

PROCESSO - A. I. Nº 217449.0905/14-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COOPERCARGO – COOPERATIVA DOS TRANSPORTADORES DE JOINVILLE
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0091-04/15
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/10/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/15

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÃO REALIZADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária não fixa prazo para a circulação da mercadoria após a emissão do documento fiscal eletrônico. A origem do produto está comprovada nos autos. Estão identificados, regularmente, o remetente e o destinatário, sujeitos envolvidos dessa operação mercantil, como também está clara a origem e o destino, comprovados nos aludidos documentos fiscais. Não comprovada a utilização de meio fraudulento para deixar de pagar imposto. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto contra o acórdão em referência que decidiu pela Improcedência do Auto de Infração lavrado em 27/09/2014 para exigir ICMS no valor de R\$82.387,34 ante à seguinte imputação : emissão de documento fiscal com omissão de indicações e/ou informações necessárias à perfeita identificação da operação ou prestação. FALTA DO EVENTO DE REGISTRO DE SAÍDA.

Na descrição fática ali contida consta que:

“Aos dias, mês e hora do ano em curso, no desempenho legal da nossa função fiscalizadora, constatamos a irregularidade no veículo placa MMD4754/BWF4041 que transportava 300 PÇ. Caixa Amplificada SOM e 5.840 pç.DVD constante do DANFE 7205 chave 2914090525642600020555002000007205100468225 emitido em 04/09/2014 pela empresa AULIK IND. E COM. LTDA. CNPJ 05.256.426/0002-05 e CTe 2765 emitido em 25/09/2014 pela autuada. Sendo os Danfes considerados INIDÔNEOS pela perda de sua validade jurídica para acobertar uma nova operação de Mercadoria em 24/09/2014 conforme data de saída aposta por carimbo no Danfe. Constatamos também que o Danfe não possui a placa do veículo Transportador. Verificação ao Sistema da NF-e constatamos que não existe nenhum Evento de Registro de Saída para validar a nova data do Danfe, sendo o mesmo imprestável para acobertar a operação pela perda de sua Validade Jurídica conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05. E, como prova do ilícito Fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e do documento Fiscal”.

O recorrente, inicialmente, defendeu-se às fls. 31/54, tendo, adiante, às fls. sido prestada a informação fiscal. Instruído o PAF em primeira instância, a lide foi dirimida nos termos do voto prolatado nestes termos:

“Preliminarmente quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono do recorrente que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda. No

mais, e querendo, pode o patrono da empresa, quando da sessão de julgamento fazer a sua sustentação oral sem qualquer impedimento, já que são elas públicas.

O patrono do impugnante traz aos autos duas razões à nulidade da ação fiscal.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TRANSPORTADOR, PARA A HIPÓTESE VERTENTE. Em síntese, o impugnante embora observando as determinações do art. 6º, III, "d", da Lei nº 7.014/96 diz que ela deve "passar pelo processo de interpretação adequado, que respeite o sistema jurídico". Observa de que as supostas condutas ilícitas foram, em tese, praticadas pelo emitente dos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias e eram eles os legalmente exigidos para a operação, não apresentando qualquer mácula, de forma ou de conteúdo, que pudesse ser detectada pelo transportador. Afora que a fiscalização esqueceu de que não existe qualquer prazo fixado em lei para a efetiva circulação da mercadoria após a emissão do DANFE. A este respeito, não posso me filiar com as considerações apresentadas pelo n. patrono da empresa autuada. Observando as determinações insculpidas na LC nº 87/96, ela perfeitamente caracteriza como ocorrência do fato gerador do imposto, o local desta ocorrência e a responsabilidade que recai sobre o contribuinte, conforme in verbis:

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

- a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;*
- b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;*

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Tais determinações foram totalmente absorvidas, como não poderia deixar de ser, pela Lei Estadual nº 7014/96, que dispõe:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias:

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

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

b) onde se encontre:

- 1 - quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;*

Ou seja, estando provado que a NF-e era inidônea para a operação que a fiscalização do trânsito detectou como irregular, recai sobre o transportador, por responsabilidade solidária, a exigência do pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito.

E, neste caso, deve ele (transportador), para não ser onerado por tal exigência, observar todas as formalidades legais insculpidas na norma vigente quando da contratação do transporte. A ele não é dado o desconhecimento da legislação tributária.

Diante desta posição ora exposta, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pelo impugnante.

ILÍCITO TRIBUTÁRIO EMBASADO EM FRAUDE - diz ser a base da autuação. Analisa a situação de forma minuciosa e conclui de que nos autos não existem provas de qualquer atitude fraudulenta da empresa para haver acusação desta ordem.

Por outra banda, o autuante afirma que não acusou o contribuinte de fraude, mas sim da inidoneidade do documento fiscal.

Neste caso, entendo que o impugnante tem razão em defender-se desta acusação.

Embora a fiscalização não tenha utilizado tal termo na acusação feita, inclusive na informação fiscal, o autuante foi expresso em discordar desta situação, dizendo textualmente: “Verifica-se no presente PAF que tanto o enquadramento legal como a descrição dos fatos não foi tipificado de fraude e sim de vício e omissão que tornou o Danfe empestável para o fim a que se destinava, de acordo com o previsto no Ajuste do SINIEF 07/05”, a multa aplicada (art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7014/96) caminhou neste sentido. Vejamos o que determinam os itens “a” e “j” do referido artigo e inciso:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

a) quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

[...]

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei; (grifo não original)

Ou seja, o art. 42, IV da nominada lei trata das situações onde se constatem operações em que a legislação considera ações fraudulentas perpetradas pelo contribuinte, situação grave apenada com multa de 100%.

No entanto, para que se caracterize a fraude (inclusive reutilização de documento fiscal) conforme posta na legislação, é necessária a análise da situação de maneira cuidadosa, pois se diversas situações possam, a princípio, levar a esta conclusão, na realidade podem elas serem supridas com outras, já que o objetivo do Estado é exigir o imposto sonegado e não penalizar o contribuinte por atos que, porventura, possa ele ter cometido sem tal condução.

Analizando a NF-e objeto da autuação resta provado (NF-e nº 7205):

- 1. foi ela emitida em 04/09/2014 e as mercadorias somente foram enviadas à transportadora em 24/09/2014, ou seja, 20 dias após a sua emissão. Não consta dos autos que a empresa procedeu a qualquer Evento de Registro de Saída para dar validade a esta nova data.*
- 2. A data de saída foi anotada no DANFE através de carimbo não espelhando aquela constantes na NF-e.*
- 3. Não foi identificado o veículo transportador.*

Analizando a questão 1, de fato, na legislação pertinente à matéria, inexistente norma expressa para se determinar o prazo entre a emissão da NF-e e as efetivas saídas das mercadorias. Entretanto, não se pode perder de vista que uma NF-e emitida e autorizada pelo fisco estadual não pode permanecer válida por tempo indeterminado.

O Ajuste SINIEF 07/05 trata, dentre diversos assuntos relacionados à NF-e, do prazo para o cancelamento da NF-e. Por sua vez, o Ato COTEPE 33/2008, nos seus artigos 1º e 2º, cuida, apenas, da hipótese de cancelamento.

A Diretoria de Tributação da Secretaria de Fazenda Estadual, através do Parecer Ditri nº 15375/2009 datado de 28/08/2009 e nº 18092/2009, de 01/10/2009 entende que o assunto deve ser tratado dentro do critério da razoabilidade. Em assim sendo, aquela diretoria manifestou-se no sentido “de autorizar que essa data seja presumida, entretanto, não pode ultrapassar a data prevista para cancelamento, que de acordo com o art. 1º do Ato COTEPE nº 33/2008 não poderá ser superior a 168 horas (o que equivale a 7 dias) da data da autorização de uso. Abaixo transcrição do texto referido e do art. 231-k e 231-L do RICMS/BA, que trazem a previsão do cancelamento”- Parecer DITRI nº 15375/2009). Atualmente este prazo é de 24 horas.

No entanto, este CONSEF tem firmado posição, através de inúmeras decisões, que não se pode, ou mesmo se deve, mensurar o lapso temporal ora em lide através do critério da razoabilidade, mas sim em critérios objetivos, pautando-se nas determinações emanadas da norma pertinente. Diante deste posicionamento, inúmeras foram as decisões pela improcedência das autuações. E neste caminhar cito algumas delas: Acórdãos JJF nºs 0302-02/12, 0269-01/12, 0281-01/11, 0161-03/13, 0031- 04/13, 0026-03/13, 0234-04/12, 0236-04/12. Quanto às decisões de 1º Grau que trilharam pela manutenção da autuação (Acórdãos nº 0273-02/12, 0248-05/12 e 0240-04/12) foram elas reformadas pela 2ª Instância deste Colegiado, para decretar a improcedência ou mesmo a nulidade das autuações, conforme se denota através dos Acórdãos CJF nºs 0197-13/13, 0088-11/13 e 0154-13/13.

Pois bem, seguindo a orientação emanada deste Colegiado, busquei analisar o conteúdo da NF-e nº 7205 (fls. 58/68). No campo “situação Atual: AUTORIZADA (Ambiente de autorização: produção)” – fl. 58 consta que ela foi emitida em 04/09/2014. Como não houve qualquer retificação (Evento Registro de Saída), a dada de saída constou o mesmo dia (§ 7º da Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 07/2005). Porém chama atenção o fato de que o próprio sistema de emissão da NF-e absorveu, sem qualquer restrição, o CT-e emitido em

25/09/2014 para a referida NF-e. Ou seja, deu ele validade à saída das mercadorias constantes da NF-e nº 7205 através do DACTE nº 002765. Os dados tanto da NF-e como do DACTE são os mesmos, ou seja, emissor do documento fiscal, destinatário das mercadorias, mercadorias, quantidades e transportador. E este DACTE não pode mais ser utilizado, sob pena de inidoneidade, para acobertar qualquer outra operação de transporte a não ser da NF-e nº 7205. Esta situação me leva a entender que o sistema não utiliza, nem mesmo por analogia, como prazo de validade de uma NF-e e aquele do seu cancelamento. Embora o argumento do autuante possa ser pertinente, não espelha ele a realidade da situação. E mais, lançaria por terra a condição legal permitida de validação de uma nova data de saída através do Evento Registro de Saída já que documento fiscal inválido não pode conter mas qualquer informação nova.

Em assim sendo, o erro que se detecta é a falta da informação da nova data de saída das mercadorias acobertadas por esta NF-e através do seu DANFE, que o sistema, por falta desta informação considerou a da emissão do documento fiscal. Porém tal situação caracterizar procedimento irregular do contribuinte, mas não se pode, unicamente através dele, se concluir ter havido qualquer fraude, nem, tampouco, considerar, de pronto, a NF-e inidônea.

Como prova da inidoneidade da NF-e o autuante acusou (item 2) de que no DANFE a data de saída foi anotada através de carimbo, não espelhando a real data de saída constante na NF-e enviada através de arquivo xml.

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/12, aprovado pelo Dec. 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 mesma. Em assim sendo, o DANFE deve consignar, fielmente, os dados contidos no documento fiscal, não podendo ser alterado com a utilização de outro meio gráfico, além da impressão. No caso presente, houve erro do emitente da nota fiscal e não poderia o transportador, diante da legislação posta, ter aceitado para transporte mercadorias acobertadas de uma DANFE nesta condição. Porém embora tal erro possa levar a se ter indício de uma fraude, ele, por si só, não a caracteriza. E aqui observo que tanto o DANFE como o DACTE possuem as mesmas informações, essenciais à comprovação da operação comercial realizada. Afora que o DACTE está inserido na NF-e nº 7205.

Por fim, quanto ao item 3, de fato na NF-e não consta os dados do veículo transportador. Entretanto todos os dados da transportadora se fazem presentes. Houve, mais uma vez, erro do emitente do documento fiscal, erro este bastante visível ao transportador. Porém, e mais uma vez, falha que embora seja visível, pode ser suprimida para o caso específico com todos os dados do transportador, empresa, diante do seu porte, possuidora de frota de veículos que deve ser gerenciada de forma mais adequada.

Após todas estas colocações e não podendo me furtar das determinações legais, transcrevo o quanto disposto no art. 44, da Lei nº 7014/96:

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - inidôneo o documento fiscal que:

- a) omitir indicações;
- b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;
- c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;
- d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;
- e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;
- f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;
- g) for emitido por contribuinte:

1 - fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

2 - no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada.

Parágrafo único. Nos casos das alíneas “a”, “c” e “d” do inciso II, somente se considerará inidôneo o documento fiscal cujas irregularidades forem de tal ordem que o torne imprestável para os fins a que se destine. (grifo não original).

Diante de tudo ora exposto e da legislação posta, não vejo causa a que seja considerada a NF-e nº 7205 como inidônea a ponto de serem aplicadas as determinações do art. 42, IV, “a” da Lei nº 7014/96.

Em assim sendo, pertinente é o argumento do impugnante. Porém como esta falta de idoneidade do documento

fiscal, elemento essencial para caracterizar a infração da qual é o sujeito passivo tributário é acusado se confunde com o próprio mérito da autuação, com fulcro no art. 2º, e §§ do RPAF/BA voto pela IMPROCEDÊNCIA da autuação.”

Por força do disposto no art. artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Devido à desoneração total decorrente do julgamento pela improcedência do lançamento tributário, sobe a esta CJF, o Recurso Ofício a fim de devolver o exame da acusação fiscal de emissão de documento em “*ocorra a emissão de indicações e/ou informações necessárias à perfeita identificação da operação ou prestação FALTA DO EVENTO DE REGISTRO DE SAÍDA*”, tendo sido o Auto de Infração lavrado com supedâneo no art. 6º, III, “d”, da Lei nº 7.014/96, imputando-se ao autuado a condição de responsável solidário sob entendimento de que o DANFE nº 7205 foi emitido em duas datas distintas - 04/09/14 e em 25/09/14 - com intuito fraudulento para acobertar duas operações mercantis e, por isso, foi tido como documento inidôneo.

Como bem exposto ao longo do voto condutor supra reproduzido, o fisco estadual agiu acusatoriamente lavrando o lançamento em tela, baseado em prematura conclusão de que houve prática de fraude em que pese não haver prova alguma, sequer robusta e inequívoca, neste sentido, motivo pelo qual estava fadado, desde o seu nascedouro, à nulidade.

Devo aclarar que, em que pese concordar com o desfecho decisório, pela improcedência, mas, discordo, em parte, quanto aos fundamentos esposados pela r. Relatora, mesmo em se tratando de reexame em sede de Recurso de Ofício. Justifico.

Como bem aduzido no julgado de piso, duas foram as motivações suscitadas pelo autuado para arguir a nulidade do AI, sendo a primeira por ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TRANSPORTADOR e a segunda por ILÍCITO TRIBUTÁRIO EMBASADO EM FRAUDE.

Como observa-se da decisão transcrita, a JJF desacolheu a primeira delas por entender que: “(....) *Ou seja, estando provado que a NF-e era inidônea para a operação que a fiscalização do trânsito detectou como irregular, recai sobre o transportador, por responsabilidade solidária, a exigência do pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito.*”

Tal afirmação, com a devida vênia, é contraditória com o teor do acórdão em si mesmo, e colide com o que expôs a JJF na fl. 03 do voto condutor, ao afirmar que razão assiste ao autuado em se defender para afastar a imputação desprovida da prova correspondente.

Ainda nesse voto constou que há aspectos que poderiam se configurar indícios, mas não meio probante, veja –se:

“ (...) Porém embora tal erro possa levar a se ter indício de uma fraude, ele, por si só, não a caracteriza. E aqui observo que tanto o DANFE como o DACTE possuem as mesmas informações, essenciais à comprovação da operação comercial realizada. Afora que o DACTE está inserido na NF-e nº 7205.”

Logo, restou, portanto, constatado e afirmado pela JJF que o Auto de Infração está desprovido, desacompanhado de PROVA quanto à inidoneidade, este conforme o disposto no art. 44, da Lei nº 7.014/96, e menos ainda quanto ao suposto ato fraudulento com lastro na alínea “f”. Auto de infração SEM PROVA da acusação.

Em sendo assim – inexistência de prova sequer quanto à inidoneidade - , como, então, considerar que o Auto de Infração não está fadado à nulidade ante a ilegitimidade passiva do transportador, já que sua responsabilidade solidária somente se configura se e somente se for concretizada, na realidade, a hipótese normativa prevista abstratamente no art. 39, I, “d”, do RICMS/97 ?

"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 aceitem para transporte ou que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;".

A bem da verdade processual, não há prova no PAF de que o autuado aceitou, seja para transportar, seja para conduzir, mercadoria sem documentação fiscal de sua procedência ou destino ou, ainda, sem acompanhamento de documento fiscal idôneo .

Esta prova não há, o que implica concluir dentro de uma interpretação sistêmica dos dispositivos legais constantes no Auto de Infração, que total pertinência tem a primeira preliminar arguida pela defesa, por não ser o autuado parte legítima para figurar no polo passivo dessa relação tributária.

E como a conduta ilícita a ele imputada não pode ser supostamente existente, em tese, como entendido pela JJF, mas sim concretamente para aplicar, com respeito ao sistema jurídico, a norma abstrata compatível com o fato imponível existente concretamente, com a prova correlata, conclui-se, dentro de uma sequência lógica, que inaplicável é a regra do art. 39 supra transcrito, sendo, destarte, efetivamente parte ilegítima o autuado, a resultar na ilação subsequente : nulidade do lançamento de ofício sem suporte fático-jurídico e ao arrepio dos princípios da verdade material, da legalidade e da segurança jurídica, posto que o fisco acusa sem prova. Acusação a que considero inócua, nula, portanto.

E assim aprecio e fundamento, mesmo em se tratando de um Recurso de Ofício e não de um apelo voluntário do contribuinte que não foi interposto por evidente ausência de interesse recursal. É que, embora concorde com a resolução do julgado, pela improcedência do Auto de Infração, todavia, em respeito a uma linha de coerência com as posições que venho externando como Julgadora neste CONSEF, devo me manifestar expondo meu entendimento, sem silenciar, justamente por não confirmar, na inteireza, os fundamentos fático-jurídicos sustentados pela JJF, que não acolheu a primeira preliminar, apesar de ilegítima, como parte, seja o recorrido.

Tecida esta ressalva, passo a apreciar a segunda arguição de nulidade decorrente da inexistência de ato ilícito, acolhida que foi pelos julgadores de base, ao que me alinho-me, ou seja, considero pertinente não somente a primeira preliminar de nulidade, como a segunda, não havendo como a autuação existir no mundo jurídico distorcida das normas legais que servem de norte à lavratura do auto de infração conforme o que exige do art. 39 do RPAF-BA. Fundamento.

Sabe-se que a dicção do art. 136 do CTN é no sentido de estabelecer a responsabilidade por infração à legislação tributária independentemente da intenção do agente ou do responsável.

Também é sabido que, para lavrar a acusação fiscal, esta há de derivar de toda uma construção probatória prévia para evidenciar, com largueza, precisão e segurança, a ocorrência dos fatos imputados como contrários e lesivos ao erário estadual em ato de fraude.

Sem lastro fático e jurídico, e ao arrepio da lei constitucional e da infraconstitucional, foi o Auto de Infração lavrado em face da transportadora e não da pessoa jurídica que emitiu o dito documento fiscal, como se o DANFE fosse inidôneo e tivesse o condão de ensejar a responsabilidade solidária do transportador de mercadorias, e o serviço de transporte tivesse sido prestado irregularmente. Isto não ocorreu, mas foi assim considerado, por suposição da fiscalização em flagrante ofensa ao que exige o dito art. 39, sob pena de configurar a nulidade prevista no art.18 do mesmo diploma regulamentar.

É que o autuante ao considerar, por vias transversas, que o documento era inidôneo, responsabilizou o autuado, e o fez, a todas as luzes, açodada e aleatoriamente, sem firmeza alguma na acusação de cometimento de fraude fiscal (emissão do DANFE 7205 para acobertar, fraudulentamente, duas operações diversas).

Extraí-se mais desse contexto: o preposto fiscal estabeleceu, ainda, uma premissa equivocada também quanto ao lapso temporal mínimo para utilização do DANFE, o que, como muita propriedade, foi rebatido pelo sujeito passivo, isto é, que a legislação não fixa prazo mínimo algum entre a emissão da nota fiscal e a data efetiva da saída do estabelecimento emitente, tendo

o recorrido trazido a lume o Parecer DITRI nº 15375/2009, cuja essência embasa-se, como não poderia deixar de sê-lo, na razoabilidade e na presunção primeira de boa fé do contribuinte a fim de preservar a segurança das relações jurídicas com o Fisco baiano, justamente, por ser o lançamento ato administrativo vinculado e, pois, adstrito ao princípio da motivação.

É dizer mais. Em se tratando de acusação de fraude, ilícito grave, cabe à autoridade fazendária o agir ainda mais acautelado, e de certificar-se da ocorrência ou não desse ato para concluir, com plena certeza, que houve a tentativa fraudulenta, o que, de modo algum, a bem da verdade, se depreende dos documentos que instruem o Auto de Infração.

Logo, outro não poderia ser o deslinde da lide, senão pela nulidade do AI, mas que, em face do disposto no parágrafo único art. 155 do RPAF, cabe ser ultrapassada para se declarada a sua improcedência.

Voto, pois, no sentido de NÃO PROVER o Recurso de Ofício mantendo a IMPROCEDÊNCIA da autuação.

VOTO EM SEPARADO

Apesar de concordar com o entendimento da Relatora de Não Prover o Recurso de Ofício, peço *venia* para discordar da sua fundamentação relativa a acolher a existência de ilegitimidade do sujeito passivo, na condição de transportador das mercadorias.

Anuo-me às palavras da nobre Relatora da Decisão de piso de que:

“Ou seja, estando provado que a NF-e era inidônea para a operação que a fiscalização do trânsito detectou como irregular, recai sobre o transportador, por responsabilidade solidária, a exigência do pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito.

E, neste caso, deve ele (transportador), para não ser onerado por tal exigência, observar todas as formalidades legais insculpidas na norma vigente quando da contratação do transporte. A ele não é dado o desconhecimento da legislação tributária.

Diante desta posição ora exposta, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pelo impugnante.”

É certo que, por não ter havido causa para que o documento fiscal, objeto da exação em análise, tenha sido considerado inidôneo, diante das considerações postas na decisão *aquo*, por consequência, não há que se atribuir responsabilidade solidária ao transportador, devendo ser considerada improcedente o Auto de Infração.

Diante destas considerações, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, contudo, sob outra fundamentação, nos mesmos termos esposados na Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.0905/14-6** lavrado contra a empresa **COOPERCARGO – COOPERATIVA DOS TRANSPORTADORES DE JOINVILLE**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS