

A. I. N° - 232133.0300/10-8
AUTUADO - BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 02.12.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0363-01/10

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADA POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. O DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso, conforme estabelece o § 1º do art. 231-H do RICMS/BA. Documento considerado inidôneo, a teor do art. 209, incisos II e III do mesmo Diploma Legal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 19/03/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$4.820,68, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documentos que não eram os legalmente exigidos para a operação. Consta na “Descrição dos Fatos” que se refere à venda interestadual de mercadorias tributadas, acompanhadas pelos DANFEs de nºs 26.135, 26.139, 26.141, 26.142 e 26.143, emitidos em 18/03/2010, sem autorização de uso da SEFAZ, conforme verificação efetuada às 14:58 horas do dia 19/03/2010, sendo os documentos considerados inidôneos. Acrescenta-se que o DANFE nº 26.131, que também foi apresentado ao fisco, tem autorização de uso emitida em 18/03/2010. O respectivo Termo de Apreensão e Ocorrências se encontra acostado às fls. 04/05.

O autuado apresentou impugnação às fls. 30 a 35, arguindo que a imputação decorreu de equívoco do autuante, haja vista que a emissão da nota fiscal demonstra o cumprimento da obrigação fiscal, o que significa que não se trata de documento inidôneo, pois as autorizações foram emitidas (fls. 36 a 40). Assevera que todos os produtos que comercializa são regularmente tributados, com a devida autorização do fisco, que ocorre de forma eletrônica, podendo ocorrer falha na Internet ou no serviço da Web, o que evidencia o erro do preposto fiscal.

Acrescenta que tendo em vista que a documentação fiscal em questão foi emitida em conformidade com a legislação específica sobre a matéria, promovendo a devida autorização, a incidência do ICMS é devida de forma legal, e não em decorrência de Auto de Infração, ante a inexistência de má-fé, não tendo ocorrido intenção de omissão ou sonegação. Ressalta ser absurda a afirmação do autuante de que no dia 19/03/2010 não existia autorização para a emissão dos documentos fiscais, desde quando ele era conhecedor do quanto afirmado pela defesa, resultando em ato arbitrário, haja vista que destituído de prova do quanto alegado.

Aduz que a dívida tributária somente ocorre quando se verifica um fato imponível ou gerador da obrigação tributária, sendo necessário, para tanto, que ocorra a subsunção de um fato a uma hipótese legal, o que significa que a incidência do preceito normativo torna jurídico um fato que resulta em efeitos econômicos e fiscais. Cita definição nesse sentido, de autoria de “Hensel” e afiança que o autuante não observou o aspecto material da hipótese de incidência tributária.

Realça que não houve violação ao art. 209, inciso II do RICMS/BA, n*o* ilícito do impugnante, para caracterizar como inidôneo o documento

enquadra nesse dispositivo, inexistindo, portanto, fato imponível ao autuado, o que torna ilegal a cobrança do tributo e a imposição de penalidade.

Assim, torna-se patente a inexistência de dever legal do impugnante em pagar a quantia que lhe foi impingida, por ausência de fato gerador, por inexistência de omissão de vendas ou sonegação, não tendo ocorrido nenhum fato concreto capaz de desencadear efeitos legais nesse sentido, de modo que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Por fim, como prova inequívoca da inexistência de comportamento ilícito do autuado, evidencia ter efetuado o recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos relativos às notas fiscais objeto da autuação, conforme atestam os recibos que alega estar anexando aos autos.

Requer que sejam deferidos todos os meios de prova em direito admitidas e a juntada posterior de documentos, para comprovar que o Auto de Infração se fundamentou em pressuposto fático equivocado, desde quando não ocorreu fato gerador que implique na cobrança de imposto, acrescido de multa. Pugna pela improcedência da autuação, em razão das falhas apontadas.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 55 a 58, quando ressaltou que efetivamente os DANFEs foram emitidos pelo contribuinte, que obteve as autorizações de uso, entretanto estas ocorreram após a ação fiscal, como comprova o Termo de Apreensão, em cotejo com as autorizações de uso anexadas pela defesa, que indicam que as autorizações se deram mais de uma hora da ação fiscal e da ocorrência do fato gerador do imposto. Alega ser intrigante que só o primeiro DANFE apresentado possuía autorização de uso emitida antes da saída das mercadorias.

Afirma que o autuado infringiu o art. 231-A do RICMS/BA, que estabelece que a validade do documento depende da autorização de uso por parte da SEFAZ, fato que comprova a ocorrência da infração. Acrescenta que quando o contribuinte enfrenta problemas técnicos na transmissão da nota fiscal eletrônica, deve seguir os procedimentos previstos no transcrito art. 231-J do mesmo Regulamento. Assim, entende que o impugnante não comprova que houve falha de transmissão, nem adotou as providências cabíveis, se fosse o caso, o que reforça o acerto da autuação.

Enfatiza que tendo em vista que a validade jurídica da nota fiscal eletrônica e, consequentemente, do DANFE, se efetiva após a autorização de uso emitida pela SEFAZ, então é inválido ou inidôneo o DANFE não autorizado que acobertar a saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, ou seja, depois da ocorrência do fato gerador do ICMS. Conclui que os documentos emitidos pelo autuado não são os legalmente exigidos, pois carecem de validade jurídica, como determina o art. 231-A do RICMS-BA e inidôneos, de acordo com o art. 209, inciso II do mesmo diploma legal. Em reforço à indicada inidoneidade utiliza-se, ainda, do art. 231-D do RICMS/BA.

Quanto à alegação do autuado de que teria anexado os comprovantes de recolhimento vinculados aos DANFEs em questão, frisa que tais elementos não foram juntados aos autos pelo contribuinte.

Mantém a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Por meio do Auto de Infração em lide a fiscalização reclamou ICMS e sugeriu a aplicação da multa de 100%, em decorrência da utilização de DANFEs (documentos auxiliares da nota fiscal eletrônica) desprovidos da autorização promovida pela Secretaria da Fazenda.

O contribuinte impugnou o lançamento, realçando que a ação fiscal decorreu de equívoco incorrido pelo autuante, asseverando que os documentos em questão eram idôneos, uma vez que as autorizações tinham sido emitidas, juntando as comprovações às fls. 36 a 40. Argumentou que todas as operações que promove têm a devida autorização do fisco, ressalvando que às vezes pode ocorrer falha na Internet.

Realçou que uma dívida tributária depende da ocorrência do respectivo fato gerador da obrigação, complementando que inexistiu violação ao art. 209, inciso II do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), o que teria caracterizado ilegalidade na cobrança do imposto e na imposição de penalidade. Por último, alegou estar anexando os documentos comprobatórios do recolhimento do ICMS concernente às operações realizadas por meio dos documentos fiscais em questão.

Ressalto, inicialmente, que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando fundamentada no demonstrativo e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, indicando, com segurança, a infração e o infrator. Ademais, o autuado, exercendo o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Ressalto, ademais, que não vislumbrei a ocorrência de qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF.

Quanto ao mérito, verifico que se trata do transporte de polpa e suco de frutas, em operações de saídas interestaduais promovidas pelo impugnante, por meio dos DANFEs de nºs 26.135, 26.139, 26.141, 26.142, 26.143 e 26.131, emitidos pelo autuado em 18/03/2010, sendo esta também a data de saída. Com exceção desse último documento, todos os demais tinham sido emitidos sem a necessária concessão de autorização de uso, por parte de SEFAZ/BA.

Uma análise dos dispositivos do RICMS/BA que disciplinam a utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) e do seu documento auxiliar, o DANFE, me convence que, efetivamente, o impugnante incorreu na irregularidade da qual é acusado. Afirmo isto, com base nos seguintes pontos: em primeiro lugar, o art. 231-D determina que o arquivo digital da NF-e só poderá ser utilizado como documento fiscal, após ser transmitido eletronicamente ao fisco, nos termos do art. 231-E, além de ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso, nos termos do art. 231-F. Por outro lado, o § 1º do art. 231-H informa que o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com mercadorias após a concessão da Autorização de Uso de que trata o inciso III do art. 231-G.

Enquanto isso, vejo que os documentos juntados às fls. 36 a 40 indicam que a autorização em questão somente foi expedida após a ocorrência da ação fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Verifico, inclusive, que enquanto a saída dos produtos se deu em 18/03/2010, a referida autorização somente ocorreu no dia seguinte e em horário posterior ao momento de início da ação fiscal.

Um segundo ponto diz respeito à alegação de que em alguns momentos podem ocorrem falhas na Internet, entretanto não restou comprovado nos autos que a irregularidade apurada teria decorrido desse fato, mesmo porque, para a situação aventada, há previsão de que o contribuinte deverá gerar novo arquivo, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência, adotando, assim, alguma das seguintes alternativas previstas no art. 231-J: transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC, ou imprimir o DANFE em Formulário de Segurança (FS), ou, ainda, imprimir o DANFE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA).

Acrescento, ainda, que de acordo com diretriz emanada do § 1º-A do art. 231-H, a concessão da Autorização de Uso concernente ao DANFE, deverá ser formalizada através do fornecimento do correspondente número de Protocolo, o qual deverá ser impresso nesse documento. Por outro lado, segundo disposto no § 2º do art. 231-D, os vícios apontados no seu § 1º atingem também o respectivo DANFE, que também será considerado documento fiscal inidôneo.

Para um melhor entendimento do quanto afirmado acima, transcrevo em seguida os dispositivos do Regulamento do ICMS aos quais me reportei e que têm fundamental questão:

“Art. 231-D. O arquivo digital da NF-e e do CT-e é

documento fiscal, após:

I - ser transmitido eletronicamente ao fisco, nos termos do art. 231-E;

II - ter seu uso autorizado por meio de Autorização de Uso, nos termos do art. 231-F.

§ 1º Ainda que formalmente regular, não será considerada documento fiscal idôneo o 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.

§ 2º Para os efeitos fiscais, os vícios de que trata o § 1º atingem também o respectivo DANFE ou DACTE, impresso nos termos dos art. 231-H e 231-J, que também não será considerado documento fiscal idôneo.

§ 3º A autorização de uso não implica validação das informações nela contidas.

Art. 231-E. A transmissão do arquivo digital da NF-e e do CT-e deverá ser efetuada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com utilização de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pelo fisco.

...

Art. 231-H. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE) e do Documento Auxiliar do CT-e (DACTE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos previstos no art. 231-N.

§ 1º O DANFE e o DACTE somente poderão ser utilizados para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso de que trata o inciso III do art. 231-G, ou na hipótese prevista no art. 231-J.

§ 1º-A. A concessão da Autorização de Uso será formalizada através do fornecimento do correspondente número de Protocolo, o qual deverá ser impresso no DANFE, conforme definido nos termos de Ajuste SINIEF, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 231-J.

...

Art. 231-J. Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e ou o CT-e à Secretaria da Fazenda ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso, o contribuinte deverá gerar novo arquivo, conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência e adotar uma das seguintes alternativas:

I - transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC, para a Receita Federal do Brasil, observado o disposto no art. 231-T;

II - imprimir o DANFE ou o DACTE em Formulário de Segurança (FS), observado o disposto no art. 231-Q;

III - imprimir o DANFE ou o DACTE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA), nos termos do Convênio ICMS 110/08.”

A terceira questão que vem confirmar o acerto do autuante ao exigir o pagamento do imposto, se prende ao fato de o impugnante ter alegado que efetuara o recolhimento do tributo concernente às operações de saídas acompanhadas pelos documentos considerados in autos os elementos comprobatórios do quanto afirmou. Deste modo, a disposição prevista no art. 142 do RPAF/BA, que estabelece:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Com base no quanto acima delineado e tendo em vista o disposto no art. 209 e seus incisos II e III, do RICMS/BA, os quais transcrevo em seguida, concluo que a acusação fiscal restou plenamente caracterizada.

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

...

II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;”

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232133.0300/10-8, lavrado contra **BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$4.820,68**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR