

A. I. N° - 217676.0120/14-2
AUTUADO - ASAC TRANSPORTES LTDA - ME
AUTUANTE - JOSÉ SÉRGIO DE MELO ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.12.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0226-01/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. REUTILIZAÇÃO DE NF-E. TRAJETO CONSIDERADO IRREGULAR. Não restou comprovado a fraude fiscal pretendido pela fiscalização do trânsito de mercadorias. Tal acusação sequer poderia ser atribuído ao transportador por falta de interesse jurídico na situação considerada ilícita. O preposto do Fisco não acostou aos autos as provas de que houve o ilícito, tampouco que o transportador tenha concorrido para a prática do fato considerado irregular. A argüição do preposto fiscal de que não concordou com o lapso temporal entre data de emissão da nf-e e o trajeto feito pelo autuado, em hipótese alguma caracteriza a fraude pretendida. Fraude fiscal não se presume. Carece de efetiva comprovação. Superada a nulidade pela descaracterização da exigência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 14/02/14 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$19.512,22, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apuração de irregularidade fiscal descrita da forma a seguir: *"Utilização de documentação fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação"*.

Consta ainda no campo descrição dos fatos os dados específicos da autuação, as placas dos veículos, os DANFES,s utilizados, respectivas chaves de acesso das notas fiscais eletrônicas e descrição dos produtos constantes nos documentos fiscais e Termo de Apreensão.

O autuado apresenta impugnação (fls. 26 a 34), narrando os fatos que implicaram apreensão das mercadorias transportadas, aduzindo que, segundo informações do motorista que conduzia o caminhão, o fiscal informou que as notas fiscais que acompanhavam os produtos estavam irregulares, pois a emissão datava de 31.01.2014 e o trânsito ocorria apenas em 13.02.2014; a data de fabricação dos produtos era posterior a emissão dos correspondentes documentos fiscais.

Diz que os documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria eram hábeis ao transporte regular, pois comprovam que apesar das notas fiscais terem sido emitidas em data de 31.01.2014, não há qualquer irregularidade na sua movimentação em 13.02.2014, o que decorreu por falta de transporte. Diz ainda que a GNRE, data de 13.02.2014, comprova a data da saída das mercadorias.

Reitera que não existe irregularidade no fato de que os produtos transportados tenham data de fabricação posterior ao da emissão da nota fiscal. Explica que o fabricante dos produtos emitiu a nota fiscal após a realização da venda, mas antes da fabricação, isto porque a empresa não tinha os produtos disponível nos estoques, tinha capacidade para produzir, matéria prima e insumos

necessários. Diz que produz em grande volume, mas, não mantém grandes volumes em estoques, o que justifica as vendas sem o produto acabado nos estoques.

Explica que a empresa faz um esforço para fechamento das metas de vendas, por isso a nota fiscal se deu em 31.01.2014 e a prática não pode ser considerada ilícita. Insiste que a própria lei não diz qual o lapso temporal entre a emissão da nota e sua entrada no estabelecimento; pede ainda que se observe a data do pagamento da fatura, a partir de 07.03.2014, conforme acordo entre o vendedor e o comprador. Reitera que não há irregularidade no transporte das mercadorias.

Invoca a preliminar de cerceamento do direito de defesa, reiterando a demora para a contratação do transporte; descreve a presunção de legitimidade do ato administrativo, na doutrina de Celso Bandeira e aduz que o lançamento não pode ser mantido, nos termos do artigo 5, incisos LV e LIV; reclama que os dispositivos tidos como violados não se enquadram ao fato descrito; Pede a declaração de nulidade da autuação.

Repete que não existe qualquer irregularidade em transportar no dia 13.02, os produtos constantes das notas fiscais datadas de 31.01.2014 e alguns de 06.02.2014. Reitera que a GNRE foi emitido em 13.02.2014. Observa que o número de mercadoria existente no caminhão era exatamente a mesma e o mesmo número de mercadorias declaradas nas notas fiscais.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na sua Informação Fiscal (fls. 45/47), faz uma descrição dos fatos, da defesa; argumenta que os DANFE,s foram emitidos em 31.01.2014, sendo esta a data da efetiva saída das mercadorias por falta da data da saída nos DANFE,s (parecer DITRI). Diz que os DANFE,s foram reutilizados para acobertar uma nova operação em 13.02.2014 e a verificação física das mercadorias contatou que as mesmas foram fabricadas em 06.02.2014, após a emissão dos DANFE,s.

Afirma, em contrário da alegação defensiva, quando da emissão dos DANFE,s já são conhecidas as placas dos veículos AHT9281 e KFA3748, que alega não ter contratado.

Discorre sobre a legislação do IPI; sobre a ocorrência do fato gerador, no quarto dia da emissão da nota (Decreto 7.212/10); sobre a nota fiscal eletrônica e o Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações de Ajuste SINIEF e atos COTEPE, aduzindo que o DANFE é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias em trânsito e indicar qual a nota fiscal se refere à mercadoria em trânsito.

Diz que a fiscalização tenta inibir a "*reutilização do mesmo DANFE*", em face dos procedimentos especiais dos procedimentos especiais da NFE e DANFE,s; o Ato COTEPE 35/10 estabelece um prazo não superior a 24 horas, contado do momento em que foi concedido a autorização; as legislações prevêem que, após a emissão do documento fiscal, existe prazo para cancelar ou circular. Não ocorrendo tais hipóteses, o documento fiscal perde a sua validade.

Aduz que a emissão do documento dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento da reutilização (Ajuste SINIEF 07/05, cláusula quarta, §§ 1 e 2º; considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tenha sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.

Conclui que a ação fiscal foi feita dentro das normas legais. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em nova manifestação (fls. 50/51), o autuado alega que é uma locadora de semi reboque com placa policial KFA3478, sendo que em 29.10.2013 o alugou para Sr. Adilson Antonio Oliveira, RG 22.465.235 SSP SP e CPF 114.638.398-39.

Alega que o Auto de Infração não lhe cabe por se tratar de mero locador, conforme o contrato de locação anexado aos autos. Pede a improcedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do transito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação da *"Utilização de documentação fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação"*, em valor que totalizou R\$19.512,22, além da multa de 100%.

Instalando o contraditório, o autuado, através de representante legal, alegou, preliminarmente, a nulidade ao auto de infração, com espeque nos incisos LV e LIV da CF 88, consistente na acusação de reutilização de documentos fiscais sem provas (cerceamento do direito de defesa); aduz a regularidade dos documentos que emitiu, suscita ilegitimidade passiva, considerando que os atos tidos como irregulares não poderiam lhe ser atribuídos.

Ao seu tempo, o autuante argumenta que os DANFEs foram reutilizados para acobertar uma nova operação em 13.02.2014, considerando as mercadorias fabricadas em 06.02.2014, após a emissão dos documentos em 31.01.2014. Reitera que as diversas legislações prevêem prazo para circular ou cancelar documentos fiscais e mesmo a sua emissão dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento da reutilização, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05.

Constatou que o lançamento fiscal efetuado pela fiscalização de mercadoria em trânsito, Auto de Infração, modelo 4, se apresenta formalmente em acordo com o art. 39, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), que orienta e lavratura do auto de infração e a apuração do débito respectivo. Em que pese a alegação de que a ausência de provas determina a anulação da autuação por cerceamento do direito de defesa e da ilegitimidade passiva, ultrapasso tal entendimento em face ao disposto no parágrafo único do art. 155 do /BA (decreto 7.629/99): *"Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta"*.

A presente exigência recai sobre o transportador das mercadorias apreendidas, sujeito passivo indireto, o responsável, e não o contribuinte, ou seja, uma terceira pessoa escolhida por lei para pagar o tributo sem que tenha realizado o fato gerador, ainda que com ele tenha relação pessoal e direta, conforme indica o art. 121, parágrafo único, II, CTN.

A responsabilidade solidária legal é, na essência, a omissão do dever de diligência, de vigilância. Justamente por isso, o solidário não é um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

A seu tempo, a Lei 7.014/96 (art. 6º, inciso III) estabeleceu que os transportadores são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto, em relação às mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, que corresponde, inclusive, ao enquadramento escolhido pelo agente fiscal para a conduta considerada ilícita praticada pelo autuado.

Cabível ressalvar que contribuintes do ICMS, na operação flagrada como irregular, na realidade, são o comprador e o vendedor da mercadoria. Determinar que o transportador deva efetuar o pagamento do tributo constitui um arcabouço da lei, estruturada para garantir a eficácia de suas disposições, visto que o transportador não está vinculado ao sinal de riqueza que autoriza aquela imposição tributária. Nesse sentido, embora seja necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, a 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. Percebe-se que, em um primeiro momento, o sujeito solidário é estranho ao acontecimento do fato jurídico tributário e integra outro vínculo jurídico, que nasceu por força de uma ocorrência tida como ilícita.

Assim, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, no caso concreto, o transportador, devem estar marcadas de forma indelével e constar dos autos. A argüição do preposto fiscal que lavrou o auto de infração porque constatou, em trânsito, mercadorias, cujas notas fiscais foram emitidas em 31.01.2014 e que os DANFE,s foram reutilizados para acobertar uma nova operação em 13.02.2014, considerando as mercadorias somente foram fabricadas em 06.02.2014, alegando ainda que mesmo a emissão de documentos fiscais dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento da reutilização, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, não pode, por si só, caracterizar a fraude pretendida. Uma fraude fiscal não se presume.

O Ajuste SINIEF 07/05, em realidade, repete o conceito da prova, Em sua cláusula quarta, §§ 1 e 2º considera inidôneo o documento fiscal que, mesmo regular formalmente, tenha sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros. O dolo, a fraude, a simulação ou erro devem estar caracterizados.

Malgrado tenha o preposto do Fisco o dever funcional de verificar a normalidade no transporte de mercadorias e o recolhimento do imposto de circulação de mercadorias - ICMS, não lhe é lícito aprender, reter as mercadorias por tempo além do necessário à coleta de elementos indispensáveis à verificação do possível ilícito tributário ou instituir o crédito tributário desgarrado do que dispõe o art. 142, CTN. O lançamento, enquanto ato jurídico administrativo, deve ser devidamente fundamentado e o Fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estreita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa.

Concluir que os DANFE,s (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 7.336, 7.337 e 7.334, fls. 07/09, de HIGIENE IND.COM.DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. foram emitidos com o intuito de fraude careceria de uma investigação que demonstrasse a inexistência ou irregularidade na emissão dos respectivos documentos fiscais.

Justamente com essa finalidade, a Nota Fiscal Eletrônica (NF - e) marca uma evolução na administração tributária e fiscal brasileira, se apresentando como excelente solução tecnológica no modelo nacional da documentação eletrônica fiscal. Dessa forma, a 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 integração e o compartilhamento de informações com o objetivo de racionalizar e modernizar a administração tributária brasileira, reduzindo custos e entraves burocráticos, facilitando o cumprimento das obrigações tributárias e o pagamento de impostos e contribuições, além de fortalecer o controle e a fiscalização por meio de intercâmbio de informações entre as administrações tributárias..

Entre tantos ganhos fiscais, se extrai a simplificação dos processos de fiscalização realizados nos postos fiscais de fiscalização de mercadorias em trânsito, reduzindo o tempo de parada dos veículos de cargas nestas unidades de fiscalização, além de oferecer mais segurança no colhimento das informações relativas às operações no trânsito das mercadorias, como é o caso em concreto.

Os produtos (fraldas descartáveis) estavam acompanhadas dos respectivos documentos fiscais e poderiam ser devidamente conferidas e individualizadas; não obstante o descumprimento da obrigação do remetente das mercadorias gravar a data da efetiva saída dos produtos, a fiscalização do trânsito do Estado da Paraíba, origem das mercadorias, atestou o seu o trânsito no dia 13.02 e a fiscalização do Estado de Alagoas, no dia 14.02, comprovando a regularidade documental. Se a operação pareceu estranha na avaliação do Fisco baiano, o fato anômalo deveria ser investigado em face aos destinatários, contribuintes da Bahia ou mesmo diante do remetente, sobretudo, em se tratando de nota fiscal eletrônica.

Cabível repetir que a fraude que caracteriza a inidoneidade de documento fiscal não se presume. Deve restar cabalmente provado, o que não ocorreu, no caso em concreto. Tal fato já inquinaria de nulidade a exigência por ilegitimidade passiva do transportador colocado no pólo passivo da pretensão fiscal, equivocadamente avaliada.

Posto isso, o Auto de Infração que seria nulo por ilegitimidade do sujeito passivo escolhido pelo autuante, é, na realidade improcedente, porque não resta caracterizada a infração descrita no lançamento de ofício. De acordo com a exposição retro referenciada e a legislação do ICMS, a autuação manejada pela fiscalização no trânsito de mercadorias não logra êxito, resta descaracterizada e o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 217676.0120/14-2, lavrado contra **ASAC TRANSPORTES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR