

PROCESSO - A.I. Nº 217449.0302/11-5
RECORRENTE - ALDINO ALDIR LUCHMEIER
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0248-05/11
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0025-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DANFES. MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO REUTILIZADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovada a utilização dos DANFES, mais de uma vez para acobertar operação ou prestação. Não acolhida as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1º Grau, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 15/03/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 21.014,40 em razão da utilização de documento fiscal com prazo de validade vencido. DANFE utilizado após o prazo legal.

Após análise das peças processuais, a JJF assim decide:

[...]

O Auto de Infração versa sobre a utilização de documento fiscal com data de validade vencida. Foram considerados inidôneos DANFES utilizados após o prazo legal, e está sendo exigido o ICMS correspondente à circulação de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, com multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, “a” da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que o veículo placa CVP 4389/SP transportava 1.055 caixas de charque J.Beef, constantes dos DANFES nº 21009, de operações ocorridas em janeiro e DANFES nos 21872, 21871, 21966, 22249, de operações ocorridas em fevereiro, considerados inidôneos, por reutilização após o prazo legal para circulação ou cancelamento, ou seja, no mês de março, conforme previsto no Protocolo 10/07 e suas alterações, Ajuste SINIEF e Atos COTEPE, e Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.0302/11-5, fls. 04/05 do PAF.

O autuado rechaçou a acusação, alegou que não possui nenhum vínculo com a emissão dos documentos fiscais das mercadorias em questão, bem como não realizou o transporte de tais mercadorias pessoalmente. Assevera que apesar de ser proprietário do veículo placa CVP 4389/SP, utilizado na operação a que se refere à autuação, este veículo é utilizado para a prestação de serviço de transporte à empresa Rosarial Alimentos S.A. Ademais, entende que não há qualquer previsão de que o proprietário do veículo será responsável pelo pagamento do imposto e outros acréscimos, caso uma operação não tenha sido devidamente acobertada por documento hábil.

Quanto à alegação de ilegitimidade do sujeito passivo, não a acolho face ao disposto no CTN, art. 124, 123, que tratam da responsabilidade por solidariedade, e do art. 5º da LC 87/96: “a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”. O próprio RICMS atribui a responsabilidade ao condutor do veículo, o transportador, consoante art. 39, I, “d”.”

No mais, o Estado da Bahia é competente para exigir o imposto e seus acréscimos legais, conforme dispõe o art. 11 “b” da LC 87/96, pois se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documentação 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.

O DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual nota fiscal eletrônica se refere àquela mercadoria em trânsito. É utilizado para efetuar o registro de passagem pelos Postos Fiscais, através do código de barra (Com leitor óptico) ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. A fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo DANFE, por meio de carimbo.

A obrigatoriedade do DANFE está explicitada no art. 231-H do RICMS/96, e deve ser impresso apenas uma cópia, exceto se a legislação determinar, situação específica, e que as vias devem ser originais, e não cópias reprodutivas, muito menos cópia de DANFE transitado.

Na presente lide verifico que apesar de os DANFES terem sido emitidos dentro das formalidades legais, a sua utilização após vencido o prazo neles fixado, o torna imprestável para acobertar a operação realizada em 05/03/2011, Consoante o Art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008, o prazo para utilização do DANFE não poderá ser superior a 168 horas, ou seja 07 dias da autorização. Neste sentido a SEFAZ emitiu o Parecer nº 15375/2009, emanado da GECOT/DITRI.

Além disso, os documentos trazidos na defesa não são capazes de elidir a infração haja vista que a cópia de nota fiscal de venda a consumidor, nº 172 de Minas Gerais (fl. 56), datada de 09/03/2011, e a uma Nota de Serviços nº 354 de 09/03/2011 (fl. 57) não podem ser consideradas, pois o DANFE nº 21966, fl.09, apresenta o carimbo nº 008 do Posto Fiscal Angelo Calmon (Feira de Santana/BA), no dia 08/03/2011, fato que comprova que nesta data o veículo supra citado transitou naquela unidade fiscal e no dia 09/03/2011, os DANFES 21009, 21872, 21966, 22249, possuem no verso o selo de entrada em Pernambuco, colocado pelos fiscais daquele Estado que trabalham compartilhados em Juazeiro/BA. Portanto, não poderia o veículo estar quebrado em Minas Gerais no dia 09/03/2011, se o mesmo estava em Feira de Santana no dia 08/03/2011 e em Juazeiro no dia 09/03/2011 às 12:12 hs. Ademais, o Ajuste 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 terceiro o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.

Pelo exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão prolatada a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 129/140). Após indicar a infração no presente Auto de Infração a ele imputada e a Decisão prolatada pela JJF, afirma que a mesma deve ser reformada.

Entende não poder figurar no polo passivo da autuação. Diz que o fisco para sustentar o lançamento fiscal sacou das determinações dos artigos 123, 124, 5º e 39 (transcritos), porém tais dispositivos legais não são hábeis a fundamentar a responsabilidade solidária do ora recorrente pelo pagamento do ICMS.

Afirma ser cediço que a responsabilidade pela obrigação tributária é daquelas pessoas, física ou jurídica, que estejam vinculadas à obrigação tributária, conforme comandos do art. 121, 124 e 128 do CTN. No entanto e no caso, não possui nenhum vínculo com a emissão dos documentos fiscais das mercadorias em questão, bem como, não realizou, pessoalmente, o transporte das mercadorias. Assevera que apesar de ser proprietário do veículo placa CVP 4389/SP, utilizado na operação a que se refere à autuação, ele é utilizado para a prestação de serviço de transporte à empresa Rosarial Alimentos S.A. E nesta sua argumentação entende que sua afirmativa tem força no art. 155, II, da CF/88, ou seja, “realizar operação relativa à circulação de mercadorias”. Frisa que a sujeição passiva por responsabilidade exige não somente a previsão em lei, mas, também, a vinculação do responsável com o respectivo fato gerador, sob pena de ofensa aos artigos 121, 124 e 128, do CTN. E que o art. 5º da LC nº 87/96 corrobora tal entendimento. Em assim sendo, como não possui qualquer vínculo com a emissão do documento fiscal e não transportou as mercadorias, insustentável a alegação de que concorreu para o não recolhimento do imposto.

Apontando seu entendimento a respeito das determinações do art. 39, I, “d”, do RICMS/97, afirma que não existe qualquer previsão legal de que o proprietário do veículo seja o responsável pelo pagamento do imposto. Assim, não há que se falar na sua responsabilidade, que entende ser ilegítima.

Em seguida, discorda da JJF a respeito do prazo de validade da NF-e. Transcrevendo as determinações do art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008, diz que o prazo nele contido se refere ao cancelamento da NE-e e não que ela possui um prazo de validade.

Afirma ainda que na falta de um dispositivo regulamentar, o fisco capitulou a suposta infração nos artigos 199, I, 213 combinado com o art. 209, II, todos do RICMS/97, dispositivos estes (transcritos) que se aplicam antes da implantação das NF-e, não sendo aplicáveis às mesmas.

Por consequência do ora exposto, diz que o fato constatado se reveste de “evidente atipicidade de conduta”, o que desaguava na improcedência do lançamento fiscal.

Afirma que os documentos que acompanhavam as mercadorias em tela não são inidôneos, pois os DANFES nºs 21009, 22249, 21966, 21872, embora emitidos nos dias 26/01/2011, 25/02/2011, 18/02/2011, 16/02/2011 e 16/02/2011, respectivamente, houve um atraso na entrega das mercadorias em virtude do veículo que as transportava ter apresentado problemas mecânicos. Que no trajeto de São Paulo para Pernambuco, o veículo que as transportava ficou impossibilitado de trafegar normalmente, em razão de problemas mecânicos, ficando na oficina Casa de Peças 2 Irmãos, cuja razão social é Gilmar Pereira de Souza, até a madrugada de 08/03/2011. Neste momento esclarece que na defesa anteriormente apresentada afirmou que o veículo permaneceu na oficina até 09/03/2011, porém ele foi retirado na madrugada de 08/03/2011. Justifica o equívoco pelo fato das Notas Fiscais de conserto nº 354 e de peças nº 172 terem sido somente emitidas em 09/03/2011. Por essa razão, as mercadorias não chegaram ao seu destino anteriormente.

Aduz que os DANFES não são inidôneos, vez que as operações neles descritas envolvem os Estados de São Paulo e Pernambuco, motivo pelo qual somente estes seriam competentes para lavrar eventual Auto de Infração, caso houvesse alguma irregularidade. Assim, restava clara a incompetência do Estado da Bahia para lavrar o presente Auto de Infração.

Além disso, informa que os documentos já foram lançados no Registro Fiscal dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços referente ao mês de janeiro e de fevereiro de 2011 e o imposto ali destacado compôs o resultado tributável da empresa Rosarial Alimentos S/A.

Frisa que este argumento embora apresentado em sua inicial, sequer foi enfrentado pela JJF que se manteve silente sobre o assunto.

Por fim, requer que toda a sua argumentação seja acolhida, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

Reitera que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu domicílio, situado na Estrada Ibiúna Rio de Una, nº 777, Rio Uma, Ibiúna/SP, CEP 18.150-000.

No seu Parecer da lavra da n. Procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, a PGE/Profis (fls. 149/150) após indicar a infração e a insurgência do recorrente, diz que da análise dos autos resta provado de que o autuado além de ser proprietário do veículo foi o transportador das mercadorias, o que o torna responsável pelo ICMS face à inidoneidade dos documentos fiscais.

E, no mais, assim se posiciona:

Entendo que o ICMS pode e deve ser exigido pelo Estado da Bahia, uma vez que foi nesse território que a irregularidade do trânsito foi identificada.

No mérito, vejo que as razões da inidoneidade dos documentos fiscais estão bem esclarecidas, não havendo qualquer argumento capaz de afastá-la.

O ICMS supostamente recolhido pelo Remetente não pode ser “abatido” do ora exigido, uma vez que se considerando os documentos fiscais como inidôneos, não se pode correlacionar as mercadorias objeto da autuação, com as constantes dos registros fiscais da empresa remetente. Por fim, a multa aplicada é a prevista para a infração em tela, havendo sinais de fraude nos documentos fiscais que acompanham a mercadoria, não vejo como se dar guarida ao pedido de redução ou cancelamento da penalidade.

Opina pelo Não Conhecimento do Recurso interposto.

VOTO

Preliminarmente o recorrente advoga não poder figurar no polo passivo da autuação. Que embora as determinações dos arts. 121, 124 e 128, todos do CTN, imputem a responsabilidade solidária (sujeição de lei), esta somente se concretiza para as pessoas, física ou jurídica, que estejam vinculadas à obrigação tributária, ou seja, a seu fato gerador. No específico caso, não possui nenhum vínculo com a emissão dos documentos fiscais das mercadorias, bem como, não realizou, pessoalmente, o seu transporte. Afirma que embora seja o proprietário do veículo, este é utilizado para a prestação de serviço de transporte à empresa Rosarial Alimentos S.A.

Este é entendimento equivocado do recorrente.

A Constituição Federal no seu art. 155, XII, “a” dispõe que cabe à lei complementar definir os seus contribuintes.

Como bem pontuado pelo recorrente, as determinações o art. 121, Parágrafo único, II, do CTN (que tem força de lei complementar) é expresso em indicar como sujeito passivo da obrigação principal do tributo o “*responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei.*” E o seu art. 124, II determina serem solidariamente obrigadas “*as pessoas expressamente designadas por lei*”.

Por seu turno, a Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 5º dispõe que a “*Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo*”.

Obedecendo ao comando da norma superior, a Lei nº 7.014/96 no seu art. 6º dispõe que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS, entre outros:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Estas determinações estão expressas no art. 39, I, “d”, e V, do RICMS/97.

Por tudo acima exposto, não tem qualquer pertinência a alegação do recorrente de não ser o responsável tributário pelo fato de não ter emitido o documento fiscal. No caso ele jamais poderia tê-lo emitido. A sua responsabilidade solidária decorre de lei já que transportava as mercadorias, sendo que sua responsabilidade começou no início do transporte e somente finda quando da entrega das mercadorias ao destinatário, indicado no documento fiscal.

Quanto à alegação de que não conduzia o veículo, que estava a serviço da Rosarial Alimentos S.A, de igual forma, não é argumento que se possa levar em consideração para desconstituir a ação fiscal. Se acaso o recorrente alugou o veículo á Rosarial Alimentos S.A este é contrato privado que não descharacteriza a propriedade do veículo e todas as consequências a este fato pertinentes.

Em assim sendo, o recorrente é o legítimo sujeito passivo da relação tributária ora em combate.

Aduz ainda o recorrente de que o Estado da Bahia é sujeito ativo ilegítimo da obrigação tributária vez que as operações comerciais descritas nos DANFE's envolvem os Estados de São Paulo e Pernambuco.

Este é outro argumento equivocado do recorrente. As mercadorias encontravam-se neste Estado e acompanhadas de documentos fiscais considerados inidôneos. Como bem pontuado pela JF, o art. 11, I, “b”, da Lei Complementar nº 87/96 dispõe que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é, tratando-se de mercadoria ou bem, onde ele se encontre quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária. Tais determinações encontram-se contidas no art. 13, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96.

No mais, a infração diz respeito a utilização de documento fiscal com prazo de validade vencido, ou sejam DANFE's utilizados após o prazo legal. Consta na descrição dos fatos que o recorrente utilizou os DANFE's indicados após prazo legal para sua circulação ou cancelamento, conforme previsão contida no Protocolo 10/07 (e suas alterações), Ajuste SINIEF e Atos COTEPE. Os DANFE's foram considerados inidôneos por reutilização após prazo de validade. Como dispositivos infringidos da norma regulamentar foram indicados os arts. 199, I e 213 combinado com o art. 209, III, do RICMS/97.

O recorrente afirma que, por não existir dispositivo para a capituloção da infração, o fisco o capitulo nos arts 199, I, 213 combinado com o art. 209, II, todos do RICMS/97, dispositivos estes que não se aplicam às NF-e's. Diz que este fato desaguava na “*evidente atipicidade de conduta*”, consequentemente na improcedência do lançamento fiscal. E nesta linha de condução, discorda da JJF quando foi trazida a baila as disposições do art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008 que tratam do cancelamento da NF-e afirmando de que o caso em questão não é de cancelamento e sim de falta de previsão legal do prazo de validade de uma NF-e emitida.

A NF-e é um documento de existência apenas digital, emitido em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, pelos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI ou Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS (Ajuste SINIEF 07/05), e armazenado eletronicamente com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços. Substitui a nota fiscal modelo 1 e 1-A em todas as hipóteses previstas na legislação em que esses documentos possam ser utilizados, sendo vedada a emissão concomitante dos mesmos, com as exceções que a legislação indica (Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 10/2007). Sendo assim, as disposições concernentes à emissão da Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, a exemplo da vedação estabelecida no RICMS-BA/97 (art. 209) também devem ser aplicadas aos documentos eletronicamente emitidos.

Por outro lado, observo em primeiro que o fato de uma NF-e estar com seu uso autorizado pela Secretaria da Fazenda (SEFAZ) significa, apenas, que o Órgão Fazendário recebeu uma solicitação para a realização de uma determinada operação comercial a partir de determinada data e que verificou previamente determinados aspectos formais (autoria, formato e autorização do emitente) daquela solicitação. Em segundo, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) é uma representação gráfica simplificada da NF-e e tem como funções, dentre outras, conter a chave de acesso da NF-e e acompanhar a mercadoria em trânsito. No caso da empresa destinatária das mercadorias e da NF-e, ela não precisará guardar o DANFE, mas apenas o arquivo digital recebido. Caso o destinatário não seja contribuinte credenciado para a emissão de NF-e, poderá, alternativamente, manter em arquivo o DANFE relativo à NF-e da operação pelo prazo decadencial estabelecido pela legislação, devendo ser apresentado à administração tributária, quando solicitado. Portanto, o DANFE em papel, apenas com pequenas exceções, não é guardado pelo recebedor das mercadorias.

Com tais considerações pergunto se existe um prazo de validade de um NF-e já que o recorrente contestou a indicação do art. 199, I e do art. 213, do RICMS/97 aplicados pelos autuante e que tratam do prazo de validade de um documento fiscal e a obrigatoriedade de se apor este prazo no documento fiscal. Documentos fiscais confeccionados tipograficamente ou por SEPD.

Ao analisar a legislação pertinente à matéria, inexiste norma expressa para se determinar o prazo entre a emissão da NF-e, já que ela somente é “confeccionada” no momento da finalização de uma operação comercial, não sendo as previsões do art. 199, I e art. 213, do RICMS/97 os mais adequados para se trazer a baila. Entretanto, não se pode perder de vista que uma NF-e, autorizada pelo fisco estadual não pode permanecer válida por tempo indeterminado. Assim, o assunto deve ser tratado dentro da razoabilidade, ou seja, que se observe a data da emissão da NF-e, e sua autorização, com a data efetiva da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Neste sentido, entendo ser conveniente transcrever texto do Parecer Dítri nº 15375/2009, datado de 28/08/2009 que discorre de maneira bastante elucidativa sobre a situação ora em debate. Informo, ainda, que tal posição tem sido adotada em outros Pareceres, a exemplo, o de nº 18092/2009, de 01/10/2009.

.....
Tendo em vista que NFe tem procedimentos especiais para a sua emissão (precede de autorização), necessário se faz que a data da saída efetiva da mercadoria deva ser apostila quando da sua emissão. Para suprir dificuldades no desenvolvimento da atividade dos contribuintes, a Diretoria de Tributação manifestou-se no sentido de autorizar que essa data seja presumida, entretanto, não pode ultrapassar a data prevista para cancelamento, que de acordo com o art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008 não poderá ser superior a 168 horas (o

que equivale a 7 dias) da data da autorização de uso. Abaixo transcrição do texto referido e do art. 231-k e 231-L do RICMS/BA, que trazem a previsão do cancelamento.

"Art. 1º Poderá o emitente solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 168 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às demais normas constantes o Ajuste SINIEF 07/05, de 5 de outubro de 2005."

RICMS/BA:

"Art. 231-K. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III do art. 231-G, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes no art. 231-L.

Art. 231-L. O cancelamento de que trata o art. 231-K somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à Administração Tributária que a autorizou.

2 - A data da saída deve ser apostada na forma orientada acima, não podendo ser utilizada a caneta ou outro meio que não o eletrônico, nas formas determinadas na legislação, para tal finalidade.

Portanto, quando a JJF se referiu ao art. 231-K, do RICMS/97 razão lhe assistia em determinar que a validade da NF-e termina com o prazo para o seu cancelamento.

E, por fim, embora os arts. 199, I e 213, do RICMS/97 não tenham aplicabilidade para uma NF-e, o recorrente desde a sua inicial se defendeu corretamente da infração a ele imputada, não ensejando a indicação de tais dispositivos legais qualquer cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, em 14/03/2011, no Posto Fiscal Heráclito Barreto (localizado na divisa da BA com AL – Rod BR 110, km 01, Paulo Afonso) foi apreendida mercadoria (charque) acobertada pelos DANFE's nºs 21009, 21872, 21871, 21966 e 22249, emitidos, respectivamente, nos dias 26/01/2011, 16/02/2011, 18/02/2011 e 25/02/2011 para acobertar operação comercial da empresa Rosarial Alimentos S.A, localizada no Estado de São Paulo, com empresas situadas no Estado de Pernambuco e no Estado do Ceará (fls. 06/10).

Quanto de sua inicial, o recorrente justifica a discrepância das datas de saídas consignadas nos documentos fiscais, afirmando que, na realidade, as mercadorias somente saíram de São Paulo em 25/02/2011 (fl. 40). Para consubstanciar seu argumento apresenta cópia do documento “Pesagem de Mercadoria” emitido em 25/02/2011 (fl. 54). Em primeiro, como acima explanado, a NF-e tem prazo de validade. Em segundo, a data de sua emissão e autorização pode não coincidir com a data da efetiva saída da mercadoria, porém deve estar dentro do prazo indicado na legislação. NF-e emitida um mês antes da efetiva saída das mercadorias como informa o recorrente (nº 21009), autorizada em 03/02/2011 às 11:01:11, conforme consulta pública do site da SEFAZ/SP, por si só, é inidônea. Em terceiro, o próprio recorrente traz aos autos a prova de que as mercadorias saíram, de fato, do fornecedor nas datas nelas consignadas, conforme consta do Livro Registro de Saídas da Rosarial Alimentos S.A (fls. 75, 92, 94). E em quarto, a cópia do documento “Pesagem de Mercadoria” apresentada apenas informa que em 25/02/2011 houve uma operação comercial entre a Rosarial e a empresa Atacadão de Alim. Santana Ltda, e que consta como destinatário da mercadoria do DANFE nº 210009 e não dos outros. Este documento não é prova de que por alguma razão a empresa fornecedora, embora tenha documentado corretamente as operações comerciais, somente deu saída da mercadoria para diversos clientes em 25/02/2011, inclusive em estados diferentes.

O recorrente ainda justifica que em 26/02/2011, o veículo quebrou no Estado de Minas Gerais, ficando na oficina de 26/02/2011 até 09/03/2011 (defesa inicial – fl. 40). Apresentou notas fiscais do referido conserto (fls. 56/57). Como a JJF não aceitou as suas razões de defesa, na sua peça recursal afirma que na realidade o caminhão saiu da oficina em Minas Gerais na madrugada do dia 08/03/2011, sendo que a prestação de serviço somente foi faturada em 09/03/2011. Em primeiro, não é crível que um caminhão carregado de mercadoria perecível (charque) permanece em uma oficina de 26/02/2011 até a madrugada de 08/03/2011, bem como que ele foi da oficina retirado na madrugada e não no expediente normal da atividade da prestadora de serviço. Não existe prova nos autos deste acontecimento. Em segundo, a nota fiscal trazida como prova nada acrescenta á

lide, pois apenas diz que houve o conserto de um veículo (não se sabe qual), conserto este que foi faturado em nome da Rosarial Alimentos S.A.

Em vista do exposto, as razões recursais não são aptas para desconstituir a ação fiscal.

E, no mais, resta provado nos autos que em 08/03/2011 a mercadoria passou pelo Posto Fiscal Benito Gama, posto este situado no sudeste da Bahia (BR 116, Km 843, Vitória da Conquista - fls. 06/10). Em 09/03/2011 adentrou no Estado de Pernambuco, conforme etiquetas de "Protocolo" do fisco daquele Estado e constante no verso dos documentos fiscais. No referido Estado deveria as mercadorias ser entregues nos municípios de Serra Talhada, Buique, Pesqueira e São José do Egito. E no Estado do Ceará no Município de Juazeiro do Norte, estado geograficamente acima do de Pernambuco. Porém, em 14/03/2011 às 20:56hs (Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.0302/11-5) as mercadorias retornam para o Estado da Bahia, estado localizado geograficamente abaixo de Pernambuco e Alagoas, sem qualquer justificativa deste retorno, e tampouco, sem qualquer outro carimbo das fiscalizações estaduais, inclusive do Ceará.

Diante de todos os fatos ora expostos, os DANFE's apresentados à fiscalização para acobertar a circulação das mercadorias neste Estado são, de fato, inidôneos. Nesta situação, determinam os §§ 1º e 2º do art. 231-D, do RICMS/97:

Art. 231-D.

§ 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.

Afora que as determinações do art. 209, III da norma regulamentar é expressa em considerar inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado.

Em assim sendo, as questões levantadas pelo recorrente não possuem o condão de desconstituir a infração ora impugnada.

Por fim, quanto ao argumento do recorrente de que os documentos já foram lançados na escrita fiscal do fornecedor, aqui nada acrescenta, pois a operação em discussão não se refere à primeira operação acobertada corretamente pelos referidos documentos fiscais.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 217449.0302/11-5, lavrado contra **ALDINO ALDIR LUCHMEIER**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.014,40**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS