

A. I. Nº - 217683.0501/12-3
AUTUADO - RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A.
AUTUANTE - EDUARDO EPIFÂNIO DA SILVA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.06.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-05/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DANFE. ALTERAÇÃO DOS DADOS DA NF-e APÓS A AUTORIZAÇÃO. OPERAÇÕES COM DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. Contribuinte não preencheu a data de saída no momento da autorização de uso da NF-e, bem como as informações relativas ao transportador não coincidem com a constante dos DANFE's. Provada que a data de saída se deu cinquenta e um dias antes da apreensão das mercadorias. O longo espaço de tempo entre a saída e a circulação conduz à imprestabilidade do documento fiscal. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de trânsito em epígrafe, lavrado em 14/05/2012, exige ICMS no valor de R\$46.353,90, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 (53.01.16) – Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação, em montante de R\$46.353,90. Multa proposta de 100% sobre o valor do imposto. Consta da descrição dos fatos que “às 20:00hs do dia 13/05/2012, no exercício de minhas funções fiscalizadoras no PF Fernando Presídio, recepcionei o Sr. Francisco de Assis Rodrigues de Castro, CPF-618.667.412-68, CNH-02260912218, condutor do veículo de placa NYO-8662/CE, que transportava mercadorias acobertadas pelos DANFES - 116930 e 166931 emitidos em 23/03/2012, e DANFES 122213/122214/122215/122216 emitidos em 02/05/2012 pela empresa SEMP TOSHIBA AMAZONAS SA., CNPJ-04.400.552/0001-48 (Manaus/AM). Consideramos os DANFES 116930 e 116931 inidôneos em virtude da data de emissão. A carga era transportada pela empresa RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE SA., CNPJ-10.970.887/0033-81 (Manaus/AM), conforme CTRC – 385.303 emitido em 23/05/2012.”.

Constam dos autos: Termo de Ocorrência Fiscal (folhas 04 a 05); Termo de Apreensão e Ocorrências (folhas 06 a 08); Nota Fiscal Avulsa nº 0954362012 (folha 09); documentos (fiscais e não fiscais) coletados na operação (folhas 10 a 18); vias originais do auto de infração (folhas 25 a 27); requerimento de transferência do fiel depositário (folha 31); Impugnação da Semp Toshiba, fiel depositária das mercadorias (folhas 52 a 105); Impugnação da Rapidão Cometa (folhas 108 a 120); informação fiscal (folha 123 a 125); manifestação do sujeito passivo (folhas 129 a 146).

Às folhas 52 a 105, a Semp Toshiba, fiel depositária das mercadorias autuadas, apresenta petição escrita, deduzindo as razões que seguem.

Esclarece, inicialmente, que se apresenta, nos autos, na qualidade de terceiro interessado, responsável solidário, nos termos do art. 124, inciso I do CTN, reivindicando legitimidade para figurar no pólo passivo.

Informa que requereu, em 31/05/2012, a mudança do fiel depositário das mercadorias objetos do Termo de Apreensão nº 217683.0501/12-3. Apresenta a presente petição, solicitando que seja analisada conjuntamente aos argumentos articulados pela autuada, Rapidão Cometa.

Preliminarmente, suscita a nulidade do presente auto de infração ao argumento de que deixou de observar requisitos de ordem formal, pois apresenta, segundo a interveniente, uma descrição

fática confusa que não se coaduna com a infração capitulada. Transcreve elementos do auto de infração (folha 56) em apoio ao seu ponto de vista, para, a seguir, concluir que há incongruência entre a capitulação legal e a descrição dos fatos.

No mérito, após reproduzir os dispositivos legais capitulados no auto de infração, esclarece as circunstâncias em que se deu a infração, reafirmando que não houve saída irregular de mercadorias do Estado do Amazonas.

Informa que comercializou as mercadorias constantes das notas fiscais objetos da apreensão, tendo feito o lançamento na escrita fiscal, com a correspondente alíquota de 12%, conforme cópia do Livro Registro de Saídas (folha 99). Por isso, entende que o documento fiscal que acobertou a operação é idôneo.

Transcreve o texto do art. 72 da Lei nº 4.502/64 bem como a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo para apoiar o ponto de vista de que a caracterização da fraude requer, para a sua caracterização, a existência do elemento intencional do agente em ocultar o nascimento da obrigação tributária. Nesse sentido, discorre sobre os requisitos da fraude, segundo a doutrina de Alberto Xavier, para, ao final, concluir que a interveniente não agiu com qualquer indício de fraude.

Defende a impossibilidade de presunção pela autoridade fiscal, alegando que o lançamento fiscal deve observar o princípio da verdade material, para o que se torna imprescindível demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis. Em apoio à sua tese, transcreve a doutrina de De Plácido e Silva, bem como a de Luís Eduardo Schoueri.

Alega que não há qualquer correlação entre os fatos e a norma capitulada no auto de infração, pois, explica, a fiscalização entendeu que a nota fiscal é inidônea apenas em razão da sua data de emissão, dado que levou o fiscal a presumir que foi utilizada para acobertar mais de uma operação.

Cita a doutrina de Aliomar Baleeiro em apoio à idéia de que o lançamento é um ato vinculado, devendo estar adstrito ao princípio da legalidade. Entende, por isso, que o lançamento incorreu em um erro de direito, e deve ser anulado por completa inconsistência entre os fatos narrados e o enquadramento legal apresentado.

Advoga que o erro de direito não é passível de modificação, o que impossibilitaria a sua retificação. Transcreve a doutrina de José Souto Maior Borges e de Alberto Xavier, as quais apontam nesse mesmo sentido.

Defende que não há previsão legal que estipule prazo entre a emissão do documento fiscal e a data de sua efetiva saída do estabelecimento, salvo aquela insculpida no art. 45 do RICMS, a qual se refere a um intervalo de tempo de 24 meses para perda de validade dos documentos fiscais autorizados. Transcreve trecho do Parecer GECOT/DITRI nº 15375/2009 (folha 68) em apoio ao seu ponto de vista. Advoga que o intervalo de tempo entre a emissão da NF e a sua efetiva saída deve ser norteado pelo princípio da razoabilidade.

Alega que a emissão antecipada da nota fiscal (muito antes da sua efetiva saída) somente favorece o fisco, pois resulta em antecipação do lançamento e recolhimento do tributo correspondente. Argumenta que o intervalo de tempo observado, no caso em análise, foi de apenas 55 dias, muito inferior ao prazo de 24 meses. Conclui, assim, que nada indica que houve reutilização da nota fiscal.

Diante do exposto, requer o cancelamento do presente auto de infração e a conseqüente extinção do crédito tributário correspondente. Protesta pela posterior juntada de provas e declara, sob pena de responsabilidade pessoal, a autenticidade de todos os documentos acostados à impugnação.

Termos em que pede deferimento.

A autuada (Rapidão Cometa Logística e Transporte S/A.) apresenta impugnação às folhas 108 a 120, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Afirma que os DANFES autuados não se prestaram a acobertar, mais de uma vez, operação de circulação de mercadorias. Transcreve o texto do art. 86 do RICMS/BA e seus parágrafos em apoio à sua afirmação.

Alega que caberia ao autuante fazer a prova de reutilização dos DANFE's que acompanhavam as mercadorias, todavia não há nos autos nenhuma menção nesse sentido, faltando a prova para que a impugnante faça a contraprova. Argumenta que, na verdade, os documentos referidos, ora acostados, contêm as chaves de acesso, bem como o site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia a fim de que se faça a consulta de autenticidade na SEFAZ autorizadora ou no Portal Nacional. Afirma que nada disso foi feito pelo autuante ou informado por que não foi feito, mas simplesmente autuada a impugnante por pretensa reutilização dos documentos impugnados.

Transcreve o art. 90 do RICMS-BA para, a seguir, concluir que está comprovado, no caso, que a impugnante cumpriu todas as normas da Legislação Fiscal do Estado da Bahia no transporte das mercadorias, cujos DANFE's foram emitidos pela SEMP TOSHIBA dentro das prescrições regulamentares.

Faz a transcrição do art. 17, § 3º, da Lei nº 7.014/96 (relativos à apuração da base de cálculo) para, ao final, afirmar que não se sabe onde o autuante obteve o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista do local da operação, ou o preço FOB estabelecimento industrial à vista ou o preço FOB estabelecimento comercial à vista, comprovando-se arbitramento ilegal da base de cálculo.

Alega restar comprovado, portanto, que a base de cálculo não tem amparo na Lei, comprovando-se violação do art. 142, parágrafo único do CTN, cujo texto reproduz em sua peça defensiva.

Cita a doutrina de Cleide Previtalli Cais para fazer referência ao princípio da tipicidade em direito tributário. Leciona que o lançamento tributário, porque a autoridade administrativa está adstrita ao disposto no parágrafo único do art. 142, do CTN é uma atividade conceituada pela doutrina como vinculada e obrigatória. Ou seja, explica que o fato de a hipótese, não conter a tipificação correta da base de cálculo corresponde a um lançamento tributário defeituoso, conforme doutrina citada de José Souto Maior Borges.

Logo, conclui que não pode prosperar a pretensão do autuante de cobrar MULTA punitiva com base no art. 318, § 3º, c/c o art. 42, IV, "d", da Lei nº 7.014/96, posto que não está comprovado pelo autuante a reutilização dos DANFE's citados.

Transcreve, por fim, os artigos 318 do RICMS/BA e 42 da Lei 7.014/96.

Em face do exposto, requer que seja o auto de infração julgado improcedente por falta de amparo legal, haja vista que não está provada pelo autuante a reutilização dos DANFES e, por outro lado, a base de cálculo e a multa não correspondem à pretensa infração denunciada.

Termos em que pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 123 a 125, tecendo as considerações a seguir.

Informa que considerou os DANFES 116930 e 116931 inidôneos, fundamentando-se na legislação vigente, descrita da forma a seguir: "o art. 44, inc. II, alíneas "d" e "f" da Lei 7.014/96; Cláusula quarta §§ 1º e 2º e Cláusula décima oitava do Ajuste SENIEF 07/05; art. 44 e 71 do Convênio de 15 de dezembro de 1970; art. 5º, inc. 1, alínea "d" da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964".

Informa que a autuada emitiu a documentação fiscal em 23/03/2012, sendo que no dia 13/05/2012 apresentou os referidos documentos para acobertar operação com mercadorias. Afirma que a afronta à legislação é incontestável, bem como que a peça de defesa não consegue afastar as falhas motivadoras do Auto de Infração, muito pelo contrário, vem corroborar a autuação.

Alega que a reutilização é clara à luz da legislação, pois a lei apregoa que, após a emissão da Nota Fiscal a empresa tem três dias para fazer circular a mercadoria, conforme alínea "d", inc.1, art. 5º da Lei nº 4.502 de 1964. Além disso, afirma que o doc. 06 (página 99 deste PAF) comprova

que a mercadoria saiu no dia 23/03/2012. Logo, conclui que a aposição da data de saída (05/MAI/2012) nos DANFES os tornou imprestáveis para acobertar a operação.

Explica que, ao fiscalizar uma operação, o fisco lança mão de diversas ferramentas. No caso em questão, garante que não foi preciso utilizar outros recursos, posto que a ilegalidade da operação era patente.

Transcreve a Cláusula Quarta do ajuste SINIEF 07/05 para explicitar a legislação que ampara a autuação.

Face ao exposto, arremata a sua peça informativa, concluindo que fica patente que a ação fiscal é pertinente e veste o manto da legalidade.

Às folhas 129 a 146, a autuada acostou ao processo a via original da sua peça defensiva, sem qualquer inovação relativamente ao arrazoadado deduzido às folhas 108 a 120.

Em sessão do dia 06/11/14, a 2ª JF decidiu por baixar o processo em diligência ao autuante, com vistas a que acostasse ao processo uma memória de cálculo, explicativa da metodologia adotada para apurar o ICMS lançado no presente auto de infração.

Às folhas 155 a 158, o autuante anexou planilha, cumprindo o quanto foi pedido na diligência.

Considerando que a inspetoria deixara de dar ciência ao sujeito passivo dos termos da diligência cumprida, a 2ª JF decidiu por baixar o processo em nova diligência, conforme folha 161, para que fosse suprida a mencionada falha procedimental.

Às folhas 165 a 169, foi cumprida a nova diligência.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, enfrente o pedido de intervenção de terceiros, deduzido pela empresa Semp Toshiba (proprietária e fiel depositária das mercadorias apreendidas), a qual pleiteia o reconhecimento de sua legitimidade para atuar no presente processo, pois possui interesse processual, sendo certo que suportará os efeitos econômicos de uma eventual condenação da autuada.

Em que pese o RPAF não tenha previsão desta figura jurídica, há previsão no CPC (de aplicação subsidiária), o qual possui um minucioso regramento das diversas espécies de intervenção tratadas pela doutrina, sendo, por isso, de se analisar o pedido deduzido pela Semp Toshiba, à luz desse diploma legal, conforme passo a fazer.

Pois bem, prevê o art. 119 do CPC a possibilidade de que uma terceira pessoa possa ingressar no processo, desde que tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável à parte assistida, conforme se lê no seu texto, abaixo transcrito.

“Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

...”

Conforme se pode deduzir da análise dos elementos que compõem o presente processo, a empresa Semp Toshiba é a real proprietária das mercadorias apreendidas, pois foi a responsável pela emissão dos documentos fiscais (folhas 10 a 11, e 15 a 18) tidos por inidôneos pela autoridade fiscal, tendo sido, inclusive, a contratante do frete, conforme conhecimento de transporte à folha 13.

Resta insofismável, portanto, o interesse jurídico da peticionária, enquadrando-se na hipótese do art. 119 da lei processual.

Diante do exposto, acato o pedido de intervenção de terceiros, na modalidade de assistência, prevista no diploma processual civil.

Ora, tendo acatado o pedido formulado, exsurge como direito da parte interveniente o exame das questões deduzidas em petição, em observância ao disposto o art. 121 do Código processual citado, pois passa a dispor dos mesmos poderes atribuídos às partes, conforme a seguir.

“Art. 121. O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

...”

Assim, passo ao exame das questões deduzidas pela interveniente.

Ainda em sede de preliminar, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo explicitados de acordo com o demonstrativo de débito (folha 02). Houve, ademais, indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à tipificação da infração, a peça inaugural do lançamento faz menção ao art. 42, inciso IV, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, conforme folha 01 do processo. A infração se encontra, portanto, tipificada da forma a seguir.

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

...

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

...

d) quando o mesmo documento fiscal acobertar, mais de uma vez, operação ou prestação;

...”

Na própria descrição dos fatos, o autuante pormenoriza a conduta ilícita, contribuindo para elucidar as razões que o levaram à apreensão das mercadorias autuadas. Entendo, por conseguinte, que, a despeito do que alega a parte interveniente, não há qualquer incongruência entre os fatos narrados e a infração capitulada. Afasto, por isso, a preliminar de nulidade suscitada.

Ultrapassadas as preliminares, adentro ao exame do mérito da autuação. Constato que o fato ensejador da presente lide resulta incontroverso, pois alegado pelo autuante e admitido pelo impugnante. De fato, o elemento translúcido e cuja prova se encontra acostada aos autos é a utilização dos DANFES 116930 e 116931 (folhas 10 e 11), por parte do autuado, com fins de acobertar as mercadorias descritas no auto de infração ora apreciado.

Resta incontroverso, igualmente, que os dados relativos à data de saída foram preenchidos posteriormente à autorização eletrônica emitida, conforme alega o autuante (folha 01, quadro “Descrição dos Fatos”) e se pode constatar pelo exame documental. É fato, igualmente, que o transportador da carga não coincide com aquele descrito nas notas fiscais eletrônicas (folhas 10 e 11).

O autuante considerou a documentação fiscal como inidônea, conforme folha 01, quadro “Descrição dos Fatos”, tendo enquadrado a conduta no art. 42, inciso IV, alíneas “d” da Lei nº 7.014/96, segundo pode ser extraído da leitura do auto de infração, à sua folha 01. Já o autuado considerou o fato como uma conduta lícita, devidamente amparada na legislação regente da matéria.

Assim, resta saber como o direito trata esse fato: como infração à legislação, ou como conduta lícita. Impõe-se, para tal, fazer uma incursão pela legislação pertinente, com vistas a fazer a adequada subsunção do fato à norma.

Segundo a legislação regente da matéria, o DANFE somente pode acobertar o trânsito de mercadorias após a concessão de autorização de uso da NF-e, nos termos da Cláusula Nona do Ajuste SINIEF 07/05, cujo texto reproduzo abaixo, *in verbis*:

“Cláusula nona. Fica instituído o Documento Auxiliar da NF-e - DANFE, conforme leiaute estabelecido no ‘Manual de Integração - Contribuinte’, para acompanhar o trânsito das mercadorias acobertado por NF-e ou para facilitar a consulta da NF-e, prevista na cláusula décima quinta.

§ 1º O DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, ou na hipótese prevista na cláusula décima primeira (grifos acrescidos).

...

Como se pode depreender da leitura do Ajuste citado, o uso do DANFE requer uma prévia autorização de seu uso, a qual será concedida à vista das informações já fornecidas pelo contribuinte. Tendo o seu uso regularmente autorizado, não pode, portanto, o contribuinte alterar o documento auxiliar referido sem que disso resulte violado o dispositivo convenial previsto no § 1º da cláusula sétima do Ajuste, reproduzido a seguir.

“Cláusula sétima. Do resultado da análise referida na cláusula sexta, a administração tributária cientificará o emitente:

...

III - da concessão da Autorização de Uso da NF-e;

...

§ 1º Após a concessão da Autorização de Uso da NF-e, a NF-e não poderá ser alterada (grifo acrescido).

...

Como nem sempre o contribuinte saberá, com antecedência, a data de saída das mercadorias, bem como os dados do veículo transportador, o legislador admitiu que, nestes casos, a concessão de autorização de uso da NF-e possa ser dada, o que não desobriga a empresa de prestar tal informação, num momento subsequente, mediante a transmissão do Registro de Saída, nos termos do § 5º da Cláusula Décima Terceira - A do Ajuste SINIEF 07/05, abaixo transcrita.

“Cláusula décima terceira-A. As informações relativas à data, à hora de saída e ao transporte, caso não constem do arquivo XML da NF-e transmitido nos termos da cláusula quinta e seu respectivo DANFE, deverão ser comunicadas através de Registro de Saída (grifo acrescido).”

...

§ 2º A transmissão do Registro de Saída será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

...

§ 5º O Registro de Saída só será válido após a cientificação de seu resultado mediante o protocolo de que trata o § 2º, disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo a chave de acesso da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária 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.

...

É certo que o Estado da Bahia não implementou o “Registro de Saídas” previsto na Cláusula Décima Terceira – A do Ajuste SINIEF 07/05, o que não invalida o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED enquanto um ambiente publicizado de emissão de documentos fiscais por meio do qual se dá toda a sistemática de controle fiscal das mercadorias em trânsito.

Assim, de posse da leitura dos dispositivos conveniais citados e analisando os documentos que acobertaram o trânsito das mercadorias, objetos da apreensão (folhas 10 e 11), é forçoso concluir que a inserção impressa de outros dados, feita pelo autuante, após concedida a autorização de uso da NF-e, traduz-se como um ato contrário ao direito, na medida em que afronta o caput da Cláusula Décima Terceira - A citada. Ou seja, quebra com a harmonia do sistema público, cujo cerne aponta no sentido de que qualquer alteração do documento fiscal, regularmente autorizado, precisa ser igualmente publicizada sob pena de inviabilizar-se o controle das operações em trânsito.

Embora ilícita a conduta adotada, a consequência jurídica atribuída pelo acordo interestadual referido não foi a inidoneidade, pois há norma própria regulando os efeitos jurídicos da falta de transmissão do registro de saída, conforme o § 7º da cláusula acima citada, reproduzido a seguir, *in verbis*:

“Cláusula décima terceira-A. As informações relativas à data, à hora de saída e ao transporte, caso não constem do arquivo XML da NF-e transmitido nos termos da cláusula quinta e seu respectivo DANFE, deverão ser comunicadas através de Registro de Saída (grifo acrescido).”

...

§ 7º Caso as informações relativas à data e à hora de saída não constem do arquivo XML da NF-e nem seja transmitido o Registro de Saída no prazo estabelecido no “Manual de Orientação do Contribuinte” será considerada a data de emissão da NF-e como data de saída.

...”

Ou seja, o efeito jurídico da ausência de tais informações não é a inidoneidade documental, mas sim a presunção *ex-lege* de que a mercadoria saiu do estabelecimento na data de emissão da NF-e. É legítimo concluir, portanto, que, na ausência da informação própria, o legislador considerou que deve prevalecer a data de emissão do documento fiscal autorizado.

Assim, a discussão acerca da inidoneidade do documento não pode estar vinculada unicamente com a ausência da data de saída, pois este elemento, por si só, não leva à imprestabilidade do documento fiscal apreendido, necessitando-se empreender uma apuração dos demais aspectos que acobertaram a operação, com fins de avaliar se os fatos narrados se subsumem à hipótese legal de inidoneidade.

Examinando os documentos fiscais citados (folhas 10 e 11), contata-se que o veículo transportador saiu do estabelecimento de origem (em Manaus/AM) no dia 23/03/2012 (data de emissão das NF-e). O próprio Livro Registro de Saídas da empresa (cópia à folha 99) evidencia que tais mercadorias saíram do estabelecimento no dia 23/03 e não no dia 05/05 (data do carimbo). Daí, seguiu a sua rota até a cidade de Salvador, no Estado da Bahia, onde se encontra sediada outra empresa do mesmo grupo, destinatária das mercadorias.

Percebe-se que as mercadorias foram apreendidas no dia 13/05/2012, no município de Juazeiro, no norte da Bahia, conforme consta do “TERMO DE APREENSÃO E OCORRÊNCIAS”, à folha 06. Ou seja, cinquenta e um dias após a saída das mercadorias. Ademais, o transportador das mercadorias (Rapidão Cometa) não coincide com aquele descrito no corpo do documento fiscal (Login Logística Intermodal).

Ainda que se possa admitir que o veículo transportador tenha desenvolvido outro roteiro de viagem e que, portanto, necessitasse de um tempo maior de viagem para chegar ao destino, soa contraditório que as mercadorias tenham demorado mais de cinquenta dias para chegar ao ponto da autuação (considerando o local da apreensão).

O largo espaço de tempo existente entre a data de saída e a de apreensão das mercadorias, associado à informação incorreta do transportador, está a revelar que o documento fiscal perdeu a aptidão para acobertar o trânsito desses produtos cuja saída ocorrera a mais de cinquenta dias do ponto de origem.

Entendo, assim, que as circunstâncias em que se deu o fato, devidamente comprovadas pelos documentos acostados ao presente processo, expõem as operações mercantis de uma forma tal que as notas fiscais eletrônicas emitidas acabaram se revelando insuficientes para dar conta de sua missão legal, traduzida em impor controle fiscal ao trânsito dos bens comercializados.

Não é admissível que o contribuinte ignore todo o ambiente público de emissão das notas fiscais eletrônicas, de observância obrigatória e essencial para permitir o adequado controle das mercadorias em trânsito. Tendo feito letra morta dos textos normativos em vigor, deve, em contrapartida, assumir as consequências jurídicas de sua conduta, expondo-se aos riscos da desconformidade apurada entre o documento irregularmente utilizado e os elementos da operação mercantil que deveria acobertar, sob pena de se dar azo a um precedente que deixaria impedida a administração tributária de exercer a adequada fiscalização do trânsito de mercadorias.

Em vista de tudo quanto foi exposto, entendo que os DANFES 116930 e 116931 são efetivamente inidôneos para os fins de acobertar as operações mercantis praticadas em 13/05/2012, restando caracterizada a infração e incidindo a multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Quanto à alegada falta de amparo legal da base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal, o art. 22 da Lei nº 7.014/96 prevê a possibilidade de arbitramento da base de cálculo quando a documentação fiscal for considerada inidônea.

“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:

*I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;
...”*

Examinando as peças que compõem o processo, é possível notar que o autuante utilizou o preço unitário de R\$272,67, coletado das Notas Fiscais eletrônicas nºs 122213, 122214, 122215 e 122216 (folhas 15 a 18), emitidas pela própria Semp Toshiba, contemporâneas à autuação e consideradas como idôneas pela fiscalização. Daí, chegou-se a uma base de cálculo de R\$272.670,00, que é resultado da multiplicação de R\$272,67 por mil.

Assim, entendo que não merece acolhida a alegação de que a base de cálculo foi apurada em desconformidade com a lei.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do voto do eminente relator. Estaria correta a decisão por ele proferida se a mesma estive acorde com o motivo da inidoneidade apontada pelo autuante no Auto de Infração. O agente autuante discorreu na peça acusatória que houve: “*Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação*” – **Infração 53.01.15** (pág. 01 do PAF).

Observe, entretanto, que não há qualquer prova nos autos de que esta reutilização dos documentos fiscais tenha de fato ocorrido, como também não há qualquer menção no voto do relator dessa específica circunstância caracterizadora da infração apontada pelo agente autuante na peça inaugural deste processo.

Se fizermos uma atenta leitura do voto do eminente relator podemos deduzir que a motivação da procedência do lançamento de ofício é outra e distinta daquele de que se valeu o autuante.

Transcrevo abaixo, em *itálico*, o núcleo da fundamentação de que se valeu o relator para declarar a procedência do Auto de Infração:

Percebe-se que as mercadorias foram apreendidas no dia 13/05/2012, no município de Juazeiro, no norte da Bahia, conforme consta do “TERMO DE APREENSÃO E OCORRÊNCIAS”, à folha 06. Ou seja, cinquenta e um dias após a saída das mercadorias. Ademais, o transportador das mercadorias (Rapidão Cometa) não coincide com aquele descrito no corpo do documento fiscal (Login Logística Intermodal).

Ainda que se possa admitir que o veículo transportador tenha desenvolvido outro roteiro de viagem e que, portanto, necessitasse de um tempo maior de viagem para chegar ao destino, soa contraditório que as mercadorias tenham demorado mais de cinquenta dias para chegar ao ponto da autuação (considerando o local da apreensão).

O largo espaço de tempo existente entre a data de saída e a de apreensão das mercadorias, associado à informação incorreta do transportador, está a revelar que o documento fiscal perdeu a aptidão para acobertar o trânsito desses produtos cuja saída ocorrera a mais de cinquenta dias do ponto de origem.

Entendo, assim, que as circunstâncias em que se deu o fato, devidamente comprovadas pelos documentos acostados ao presente processo, expõem as operações mercantis de uma

forma tal que as notas fiscais eletrônicas emitidas acabaram se revelando insuficientes para dar conta de sua missão legal, traduzida em impor controle fiscal ao trânsito dos bens comercializados.

Não é admissível que o contribuinte ignore todo o ambiente público de emissão das notas fiscais eletrônicas, de observância obrigatória e essencial para permitir o adequado controle das mercadorias em trânsito. Tendo feito letra morta dos textos normativos em vigor, deve, em contrapartida, assumir as consequências jurídicas de sua conduta, expondo-se aos riscos da desconformidade apurada entre o documento irregularmente utilizado e os elementos da operação mercantil que deveria acobertar, sob pena de se dar azo a um precedente que deixaria impedida a administração tributária de exercer a adequada fiscalização do trânsito de mercadorias.

Em vista de tudo quanto foi exposto, entendo que os DANFES 116930 e 116931 são efetivamente inidôneos para os fins de acobertar as operações mercantis praticadas em 13/05/2012, restando caracterizada a infração e incidindo a multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

São diversas as supostas irregularidades formais apontadas pelo Sr. relator, relacionadas, por exemplo, com: o intervalo de tempo entre a emissão das notas fiscais no estabelecimento de origem e a posterior apreensão no trânsito das mercadorias no território baiano; a aposição manual da data de saída nos documentos sem a correspondente inserção dessa informação no ambiente público da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e); e quanto ao transportador que de fato conduzia as mercadorias - mas, não há nenhuma menção ou demonstração probatória no voto ou em qualquer peça que compõe este PAF de que o contribuinte tenha utilizado mais de uma vez dos documentos fiscais considerados “inidôneos”, este o núcleo da acusação formalizada pelo agente autuante.

Observo ainda que o autuante fez menção à data de emissão dos DANFES e à transportadora que conduzia as mercadorias apreendidas, conforme foi detalhado no Termo de Ocorrência Fiscal (doc. fl. 4). Depois, no Auto de Infração, formalizou a acusação de uso de documento fiscal mais de uma vez para acobertar as mercadorias transportadas. Questiona-se: baseado em que provas deduziu o autuante de que houve a reutilização de notas fiscais? Não há, reafirmo, qualquer elemento probatório no processo que revele que houve essa suposta reutilização. E mais: em relação a essa específica imputação de re-uso de documentos fiscais não há qualquer menção do fato no voto do Sr. Relator.

Há de se concluir, portanto, que o fato que motivou o lançamento, a qual se vincula o órgão julgador, sob pena de proferir decisão “*extra petita*”, é a acusação de reutilização de documentos fiscais. Esta acusação não tem nenhuma base probatória, estando, portanto, calcada em mera presunção, e sem nenhum lastro também nos textos de lei invocados pelo próprio autuante, contidos no art. 42, inc. IV, letra “d” c/c o art. 44, inc. II, todos da Lei nº 7.014/96.

Ademais a própria lei do ICMS do Estado da Bahia, no seu art. 44, parágrafo único, prescreve que “... *somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine*”. No caso concreto, conforme fartamente enunciado linhas acima, não há qualquer prova de que o contribuinte se valeu da reutilização de documentos fiscais para dar cobertura a operações de circulação de mercadorias distintas. Por outro lado, não é qualquer desconformidade do documento fiscal que acarreta a sua inidoneidade, mas somente aquelas que o tornem imprestável a documentar a operação ou a prestação objeto da fiscalização pelas autoridades fazendárias.

Sob outro prisma, a acusação de reutilização de documentos fiscais é gravíssima, estando tipificada também como crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), de forma que não se pode validar lançamento que estampa uma imputação dessa natureza, sem lastro em sólidas bases probatórias.

Pelas razões acima expostas, o presente Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias padece de vícios insanáveis, seja quanto aos aspectos formais, seja em relação aos aspectos materiais vinculados ao fato gerador, devendo ser julgado NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217683.0501/12-3**, lavrado contra **RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.353,90**, acrescido multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE