

PROCESSO - A. I. Nº 232133.0300/10-8
RECORRENTE - BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0363-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 24/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0034-11/12

EMENTA: ICMS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADA POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário em face do acórdão epigrafado que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 19/03/2010 para exigir 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.

A JF dirimiu o contencioso administrativo sob os seguintes fundamentos :

(...) 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 ocorrer 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 reporte e que têm fundamental importância no deslinde desta questão:

“Art. 231-D. O arquivo digital da NF-e e do CT-e só poderá ser utilizado como 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 inidôneos, porém sem trazer aos autos os elementos comprobatórios do quanto afirmou. Deste modo, o autuado incorreu na 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.

Apresentando resistência ao teor do Julgado, o contribuinte interpôs às fls. 74/79 Recurso Voluntário, que disse ser tempestivo, salientando que realiza a industrialização de frutas e que goza do melhor conceito entre clientes e público em geral, considerando ter preposto fiscal incorrido em equívoco ao concluir que houve emissão irregular dos DANFES relacionados no lançamento de ofício, emitidos em 18/03/10 para embarque no dia seguinte, o que esteve sem autorização da SEFAZ-BA, a resultar no ICMS devido de R\$ 9.641,36, e mais os acréscimos, pois as autorizações haviam sido emitidas, o que disse ter juntado a respectiva prova quando da impugnação.

Disse que todos os produtos que comercializa, inclusive aqueles objetos da autuação, são precedidos de autorização fazendária, mas que, por vezes, podem ocorrer falhas no interesse ou no serviço da web.

Assevera que a lavratura do Auto de Infração em comento consiste num ato arbitrário, pois o autuante não consultou o site da SEFAZ-BA no dia 19.03.10, quando poderia ter tido ciência de ser verídica sua defesa e que essa conduta é contrária ao direito.

Discorre sobre o conceito de tributo, salientando que a relação tributária nasce para produzir a situação de fato descrita em lei como fato gerador. E que para existir, faz-se preciso que ocorra o fenômeno da subsunção de um fato a uma hipótese legal e ao consequente.

Cita doutrina de Hensel, e se reporta aos conceitos de aspecto material e espacial para concreção da obrigação tributária e que embora seja relevante o aspecto material, foi desconsiderado pelo preposto fiscal.

Aduz que não houve infringência ao art. 209, II, muito menos que houve conduta ilícita e de má-fé para caracterização dos documentos como inidôneos, e que cumpriu todas as obrigações, pugnando pela Improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS aduziu opinativo às fls. 88/90 afirmando que o cerne da lide consiste na utilização de DANFES desprovidos de autorização da SEFAZ-BA e que o contribuinte não trouxe em seu apelo nenhum elemento novo além daqueles já apreciados e exaustivamente decididos pela JJF.

Menciona que a infração está comprovada através do Termo de Apreensão de fl. 04, além dos demais documentos de fls. 11 a 16, e que conquanto tenha o sujeito passivo negado a conduta infracional, que não cuidou de produzir a prova respectiva, já que se constata do exame do PAF que as DANFES foram emitidas posteriormente, confirmando o caráter inidôneo.

Pontuou que a utilização de nota fiscal eletrônica é disciplinada pelo art. 231-D e seguintes do RICMS-BA e que somente pode ser utilizada após a efetivação da transmissão eletrônica pelo fisco, autorização, e que o art. 231 H, § 1º dispõe que o DANFE somente pode ser utilizado para o trânsito de mercadorias após a concessão dessa autorização, o que não houve.

Argumenta que não merece acolhida a alegação de falha na Internet, em face da ausência de prova também nesse sentido e que houve descumprimento da regra inserta no art. 231, J, do RICMS-BA.

Finaliza asseverando que o contribuinte não provou o recolhimento do tributo em foco, e que o Recurso Voluntário deve ser Improvido.

VOTO

Da leitura do acórdão recorrido não há como pairar qualquer dúvida quanto à caracterização da infração imputada ao contribuinte. O julgado primou pela excelência em seu relatório e no voto,

ali contendo pormenorizadamente todos os dispositivos legais que estribaram a autuação, tendo os julgadores enfrentado e decidido com segurança e precisão, fundamentadamente.

A tese do contribuinte não tem como prosperar, pois quando houve a apreensão da mercadoria em circulação, como se verifica do Termo de Apreensão de fl. 04, os DANFES emitidos assim o foram sem a prévia e indispensável autorização da SEFAZ-BA.

O teor dos dispositivos legais supratranscritos não rendem ensejo a qualquer interpretação dúbia, muito ao reverso, conduzem a certeza de que, sem essa prévia autorização, o documento fiscal eletrônico -DANFE que se trata de documento auxiliar a nota fiscal, é considerado como inidôneo por força do que dispõe a lei, como visto nos dispositivos acima transcritos.

A alegação de que houve falhas na Internet e de que deveria ter o preposto fiscal verificado no sistema da SEFAZ-BA no dia posterior à circulação da mercadoria, não encontra amparo legal, visto que a autorização tem que preceder a emissão da nota fiscal e do DANFE e não ser a eles posteriores, ainda que imediatamente depois, pelo que vale transcrever o que elucidou o ilustre Relator:

“(...) 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.

Logo, a irregularidade cometida pelo recorrente restou, portanto, evidenciada à saciedade, mormente considerando que ele próprio não negou o fato de ter realizado a circulação da mercadoria antes da indispensável autorização eletrônica pela SEFAZ-BA, o que significa dizer que realizou a operação de venda irregularmente. A conduta que foi constatada pela fiscalização no site eletrônico, tendo sido caracterizado o cometimento da infração, rendendo ensejo à lavratura do auto infracional, à luz dos artigos 231-D e 231 E, H e J, do RICMS. Por tais fundamentos, não há como prosperar a tese recursal de que a circulação da mercadoria estava acobertada por documentação regular e que era por isso mesmo idônea.

Pelo que, diante do que dos autos se extrai, devo comungar da mesma posição da JJF, acolhendo também na íntegra o Parecer da douta PGE/PROFIS.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232133.0300/10-8**, lavrado contra **BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$4.820,68**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS