

A. I. N° - 212995.0088/14-0
AUTUADO - QUICK LOGISTICA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO SAMPAIO FERRARI
ORIGEM - IFMT - DAT METRO
INTERNET - 10. 09. 2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0138-01/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS IDÔNEOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acolhida a nulidade arguida. Tratando-se de arbitramento da base de cálculo na fiscalização do trânsito de mercadorias, em decorrência de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, obrigatoriamente, a Fiscalização deverá adotar uma das metodologias estabelecidas no artigo 22, inciso V, alínea “b”, itens 1 ou 2, da Lei nº 7.014/96, ou seja: o 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, o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência. No presente caso, inexistente qualquer memorial ou demonstrativo atinente ao arbitramento da base de cálculo apurada pela Fiscalização, na forma determinada pela Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/10/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$8.705,92, acrescido da multa 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que o veículo de placa NVQ 6918, transportando 1.196 fardos de fraldas descartáveis fabricadas em outubro de 2014, sendo 196 fardos de 24x8 unidades e 1.000 fardos de 24x7 unidades, da empresa Hypermarchas S/A, estabelecida em Goiânia, Estado de Goiás, CNPJ N°. 02932071/0004-60, destinada a empresa Andrade Distribuidora Ltda., situada em Arapiraca, Estado de Alagoas, CNPJ N° 03753945/0001-73, acobertada pelos DANFES nºs 312366, 312357 e 312283, tendo sido detectadas as seguintes irregularidades:

- 1) As NFE foram todas emitidas em 19/09/2014, e no sistema, ambiente da NFE, não consta a data de saída para outro dia, que não seja o da emissão.*
- 2) As mercadorias encontradas no veículo, foram fabricadas no mês de outubro de 2014, depois da saída dos produtos.*
- 3) Nos Danfes foram colocados manualmente datas do dia 17/10/2014, o que não está preisto para NFE.*
- 4) O Conhecimento de Transporte de nº 251165, que acompanha as mercadorias, foi emitido em 13/10/2014, e consta mais uma NFE nº 312284, que não está circulando neste momento, com 504*

fardos de fraldas Sapeka 24x7 un, da Empresa Hipermarcas S/A para a Empresa Andrade Distribuidora toda., no valor de \$ 30.572,64.

5) Em todos os danfes constam carimbos da Quick Logistica, do dia 17/10/2014 e carimbos do P. Fiscal Honorato Viana do dia 24/10/2014.

6) No danfe 312357, consta também o carimbo do Posto da Secretaria da Fazenda do Governo do Distrito Federal em 22/10/2014.

7) No conhecimento de transporte 251165, consta carimbo do Posto Honorato Viana dos dias 24/10/2014 e 26/10/2014, e um outro carimbo que pode ser do Posto Fiscal Bahia-Goiás ou do Posto Fiscal Roberval Santos estando ilegível que não se pode afirmar a data correta.

8) A NFE 312357 com 504 fardos de fraldas 24 x 8 un., a NFE 312366 com 188 fardos de fraldas 24 x 8 un. e a NFE 312283, com 504 fardos de fraldas 24 x 7, perfazendo um total de 692 fardos de fraldas 24 x 8 un. 504 fardos de fraldas 24 x 7 un.. Divergindo entre o constante nos documentos fiscais e o transportado pelo veículo neste ato, sendo considerados inidôneos para esta operação.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 27 a 36) aduzindo, inicialmente, sobre a tempestividade da peça defensiva.

Sustenta que inexistente qualquer ilegalidade ou indícios de má-fé na operação que realizou, sendo que o motivo que ensejou a autuação foi ocasionado em razão do procedimento de logística.

Explica que foi contratado pela empresa Hypermarcas S/A, CNPJ Nº 02.932.074/0042-60, em 17/10/2014, para promover o transporte de um lote de 1.196 fraldas descartáveis da marca SAPEKA de NCM 9619.00.00 e CFOP 6.106, da unidade fabril para o remetente [destinatário] Andrade Distribuidor Ltda., inscrito no CNPJ Nº 03.753.945/0001-72, no município de Arapiraca, Estado de Alagoas, conforme comprova, respectivamente, no DANFE - NF-e nºs 312366, 312357 e 312283 (Doc. 02) e no DACTE nº:251165 (Doc. 03).

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, em face de ausência de fundamento e dispositivo legal que embase a imprestabilidade do DANFE.

Indaga se o DANFE é inválido juridicamente, qual é o fundamento em lei, na forma do art. 111 do CTN que consubstancie tal conclusão. Questiona, também, se o documento é imprestável juridicamente, por qual razão utiliza-o para compor a base de cálculo do tributo em sede da autuação.

Assevera que a autuação foi pautada, unicamente em suposições e presunções da existência de fraude e da ocorrência do fato gerador.

Sustenta que o lançamento encontra-se eivado de vício e conseqüente nulidade, haja vista que inexistente a descrição perfeita dos fatos ocasionadores do suposto ilícito tributário, assim como 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.

Assinala que o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, 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”. Diz que não se pode ignorar que a autuação dentro dos ditames legais previstos é instrumento de exercício dessa garantia constitucional. Sustenta que o seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme prevê o art. 18 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 Acórdão JJF Nº 0168-01/12 do CONSEF para corroborar sua tese.

Assevera que, além da ausência do fundamento legal da invalidade jurídica do DANFE, é patente, por consequência, que em nenhum momento, quando da lavratura do Auto de Infração, 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%. Consigna que inexistente no Auto de Infração qualquer demonstrativo dos valores referentes ao imposto supostamente devido e nem demonstrativo das alíquotas aplicáveis às mercadorias.

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.

Salienta que na autuação não existe em qualquer documento apresentado pelo autuante 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 escriturar a Nota Fiscal Avulsa, em favor do Estado da Bahia, tomou como base o valor constante, apenas nos DANFEs, emitidos pelo remetente Hypermarchas S/A.

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

Alega que é 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, quando 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 os DANFEs/NF-e: 312366, 312357 e 312283, pelo simples fato de que os veículos utilizados para o transporte das mercadorias são diferentes.

Aduz que, em caso de dúvida em relação à mercadoria transportada constante no documento inidôneo, deveria a Fiscalização quando do início da ação fiscal, verificar e/ou solicitar documentos que consubstanciassem 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 ocorrera.

Consigna que, para demonstrar a real existência dos fatos, juntou o Rastreamento da carga, demonstrando que o veículo jamais adentrou ao Estado baiano a fim de descarregar as mercadorias neste Estado, bem como, o veículo seguiu até o Estado do destinatário para promover a descarga e entrega da mercadoria.

Afirma que resta claro que o autuante apenas perpetró 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.

Observa que a autuação está consubstanciada na acusação de reutilização de documento fiscal que, segundo diz, 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.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso não reste evidente a sua improcedência, seja procedida uma revisão fiscal. Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 86/87) dizendo que o impugnante deve estar se referindo a uma outra ação fiscal, haja vista que a autuação foi efetuada no Posto Fiscal Francisco Hereda em Rio Real/BA.

Consigna que o autuado foi contratado em 19/09/2014, conforme consta nas NF-e, nesta data, deve ter sido emitido um outro CT-e em 13/10/2014 uma nova contratação, conforme CTe 251165, fl. 07, para transportar 1.700 fardos de fraldas, reaproveitando os DANFES NF-e 312283, 312284, 312357 e 312366, fls. 08, 09, 10 e 15 a 19, todos emitidos no dia 19/09/2014, pela Indústria Hypermarchas S/A, em Goiânia-GO, sendo destinatário Andrade Distribuidora Ltda., em Arapiraca-AL.

Aduz que numa operação normal o trajeto deveria ser o do Posto Fiscal Heráclito Barreto. Entretanto, nesta operação, a mercadoria saiu de Salvador/BA e o trajeto é o Posto Fiscal Francisco Hereda, sendo que o autuado transportava 1.196 fardos de fraldas Sapeka reaproveitando os DANFs NF-e 312283, 312357 e 312366, conforme carimbos do Posto Fiscal Honorato Viana, região Metropolitana de Salvador/BA, em 24/10/14, entrando em Salvador, onde houve a entrega de 504 fardos de fraldas Sapeka a outro contribuinte que não o destinatário, e em 26/10/14, saindo de Salvador, conforme documentos de fls. 07, 08, 09 e 10, já retiradas do veículo as mercadorias e o DANFE NF-e 312284 para que numa conferência como foi o caso, tentando burlar a fiscalização, comprovando assim o reaproveitamento dos DANFES descritos.

Ressalta que mantém o que foi descrito no Auto de Infração, irregularidades que levaram a considerar inidôneos os referidos DANFES, NF-e 312283, 312357 e 312366 para esta operação.

Esclarece que para a apuração da base de cálculo efetuou pesquisa no mercado e constatou que o preço utilizado é compatível com o praticado, pois trata-se de mercadorias que não possui pauta fiscal e nem preço controlado.

Afirma que a alegação do impugnante de 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, c/c o § 2º, considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraudes, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

Ressalta que a infração de utilização de documento fiscal inidôneo constitui uma infração de ações múltiplas, contemplando várias condutas. Diz que a ocorrência de uma ou várias condutas se apresenta suficiente para a tipificação e a exclusão de uma ou outra conduta não exclui a tipicidade da infração.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

VOTO

O ato infracional imputado ao autuado diz respeito à divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.

Na complementação descritiva da infração a Fiscalização consignou que apurou diversas irregularidades, no caso:

- 1) *As NFE foram todas emitidas em 19/09/2014, e no sistema, ambiente da NFE, não consta a data de saída para outro dia, que não seja o da emissão.*
- 2) *As mercadorias encontradas no veículo, foram fabricadas no mes de outubro de 2014, depois da saída dos produtos.*
- 3) *Nos Danfes foram colocados manualmente datas do dia 17/10/2014, o que não está preisto para NFE.*
- 4) *O Conhecimento de Transporte de nº 251165, que acompanha as mercadorias, foi emitido em 13/10/2014, e consta mais uma NFE nº 312284, que não está circulando neste momento, com 504 fardos de fraldas Sapeka 24x7 un, da Empresa Hipermarcas S/A para a Empresa Andrade Distribuidora toda., no valor de \$ 30.572,64.*
- 5) *Em todos os danfes constam carimbos da Quick Logistica, do dia 17/10/2014 e carimbos do P. Fiscal Honorato Viana do dia 24/10/2014.*
- 6) *No danfe 312357, consta também o carimbo do Posto da Secretaria da Fazenda do Governo do Distrito Federal em 22/10/2014.*
- 7) *No conhecimento de transporte 251165, consta carimbo do Posto Honorato Viana dos dias 24/10/2014 e 26/10/2014, e um outro carimbo que pode ser do Posto Fiscal Bahia-Goiás ou do Posto Fiscal Roberval Santos estando ilegível que não se pode afirmar a data correta.*
- 8) *A NFE 312357 com 504 fardos de fraldas 24 x 8 un., a NFE 312366 com 188 fardos de fraldas 24 x 8 un. e a NFE 312283, com 504 fardos de fraldas 24 x 7, perfazendo um total de 692 fardos de fraldas 24 x 8 un. 504 fardos de fraldas 24 x 7 un.. Divergindo entre o constante nos documentos fiscais e o transportado pelo veículo neste ato, sendo considerados inidôneos para esta operação.*

O impugnante, preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de ausência do fundamento legal da invalidade jurídica e imprestabilidade do DANFE.

No que tange a essa arguição, verifico que não procede, pois tanto o motivo quanto a motivação para invalidação dos DANFES [NF-e] se apresentam devidamente consignados no Auto de Infração. De forma sumamente detalhada o autuante consignou as circunstâncias que culminaram na consideração da inidoneidade dos referidos documentos fiscais.

Dessa forma, não acolho a nulidade arguida sob esse fundamento.

Argui, também, o impugnante, a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de existência de vícios quanto à apuração da base de cálculo, decorrentes de:

- inexistência no Auto de Infração de qualquer demonstrativo dos valores referentes ao imposto supostamente devido e nem demonstrativo das alíquotas aplicáveis às mercadorias;
- inexistência do registro do memorial de apuração da base de cálculo do tributo arbitrado;
- aproveitamento dos DANFES, inidôneos, e “sem validade jurídica”, sem se atentar ao comando expresso no art. 22 da Lei 7.014/96;
- nenhuma das duas metodologias de apuração da base de cálculo do ICMS arbitrado, previstas na legislação do ICMS, foi utilizada pelo autuante, nas hipóteses de fiscalizações com a utilização de documentos inidôneos por parte do contribuinte, no caso: 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.

No que tange a essa arguição de nulidade, constato que assiste razão ao impugnante.

Isso porque, tratando-se de arbitramento da base de cálculo na fiscalização do trânsito de mercadorias, em decorrência de ausência ou inidoneidade do documento fiscal – como é o caso da autuação em exame -, obrigatoriamente, a Fiscalização deverá adotar uma das metodologias estabelecidas no artigo 22, inciso V, alínea “b”, itens 1 ou 2, da Lei nº. 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

V - na fiscalização do trânsito:

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o 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

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;

Efetivamente, verifica-se que inexistem nos autos qualquer demonstrativo ou memorial da base de cálculo do ICMS arbitrado. Na realidade, o que se nota é que a Fiscalização apurou a base de cálculo utilizando os valores consignados nos próprios DANFES considerados inidôneos.

O registro feito pelo autuante de que para a apuração da base de cálculo efetuou pesquisa no mercado e constatou que o preço utilizado é compatível com o praticado, pois se trata de mercadorias que não possuem pauta fiscal e nem preço controlado, certamente não se apresenta suficiente para validar a base de cálculo apontada na autuação.

Por certo que a aludida pesquisa para determinação da base de cálculo, indispensavelmente, deverá estar comprovada mediante a juntada de elementos probatórios do preço praticado no mercado varejista do local da ocorrência, a exemplo de declaração de contribuintes/vendedores, documentos fiscais emitidos no período de ocorrência do ato infracional, etc.

Verifica-se, claramente, entre as peças que compõem o presente processo, que inexistem qualquer memorial ou demonstrativo atinente ao arbitramento da base de cálculo apurada pela Fiscalização, na forma determinada pela Lei nº 7.014/96, o que permite concluir que procede a argumentação defensiva, quanto à nulidade arguida.

Vale registrar que, nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, *é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.*

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, consoante determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

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 **212995.0088/14-0**, lavrado contra **QUICK LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR