

PROCESSO - A. I. N° 217449.0610/12-0
RECORRENTE - JLI TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0273-02/12
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 03.06.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0197-13/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. INIDONEIDADE. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual não fixa prazo para a circulação da mercadoria após a emissão do documento fiscal. Não comprovada a utilização de meio fraudulento para deixar de pagar imposto. Infração não caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração *Improcedente*. Recurso PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (2^a JJF) que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 14/06/2012 para exigir ICMS no valor de R\$ 44.480,40, em decorrência da seguinte infração:

“Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação. DANFES UTILIZADAS APÓS O PRAZO LEGAL PARA CANCELAMENTO OU CIRCULAÇÃO.”

No Auto de Infração, no campo descrição dos fatos, consta que o veículo de placa GOZ-8223 transportava 3.670 sacos de leite em pó Camponesa, constantes nos DANFEs n^{os} 75175 e 75176, emitidos em 28/05/12 pela Embaré Indústrias Alimentícias S.A., CNPJ 21.992.946/0001-51. Foi consignado que esses DANFEs foram utilizados fraudulentamente em 06/06/12, conforme CTRCs n^{os} 054901 e 054902, para acobertar operação com mercadoria após o prazo legal para circulação ou cancelamento, em desacordo com o Ajuste do SINIEF, com o Ato COTEPE 33/2008 e com o Parecer GECOT/DITRI 15375/2009. Consta que, mediante consulta ao Sistema de Registro de DANFE e ao Portal da NFe, foi verificado que os DANFEs em questão foram reimpressos e foram inseridas novas datas de saída e placa do veículo para a consumação da fraude.

Na defesa, o autuado suscitou a nulidade do lançamento por ausência de fundamentação e de correto enquadramento legal. Arguiu a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigir o tributo devido na operação. Sustentou que o procedimento que adotara estava em conformidade com a legislação, não havendo, assim, a alegada inidoneidade documental e nem a referida fraude. Afirmou que a multa indicada na autuação tinha o caráter de confisco.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que não havia motivo para o acolhimento das preliminares de nulidade arguida e, no mérito, manteve a ação fiscal em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JJF N° 0273-02/12, o Auto de Infração foi julgado Procedente.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade, pois considerou que a descrição dos fatos e a capitulação dos dispositivos legais e regulamentares eram condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, tendo sido obedecido o devido processo legal.

Foi ultrapassada a arguição de ilegitimidade ativa, sob o argumento de que *se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento 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 legitimando o estado da Bahia como sujeito passivo dessa relação jurídico-tributária.

A tese defensiva de que a multa tinha o caráter de confisco foi ultrapassada, tendo em vista que a pena indicada na autuação era a prevista na legislação, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação estadual.

No mérito, assim se pronunciou o relator da Decisão recorrida:

[...]

O autuante apurou que as mercadorias, 3.670 SC de leite em pó, estavam sendo transportadas no veículo GOZ 8223, Danfes nº 75175 e 75176, emitidos em 28/05/2012 pela empresa Embaré Indústria de Alimentícias S.A, CNPJ 21.992.946/0001-51.

Tais documentos fiscais foram utilizados para acobertar a circulação da mercadoria em 06/06/2012, muito posteriormente às suas emissões, conforme CTRC 054901 e 054902, em prazo superior ao legal previsto para cancelamento ou circulação a partir da data de autorização de uso do Danfe, que é 168 horas, ou seja, 7 dias.

Entende corretamente o autuante que a operação estava sendo acobertada por documentação fiscal inidônea, em desacordo com o Ajuste do SINIEF, Ato COTEPE 33/2008 e Parecer GECOT/DITRI 15375/2009. O autuante, após consulta ao Registro de Danfes e Portal da NFe, apurou que os Danfes foram reimpressos e inseridos data de saída e placa do veículo.

A questão é que não se está apenas fixando a inidoneidade na data de saída, que por si só já seria suficiente, mas existem outros elementos como a reimpressão dos DANFS e a inserção da data da saída e a placa do veículo transportador que é uma obrigatoriedade que deve constar no documento fiscal da mercadoria, previsto no Ajuste do SINIEF S/N, vinculando o veículo transportador ao Documento Fiscal, objetivado coibir a prática de utilização indevida de documentos fiscais para acobertar uma operação de mercadoria e na presente autuação o DANFE original não possuía a placa do veículo transportador e foi inserida, segundo o autuante, fraudulentamente juntamente com a nova data de saída.

A exigência fiscal, em consonância com a informação prestada, tem aparo, inclusive, no Parecer GECOT/DITRI Nº 15375/2009, datado de 28/08/2009, conforme ementa que resume precisamente o conteúdo do Parecer:

ICMS. A data da saída efetiva da mercadoria deve ser apostila quando da emissão da NFe. Pode ser colocada data presumida, não podendo, entretanto, 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.

Compete observar também o Ato COTEPE 13/10 alterado pelo Ato COTEPE 35/10 Art. 1º o prazo não superior a 24 horas contado do momento em que foi concedida a autorização do uso da Nfe, em vigor a partir de 01.01.2012. Verifica-se, assim, que existe prazo determinado para circulação da mercadoria após a emissão do documento fiscal. No presente caso tal prazo foi superado tornando o documento fiscal imprestável ao fim a que se destina, afastando a arguição de falta de irregularidade e presunção, trazida pelo impugnante, cabendo, além das normas citadas pelo autuante, inclusive os acordos interestaduais, a aplicação do art. 44, II, "c" da Lei 7014/96, bem como os artigos 92, 93 do novo RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, em consonância com o Parecer GECOT/DITRI, acima referido, bem como ao art. 318, §3º, e art. 332, §6º, I do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12.

No que tange as decisões administrativas e judiciais, colacionadas pelo contribuinte, na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos "erga omnes", a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual afirma que o Acórdão JJF Nº 0273-02/12 merece ser reformado.

Após historiar o processo, o recorrente sustenta que não há fraude nos documentos fiscais de que trata o lançamento de ofício e, consequentemente, não é possível a cobrança do imposto e nem lhe pode ser atribuído o cometimento da infração descrita na autuação.

Transcreve trecho do voto proferido em primeira instância e, em seguida, diz que os documentos fiscais em questão seriam considerados inidôneos apenas se estivessem acobertando mais de uma

operação ou se retratassem operação diversa daquela que efetivamente ocorria. Assevera que, no entanto, nenhuma dessas situações ocorreu no presente caso, pois os DANFEs que acobertavam o transporte das mercadorias eram regulares e espelhavam a operação de circulação de mercadoria que estava sendo efetuada.

Afirma que, como a autuação exige imposto e se funda em suposta operação fraudulenta, qualquer discussão sobre a exatidão no preenchimento dos documentos fiscais não é suficiente para embasar o lançamento. Menciona que a fraude pressupõe uma conduta de má-fé visando dissimular uma operação perante o Fisco, diversa da realidade fática, com o intuito de obter vantagem indevida, conforme doutrina que reproduz.

Assegura que o posterior registro de saída, com a anotação da placa do veículo transportador, é um procedimento legítimo, desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, conforme o “*Manual do Registro de Saída da Nota Fiscal Eletrônica*”, versão 1.01, de maio de 2012, cujo teor reproduziu.

Explica que o contribuinte mineiro está obrigado a informar a efetiva data de saída das mercadorias através da NF-e ou do SIARE (Sistema Integrado de Administração da Receita), em conformidade com o supracitado manual, uma vez que na ausência de registro será considerada como efetiva data de saída a da emissão da NF-e (o que não corresponderia à realidade fática que o documento fiscal deveria retratar), conforme previsto no art. 11-A, §5º, do RICMS-MG.

Aduz que o SIARE, da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, foi criado para resolver situações em que a indústria (no caso, a Embaré) fatura vendas que terão posterior saída, sendo que, no entanto, não é possível estimar qual o veículo que transportará as mercadorias. Diz que, dessa forma, a legislação de Minas Gerais assegura aos contribuintes o direito de se informar posteriormente à placa do veículo transportador, via SAIRE, para os casos em que essas indicações no arquivo digital da NF-e, autorizada pela SEFAZ-MG, não seja possível.

Reitera ter demonstrado que todos os registros realizados pelo emissor das notas são legítimos e refletem a efetiva data da saída das mercadorias e foram feitos em conformidade com o que define a legislação. Diz que, portanto, está demonstrada a ausência de qualquer fraude e a idoneidade dos DANFEs emitidos, contrariando, assim, o que foi decidido no Acórdão recorrido.

Destaca que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF), por meio do Acórdão JJF Nº 0281-01/12, decidiu pela improcedência do Auto de Infração nº 217449.0605/12-6, lavrado contra o recorrente em situação igual à tratada no presente lançamento. Em seguida, o recorrente passa a transcrever trechos do voto proferido na referida Decisão da 1ª JJF.

Menciona que a empresa Embaré Indústrias Alimentícias se dedica à fabricação de alimentos perecíveis. Visando manter a qualidade de tais produtos, é adotado um processo contínuo de fabricação e escoamento, de modo a evitar a estocagem de produtos e, consequentemente, oferecer sempre produtos frescos com maior prazo de validade.

Diz que, considerando o giro dos estoques, é natural que a Embaré fature vendas, com a correlata emissão de nota fiscal, nas quais a saída das mercadorias ocorra posteriormente. Ressalta que o cotejo das notas fiscais com os correspondentes pedidos de compra atesta a correlação entre eles, pois: os DANFEs nºs 75175 e 75176 têm como destinatária a Raca Distrib. e Logíst.de Pernambuco, estabelecida em Vitória de Santo Antão - PE; conforme os demonstrativos e registros contábeis da empresa (relatório anexado aos autos – fl. 72) estão vinculados ao Pedido de Compra nº 1113539, emitido em 15/05/12, referente à compra de 7.340 unidades de Leite Camponesa; em consequência, foram emitidas no dia 28/05/12 as notas fiscais referentes aos DANFEs nºs 75175 e 75176, que correspondem parcialmente às quantidades indicadas no respectivo pedido; as mercadorias em questão só tiveram sua saída apostada nos DANFEs e registrada no Sistema Integrado de Administração da Receita (SIARE), do Estado de Minas Gerais, em 06/06/12, conforme as telas de registro acostadas à defesa (fl. 75).

Assevera que a informação prestada pela Embaré, por meio do SIARE, conforme a legislação mineira é apta a vincular as NF-e /DANFEs exclusivamente àquelas mercadorias e transportador, impossibilitando que tais documentos fiscais sejam utilizados de forma fraudulenta. Afirma que, dessa forma, fica demonstrada a ausência de fraude e a insubsistência da autuação, visto que as alegações feitas pela fiscalização não foram comprovadas, mas apenas presumidas.

Destaca que não existe prazo para a circulação das mercadorias após a emissão do documento fiscal, sendo que o Ato COTEPE 33/08 prevê prazo para cancelamento e, no entanto, o Acórdão recorrido aparenta sugerir que a efetiva circulação das mercadorias deveria respeitar esse prazo. Aduz que a 4ª JJF, por meio do Acórdão JJF Nº 0240-04/13, reconheceu que o prazo de 24 horas é para o cancelamento do documento fiscal, e não para o seu uso. Acrescenta que se fosse considerada a fixação de prazo para a circulação de mercadorias, haveria clara afronta ao princípio da legalidade, uma vez que se estariam exigindo o cumprimento de prazo não previsto em lei.

Sustenta que, ao caso em análise, é inaplicável o Ajuste SINIEF 07/05, pois este, igualmente, dispõe sobre prazo para cancelamento de NF-e. Após reproduzir o teor da cláusula décima segunda do citado Ajuste, frisa que desde a sua redação original essa citada cláusula se refere exclusivamente a cancelamento. Conclui que, portanto, não há o que se falar em inobservância do Ajuste SINIEF 07/05, nem em inidoneidade do documento fiscal por discordância com esse referido Ajuste.

Assegura que também não se aplica ao caso em análise o Parecer GECOT/DITRI 15375/2009. Reproduz a ementa desse Parecer e, em seguida, salienta que o art. 1º do Ato COTEPE Nº 33/2008 não estabelece nenhum prazo de 168 horas para a efetiva saída de mercadorias após a emissão do documento fiscal, mas sim o prazo para cancelamento. Aduz que o prazo de 168 horas, citado no art. 2º do mencionado Ato COTEPE, se dirige apenas para as situações que envolvem a emissão de NF-e em contingência.

Faz alusão ao Acórdão JJF Nº 0128-01/11, que decidiu pela improcedência de Auto de Infração lavrado em idêntica situação, por considerar que conforme o Parecer nº 15375/2009, da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia “*a legislação tributária estadual não prevê prazo máximo entre a emissão da nota fiscal e a data da saída de mercadoria*”.

Destaca que na Decisão recorrida foi desconsiderado o trecho do Parecer GECOT/DITRI 15375/2009, no qual é afirmado que “*inexiste em nossa legislação norma para determinar o prazo entre a emissão da Nota Fiscal e a data efetiva da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Esse assunto sempre foi tratado dentro da razoabilidade, de acordo com os fatores que influenciavam a operação*”.

Ressalta que a orientação de que o assunto deve ser tratado “*dentro da razoabilidade, de acordo com os fatores que influenciam a operação*”, se coaduna com o caso da Embaré Indústrias Alimentícias, que opera em regime de escoamento contínuo de produtos, com faturamento anterior à saída de mercadorias.

Após frisar que não suscitou a nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva como entendeu a primeira instância, sustenta que quanto à ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, o posicionamento externado na Decisão recorrida não merece prosperar.

Cita doutrina e, em seguida, afirma que a lavratura do Auto de Infração em tela decorreu da fiscalização de veículo que transportava mercadorias originadas do Estado de Minas Gerais e destinadas ao Estado de Pernambuco, sendo que o território baiano serviu apenas como local de passagem das mercadorias. Diz que, dessa forma, o local da operação não é o Estado da Bahia e, portanto, a Bahia não possui qualquer ligação com a relação tributária que foi instaurada, sendo ilegítimo e incompetente para exigir o cumprimento da obrigação principal e para a aplicação da multa objeto do presente lançamento.

Assevera que é inaplicável ao caso em análise o disposto no art. 11, I, “b”, da LC 87/96, pois não houve qualquer irregularidade ou inidoneidade da documentação fiscal que acompanhava as mercadorias transportadas. Frisa que para não se afrontar o disposto no art. 155, §2º, VII e VIII, da Constituição Federal, e no art. 119 do CTN, o Auto de Infração deve ser anulado, tendo em vista a incompetência do Estado da Bahia para fiscalizar a apuração e o recolhimento de ICMS devido a outro Estado da Federação e, portanto, para considerar inidôneas as respectivas notas fiscais de tais mercadorias.

Afirma que a multa indicada no Auto de Infração, no patamar de 100%, possui o caráter de confisco, atentando contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Para embasar seu argumento, cita jurisprudência. Com fulcro no princípio da eventualidade, requer que a multa seja reduzida.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, e que as intimações e notificações sejam realizadas em nome do seu procurador Tiago de Oliveira Brasileiro, OAB/MG 85.170, no endereço que declina.

VOTO

Afasto a arguição de nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação e de correto enquadramento legal, uma vez que o autuante descreveu a infração de forma clara e precisa (“*Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação. DANFES UTILIZADOS APÓS O PRAZO LEGAL PARA CANCELAMENTO OU CIRCULAÇÃO*”), tendo fundamentado a acusação nos dispositivos legais que citou (“art. 6º, inciso III, alínea “d”; art. 13, inciso I, alínea “b”, item 1; art. 17, §3º e 44, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96 C/C os artigos 35 e 318, §3º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012”). Ademais, há que salientar que um eventual erro no enquadramento legal não seria motivo para decretação de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos deixa evidente o enquadramento legal.

Também ultrapasso a questão da alegada ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, pois as mercadorias apreendidas foram consideradas como desacompanhadas de documentação fiscal idônea e, portanto, em situação irregular. Assim, nos termos do art. 13, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, para efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, considera-se como local da operação ou prestação aonde as mercadorias foram encontradas em situação irregular.

Em suma, considero que o processo está revestido das formalidades legais previstas, não havendo nenhum dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99 para se determinar à nulidade do presente lançamento.

Conforme já relatado, o presente Recurso Voluntário versa sobre Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS em decorrência de *Utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação*. No campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos”, consta que esses referidos DANFEs foram utilizados após o prazo legal para cancelamento ou circulação e, portanto, de forma fraudulenta.

De acordo com o Termo de Ocorrência Fiscal e o Termo de Apreensão e Ocorrência (fls. 4/5 e 6/7, respectivamente) e os documentos fiscais acostados ao processo, constata-se que a operação de que trata o Auto de Infração em comento estava sendo realizada acompanhada dos DANFEs nº^{os} 75175 e 75176 (fls. 10 e 11) e dos CTRCs nº^{os} 54902 e 54901 (fls. 8 e 9).

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é um documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, que tem o objetivo de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (art. 82 do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12). Dessa forma, por ter a NF-e existência apenas digital, o trânsito da mercadoria é acobertado por Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), o qual constitui uma representação gráfica simplificada da NF-e e com a chave de acesso ao arquivo digital que corresponde à NF-e.

Consta no Auto de Infração que o procedimento adotado pelo recorrente (utilizar DANFEs após o prazo legal para cancelamento ou circulação) está em desacordo com o disposto no Ajuste SINIEF 07/05, no Ato COTEPE 33/2008 e no Parecer GECOT/DITRI 15375/2009.

Divergindo do entendimento do autuante e da primeira instância, não vislumbro na legislação do ICMS do Estado da Bahia a previsão de prazo para a saída de mercadoria após a emissão da nota fiscal. O próprio Parecer GECOT/DITRI 1375/2009, citado pelo autuante e pelo relator da Decisão recorrida, expressamente afirma que “*inexiste em nossa legislação norma para determinar o prazo entre a emissão da Nota Fiscal e a data efetiva da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte*”. O Ajuste SINIEF 07/05 trata, dentre diversos assuntos relacionados à NF-e, do prazo para o cancelamento da NF-e, matéria que não se aplica ao caso em comento, conforme já dito neste voto. Por sua vez, o Ato COTEPE 33/2008, nos seus artigos 1º e 2º, cuida apenas da hipótese de cancelamento de NF-e.

Além do fato de a legislação citada acima não prever prazo para a circulação da mercadoria após a emissão da NF-e, não se pode olvidar que a legislação do ICMS do Estado de Minas Gerais, onde está localizado o estabelecimento emissor das notas fiscais eletrônicas, prevê a hipótese de os contribuintes, após a autorização da NF-e, informar a efetiva data da saída das mercadorias e a placa do veículo transportador, conforme se depreende do documento de fl. 75 e do “*Manual do Registro de Saída da Nota Fiscal Eletrônica*”, versão 1.01, de maio de 2012, disponibilizado em <http://portalnfe.fazenda.mg.gov.br/downloads/manual>. Dessa forma, quando o recorrente recebeu os DANFEs referentes às mercadorias que ia transportar, esses documentos estavam em conformidade com a legislação tributária vigente no Estado de Minas Gerais, local do início da prestação do serviço de transporte.

As mercadorias em questão saíram do município de Lagoa da Prata – MG e, após atravessar grande parte do território mineiro, adentraram na Bahia pelo Posto Fiscal Benito Gama, localizado em Vitória da Conquista. Cruzaram todo o Estado da Bahia e, apenas quando estava saindo deste Estado pelo Posto Fiscal Heráclito Barreto, localizado em Paulo Afonso - BA, é que foram apreendidas e, em seguida, lavrado o Auto de Infração. Não foram, portanto, internadas, comercializadas ou submetidas a qualquer transformação na Bahia. Assim, considerando que as mercadorias apenas transitaram pelo território baiano, não ficou caracterizada a fraude citada pelo autuante e não houve qualquer prejuízo para este Estado.

Dessa forma, a infração imputada ao recorrente não restou caracterizada, pois: a legislação da Bahia não prevê prazo para o uso da NF-e e do respectivo DANFE depois de autorizados; os dispositivos do Ajuste SINIEF 07/05 e do Ato COTEPE, bem como do Parecer GECOT/DITRI 15375/2009, tratam de prazo para cancelamento de documento fiscal e não para seu uso; a fraude citada no Auto de Infração não está comprovada; não há nos autos qualquer indício de que os DANFES em questão estivessem sendo reutilizados.

Em face ao acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de julgar Improcedente o Auto de Infração.

Da análise das peças processuais, verifico que a acusação fiscal é de “*Utilização de documentos que não é o legalmente exigido para a operação. DANFES UTILIZADOS APÓS O PRAZO LEGAL PARA CANCELAMENTO OU CIRCULAÇÃO*” (grifo nosso)

O fato é que o fisco entende que os DANFE n°s 75175 e 75176, constando 3.670 sacos de leite em pó Camponesa, objeto da exação fiscal, não eram documentos fiscais hábeis para acobertar a operação de venda comercial entre o fabricante, EMBARÉ INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S.A., situada no município de Lagoa da Prata (MG), e o adquirente, RACA DISTRIBUIDORA LOGÍSTICA DE

PERNAMBUCO, localizado no município de Vitória do Santo Antão (PE), sendo considerados inidôneos, haja vista que foram emitidos em 28/05/2012, com data de saída grafada de 06/06/2012 e acobertavam operação em 14/06/2012, ou seja, oito dias após a saída ainda se encontravam em trânsito no território do Estado da Bahia, conforme prova o Termo de Ocorrências às fls. 4 e 5 dos autos, sendo o imposto exigido do transportador, na qualidade de responsável solidário, previsto no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O defensor aduz não haver qualquer prova da reutilização das notas fiscais, 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 documento objetivando demonstrar a vinculação do Pedido de Compra (fl. 71), ocorrido em 15/05/2012, com os DANFE emitidos, os quais defende que devem ser considerados pela fiscalização, visto 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.

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 emitiu a nota fiscal em 28/05/2012, após a *análise da administração de vendas*, ocorrida em 15/05/2012, conforme quadro constante do documento intitulado pelo próprio defensor como “Pedidos de Compra”, no qual consigna como observação a expressão: “EMBARCAR 08/06/12”, consoante se pode comprovar à fl. 71 dos autos, apesar de consignar a data da efetiva saída de 06/06/2012 (fls. 10 e 11) e, conforme já dito, ser flagrado transitando no Estado da Bahia em 14/06/2012 com os mesmos DANFE.

Conforme Parecer nº 15375/2009, emitido pela GECOT/DITRI, 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.

No caso específico, vislumbro que seria *razoável* se o emitente dos DANFE comprovasse, 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*. Não se trata de prova negativa, como alega o recorrente, porém afastaria a conclusão lógica da reutilização dos documentos fiscais. Também, seria *razoável* que o remetente das mercadorias, antes da emissão das notas fiscais, verificasse se existe em estoque a mercadoria a ser vendida e, só procedesse à emissão do documento fiscal, quando da pronta entrega do produto.

Assim, mesmo que não vislumbrasse qualquer óbice o fato de o contribuinte ter emitido o documento em 28/05/2012 e só ter dado saída para a realização da operação em 06/06/2012, sem que haja a devida comprovação da sua alegação de inexistência de estoque à época, dentro do mesmo princípio da razoabilidade invocado, vislumbro desproporcional e injustificável o fato de o contribuinte ainda se encontrar no Estado da Bahia em trânsito com as citadas mercadorias, depois de decorridos oito dias da saída do estabelecimento remetente, cuja data de saída decorreu após nove dias da emissão do documento fiscal, no total de intervalo de dezessete dias, sob pena de, dentro desta mesma razoabilidade, se admitir a reutilização dos DANFE.

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 apurada, não sendo essa esfera administrativa competente para avaliar a sua constitucionalidade.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.0610/12-0**, lavrado contra **JLI TRANSPORTES LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Raisa Catarina Oliveira Fernandes, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS