sobre Produtos Industrializados e de Circulação de Mercadorias é vedada a emissão de Nota Fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias.” Acrescenta que o Ajuste do SINEF 07/05, que instituiu a NFe e o Danfe prevê a aplicação do Convenio SINIEF s/n, previsto na Cláusula décima oitava : “Aplicam-se à NF-e, no que couber, as normas do Convênio SINIEF S/Nº/1970.”

Diz ter constado que as Legislações pertinentes à Nfe e ao Danfe prevê que após a emissão do documento fiscal existe prazo para cancelar ou circular, e não ocorrendo nenhuma das duas hipóteses, o documento fiscal perde a sua validade jurídica para o fim a que se destina, tornando imprestável para acobertar o estoque ou para acobertar uma nova operação de mercadorias.

Explica que a Bahia é competente para exigir o imposto e seus acréscimos legais, conforme disciplina o art. 11, alínea “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 e na presente ação fiscal o Estado da Bahia

Sustenta que a ação fiscal foi feita dentro das normais legais atinentes aos Princípios Tributários Constitucionais, não havendo qualquer afronta aos Princípios da Administração Pública e de acordo com os artigos 108 e 112 do CTN, não havendo dúvida quanto a reutilização do Danfe de uma operação ocorrida em 04/06/2014 para acobertar uma nova operação em 24/06/2014 em desacordo com o prazo legal previsto no Ato COTEPE 33/2008 e suas alterações

Salienta que o próprio autuado reconhece a infração conforme consta à fl. 33, da sua peça de defesa e a classifica como infração por descumprimento de obrigação acessória. Observa que, em se tratando de mercadorias sem documentação ou com documento inidôneo, a Legislação vigente qualifica como fato gerador da obrigação principal.

Revela que o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta §1º combinado com o §2º, 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.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação.

De plano, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob o argumento de que a perda da validade jurídica do Danfe constante da acusação fiscal não foi acompanhada de fundamento fático ou jurídico e do correspondente dispositivo legal em que se alicerça. Depois de examinar os elementos que compõem os autos, constato que não assiste razão ao defendente em sua pretensão, uma vez que as circunstâncias e o enquadramento legal da infringência objeto do Auto de Infração afiguram devidamente explicitados na peça acusatória.

Suscitou também como preliminar de nulidade obscuridade da apuração da base de cálculo, por falta de sua demonstração nos autos. Verifico das peças que compõem os autos que inexistem nos autos a demonstração da apuração da base cálculo e que o demonstrativo de débito, fl. 02, a base de cálculo não coincide exatamente com o somatório do valor da operação constante do Danfe nº 249305, fl. 06, e do valor da prestação constante do CT-e nº 228472, fl. 07.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”. Portanto, no caso em exame, o valor indicado no demonstrativo de débito à fl. 01, elaborado pelo autuante não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Ao compulsar as demais peças constato também o inadimplemento de outro ponto basilar e indispensável para sustentação desse tipo de acusação, é que seja carreada aos autos comprovação inequívoca de que o documento já havia sido, efetivamente, utilizado uma ou mais vezes. Verifico que o fato do veículo transportador das mercadorias apreendidas não ser o mesmo indicado no DANFE, bem como o interregno entre a data da emissão do DANFE, da emissão do DACTe e a da apreensão são insuficientes para caracterizar a reutilização da documentação fiscal objeto do Auto de Infração.

Assim, resta patente que esta imprescindível prova não consta nos autos.

Dessa forma, diante das considerações acima alinhadas, albergadas que se afiguram no fato de não haver nos autos uma demonstração, de forma clara e compreensiva, da apuração da base de cálculo do imposto lançado, e na insuficiência de elementos para a determinação inequívoca da inidoneidade dos documentos fiscais e a conseqüente reutilização dos mesmos, para sustentar com segurança acusação fiscal, entendo estar caracterizada a nulidade, envolvendo a incerteza quanto à acusação fiscal, que subsume com os motivos do ato administrativo.

Portanto, aplicável à situação posta as disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 18. São nulos:

[...]

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217449.0606/14-9**, lavrado contra **QUICK LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA