

A. I. Nº - 210428.0810/10-5
AUTUADO - FENTON IND. E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.
AUTUANTE - SILVANO AGUIAR MATOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 09.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-04/11

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADAS POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias quando emitido no “ambiente de produção” e após a concessão da Autorização de Uso, conforme estabelece o § 1º do art. 231-H do RICMS/BA e Cláusula 9ª do Manual Integração - Contribuinte. Documento considerado inidôneo, a teor do art. 209, incisos II e III do mesmo Diploma Legal. Afastada preliminar de nulidade e prejudiciais de análise de mérito. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 14/08/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$73.215,90, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documento que não era o legalmente exigido para a operação.

Consta na “Descrição dos Fatos” que no Posto Fiscal foi apresentado o DANFE 002203, emitido por FICET IND COM DE CIGARROS IMP EXP, que, fiscalizado, restou comprovado sem valor fiscal, pois foi emitido no ambiente de homologação (“vide hardy copy” anexa), razão pela qual é inidôneo. O DANFE e as mercadorias foram apreendidos para fazer prova da infração à Legislação Tributária.

O autuado apresentou impugnação às fls. 89 a 100. Preliminarmente, informa sua alteração contratual para a denominação FICET IND E COM DE CIGARROS IMP E EXP LTDA e, com base no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF, argui a nulidade do auto de infração por manifesta insegurança em face da ausência de elementos suficientes para a infração, além de o ato ter sido praticado com preterição do direito de defesa, considerando-se a apreensão dos seus bens sem respeito ao devido processo legal. Transcreve dispositivos da Constituição Federal (arts. 5º, LIV, LV, 37, 170, II, IV, e parágrafo único), para dizer que além de não ter vulnerado os dispositivos legais apontados no auto de infração, não compreende a imposição da exação fiscal, vendo-se tolhido de seus direitos constitucionais relativos ao devido processo legal; ampla defesa e contraditório; legalidade; moralidade; existência digna de todos; propriedade privada; livre concorrência e; livre exercício da atividade econômica, que se consubstanciaram na apreensão de mercadorias para cobrança de tributos, contrariando pacífica jurisprudência.

Quanto à deficiência material que defende diz que a única prova em que se deteve o agente fiscal foi o fato de o DANFE trazer minimamente em sua parte inferior a expressão: “DANFE emitida no ambiente de homologação – SEM VALOR FISCAL” que, esclarece, se deu em razão de erro do programa de computador que emite tal documento.

Alega que tal hipótese é prevista, como ocorre com os mais renomados programas de computador, a exemplo do sistema operacional Windows, que rotineiramente são atualizados em razão de sofrerem erros de execução, descabendo impor ônus aos usuários dos programas de emissão de notas fiscais eletrônicas. Diz que o citado erro também ocorreu na emissão de outras

notas fiscais, remetidas a outros Estados, mas para comprovar a lisura e sua boa-fé, exemplifica-se com a nota fiscal 000002188, emitida para Minas Gerais, para o qual o ICMS, também por substituição tributária, é recolhido por GNRE, diversificando da forma como é recolhido por GIA/ST para o Estado do Piauí. Contudo, para esta nota fiscal (000002188) já foi emitido o DANFE substitutivo 000002221, retificando o erro do programa emissor de NF-e, conforme prova que anexa.

Assim, diz, se houvesse intenção de burlar os Fiscos estaduais, não teria providenciado de forma regular o recolhimento do tributo devido ao Estado de Minas Gerais, considerando que tal recolhimento deve ser feito após a emissão da respectiva nota fiscal, em razão de ser por GNRE, o que difere da forma GIA/ST, que é recolhido na apuração feita no 9º dia do mês subsequente à operação comercial, como para o Estado do Piauí, e, por isso, já regularmente destacado no próprio DANFE retido pelo citado posto fiscal Benito Gama.

Aduz que embora através de contato telefônico com o agente fiscal tenha tentado apresentar o DANFE substitutivo para retificar o erro, sua intenção foi rejeitada alegando que seria emitida nota fiscal avulsa, e, por conta desta, seria cobrado o ICMS também pelo Fisco da Bahia, procedimento, a seu ver irregular por representar *bis in idem*.

Diz que, por fim, a nota fiscal objeto da ação fiscal foi substituída pela de nº 2230, conforme anexo e que não há elementar tipificada que se pudesse infringir, pois, não se relacionam com o ato de retenção de mercadorias e a suposta falta de recolhimento do tributo, como os comandos, não se subsumem à autuação, principalmente considerando que as mercadorias estavam acompanhadas do competente documentos fiscal, bem como se correlacionavam com a descrição nele contida.

Informa que impetrou medida judicial para liberar os bens e o Tribunal de Justiça não constatou inidoneidade no DANFE, não podendo assim considerar o agente autuante.

Repete o pedido de julgamento da nulidade do auto de infração e, tratando do “excesso de exação”, cola excertos doutrinários na Defesa.

Alega que o agente fiscal lhe acusou que não poderia emitir DANFE substitutivo ao erroneamente extraído e que emitiria nota fiscal avulsa devendo ser recolhido o tributo à Bahia, desconsiderando que o tributo já era devido ao Piauí, como destinatário da mercadoria em trânsito, porém a exigência se dá mediante atividade administrativa vinculada sem discricionariedade deferida ao administrador tributário, devendo realizar o fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, o que, segundo ele, não ocorreu no caso em tela.

Concluindo, requer que autuação fiscal seja julgada inválida, nula, insubsistente ou improcedente, por vício material, determinando-se o cancelamento do crédito tributário nos termos do art. 158 do RPAF.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 121 a 126. Transcrevendo dispositivos legais argumenta sobre a intempestividade da defesa anexada aos autos em 16/09/2010, uma vez que a ciência do auto de infração se deu em 16/08/2010, pelo que o autuado deve ser considerado revel.

Diz que o autuado impetrou Mandado de Segurança e discute na esfera judicial o crédito reclamado e, por isso, abriu mão da instância administrativa, conforme dispositivos do RPAF (arts. 117, §1º, I, 27, IV, 122, IV), e o PAF deve ser encaminhado à DARC.

Adentrando ao mérito da lide, informa que toda empresa credenciada à emissão de NF-e através do ambiente de produção, elabora a NF-e, gera o arquivo digital, assina a NF-e digitalmente e a transmite à Administração Tributária que, após análise, autoriza seu uso. Assim, diz, a concessão da autorização de uso da NF-e no ambiente de produção é condição *sine qua non* para o uso do DANFE como documento fiscal.

Nega valor à afirmação defensiva de que a emissão se deveu a erro do programa de computador que emite o DANFE, dizendo que em verdade a empresa autuada desobedeceu à legislação vigente emitindo o DANFE no “ambiente de testes” usado para empresas em homologação, para acobertar

o transporte da mercadoria objeto da autuação. Aduz que tal documento não possui valor fiscal, pois emitido no “ambiente de homologação” não consta da base nacional, conforme comprova o anexo nº 8. Fala que a utilização de DANFE emitido nestas circunstâncias é vedado como documento fiscal e informações no próprio documento atestam a sua inutilidade (fl. 35).

Nesse sentido transcreve texto do Ajuste SINIEF 07/05 e do Manual de Integração – Contribuinte, publicado pela COTEPE, para dizer que o autuado tentou driblar o Fisco baiano e para substituir o DANFE irregular emitiu, depois do início da ação fiscal, o DANFE 002230 obedecendo às formalidades extrínsecas, mas carregando os vícios intrínsecos do seu antecessor, de modo que tanto o primeiro quanto o segundo DANFE não se fez acompanhar do comprovante de recolhimento do imposto pela substituição tributária.

Informa que, além disso, no Posto Fiscal emitiu-se o Passe Fiscal nº BA000090/2010-19, tombado à fl. 36 deste PAF, mas que não foi baixado estando, assim, em situação irregular, presumindo-se que a mercadoria autuada não saiu do território baiano e que não foi comprovado o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Por fim, acrescenta que a empresa autuada já teve inscrição na Bahia, mas esta foi baixada em virtude de omissão de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária, conforme se comprova no hard copy de fl. 13.

Concluindo, pede: a) que seja acolhida a primeira preliminar e seja encerrado o processo sem julgamento de mérito, pois o autuado perdeu prazo para apresentação da defesa; b) caso não se acolha a primeira que seja apreciada a segunda preliminar em face da propositura da medida judicial; c) superadas as preliminares, seja o auto de infração julgado procedente.

VOTO

Por meio do Auto de Infração em lide a fiscalização reclamou ICMS e sugeriu a aplicação da multa de 100%, em decorrência da utilização de DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) desprovido da autorização para uso como documento fiscal por ter sido emitido em “ambiente de homologação”.

O autuado impugnou o lançamento tributário com preliminar de nulidade por vê-lo inseguro em face da ausência de elementos suficientes para a infração, além de o ato ter sido praticado com preterição do direito de defesa, considerando-se a apreensão dos seus bens sem respeito ao devido processo legal.

Portanto, em atenção ao art. 154 do RPAF, examinando os autos constato que, ao contrário do expressado pelo impugnante, o procedimento fiscal foi desenvolvido obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF, nele estando determinado com clareza e segurança, a infração e infrator. Foram entregues ao contribuinte autuado cópia do auto e dos papéis de trabalho, tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. Não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado, a infração e conseqüente autuação possuem respaldo na legislação tributária da Bahia. Portanto, afasto o pedido de nulidade suscitado por, em especial, não haver possibilidade de enquadrá-lo em qualquer dos incisos do art. 18 do RPAF.

Quanto ao mérito o impugnante embora alegando mero erro na elaboração do DANFE, reconhece que o documento que acompanhava a mercadoria em trânsito para destinatário situado no Piauí foi emitido no “ambiente de homologação” expressamente reproduzindo a expressão “DANFE emitida no ambiente de homologação – SEM VALOR FISCAL” contida no seu corpo, mas defende a idoneidade do documento porque além de ser prevista a emissão da NF-e, ela ocorreu de boa-fé, contém a descrição da mercadoria e, posteriormente, emitiu nova NF-e substitutiva no “ambiente de produção”.

Realçou que uma dívida tributária depende da ocorrência do respectivo fato gerador da obrigação, complementando que inexistiu violação ao art. 209, inciso II do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), o que teria caracterizado ilegalidade na cobrança do imposto e na imposição de penalidade. Por último, alegou que o imposto devido por substituição tributária não foi recolhido porque para o Piauí ocorreria no 9º dia do mês subsequente ao da operação.

Por sua vez, o autuante ratifica a autuação em face da inidoneidade do DANFE. Transcreveu dispositivos legais a respeito da matéria em questão e informou que por ocasião da ação fiscal foi emitido passe fiscal que ainda se encontra em situação irregular por falta de sua baixa do sistema de controle da SEFAZ. Argumentou sobre a intempestividade da Defesa e disse se aplicar ao caso as disposições dos arts. 117, §1º, I, 27, IV, 122, IV, do RPAF, em razão de o contribuinte ter optado pela via judicial para resolver a lide.

Analisemos o caso.

Quanto à intempestividade da defesa alegada pelo autuante, verifico que o patrono do autuado firmou ciência no auto de infração em 16/08/2010, porém expediu intimação para que o autuado efetuasse pagamento ou apresentasse defesa ao auto de infração em 30/08/2010 (fl. 86), tendo este apostado assinatura no AR em 13/09/2010 (fl. 87). Como a peça defensiva foi protocolada em 16/09/2010, a considero tempestiva.

Também afasto a segunda prejudicial de apreciação de mérito suscitada pelo autuante, qual seja a impossibilidade de prosseguimento da lide na via administrativa em face da opção do contribuinte pela via judicial, uma vez que o Mandado de Segurança apenas objetivou a liberação das mercadorias apreendidas por ocasião da ação fiscal e, conquistado seu objeto, esgotou-se.

Portanto, adentrando ao mérito da lide, de logo friso que o impugnante admite que o DANFE que acompanhava o trânsito da mercadoria objeto da autuação foi emitido no “ambiente de homologação”. Então, sabendo-se que o Direito Tributário funciona de modo vinculado à lei e compulsório no que se refere às obrigações dos sujeitos envolvidos na relação jurídico tributária, analisemos o valor e consequências desse documento neste caso. Insta ressaltar quanto ao argumento de boa-fé alegado pelo impugnante, que ao direito tributário não interessa o “*animus agendi*” do sujeito, ou seja, uma vez demonstrado que o fato da vida se subsume ao tipo legal, havendo obrigação, o gravame compulsório a ela correspondente é exigível, independentemente de o sujeito passivo ter agido movido por boa ou má fé.

Neste aspecto, verifico que se trata do transporte de cigarros, em operação de saída interestadual promovida pelo impugnante por meio do DANFE de nº 2.203, emitido em 13/08/2010, sendo esta também a data de saída, no qual consta clara e expressamente destacado por três vezes a expressão: AMBIENTE DE HOMOLOGAÇÃO – SEM VALOR FISCAL (fls. 09 e 11).

De logo, cabe ressaltar que o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) embora sendo documento essencial e hábil para acompanhar o trânsito da mercadoria não é nota fiscal, nem a substitui. Serve apenas como instrumento auxiliar para consulta da NF-e, pois contém a chave de acesso da NF-e a que corresponde de modo a permitir as pertinentes consultas on-line pelos interessados no documento fiscal, inclusive sua efetiva existência e que tenha tido seu uso regularmente autorizado.

Uma análise dos dispositivos do RICMS/BA que disciplinam a utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) e do seu documento auxiliar, o DANFE, convence-me que, efetivamente, o impugnante incorreu na irregularidade da qual é acusado. Afirmo isto, com base nos seguintes pontos: em primeiro lugar, Art. 231-B diz que para emissão da NF-e e do CT-e, o contribuinte deverá acessar o “ambiente de produção” disponibilizado pela SEFAZ, observado os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda; o art. 231-D determina que o arquivo digital da NF-e só poderá ser utilizado como documento fiscal, após ser transmitido eletronicamente ao fisco, nos termos do art. 231-E, além de ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso, nos termos

do art. 231-F. Por outro lado, o § 1º do art. 231-H informa que o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com mercadorias após a concessão da Autorização de Uso de que trata o inciso III do art. 231-G ou do art. 231-J, que trata da geração de novo arquivo em decorrência de problemas técnicos que impossibilite a transmissão do arquivo, mas dentro de condições especiais que estabelece o Ajuste SINIEF 07/05, mas que não se aplica ao caso em tela, porque não é a contingência aqui tratada.

Observo que o disciplinamento legal acima decorre de Ajuste SINIEF 07/05 em que se trata da NF-e, e no que é pertinente, reza o seguinte:

Cláusula quarta O arquivo digital da NF-e só poderá ser utilizado como documento fiscal, após:

I - ser transmitido eletronicamente à administração tributária, nos termos da cláusula quinta;

II - ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso da NF-e, nos termos da cláusula sexta.

§ 1º Ainda que formalmente regular, não será considerado documento fiscal idôneo a NF-e que tiver sido emitida ou utilizada com dolo, fraude, simulação ou erro, que possibilite, mesmo que a terceiro, o não-pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

2º Para os efeitos fiscais, os vícios de que trata o § 1º atingem também o respectivo DANFE, impresso nos termos da cláusula nona ou décima primeira, que também não será considerado documento fiscal idôneo.

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-A A concessão da Autorização de Uso será formalizada através do fornecimento do correspondente número de Protocolo, o qual deverá ser impresso no DANFE, conforme definido no 'Manual de Integração - Contribuinte', ressalvadas as hipóteses previstas na cláusula décima primeira.

Cláusula décima quinta Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata a cláusula sétima, a administração tributária da unidade federada do emitente disponibilizará consulta relativa à NF-e.

§ 4º A consulta prevista no caput poderá ser efetuada também, subsidiariamente, no ambiente nacional disponibilizado pela Receita Federal do Brasil.

Com o objetivo de condensar as informações acerca da NF-e e os procedimentos de emissão, direcionado ao contribuinte, a Administração Tributária editou o Manual de Integração – Contribuinte (publicado no site da Receita Federal), no qual, integrando a legislação tributária, consta o seguinte:

9. Ambientes de Homologação e de Produção

As Secretarias de Fazenda Estaduais mantêm dois ambientes para recepção de NF-e. O ambiente de homologação é específico para a realização de testes e integração das aplicações do contribuinte durante a fase de implementação e adequação do sistema de emissão de NF-e do contribuinte.

A autorização de uso de NF-e no ambiente de produção, nos termos das cláusulas quarta e quinta do Ajuste Sinief 07/05, de 30 de setembro de 2005, tem o efeito de permitir que o arquivo da NF-e seja utilizado como documento fiscal.

A utilização pelo contribuinte de qualquer um dos dois ambientes fica condicionada a prévia autorização da Secretaria de Fazenda, Finanças ou Tributação de sua UF, através do respectivo processo de credenciamento”.

Assim, embora seja possível mediante prévia autorização a utilização de qualquer dos ambientes para emissão de DANFE, apenas quando emitido no “ambiente de produção”, tal documento permite que o arquivo da NF-e seja utilizado como documento fiscal.

Portanto, em resumo, a legislação acima exposta expressa o seguinte: Contribuinte emitente de NF-e - sendo o caso do autuado expressamente obrigado em função do seu ramo de atividade (art. 231-P, I, “a” do RICMS-BA) -, para usá-lo como documento com efeito fiscal para acompanhar o

transporte de mercadoria, compulsoriamente deve emitir o DANFE no “ambiente de produção”, gerando o arquivo digital e o transmitindo eletronicamente à Administração Tributária, que, após análise, autoriza ou não o uso da NF-e.

Ora, o primeiro ponto que verifico é que o documento que acompanhava o transporte da mercadoria, juntado às fls. 9 a 11, foi emitido no “ambiente de homologação”, portanto, inapropriado para acobertar o transporte da mercadoria, inclusive porque, conforme extrato da consulta constante da fl. 08 do PAF, na ocasião da ação fiscal inexistia a sua correspondente nota fiscal. Isso tanto é verdade, que o próprio impugnante confessa que somente depois da ação fiscal que resultou na lavratura do auto de infração em debate, mais precisamente em 17/09/2010, providenciou a emissão do DANFE 00002230 (fl. 104) que chama de substitutivo, dentro do “ambiente de produção”. Neste ponto, além de o novo DANFE não produzir o efeito de substituição pretendido pelo autuado, saliento que a posterior apresentação de documentos não elide a exigência fiscal apurada no trânsito, conforme prescreve o art. 911, § 5º, do RICMS/BA.

Um segundo ponto diz respeito à alegação de erro do programa de computador que emite os documentos relativos à NF-e. Não vejo pertinência no argumento do contribuinte para o caso, pois além da legislação claramente não permitir o uso fiscal do DANFE como emitiu, não provou nos autos a existência do erro que cita. Para ressaltar o fundamento de inexistência da NF-e relativa ao DANFE 2203 que acompanhava a mercadoria autuada, saliente-se que em caso de contingência que impossibilite transmissão de arquivo da NF-e, a legislação prevê que o contribuinte deverá gerar novo arquivo, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência, adotando, assim, alguma das seguintes alternativas previstas no art. 231-J: transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC, ou imprimir o DANFE em Formulário de Segurança (FS), ou, ainda, imprimir o DANFE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA), e isso não foi feito.

Acrescento, ainda, que de acordo com diretriz emanada do § 1º-A do art. 231-H, do RICMS-BA, a concessão da Autorização de Uso concernente ao DANFE, deverá ser formalizada através do fornecimento do correspondente número de Protocolo, o qual deverá ser impresso nesse documento. Por outro lado, segundo disposto no § 2º do art. 231-D, os vícios apontados no seu § 1º atingem também o respectivo DANFE, que também será considerado documento fiscal inidôneo.

Para um melhor entendimento do quanto afirmado acima, transcrevo os dispositivos do Regulamento do ICMS aos quais me reporte e que têm fundamental importância no deslinde desta questão:

“Art. 231-D. O arquivo digital da NF-e e do CT-e só poderá ser utilizado como documento fiscal, após:

I - ser transmitido eletronicamente ao fisco, nos termos do art. 231-E;

II - ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso, nos termos do art. 231-F.

§ 1º Ainda que formalmente regular, não será considerada documento fiscal idôneo o que tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erro, que possibilite, mesmo que a terceiro, o não-pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

§ 2º Para os efeitos fiscais, os vícios de que trata o § 1º atingem também o respectivo DANFE ou DACTE, impresso nos termos dos art. 231-H e 231-J, que também não será considerado documento fiscal idôneo.

§ 3º A autorização de uso não implica validação das informações nela contidas.

Art. 231-E. A transmissão do arquivo digital da NF-e e do CT-e deverá ser efetuada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com

utilização software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pelo fisco.

...

Art. 231-H. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE) e do Documento Auxiliar do CT-e (DACTE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos previstos no art. 231-N.

§ 1º O DANFE e o DACTE somente poderão ser utilizados para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso de que trata o inciso III do art. 231-G, ou na hipótese prevista no art. 231-J.

§ 1º-A. A concessão da Autorização de Uso será formalizada através do fornecimento do correspondente número de Protocolo, o qual deverá ser impresso no DANFE, conforme definido nos termos de Ajuste SINIEF, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 231-J.

...

Art. 231-J. Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e ou o CT-e à Secretaria da Fazenda ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso, o contribuinte deverá gerar novo arquivo, conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência e adotar uma das seguintes alternativas:

I - transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC, para a Receita Federal do Brasil, observado o disposto no art. 231-T;

II - imprimir o DANFE ou o DACTE em Formulário de Segurança (FS), observado o disposto no art. 231-Q;

III - imprimir o DANFE ou o DACTE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA), nos termos do Convênio ICMS 110/08.”

A terceira questão que vem confirmar o acerto do autuante ao exigir o pagamento do imposto se prende ao fato de o Passe Fiscal emitido no Posto Fiscal em que ocorreu a ação fiscal não ter sido baixado até 28/10/2010 (fl. 130), com o que, obviamente se deduz que liberada a mercadoria em face da liminar judicial cientificada ao Fisco em 23/08/2010 (fl. 29), esta não saiu do território baiano com destino ao Estado do Piauí como indicado no DANFE (presunção legal estatuída no art. 960 do RICMS-BA), o que faz cair por terra o argumento de recolhimento posterior do imposto devido por substituição tributária e consequente *bis in idem* alegado, até porque, podendo e sendo o elemento hábil para comprovar o cumprimento da obrigação principal tributária concernente à operação original acompanhada do documento considerado inidôneo, conforme alega, o contribuinte autuado não trouxe aos autos prova do recolhimento do imposto. Deste modo, o autuado incorreu na disposição prevista no art. 142 do RPAF/BA, que estabelece:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Com base no quanto acima delineado e tendo em vista o disposto no art. 209 e seus incisos II e III, do RICMS/BA, os quais transcrevo em seguida, concluo que a acusação fiscal restou plenamente caracterizada.

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

...

II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;"

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210428.0810/10-5**, lavrado contra **FENTON IND. E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.215,90**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR