

PROCESSO - A. I. Nº 222467.0637/13-1
RECORRENTE - LUBREM TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0067-02/15
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 04/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0251-12/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. INIDONEIDADE. MERCADORIAS EM TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária não fixa prazo para a circulação da mercadoria após a emissão do documento fiscal eletrônico. Não comprovada a reutilização do documento fiscal. Infração não caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 15/10/2013, para exigir ICMS de R\$9.999,71, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de “*Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação*”, tendo sido consignado no campo “Descrição dos Fatos” que:

“Em data, hora e local acima referido, no exercício de nossa função fiscalizadora, constatamos a irregularidade: O veículo placa NIM 3740 - SP transportava 785 und de Caderno universitários conforme DANFES 93.826 e 93827, emitidos em 28/08/2013, pela empresa Credeal Manufatura de Papéis Ltda. CNPJ 87.864.237/0005-22. Sendo considerado INIDÔNIO, por reutilização. Foi reutilizado para acobertar uma nova operação em 13/10/2013. E como prova do ilícito fiscal foi feito a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.”

Por Decisão unânime o Auto de Infração foi julgado procedente, nos termos a seguir:

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 que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas em nome no advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

A autuação não foi embasada em presunção, como entende a defesa, a mesma foi embasada nas provas acostadas aos autos, ou seja, no Termo de Apreensão e nos documentos fiscais.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

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

De igual modo, não acolho o argumento da defesa de que a transportadora só trabalha com carga fechada, na medida em que cabia ao contribuinte emitir o registro de saída informando a data efetiva da saída. No Ajuste SINIEF 07/2005 há previsão para quando a empresa emitir a NF-e e não souber, ainda, quando se dará a saída das mercadorias, quando estas forem circular a empresa deverá emitir o Registro de Saída e informar a data da efetiva saída.

Como bem destacou o autuante, em sua informação fiscal, a alegação da defesa de que o documento foi emitido dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento, conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta § 1º, combinado com o § 2º, que considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem. A inidoneidade do documento fiscal fora do prazo legal para circulação ou cancelamento torna-o impréstável para a finalidade para o qual se destina.

Igualmente não acolho o argumento defensivo de foi determinada a emissão de nova nota fiscal, pois seria apenas suficiente emitir uma Nota Fiscal Avulsa de remessa de mercadorias conforme termo de apreensão e seguir com a mercadoria para o destino, não havendo que se falar em bitributação.

Na análise do enquadramento constante no Auto de Infração, observo 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. 06 a 08 e 10 quais sejam, os próprios DANFE`s e o CTRC.

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 (NIM 3740) no CTRC nº 002989, fl.10, esta não foi consignada nos DANFE`s às fls. 06 a 08;

b) O CTRC constante à fl. 10 consta a data de sua emissão em 11/10/13;

c) comparando-se os DANFE`s com as NF-e, fls. 06 a 08, constata-se que as datas das saídas não se justificam, pois excedem a mais de 40 (quarenta) 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;

Portanto, com base no acima alinhado, é inverossímil a conclusão fiscal de que houve reutilização de documentos fiscais, com apreensão das mercadorias em 15/10/13 (termo de ocorrência, fls. 04 e 05), cujas saídas da cidade de Serafina -RS no dia 29/08/13, com destino a cidade de Picos-PI, caracterizando que houve reutilização dos documentos fiscais, pois, é irrazoável que as mercadorias apreendidas em 15/10/2013, tenham saído do estabelecimento após quarenta 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.

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

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, a empresa Araújo e Dantas Ltda., na qualidade de adquirente das mercadorias, apresenta Recurso Voluntário, às fls. 148 a 156 dos autos, no qual, através de seus advogados, devidamente habilitados, salienta que nenhuma das hipóteses elencadas na legislação para considerar inidônea a nota fiscal guarda consonância com os fatos narrados, não havendo qualquer tipo de irregularidade nos documentos fiscais emitidos e, no presente caso, em nenhum momento o autuante ou relator apontaram o dolo, a fraude, a simulação ou erros, que possibilitou a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

Destaca que a transportadora portava as respectivas notas fiscais, após a fiscalização do agente foram apresentadas as Notas Fiscais Eletrônicas nº 93.826 e 93.827 e que os produtos discriminados nas Notas Fiscais nº 93.826, 93.827 e 100.408 são os mesmos elencados no auto de infração. Logo, como no processo administrativo é aplicado o princípio da verdade material, cabe à SEFAZ-BA provar a autoria e materialidade do dolo, da fraude, da simulação ou dos erros, que possibilitaram o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem, sob pena de tornar o auto de infração nulo, do que invoca o princípio do *in dubio pro contribuinte*, para concluir que os fatos ora debatidos são meros erros formais da empresa CREDEAL ao realizar os preenchimentos das notas fiscais e da transportadora LUBREM TRANSPORTES que demorou demasiadamente a realizar o transporte da carga, e que em nenhum momento ensejaram fraude ou prejuízo ao erário.

Reitera que, conforme documentação acostada, resta evidente que as mercadorias transportadas referem-se a produtos adquiridos da empresa CREDEAL pela recorrente e que, somente passaram pelo posto fiscal no dia 15 de outubro de 2013, por problemas da própria transportadora que, conforme documentos em anexo, somente saiu em direção ao destino no dia que completou a carga do caminhão, tendo em vista a mesma trabalhar apenas com “carga fechada”, inexistindo prova da acusação fiscal, sendo ilegal e abusivo não só a apreensão das mercadorias, como a própria lavratura do auto de infração, pois, resta insofismável que as mercadorias adquiridas têm origem idônea e já foram devidamente tributadas, não havendo que se falar em burla à legislação tributária, sob pena de duplicidade do pagamento do tributo e do enriquecimento sem justa causa do Estado, do que requer a nulidade do Auto de Infração, em razão da não existência da inidoneidade da nota fiscal, do que salienta que, tanto na esfera administrativa como na judicial o entendimento é no sentido de se aproveitar o ICMS, de nota fiscal considerada inidônea.

Ressalta que, no caso concreto, se tem então a presunção de legalidade da documentação a favor do requerente, com possibilidade do creditamento do ICMS contido no documento fiscal, pois, o remetente emitiu as notas fiscais a que está obrigado e com observância de todos os requisitos exigidos pela legislação pertinente, e se as vias das notas fiscais assim emitidas foram entregues normalmente aos destinatários, logo, pode-se afirmar que foram cumpridos os deveres instrumentais a que se submetem, em matéria de emissão de notas fiscais.

Aduz que, como se verifica nos documentos acostados, constata-se que a empresa Credeal é a única fabricante e vendedora dos produtos discriminados nas notas fiscais, sendo que os produtos e serviços lá elencados são os mesmos, afastando-se a alegação fiscal de reutilização de nota, não havendo qualquer tipo de irregularidade nas notas emitidas.

Por fim, frisa que quaisquer vícios e/ou omissões constatados no documento fiscal, em não importando em sonegação total ou parcial do imposto, não afasta a idoneidade dos mesmos, concluindo-se, pois, ser abusiva a autuação e, conseqüentemente, indevido o imposto exigido.

Requer o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário no intuito de reforma do Acórdão recorrido para que seja anulado ou julgado improcedente o Auto de Infração e a multa aplicada, como também que todas as notificações sejam direcionadas, unicamente, ao advogado ADRIANO MOURA DE CARVALHO, OAB/PI 4.503, com endereço profissional na Rua Hugo Napoleão, 775, Jôquei Clube, CEP 64.048-320, Teresina-PI, sob pena de nulidade.

VOTO

Inicialmente, em relação à pretensão do patrono do recorrente, na condição de interessado na lide por se tratar de adquirente das mercadorias, de que os atos processuais de comunicação, também, lhe sejam, unicamente, dirigidos, sob pena de nulidade, deixo de acata-la, visto que o art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que *“A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem”*. Contudo, recomenda-se o atendimento do pedido, em que pese não ensejar qualquer nulidade do ato.

Ressalte-se que a sujeição passiva do transportador, na condição de responsável solidário, está prevista no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, pela acusação de *“utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”*. Assim, uma vez comprovada a reutilização da documentação fiscal, caberá ao transportador a responsabilidade do ato, contudo, no caso concreto, se não comprovada, a improcedência da exigência.

Da análise do mérito, 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 sob a acusação de *“Utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação”*, tendo sido consigna, ainda, que: *“...O veículo placa NIM 3740 - SP transportava 785 und de Caderno universitários conforme DANFES 93.826 e 93827, emitidos em 28/08/2013, pela empresa Credeal Manufatura de Papéis Ltda. CNPJ 87.864.237/0005-22. Sendo considerado INIDÔNEO, por reutilização. Foi reutilizado para acobertar uma nova operação em 13/10/2013. E como prova do ilícito fiscal foi feito a apreensão das mercadorias e do documentos fiscais.”*

Há de se esclarecer que 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 acompanhado 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.

Da análise das peças processuais, 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 Parecer GECOT/DITRI 15375/2009, 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 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.

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, 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 tipo: a existência de outro DACTE vinculado, etc.

Há de se ressaltar ainda *dentro do princípio da razoabilidade e de acordo com os fatores que influenciaram a operação* que, neste caso específico, as provas documentais trazidas aos autos servem apenas como indiciárias para a acusação fiscal de reutilização do documento fiscal, pois, de acordo com o Termo de Ocorrência Fiscal e dos documentos, às fls. 4 a 10 dos autos, constata-se que a operação de que trata o Auto de Infração em comento estava sendo realizada acompanhada dos DANFEs n^{os} 93826 e 93827 e do CTC n^o 2939.

Contudo, da análise dos aludidos DANFEs observa-se que nos mesmos constam: 785 caixas de cadernos, no valor total de R\$83.330,95, pesando 12.017 kg, com data de saída de 29/08/2013, às 17 horas, como também a prestação de serviço de transporte realizada pela RODOVIÁRIA BEDIN LTDA, cujo frete foi “pago” do Rio Grande do Sul até São Paulo e de São Paulo ao destino (Piauí) seria FOB, conforme carimbo apostado no quadro “Informações Complementares”.

Por sua vez, o citado Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas que acompanhava as mercadorias, quando da ação fiscal, foi emitido pela LUBREM TRANSPORTES LTDA, em 11/10/2013, consignando: DANFE 93826, 93827 e 129452, com 860 caixas, peso de 14.092 kg, valor de R\$94.328,45, como também “REDESPACHO A PAGAR” de operação entre o mesmo remetente e destinatário.

Da análise de tais dados, observo que as diferenças entre caixas, pesos e valores nos citados documentos decorrem do DANFE 129452, como também que o “REDESPACHO A PAGAR” explica o frete de Serafina Corrêa (RS) à cidade de São Paulo, sob a cláusula CIF, e de São Paulo ao Piauí, sob a cláusula FOB, o que ensejou no lapso de 45 dias entre a saída do remetente e a ação fiscal, sendo admissível, *salvo provas complementares de ônus do Fisco*, a alegação de defesa, à fl. 48, de que a transportadora LUBREM só recebeu as mercadorias da empresa CREDEAL em 12 de setembro de 2013, e como a dita transportadora só trabalha com “carga fechada”, somente iniciou o trajeto à cidade de Picos (PI) em 11 de outubro de 2013, quando completou a carga do caminhão.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n^o 222467.0637/13-1, lavrado contra **LUBREM TRANSPORTES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS