

PROCESSO - A. I. N° 217449.0303/12-0
RECORRENTE - JLI TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0248-05/12
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 12/04/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0088-11/13

EMENTA. ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A inidoneidade de documentos fiscais somente induz à responsabilidade solidária do transportador se o vício era por ele aferível. No caso concreto, a inidoneidade respalda-se, exclusivamente, no lapso temporal entre a emissão dos documentos fiscais e o transporte das mercadorias, não havendo, na legislação vigente, qualquer norma estipulando prazo máximo entre esses dois eventos (emissão da nota e saída da mercadoria), muito menos atribuindo a pecha da inidoneidade pela sua inobservância. Nesse contexto, resta caracterizada a ilegitimidade passiva do transportador para responder pelo imposto exigido, pois não tinha condições de aferir a suposta inidoneidade apontada pela fiscalização. Acolhida a preliminar suscitada, de ofício. Auto de Infração **Nulo**. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0248-05/12), que julgou Procedente a presente autuação, que exige ICMS no valor de R\$37.541,68, acrescido de multa de 100%, sob a acusação de utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que constatou a irregularidade no veículo placa GVI 6548 que transportava 2.375 sacos de leite em pó Embaré constantes nos DANFE’s nºs: 66317; 66318; 66319; 66320; 66321; 66322; 66458 e 66459, emitidos em 27/02/2012, considerados inidôneos por reutilização para acobertar uma nova operação em 08/03/2012, conforme CTRC nº 052797 a 052804. Foi verificado que as mercadorias foram fabricadas nas datas 05/03/2012 e 07/03/2012, o que, segundo a acusação, comprova a reutilização fraudulenta dos respectivos DANFE’s.

Foram dados como infringidos os artigos 209, inciso VI; 911 e 913 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, e aplicada à multa prevista no art. 42, IV, “d”, da Lei nº 7.014/96. Tudo conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos, às fls. 5 a 47 dos autos.

Concluída a instrução do feito, a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o acórdão recorrido, nos seguintes termos:

"A presente ação fiscal exige o imposto do transportador, na qualidade de responsável solidário, previsto no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 37.541,68, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de “Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”, em relação aos DANFE nos: 66317; 66318; 66319; 66320; 66321; 66322; 66458 e 66459, emitidos em 27/02/2012, considerados inidôneos por reutilização para acobertar uma nova operação em 08/03/2012, uma vez que as

mercadorias foram fabricadas nas datas 05/03/2012 e 07/03/2012, o que, segundo a acusação, comprova a reutilização fraudulenta dos respectivos DANFE.

O defendente arguiu a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de se pautar em mera presunção, como também em razão da fundamentação legal da suposta infração encontrar-se revogada.

Contudo, da análise das peças processuais, rejeito a preliminar de nulidade, pois verifico que o lançamento preenche as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, o qual a exerceu plenamente, tendo o fato imputado sido descrito com clareza e o sujeito passivo demonstrou pleno entendimento da acusação fiscal, ao apresentar razões de mérito condizentes à imputação, comprovando a inexistência de qualquer prejuízo ao pleno exercício do seu direito de defesa.

O suposto erro da indicação de dispositivos regulamentares infringidos, por se encontrarem revogados, não implicaria em nulidade do Auto de Infração uma vez que, nos termos do art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, e, no caso presente, o art. 44, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, contém a mesma disposição legal do art. 209, VI, do RICMS, assim como o art. 40, §1º, da citada Lei corresponde ao conteúdo normativo previsto nos artigos 911 e 913 do RICMS/97.

Ademais, ao contrário do que afirma o autuado, o enquadramento dos fatos infracionais apontados se reportam aos dispositivos regulamentares infringidos vigentes à época dos fatos geradores ocorridos, haja vista que a constatação do ilícito fiscal é de 08/03/2012, quando ainda vigia o RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o qual só foi revogado através do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, em 1º/04/2012, quando passou a vigor.

Em relação à alegação de o Auto de Infração se pautar em mera presunção de reutilização das notas fiscais, por tratar-se de mérito, assim será analisada.

No mérito, verifica-se que o cerne da questão é o fato de que o fisco entende que as notas fiscais, objeto da exação fiscal, foram reutilizadas e, portanto, são inidôneas, uma vez que, embora revestidas das formalidades legais, foram utilizadas com o intuito comprovado de fraude, nos termos previsto no art. 44, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que os documentos fiscais foram emitidos em 27/02/2012 e acobertavam nova operação em 08/03/2012, cujas mercadorias foram fabricadas em 05/03/2012 e 07/03/2012.

O defendente aduz não haver qualquer prova da reutilização das notas fiscais, não lhe cabendo o ônus da prova negativa, do que diz que, por vezes, quando da emissão do documento fiscal, não existe o produto necessário em estoque, que pode vir a ser fabricado alguns dias após, como ocorreu na hipótese dos autos. Como prova de sua alegação, anexa documentos objetivando demonstrar a vinculação dos Pedidos de Compra, ocorridos em 14, 24, 26 e 27 de fevereiro, com os DANFE's, emitidos em 27 e 28 de fevereiro, cujas saídas foram registradas no Sistema Integrado de Administração da Receita (SIARE) da SEFAZ-MG, em 08/03/12, cuja data deve ser considerada pela fiscalização, do que alega não existir, na legislação, prazo para se promover a saída de mercadorias após a emissão da nota fiscal, sendo improcedente a “presunção” apresentada pela fiscalização.

Em razão da análise das peças processuais, verifica-se que a legislação pertinente estabelece que o contribuinte emita o documento fiscal antes da saída das mercadorias. Contudo, no caso presente, se constata que o remetente emite a nota fiscal após a análise da administração de vendas, conforme quadro constante do documento intitulado pelo próprio defendente como “Pedidos de Compra”, no qual consigna como observação as expressões: “FATURAR E EMBARCAR IMEDIATO” ou “EMBARQUE IMEDIATO”, consoante se pode comprovar às fls. 78, 80, 84, 86, 88, 90 e 92, com exceção apenas do documento de fl. 82 dos autos. Tal constatação depõe contra a alegação do autuado de que “Desse modo, por vezes, quando da emissão do documento fiscal, não existe o produto necessário em estoque, que pode vir a ser fabricado alguns dias após, como ocorreu na hipótese dos autos.”, cujo lapso é de 12 dias entre a data de emissão e a efetiva data de saída.

Por sua vez, a legislação do ICMS determina como obrigatória à consignação no documento fiscal da data de saída das mercadorias e dos dados do transportador, o que não ocorreu no caso em tela.

Conforme bem ressaltado no Parecer nº 15375/2009, emitido pela GECOT/DITRI, às fls. 107 e 108 dos autos, inexistente previsão legal determinando o prazo entre a emissão da nota fiscal e a data efetiva da saída da mercadoria do estabelecimento emitente, devendo esse assunto ser tratado dentro da razoabilidade e de acordo com os fatores que influenciaram a operação.

No caso específico, observo que o fato da emissão do documento fiscal ocorrer nas datas de 27 e 28 de fevereiro; de o próprio contribuinte consignar nos “Pedidos de Compra” a observação embarque imediato, cujas ordens são datadas de 24 e 27 de fevereiro; de não cumprir a obrigatoriedade de constar a data da efetiva saída das mercadorias nos DANFE e de principalmente não comprovar, através do livro de Registro de Estoque e de Controle de Produção, sua alegação de que quando da emissão do documento fiscal, não existe o produto necessário em estoque, demonstram, de forma inequívoca, a reutilização dos documentos fiscais, pois não é razoável que o produto, objeto da ação fiscal, leite em pó Camponesa, fabricado em 5 e 7 de março de 2012, seja acobertado por documentos fiscais com emissão de 27 e 28 de fevereiro de 2012, salvo prova em contrário,

o que não ocorreu, já que o defendente não comprova sua alegação. Logo o ilícito fiscal não se trata de presunção, como que fazer crer o autuado.

Por outro lado, seria razoável que o remetente das mercadorias, quando da emissão das notas fiscais, ao perceber que inexistia em estoque a mercadoria a ser remetida e ao vislumbrar a necessidade de sua fabricação num intervalo superior a dez dias, solicitasse o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva autorização de uso, já que não ocorreria a circulação da mercadoria e, conforme normas constantes do Ajuste SINIEF 07/05, que instituiu a NF-e, assim como das normas previstas no Convênio SINIEF S/N, de 15 de dezembro de 1970, é vedada a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias.

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não tem competência para exigir o tributo devido na operação de venda originária do Estado de Minas Gerais em relação à mercadoria destinada ao Estado de Pernambuco, há de se ressaltar que, conforme prevê o art. 11, I, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, por se tratar de mercadoria em situação irregular, em razão da inidoneidade dos documentos fiscais, para efeito de cobrança do imposto, considera-se ocorrido o fato gerador no local da operação, no caso, o Estado da Bahia.

Por fim, inerente à alegação de que a multa aplicada de 100% sobre o valor do imposto exigido é confiscatória, o que ofende a preceito constitucional, deve-se esclarecer que a penalidade é a legalmente prevista ao tipo da infração praticada, não sendo essa esfera administrativa competente para avaliar a sua inconstitucionalidade.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 141/164, suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a acusação decorreu da mera constatação de que as notas fiscais que acobertaram a transferência das mercadorias foram emitidas em data anterior à fabricação dos produtos, tendo a fiscalização, em face disso, presumido que os documentos fiscais que acobertaram a operação estariam sendo reaproveitados pelo contribuinte.

Diz que não há, nos autos, qualquer prova de reutilização das notas fiscais, tais como registro de passagem de caminhões com destino ao mesmo adquirente e que a Decisão recorrida apenas especificou diversos fatos constantes do feito, que não são aptos a comprovar ou mesmo evidenciar a suposta fraude.

Quanto ao mérito recursal, alega que, apesar de a Decisão recorrida ter asseverado que a EMBARÉ supostamente não teria cumprido “a obrigatoriedade de constar a data da efetiva saída das mercadorias nos DANFE”, ela, na verdade, cumpriu a obrigação de informar a data de saída e as informações do transportador, em estrita observância do que prevê a Legislação do Estado de Minas Gerais, à qual está vinculada.

Salienta que o posterior registro da data de saída, com a anotação da placa do transportador, é um procedimento legítimo, desenvolvido pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme exposto no “Manual do Registro de Saída da Nota Fiscal Eletrônica”, versão 1.01, de Maio de 2012, que transcreve:

A implantação da NF-e significa um importante avanço no que se refere à simplificação das obrigações tributárias para os contribuintes em relação às operações e prestações alcançadas pelo ICMS.

Nesse sentido, a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG desenvolveu o Registro de Saída, uma ferramenta complementar à NF-e que permite ao contribuinte mineiro informar, também eletronicamente, e antes de iniciada a operação/prestação, a data de saída efetiva da mercadoria e a placa do veículo transportador para os casos em que estas indicações no arquivo digital da NF-e, autorizado pela SEF/MG, não seja possível. Tal implementação proporcionará um importante ganho logístico aos contribuintes mineiros, além de incrementar o controle fiscal sobre a operação.

Para tanto, o contribuinte terá duas opções para efetuar o Registro de Saída: - por meio do desenvolvimento de software próprio, que atenda às especificações técnicas contidas neste manual, ou via Sistema Integrado de Administração da Receita - SIARE, módulo Registro de Saída, disponibilizado pela SEF/MG.

Nesse contexto, sustenta que, por expressa determinação do Fisco mineiro, a EMBARÉ está obrigada a informar a efetiva data de saída das mercadorias de suas instalações fabris e a informação do transportador, via NFe ou sistema SIARE, em conformidade com o que estabelece o supracitado manual, posto que, na ausência de tal registro é considerada como efetiva data de

saída a data de emissão da NFe, conforme determina o art. 11-A, §5º, Anexo V, do RICMS/MG (Decreto MG nº 43.080/2002) .

Assevera que a informação “Embarque imediato” nos pedidos gerados internamente pela EMBARÉ é um registro incluídos pela sua Área de Vendas, que serve exclusivamente para indicar à Área de Produção e Logística que tão logo haja a disponibilidade das mercadorias, elas devem ser encaminhadas imediatamente ao destinatário. De nenhuma forma, a aposição de tal informação nos pedidos demonstra que as mercadorias solicitadas foram imediatamente enviadas.

Observa que a informação prestada pela EMBARÉ, em plena conformidade com o que estipula a legislação mineira, é apta a vincular as NFes/DANFes exclusivamente àquelas mercadorias e transportador que foram objeto da informação, impossibilitando que tais documentos fiscais sejam reutilizados.

Em seguida, conclui que:

- a) a informação posterior da data de saída das mercadorias bem como a informação do transportador é um procedimento legítimo, realizado pela EMBARÉ em plena conformidade com o que define a legislação do Estado de Minas Gerais, à qual está obrigada; e
- b) os registros realizados posteriormente pela EMBARÉ refletem a efetiva data de saída das mercadorias de suas instalações fabris bem como as informações do transportador, sendo aptos a demonstrar que as NFes/DANFes constantes do Auto de Infração recorrido se referem única e exclusivamente às mercadorias transportadas na data de sua lavratura.

Defende a ausência de qualquer fraude e a insubsistência do Auto de Infração, visto que as alegações feitas pela fiscalização não foram comprovadas, mas meramente presumidas.

Aduz que a EMBARÉ se dedica à fabricação de alimentos perecíveis, tais como leite e seus derivados e caramelos, e, visando manter a qualidade e duração de tais produtos, é adotado um processo contínuo de produção e escoamento, de modo a evitar a estocagem de produtos.

Dessa forma, é adotada uma fórmula operacional, na qual são seguidos os seguintes processos:

1. Recebimento e geração do pedido de venda de mercadorias;
2. Emissão da NFe, sem inclusão da data de envio (ainda não sabida);
3. Encaminhamento do pedido à Área de Logística;
4. Disponibilização das mercadorias em estoque, para envio, e inclusão da efetiva data de saída e informações do transportador no SIARE/MG;
5. Envio das mercadorias.

Afirma que, quando da emissão do documento fiscal, embora haja a mercadoria em estoque para o carregamento, esta mercadoria existente na data da emissão da NFe pode ser utilizada para o carregamento de quaisquer outros pedidos e que, quando da efetiva saída da mercadoria, caso o intervalo entre a emissão e a saída seja em prazo superior a 5 (cinco) dias, o estoque existente quando da emissão pode já ter “girado” – ou seja, pode ter sido utilizado para atendimento de outros pedidos. Por sua vez, novos produtos são fabricados diariamente, ocasionando o “giro” dos produtos e mantendo o estoque necessário em um ciclo contínuo.

Diz que, no caso em concreto, todas as mercadorias existentes em estoque quando da emissão da NFe foram enviadas para clientes diversos em todo o Brasil. Na ocasião do efetivo embarque dos produtos, foram utilizados produtos fabricados, obviamente, em data posterior à data de emissão da NFe, tendo em vista o “giro” de estoque comum nas indústrias do porte da Embaré.

Assevera que é natural e esperado que a data de fabricação dos produtos possa ser posterior à data de emissão da NFe, como ocorreu na hipótese dos autos, e que a apresentação do livro de Registro de Estoque e de Controle de Produção não será eficaz para demonstrar o real contexto

operacional da Embaré e possibilitar a vinculação de determinado pedido às mercadorias contidas em estoque.

Destaca que a Embaré possui uma complexa cadeia de operação, visto que i) efetua uma emissão diária de grande quantidade de NFes; ii) faz o atendimento de numerosos pedidos de envio; e iii) realiza uma produção diária de grande quantidade de mercadorias, não sendo razoável que se exija da Embaré, muito menos do recorrente, a eventual apresentação de livro de Registro de Estoque e de Controle de Produção para, suprimindo o ônus probatório que seria da fiscalização, comprovar a idoneidade das NFes/DANFEs que acompanham todas as mercadorias que são enviadas aos respectivos adquirentes.

Defende a impossibilidade de produção de prova negativa pelo recorrente e a inafastabilidade do dever de comprovação da fraude, pelo Fisco, transcrevendo jurisprudência que entende respaldar a sua tese.

Diz que não ocorreu a alegada reutilização de documento fiscal, pois o simples fato das mercadorias terem sido produzidas posteriormente à emissão das notas fiscais correspondentes não ensejaria a conclusão de que estes foram reutilizados pelo fabricante.

Como prova de suas alegações, demonstra a vinculação dos DANFE's com os respectivos Pedidos de Compra, consoante a seguir reproduzido:

"- As Notas Fiscais correspondentes aos DANFEs nº 66317, 66318, 66319, 66320, 66321, 66322, 66458 e 66459 têm como destinatários, respectivamente, i) J. C. Nunes de Sá, estabelecido em Cabrobo, PE; ii) João Freire de Sá Supermercados Ltda., estabelecido em Cabrobo, PE; iii) José Ernesto Pereira Barros Me, estabelecido em Petrolina, PE; iv) Supermercado Oliveira Carvalho Ltda., estabelecido em Paulo Afonso, BA; v) Atacadão DM Ltda., estabelecido em Paulo Afonso, BA; vi) Comercial de Alim. Rações Morais Ltda., estabelecido em Paulo Afonso, BA; vii) Cícero Florêncio da Costa, estabelecido em Paulo Afonso, BA; viii) Atacadão DM Ltda., estabelecido em Paulo Afonso, BA.

- Conforme demonstram os registros contábeis da empresa (relatório anexo), tais notas fiscais estão vinculadas, respectivamente, aos Pedidos de Compra nº 118430; 118431; 118421; 20421431; 20421434; 20421432; 20421438; 20421424;

- O Pedido nº 118430, anexo, foi emitido em 24/02/2012, teve por objeto a compra de 40 unidades de Leite Camponesa LC-18 código 7136; 300 unidades de Creme de Leite Camponesa código 8295; 10 unidades de Creme de Leite Camponesa Light código 8296; 50 unidades de Leite Condensado lata código 7725; 50 unidades de Leite Condensado tp 395g código 8248; 5 unidades de Doce de Leite Pastoso Camponesa código 7838; e 5 unidades de Doce de Leite Tradicional código 7824;

- O Pedido nº 118431, anexo, foi emitido em 24/02/2012, teve por objeto a compra de 300 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; e 30 unidades de Leite Camponesa Instantâneo LC-17 código 7912;

- O Pedido nº 118421, anexo, foi emitido em 24/02/2012, teve por objeto a compra de 600 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; e 100 unidades de Leite Camponesa Instantâneo LC-17 código 7912;

- O Pedido nº 20421431, anexo, foi emitido em 26/02/2012, com saída em 03/03/2012, teve por objeto a compra de 200 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; 10 unidades de Leite Camponesa Instantâneo LC-17 código 7912; 5 unidades de Leite Camponesa LC-18 código 7136; 10 unidades de Leite Camponesa Integral LC-14 código 7023; 5 unidades de Leite Camponesa Desnatado LC-19 código 7511; 30 unidades de Creme de Leite Camponesa código 8295; 5 unidades de Creme de Leite Camponesa Light código 8296; 20 unidades de Leite Condensado tp 270g código 7724; 10 unidades de Leite Condensado lata código 7725; 20 unidades de Leite Condensado tp 395g código 8248; 10 unidades de Doce de Leite Pastoso Camponesa código 7838; e 10 unidades de Doce de Leite Tradicional código 7824;

- O Pedido nº 20421434, anexo, foi emitido em 26/02/2012, com saída em 03/03/2012, teve por objeto a compra de 300 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; 10 unidades de Creme de Leite Camponesa código 8295; 10 unidades de Leite Condensado tp 270g código 7724; 10 unidades de Leite Condensado lata código 7725; 10 unidades de Leite Condensado tp 395g código 8248; 5 unidades de Doce de Leite Pastoso Camponesa código 7838; e 5 unidades de Doce de Leite Tradicional código 7824;

- O Pedido nº 20421432, anexo, foi emitido em 26/02/2012, com saída em 03/03/2012, teve por objeto a compra de 250 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; 2 unidades de Leite Camponesa Desnatado LC-19 código 7511; 5 unidades de Creme de Leite Camponesa código 8295; 5 unidades de Leite Condensado tp 270g código 7724; e 5 unidades de Leite Condensado lata código 7725;

- O Pedido nº 20421438, anexo, foi emitido em 27/02/2012, com saída em 03/03/2012, teve por objeto a compra de 100 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022.

- O Pedido nº 20421424, anexo, foi emitido em 14/02/2012, teve por objeto a compra de 400 unidades de Leite Camponesa LC-13 código 7022; 10 unidades de Leite Camponesa Instantâneo LC-17 código 7912; 10 unidades de Leite Camponesa LC-18 código 7136; 10 unidades de Leite Camponesa Integral LC-14 código 7023; 20 unidades de Leite Camponesa Desnatado LC-19 código 7511; 10 unidades de Leite Camponesa Integral LC-21 código 8144; 10 unidades de Leite Camponesa Instantâneo LC-22 código 8145; 20 unidades de Creme de Leite Camponesa código 8295; 5 unidades de Creme de Leite Camponesa Light código 8296; 10 unidades de Leite Condensado tp 270g código 7724; 10 unidades de Leite Condensado lata código 7725; 10 unidades de Leite Condensado tp 395g código 8248; 5 unidades de Doce de Leite Pastoso Camponesa código 7838; e 5 unidades de Doce de Leite Tradicional código 7824;

- Em consequência, foram emitidas, posteriormente à data do pedido, i) em 27/02/2012, as Notas Fiscais DANFEs nº 66317, 66318, 66319, 66320, 66321 e 66322; e ii) em 28/02/2012, as Notas Fiscais DANFEs nº 66458 e 66459, que totalizam exatamente as quantidades indicadas no pedido;

- Todavia, as mercadorias em questão, acompanhadas das respectivas Notas Fiscais, apenas tiveram sua saída registrada no Sistema Integrado de Administração da receita – SIARE, no dia 08/03/2012, conforme se verifica pelas anexas telas de registro de saída;

Ressalta que, no caso concreto, o autuante constatou que os produtos transportados foram fabricados em 05/03/2012 e 07/03/2012, portanto, anteriormente à saída das mercadorias, conforme registro oficial e legítimo efetuado no SIARE.

Frisa que, de acordo com a legislação mineira, a data de saída a ser considerada pela fiscalização é a data de registro no sistema SIARE/MG, e não a de emissão do documento fiscal.

Salienta que não há na legislação a estipulação de prazo para se promover a saída de mercadorias após a emissão da nota fiscal, tanto é que o próprio modelo da Nota Fiscal Eletrônica traz dois campos distintos: Data da Emissão e Data da Entrada/Saída. Logo, os documentos anexados aos autos além de demonstrar de forma cabal que as saídas das mercadorias foram promovidas apenas após a data de produção dos bens, comprovando a legitimidade da operação, afastam quaisquer argumentos capazes de validar a “presunção” apresentada pela fiscalização.

Em seguida, argui a incompetência do Estado da Bahia para exigência do tributo devido na operação de venda originária do Estado de Minas Gerais e destinada ao Estado de Pernambuco, assim o Estado da Bahia não possui qualquer ligação com a relação tributária que foi instaurada para parte da mercadoria transportada (DANFEs nºs 66317, 66318 e 66319), sendo ilegítimo e incompetente para exigir o cumprimento da obrigação principal e, por decorrência lógica, da obrigação acessória que ensejou a aplicação da multa objeto deste Auto de Infração, do que requer sua anulação.

Aduz, também, a inaplicabilidade do Ato COTEPE 33/08, pois, como se depreende do seu art. 1º, o contribuinte possui prazo de 24 horas para o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria. Portanto, não obstante a citada norma tratar apenas do prazo para cancelamento, a fiscalização entendeu que a efetiva circulação da mercadoria deveria respeitar tal prazo de 24 horas.

Observa, assim, verdadeiro equívoco da fiscalização, uma vez que nem o Ato COTEPE 33/08 nem o Ajuste SINIEF 07/05 estabelece qualquer tipo de prazo para a circulação da mercadoria após a emissão da NF-e, razão de requerer a anulação do Auto de Infração, sob pena de afronta ao princípio da legalidade estrita (art. 37, caput, da CF e art. 13 da Constituição do Estado da Bahia), uma vez que exigido o cumprimento de prazo não previsto em Lei para a circulação de mercadorias após a emissão da Nota Fiscal.

Alega a insubsistência do Parecer GECOT/DITRI 15375/2009, ao argumento de que está embasado em normativo infralegal que não se dirige aos fatos envolvidos na presente autuação.

Aduz, ainda, que o emprego da multa confiscatória no presente Auto de Infração ofende a preceito constitucional, pois a aplicação da penalidade de 100% sobre o valor do crédito, ainda que fosse devida, não poderia ser exigida nestes termos, tendo em vista seu caráter confiscatório,

que atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Cita julgados.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

VOTO

Antes de adentrar ao exame das razões recursais, cumpre fixar duas premissas importantes.

A primeira delas refere-se à acusação. O autuado, no lançamento de ofício *sub examine*, está sendo acusado da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação, tendo sido, em razão disso, considerados inidôneos os DANF que acompanhavam a mercadoria transportada e cobrado o ICMS entendido devido pelo preposto fiscal. Portanto, o ilícito atribuído ao sujeito passivo é o fato de utilizar um mesmo documento fiscal para acobertar duas ou mais operações de venda, repita-se.

A segunda premissa diz respeito ao autuado. No caso em comento, foi alvo da autuação a transportadora das mercadorias que estavam acompanhadas dos documentos fiscais considerados inidôneos pelo preposto fiscal. A autuação, frise-se, não foi lavrada em face do emitente das notas fiscais, mas, sim, da transportadora.

A responsabilidade solidária do transportador encontra previsão no art. 39, do RICMS/97, enquadrando-se na hipótese do inciso I, "d", a seguir reproduzido:

"Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

I - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

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

Consoante entendimento que já vem sendo esposado em casos análogos, por esta Câmara de Julgamento Fiscal, a regra do art. 39, do RICMS/97, ao atribuir responsabilidade solidária ao transportador e ao possuidor a qualquer título de mercadorias em situação irregular, deve ser compreendida com temperamentos, de modo a não permitir que se exija o imposto de quem não teria, jamais, condições de vislumbrar a irregularidade que macula a operação. Em outras palavras, deve-se perquirir se o transportador tinha efetivamente condições de averiguar a inidoneidade do documento fiscal que acompanha a mercadoria, para, somente em caso positivo, atribuir-lhe a responsabilidade solidária.

No caso em apreço, conforme visto linhas atrás, a inidoneidade da documentação fiscal apreendida pelo autuante decorre da suposta utilização desses documentos para acobertar mais de uma operação. Da análise dos DANFE que instruem a autuação, não se verifica qualquer indício que pudesse despertar o transportador para o fato de que aquele documento já teria sido utilizado anteriormente, para acobertar outra venda pretérita (carimbo de passagem por postos fiscais de fronteira ou do percurso, por exemplo).

Também não foi afirmado pelo autuante que teria sido o mesmo transportador que efetuou o transporte das mercadorias acobertadas por estas notas fiscais em momento anterior, nem ficou comprovada a existência de conluio entre a transportadora e o remetente ou o destinatário das mercadorias. A análise dos autos, na verdade, aponta para direção diversa, já que todos os conhecimentos de transporte carreados ao PAF foram emitidos da data da efetiva prestação do serviço; ou seja, a transportadora, ao que tudo indica, foi contratada para fazer transportes naquela data, infirmo a ideia de conluio.

O único dado levado em consideração para declarar a inidoneidade dos documentos fiscais foi o período entre a sua emissão e a data do transporte. Sucede que, conforme reiteradamente asseverado neste processo, pelos Julgadores da Juntas e até pela DITRI - SEFAZ/Ba, *"inexiste*

previsão legal determinando o prazo entre a emissão da nota fiscal e a data efetiva da saída da mercadoria do estabelecimento emitente, devendo esse assunto ser tratado dentro da razoabilidade e de acordo com os fatores que influenciaram a operação".

Logo, a inidoneidade de que trata esta acusação fiscal, por estar respaldada exclusivamente no lapso temporal existente entre a emissão dos documentos fiscais e a efetiva saída da mercadoria, não era aferível de plano pelo transportador. Na verdade, pela absoluta falta de critérios objetivos, a inidoneidade de que supostamente padece a documentação fiscal tratada neste feito não é aferível por quem quer que seja, já que mensurada exclusivamente por critérios de *razoabilidade*...

Em reforço a essa ideia, vale registrar que a Decisão recorrida embasa sua conclusão, dentre outros fundamentos, na falta de apresentação do livro Registro de Estoque e Controle de Produção, além da falta de cancelamento das notas fiscais eletrônicas 24 horas após a sua emissão sem a saída das mercadorias. Veja-se que as faltas apontadas pela Junta de Julgamento Fiscal são imputáveis exclusivamente à indústria produtora das mercadorias transportadas, a quem caberia a apresentação dos seus livros fiscais e contábeis e o eventual cancelamento das notas fiscais emitidas. Jamais se poderia exigir do transportador a apresentação de livros de outra pessoa jurídica, nem poderia ele fazer o cancelamento de notas fiscais que não emitia.

Nesse contexto, como a inidoneidade verificada pela fiscalização desborda a simples análise do documento fiscal que acompanhava a mercadoria, não é possível exigir do transportador o conhecimento acerca do defeito apontado, do que emerge a sua ilegitimidade passiva para responder pela acusação formulada, ensejando a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, do RPAF/99.

Ante o exposto, decreto, de ofício, a nulidade do do Auto de Infração, por ilegitimidade passiva, julgando **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº 217449.0303/12-0, lavrado contra **JLI TRANSPORTES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

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