

A. I. Nº - 217449.1003/13-8
AUTUADO - M.K. ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 16.07.2014

**2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0124-02/14**

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. REUTILIZAÇÃO. INIDONEIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Mercadorias regularmente acompanhadas dos respectivos DANFEs (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica), DACTE (Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico), registrado no Portal do Conhecimento de Transporte Eletrônico com datas de saídas divergindo entre si, caracterizando reutilização dos documentos fiscais. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/10/2013, para exigência de ICMS no valor de R\$31.516,91 acrescido da multa de 100%, sob acusação do cometimento da seguinte infração: “Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”. Na descrição dos fatos consta que: *Aos dias, mês e hora do ano em curso, no desempenho legal da nossa função fiscalizadora, constatamos a irregularidade no veículo placa LZQ2254/MBJ0573 que transportava 1638cx. de eletrodomésticos constantes dos*

Danfe nº 38.208 chave 29130907666567000221550010000382081000382086

Danfe nº 38.205 chave 29130907666567000221550010000382051000382050

Danfe nº 38.231 chave 29130907666567000221550010000382311000382319

Danfe nº 36.880 chave 29130807666567000221550010000368801000368809

Danfe nº 36.878 chave 29130807666567000221550010000368781000368789

Danfe nº 36.867 chave 29130807666567000221550010000368671000368670

Danfe nº 38.772 chave 29131007666567000221550010000387721000387728

Dé'nf'e nº 38.773 chave 29131007666567000221550010000387731000387733

Danfe nº 38.774 chave 29131007666567000221550010000387741000387749

Danfe nº 38.775 chave 29131007666567000221550010000387751000387754

Emitidas respectivamente em 20/09/2013; 27/08/2013 e 03/10/2013. Sendo os Danfes considerados INIDÔNEOS por reutilização. Os Danfes foram reutilizados para acobertar uma nova operação de mercadorias em 14/10/2013 conforme CTRC 041122, sendo as mercadorias destinadas a JACOBINA/BA.”

Foram dados como infringidos os artigos 6º, inciso III, alínea “d”; 13, inciso I, alínea “b”, item 1; 17, § 3º e 44, inciso II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96 c/c com o artigo 318, § 3º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Foram anexados ao processo às fls. 01-D a 32: Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.1002/13-1; cópia do auto de infração; Requerimento de transferência de depositário das mercadorias; Termo de Depósito; cópia do Termo de Ocorrência Fiscal; CTRC nº 041122 emitido por M.K. Eletrodomésticos Mondial Ltda.; cópias dos DANFEs acima relacionados; consultas dos NF-e; Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo Placa LZQ 2254/CE; Carteira de Habilitação de Francisco Célio Lopes da Silva; e Nota Fiscal Avulsa nº 782176.

O autuado foi cientificado da autuação através da Intimação e AR dos Correios às fls. 49 e 50, e no prazo legal, por meio de advogado legalmente constituído, impugnou o auto de infração com base, fls. 52 a 62, nas seguintes razões defensivas.

Inicialmente, pede sejam os atos processuais de comunicação dirigidos, também, ao patrono do Sujeito Passivo (e-mail: fabioamoura@uol.com.br), signatário da peça defensiva, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento para o endereço indicado no rodapé de sua petição, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Suscitou a nulidade do lançamento por falta de provas da acusação fiscal, tendo transcrita doutrinas citadas por renomados professores de direito tributário sobre o dever de provar atribuído à Administração Pública no âmbito dos Autos de Infração que visam à constituição de créditos originários de tributos.

Aduz que as doutrinas citadas, nada obstante façam menção, em alguns trechos, ao Decreto nº 70.235/72, que trata do Processo Administrativo no âmbito da União, aplicam-se inteiramente ao presente auto de infração, pois trazem lições gerais acerca do dever de provar da Administração Pública na atividade de constituição do crédito tributário.

Invocou os artigos 18, IV, 39, III e 41, I e II, do RPAF/99, que tratam de nulidade do lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e a previsão de que a descrição do fato deve ser feita de forma clara, precisa e sucinta, bem como, que o auto de infração deverá se acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos.

Em seguida, destaca que a acusação fiscal baseada em reutilização dos documentos fiscais se caracteriza em fraude. Sobre este tema, tece comentário à luz do artigo 72, da Lei nº 4.502/64, para arguir que a fraude de que trata a presente autuação jamais poderá ser presumida, sendo sua prova essencial para a subsistência da autuação.

Por conta disso, diz que o autuante não logrou êxito na comprovação de qualquer conduta fraudulenta praticada pelo Autuado, até mesmo porque jamais existiu manobra adotada com intuito de sonegar tributos.

Ou seja, aduz que *não existe um documento sequer que demonstre que os DANFE foram utilizados pelo Autuado, indevidamente, para acobertar mais de uma operação.*

Indaga em qual(is) operação(ões) pretérita(s) os referidos DANFE foram utilizados? Entende que a autuação não dá essa resposta, muito menos fornece provas materiais acerca da acusação levianamente lançada contra o contribuinte.

Transcreveu parte do voto proferido pelo nobre Julgador Helcônio de Souza Almeida, no Auto de Infração nº 436300.1106/12-0 (ACÓRDÃO JJF Nº 0140-03/13), em circunstâncias fáticas que entende análogas às da presente autuação, do qual se destacou o seguinte trecho:

"Ora de tudo o que vimos podemos concluir que para que possa ser comprovado que um DANFE foi emitido com intuito de fraude torna-se necessária uma investigação que demonstre a inexistência ou irregularidade na emissão da NF-e que a ela se refere. É fundamental que haja uma pesquisa junto ao contribuinte emitente do documento fiscal que deu origem a emissão do DANFE constatando-se assim que as notas fiscais ali referidas não correspondem àquela descrição. Creio que a renovação da ação fiscal na tentativa de descobrir junto ao contribuinte qual a verdade dos fatos, seria a solução mais consentânea para comprovação ou não do cometimento da fraude pelo contribuinte".

Salienta que o autuante embasa a sua alegação de reutilização de documentos fiscais no CTRC nº 041122, emitido pelo próprio Autuado em 14/10/2013, que nenhum vício apresenta, muito menos há a indicação de que os DANFEs ali referidos já teriam sido utilizados em momento pretérito para acobertar outras operações.

Transcreveu, ainda, a jurisprudência do CONSEF sobre a questão representada pelos Acórdãos CJF nº 0410-12/11 e CJF nº 0355-12/10.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0410-12/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REUTILIZAÇÃO. MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO REUTILIZADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não ficou provada nos autos a utilização do documento fiscal mais de uma vez para acobertar a operação ou prestação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0355-12/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. REUTILIZAÇÃO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É insustentável a autuação lastreada, exclusivamente, na interpretação subjetiva do autuante que em suas informações deixou evidente a incerteza quanto ao efetivo cometimento da infração por parte do autuado. Infração insubstancial. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Discordou do enquadramento legal da autuação no art. 44, II, "d", da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a inidoneidade de documentos fiscais que contêm declaração inexata, estão preenchidos de forma ilegível ou contêm rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza, pois os DANFEs, segundo o defendant, não são imprestáveis ao fim a que se destinam, caracterizando tal menção em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Nas circunstâncias, com espeque no art. 18, II e IV, "a", c/c o art. 41, II, ambos do RPAF/99, uma vez caracterizada a total ausência de provas da acusação (reutilização de documentos fiscais), o que também implica cerceamento ao direito de defesa, requer seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração.

Em sequência, dizendo que a par da ausência de provas da reutilização de documentos fiscais, o Termo de Apreensão lavrado pela autoridade fiscalizadora, para embasar a exigência tributária, encontra-se desrido da formalidade estabelecida no §1º, VI, e §2º, do art. 31-A, do RPAF/99, incluído pelo Decreto nº 13.997/2012:

"Art. 31-A. (...)

§ 1º O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:

(...)

VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.

§ 2º Quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusar a assinar o Termo de Apreensão ou em caso de sua ausência, o Termo deverá ser assinado por 02 (duas) testemunhas".

Assim, frisando que como no termo lavrado pela autoridade lançadora, no caso do presente auto de infração, não possui nem a assinatura do autuado nem a assinatura das duas testemunhas, acompanhadas da declaração de recusa em assinar, exigidas pela norma procedural, é de rigor o reconhecimento da nulidade do mencionado termo e, via de consequência, da autuação a que o documento nulo deu origem. Cita e transcreve a ementa do Acórdão CJF nº 0166-11/12, do CONSEF.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REMETENTE DA MERCADORIA ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. O Termo de Apreensão de Mercadorias foi lavrado sem atender às determinações legais, enquanto que o procedimento fiscal foi conduzido de forma irregular, pois, além de faltar a assinatura do detentor das mercadorias e das testemunhas, a autuação deveria ser contra o detentor da mercadoria encontrada em situação irregular, restando caracterizada a ilegitimidade passiva, Súmula CONSEF Nº 3. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

No mérito, esclarece que é uma indústria de eletrodomésticos com estabelecimento no Estado da Bahia, na cidade de Conceição do Jacuípe, gerando renda e riqueza para a população local, seja mediante as centenas de empregos criados, seja mediante o rigoroso pagamento dos impostos devidos.

Ressalta que os documentos que instruem a presente autuação constituem prova da regularidade quanto ao cumprimento de seus deveres tributários, inexistindo qualquer divergência entre os dados constantes das notas fiscais e as mercadorias remetidas ao respectivo adquirente, que também é uma empresa de grande porte, alvo de constantes fiscalizações - ARMAZÉM PARAÍBA, uma das maiores redes de varejo do Brasil, com mais de 200 pontos de vendas em diversos Estados.

Diz que os dados consignados nos dez DANFE apreendidos pela fiscalização de trânsito correspondiam, exatamente, às mais de 4000 mercadorias que estavam sendo transportadas (tipo de mercadoria, quantidade, modelo etc.); tudo estava em plena conformidade no momento em que houve a abordagem pela Fiscalização do Trânsito, responsável pela lavratura do auto de infração em comento.

Afirma que os DANFE apresentados à fiscalização, portanto, estavam corretos na forma e no conteúdo, até mesmo porque se tratam dos documentos eleitos pela legislação do ICMS como os competentes para acobertar o transporte de mercadorias, nos termos do art. 90, do RICMS/2012:

"Art. 90. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos".

Sustenta que não houve reutilização dos documentos fiscais, e observa que todas as evidências existentes nos autos levam a conclusão totalmente diversa daquela a que chegou o preposto fiscal, pois, além do quanto já dito na defesa, observa-se que: **a) em todos os DANFE foi indicado o contribuinte Autuado como responsável pelo transporte das mercadorias, o que guarda consonância com o CTRC nº 41122, existente nos autos; b) o CTRC nº 41122 faz expressa menção no sentido de que o transporte seria realizado pelo veículo de Placa LZQ 2254, como de fato ocorreu e foi constatado pela própria fiscalização; c) as mercadorias foram apreendidas no Posto Fiscal Ângelo Calmon de Sá, que fica em Feira de Santana/Ba, mas especificamente na BR 116, ou seja, no trajeto para o seu destino final que era a cidade de Jacobina/Ba.**

Ao final, requer:

a) sejam os atos processuais de intimação dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo, signatário da presente, através de mensagem eletrônica (fabioamoura@uol.com.br) e carta registrada com Aviso de Recebimento remetida ao endereço indicado no rodapé, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte;

b) o acolhimento da preliminar de nulidade da autuação;

c) acaso superada a prefacial, no mérito, que sejam acolhidas as razões de defesa, para julgar IMPROCEDENTE este Auto de Infração.

E conclui protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo a realização de diligência, a juntada posterior de documentos e outros que se fizerem necessários no curso deste processo.

Na informação fiscal às fls. 108 a 111, o autuante contestou a defesa nos seguintes termos.

Discordou da alegação do autuado que não reutilizou os Danfes e que estão dentro da regularidade, por entender que os Danfes foram utilizados após o prazo legal previsto no Art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008, o qual prevê que não poderá ser superior a 24 hs. o que equivale sete (7) dias da Autorização, o Prazo para circulação dos Danfes ou cancelamento.

Aduz que ao faltar da data de saída nos Danfes, o objetivo do autuado era de reutilizá-los para acobertar a operação em desacordo com o Manual de Integração do Contribuinte, aprovado pelo Ato COTEPE nº 03/09, que determina não pode haver divergências entre a NFe e o Danfe, ou seja, que não poderão ser impressos informações que não constem do arquivo da NFe.

Comenta que a NFe é disciplinada pelo Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações, Ajuste do SINIEF e Atos COTEPE, e neles estão contidos todos os requisitos e obrigatoriedades para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da NFe e do Danfe.

Diz, mais, que o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual a 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 ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento, cuja fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo DANFE, por meio de carimbo.

Ressalta que a placa do veículo transportador 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, tem como objetivo coibir a prática de reutilização de documentos fiscais para acobertar mais de uma operação de mercadoria e na presente autuação o Danfe não possuía a placa do veículo transportador.

Salienta que o Regulamento do IPI. Dec.7.212/2010, Art. 36, inciso VI, considera ocorrido o fato gerador, no quarto dia data de emissão da respectiva Nota Fiscal, quanto aos produtos que até o dia anterior, não tiverem deixado o estabelecimento do contribuinte.

Assevera que os Danfes reutilizados após o prazo legal previsto no Art. 1º Ato COTEPE 33/2008, que não poderá ser superior a 168 horas que correspondia a 7 dias da autorização para cancelamento ou circulação, sendo esse prazo reconhecido pelo Parecer nº 15375/2009 GECOT/DITRI, em face dos procedimentos especiais da NFE e DANFES, confirmando o mesmo posicionamento da legislação do IPI. Ou seja, 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 concedido a autorização do uso da NFe, em vigor desde 01.01.2012.

Afirma que a Ação Fiscal foi desenvolvida dentro da legalidade atinente aos Princípios Constitucionais tributários, com base no Parecer nº 15375/2009 GECOT/DITRI (cópia em anexo), que esclarece que a NFe tem procedimentos especiais para sua emissão, sendo que a data de saída efetiva da mercadoria deva ser apostila quando da sua emissão, entretanto não podendo ultrapassar da data limite para cancelamento prevista no Ato COTEPE 33/2008, nos artigos 231-K e 231-L do RICMS/BA, inclusive é vedada a utilização de caneta ou outro meio não eletrônico para aposição da data de saída.

Assim, argumenta que a utilização de Danfes após o prazo legal constitui vício insanável tornando-os imprestáveis para acobertar a circulação de mercadoria, inclusive que nem mesmo a Carta Correção Eletrônica poderá ser usada para corrigir data de saída ou de emissão, consoante disposto no artigo 7º, III, do Convênio ICMS S/N/70.

Observa que o CTRC 041122 foi emitido pela própria indústria que emitiu os Danfes, e não há razoabilidade entre a emissão de Danfes em 27/08/2013; 20/09/2013 e 03/10/2013 emitidas pelo autuado estabelecido em Conceição de Jacuípe, o que entende que os Danfes em 14/10/2013 foram reutilizados para acobertar a saída de mercadorias destinadas a cidade de Jacobina/BA.

Frisa que se no mencionado prazo não ocorreu a circulação da mercadoria, deveria a NF-e ser cancelada, para emissão posterior na data da efetiva saída da mercadoria, o que não ocorreu no presente caso, tornando o documento fiscal imprestável para a operação realizada.

Salienta que o Art.411, do Regulamento do IPI disciplina como Proibição quando: *Fora dos casos previstos neste Regulamento e na legislação estadual, é vedada a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadoria.*

E que o artigo 19 do RPAF: *a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Já o Ajuste SINIEF 07/05 na sua Cláusula Quarta, §2º combinada com o §1º disciplina que os vícios previstos no §1º, reza que não será considerado idôneo o documento fiscal 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 atingem também os respectivos Danfes.

Considerou inverídica a alegação defensiva de que não tomou ciência da autuação, visto que o Termo de Ocorrência (pág. 10 e 11) foi assinado pelo Sr. Francisco Célio Lopes da Silva, conforme Autorização do Procurador do autuado (pág. 06). Quanto ao Requerimento de Fiel Depositário (pág. 07); O Termo de Depósito (pág. 08) e Termo de Liberação (pág. 45). A SEFAZ/BA o autuado foi cientificado por via AR (pág. 50), fato que o autuado reconhece, conforme declarado em sua defesa (pág 52).

Salienta que de acordo com a Cláusula Décima Terceira-A do Ajuste SINIEF 07/2005, “As informações relativas à data, à hora de saída e ao transporte, caso não constem do arquivo XML” da NF-e transmitida nos termos da cláusula quinta e seu respectivo DANFE, deverão ser comunicadas através de Registro de Saída”. Diz que sua transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária (§ 4º), estando previsto no § 7º desta mesma cláusula: “Caso as informações relativas à data e à hora de saída não constem do arquivo XML da NF-e nem seja transmitido o Registro de Saída no prazo estabelecido no “Manual de Orientação do Contribuinte” será considerada a data de emissão da NF-e como data de saída.

Informa que as mercadorias foram liberadas para o Fiel Depositário de acordo com a previsão legal no RICMS/BA, sendo lavrado o Termo de Liberação (pág. 45) e devidamente assinado pelo representante legal para tomar ciência, conforme Autorização do Procurador da Autuada. (Pág. 06) e emitida a NFA de nº 782176 (pág.46) destinando a Mercadoria ao Fiel Depositário que foi o próprio autuado.

Conclui pugnando pela procedência do auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir do transportador, responsável solidário, o ICMS da operação, tendo em vista a acusação da utilização de documentos fiscais mais de uma vez para acobertá-la, no valor de R\$31.516,91, além da multa de 100%.

Na impugnação o sujeito passivo invocou os artigos 18, IV, 39, III e 41, I e II, do RPAF/99, para arguir a nulidade do lançamento de ofício, deixando a entender que o mesmo não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e que a descrição do fato não feita de forma clara, bem como, que falta ao auto de infração as provas necessárias da acusação fiscal.

Tendo em vista que na peça defensiva o sujeito passivo argüiu, simultaneamente, questões de fato e de direito, suscitando a nulidade ou a improcedência da autuação, passo a examinar tais argüições com base no que constam nos autos.

Constatou que o lançamento fiscal efetuado pela fiscalização de mercadoria em trânsito, através de Auto de Infração, Mod. 4, se apresenta formalmente em acordo com os artigos 39, III e 41, I e II, do RPAF/99, eis que, a imputação encontra-se descrita claramente no auto de infração, conforme transrito no relatório do PAF, e encontra-se acompanhada do respectivo Termo de Ocorrência Fiscal, que inicialmente não havia sido assinado pelo autuado, mas, posteriormente, através da Autorização do emitente dos documentos fiscais, fl.06, foi devidamente assinado por Francisco Célio Lopes da Silva, conforme documentos às fls.09 a 11. Além disso, o Fisco juntou aos autos o CTRC 41122, os DANFEs e as NFe, fls.12 a 32, os quais servem como elemento de prova da acusação fiscal, ou seja, estão em conformidade com a narrativa dos fatos e correspondente infração imputada fundamenta-se nos documentos fiscais tidos como inidôneos e que acobertavam as mercadorias em trânsito foram apresentados ao agente do fisco pelo próprio preposto do autuado.

Assim, não identifico violação ao devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Tributário e/ou Administrativo, inexistindo ofensa aos artigos acima citados, razão porque, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pela defesa, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontra o motivos elencado no inciso IV, do art. 18, do RPAF/99.

Quanto ao pedido para que os atos processuais de comunicação dirigidos, também, ao patrono do Sujeito Passivo (e-mail: fabioamoura@uol.com.br), signatário da peça defensiva, através de mensagem eletrônica e carta registrada com Aviso de Recebimento para o endereço indicado no rodapé da peça impugnatória, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Sobre o pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, o rejeito, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Sobre a jurisprudência citada na peça defensiva, verifico que a mesma não se aplica ao presente processo, pois trata de casos diversos.

Na análise das peças que compõem o processo, se verifica que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, mercadorias em poder do autuado, 1.638 caixas de eletrodomésticos, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 217449.0102/13-2 de 15/19/2013.

Da leitura do enquadramento constante no Auto de Infração, sobressai que a ação fiscal está embasada nos artigos 6º, inciso III, alínea “d” e inciso I, alínea “b”, item “1”; art.17, § 3º e art.44, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 c/c com o art.318, § 3º do RICMS/2012, cuja conclusão fiscal foi de “utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Ressalto que é necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, cuja razão de sua responsabilização reside, precipuamente, na desobediência de um

preceito legal que consiste no dever de transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida.

Desta forma, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, devem estar marcadas de forma indelével e constar dos autos. No caso, as mercadorias estavam acompanhadas dos DANFEs relacionados na descrição do fato, sob acusação de utilização de tais documentos fiscais mais de uma vez para acobertar operação, ou seja, reutilização de DANFEs, com falta de evento de registro de saídas no XML, sendo apresentados como elementos de provas os documentos às fls. 09 a 32, quais sejam, os próprios DANFEs, o CTRC e as NFe.

Sabe-se que a Nota Fiscal Eletrônica - NF-e é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. A sua implementação obrigatória objetiva, entre outras situações, a simplificação dos processos de fiscalização realizados nos postos fiscais de fiscalização de mercadorias em trânsito serão simplificados, reduzindo o tempo de parada dos veículos de cargas nestas unidades de fiscalização.

Isto posto, do exame das provas constantes nos autos, constato que:

- a) apesar de constar a Placa Policial do veículo (LZQ-2254) no CTRC nº 41122, fl.12, esta não foi consignada nos DANFEs às fls.13 a 22;
- b) O CTRC constante à fl.12 não consta a data de sua emissão;
- c) comparando-se os DANFEs com as NF-e, fls.13 a 32, constata-se que as datas das saídas não se justificam, pois excedem a mais de 30 (trinta) dias, caracterizando que foram utilizados após o prazo legal de 24 horas previsto no Art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008, o qual prevê que não poderá ser superior a 24 hs. o que equivale a sete (7) dias da Autorização, inclusive este é o entendimento exarado no Parecer nº 15375/2009 GECOT/DITRI;
- d) não constam nos DANFEs as respectivas datas de saídas das mercadorias, em desacordo com o Manual de Integração do Contribuinte, aprovado pelo Ato COTEPE nº 03/09, que determina não pode haver divergências entre a NFe e o Danfe, ou seja, que não poderão ser impressos informações que não constem do arquivo da NFe.
- e) na consulta extraída do site da SEFAZ, fls.23 a 32, consta nas NFe as datas e a horas de saídas, porém, nos DANFEs às fls.13 a 22, o Campo destinado a data de saída encontra-se “em branco” sem anotação de qualquer data, conforme se verifica no quadro abaixo.

DANFE	CHAVE	D. DE EMISSÃO	D. SAÍDA NFe	D.APREENSÃO
36880	29130807666567000221550010000368801000368809	27/08/13	27/08/13	14/10/13
36878	29130807666567000221550010000368781000368789	27/08/13	27/08/13	14/10/13
36867	29130807666567000221550010000368671000368670	27/08/13	27/08/13	14/10/13
38208	29130907666567000221550010000382081000382086	20/09/13	20/09/13	14/10/13
38205	29130907666567000221550010000382051000382050	20/09/13	20/09/13	14/10/13
38231	29130907666567000221550010000382311000382319	20/09/13	20/09/13	14/10/13
38772	29131007666567000221550010000387721000387728	03/10/13	03/10/13	14/10/13
38773	29131007666567000221550010000387731000387733	03/10/13	03/10/13	14/10/13
38774	29131007666567000221550010000387741000387749	03/10/13	03/10/13	14/10/13
38775	29131007666567000221550010000387751000387754	03/10/13	03/10/13	14/10/13

Portanto, com base no acima alinhado, é inverossímil a conclusão fiscal de que houve reutilização de documentos fiscais, com apreensão das mercadorias em 14.10.13 (termo de ocorrência, fls. 09/11), cujas saídas da cidade de Conceição do Jacuípe nos dias 27/08/13; 20/09/12; e 03/10/2013, com destino a cidade de Jacobina, caracterizando que houve reutilização dos documentos fiscais, pois, apesar de não constar no CTRC, fl. 12, a data de saída, é irrazoável que

as mercadorias apreendidas em 14/10/13, tenham saído do estabelecimento após trinta dias da emissão dos documentos fiscais.

Assim sendo, concluo que restou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, respondendo solidariamente o autuado pelo pagamento do imposto.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE (quanto ao mérito)

Discordo, com a devida *vênia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de julgar PROCEDENTE o Auto de Infração, pois 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 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. Por sua vez, o Ato COTEPE 33/2008, nos seus artigos 1º e 2º, cuida apenas da hipótese de cancelamento de NF-e.

Conforme o aludido Parecer nº 1375/2009, 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.

Portanto, dentro do princípio da razoabilidade e de acordo com os fatores que influenciaram a operação, vislumbo que, neste caso específico, as provas documentais trazidas aos autos servem como *indiciárias* para a acusação fiscal e que se devem buscar provas complementares para comprovação ou não do cometimento da fraude pelo contribuinte.

Dessa forma, a infração imputada ao recorrente não restou caracterizada, pois:

- a) a legislação da Bahia não prevê prazo para o uso da NF-e e do respectivo DANFE depois de autorizados;
- b) 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;
- c) a fraude citada no Auto de Infração não está comprovada, haja vista que não há nos autos qualquer prova robusta de que ocorreu outra operação acobertada pelas mesmas NF-e, sendo o lapso entre sua emissão e operação mero indício, carente de provas complementares, a exemplo de comprovação de embarque anterior, outro DACTE vinculado, etc.

Em face ao acima exposto, voto improcedente o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 217449.1003/13-8, lavrado contra **M. K. ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.516,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR