

PROCESSO	- A. I. Nº142096.0901/10-3
RECORRENTE	- FRIGORÍFICO VILHENA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0171-05/11
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 21/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-11/12

EMENTA: ICMS. NOTAS FISCAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documento fiscal que acobertava o transporte da mercadoria não obedecia aos requisitos legais. Infração procedente. Recurso desprovido de argumentos novos. Mantida a exigência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF, a qual, no Acórdão nº. 0171-05/11, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$17.685,00, acrescido de multa de 100%, resultante da apreensão de mercadorias (charque) transportadas com utilização de documento diferente daquele exigido para operação, formalizou Recurso Voluntário.

A autuação se encontra assim descrita: “*Transporte de 15.000 Ks. de jerked Beef (Charque) acompanhada de documento fiscal (DANF nº 245 anexo), cancelado pelo emitente conforme protocolo 135100477397091, em 01/09/2010, às 12.55:52 (cópia anexa), no valor de R\$ 147.375,00, emitido por “FRIGORIFICO VELHAME LTDA”, Insc. Est. nº 492520506115 e CNPJ 01.294.213/0001-36 em Osasco SP, transportado no veículo de Placa Policial NLV 7189 conduzido pelo Sr. Manoel Messias do Espírito Santo, ficando assim caracterizada a inidoneidade do documento fiscal apresentado para fiscalização no Posto Fiscal JAIME BALEIRO em Urandi - Bahia*”.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 27 a 33) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 58/62.

No conduto do Acórdão JJF Nº 0171-05/11, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Relator, em seu voto, fundamentado a Decisão no teor adiante transcrita:

“Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS, em face do transporte de mercadoria (charque) acompanhada de documento fiscal (DANFE nº 245) cancelado, conforme termo de Apreensão de Mercadorias nº 142096.0902/10-0, anexo à fl. 04.

O autuado argui a incompetência do fisco baiano para exigir ICMS de uma operação envolvendo contribuintes dos Estados de São Paulo e de Sergipe, invocando o princípio da extraterritorialidade, nos termos do art. 102, CTN, a impedir que o fisco da Bahia considere a inidoneidade de documento fiscal que contemple mercadoria somente de passagem por esse território; além de considerar inidôneo um documento em situação que a lei do próprio Estado da Bahia não preveja, nos termos do art. 44, Lei nº 7.014/96.

O autuante contesta que a nota fiscal eletrônica nº 245 (na realidade o DANFE), que acobertava o transporte da mercadoria apreendida, emitida em 31.08.10, estava cancelada desde 01.09.2010; que o ATO COTEPE 33/2008 disciplina nacionalmente a forma de cancelamento da NF-e, que deve ser feito no prazo de 24 horas; que o procedimento para corrigir valores de operações comerciais é pela emissão de outra nota fiscal complementar, conforme dispõe o art. 201, II, RICMS BA, e não o cancelamento da NF-e com a mercadoria já em trânsito.

Verificando as peças processuais e a legislação que rege a espécie, constato que o caso em tela não configura qualquer agressão ao princípio de extraterritorialidade, conforme indicado no art. 102, do Código Tributário Nacional, porquanto não houve invasão da legislação do Estado da Bahia fora dos limites de seu território, mas a observação de situação passível de infração à legislação do ICMS desse Estado.

O caso concreto trata da apreensão de mercadorias (*CHARQUE*) transitando com um DANFE 245, fl. 08, emitido em 31.08.10, mas cancelado em 01.09.2010, às 12:55, conforme protocolo 135100477397091 (fl. 11) para alinhamento de preços, segundo consta nas razões. O documento cancelado foi substituído pelo DANFE 247, emitido em 01.09.10, às 13:00 horas, antes, portanto, da lavratura do presente Auto de Infração, no dia 02.09.1, conforme faz prova o documento de fl. 52.

A exigência encontra amparo no art. 209, II, RICMS BA que diz: “será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que 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”.

Sabe-se que a nota fiscal deverá ser emitida pelo contribuinte antes de iniciada a saída das mercadorias, sempre que realizar operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS (art. 220, I, RICMS BA). Vigente, no momento da presente ocorrência, a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, especificada no art. 192, I-A, RICMS BA.

O Ajuste SINIEF 07/2005 e suas alterações instituíram nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE. Ocorre que a NF-e é um documento que existe apenas na forma digital, alterando a sistemática atual de emissão da nota fiscal em papel, por nota fiscal eletrônica com validade jurídica para todos os fins. Assim, em vez de papel, temos um documento emitido e armazenado eletronicamente. O fisco ganha em rapidez e segurança, pois passa a monitorar todas as etapas do processo de circulação de mercadorias.

No novo modelo de documentos fiscais, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) é uma representação gráfica simplificada da NF-e e tem, dentre outras funções, conter a chave de acesso da NF-e (permitindo assim a consulta às suas informações na Internet), e, sobretudo, acompanhar a mercadoria em trânsito.

O DANFE, assim, deve ser impresso, pelo emitente da NF-e, antes da circulação da mercadoria, pois o trânsito de uma mercadoria documentada por uma NF-e sempre deverá estar acompanhado do DANFE correspondente, o que inclusive, cabível a ressalva, não ocorreu na presente situação, uma vez que o documento apresentado estava cancelado.

Portanto, obrigatoriedade é a apresentação do DANFE para acompanhar o trânsito da mercadoria, após a emissão da nota fiscal eletrônica (art. 220, I e art. 231-H, RICMS BA), além de facilitar a consulta dos documentos fiscais (art. 231-N, RICMS BA). Assim, o DANFE nº 245 apresentado, cancelado, se mostra um documento inidôneo para acobertar o trânsito de mercadorias e impróprio para aquela operação.

Justamente para equacionar tais questões, o ATO COTEPE 33/2008 disciplina nacionalmente a forma de cancelamento da nota fiscal eletrônica (NF-e), estabelece (na redação vigente quando da ocorrência do fato concreto) que ainda não tenha havido a circulação da mercadoria. O art. 231-K, RICMS BA, igualmente, diz que o emitente poderá solicitar o cancelamento em prazo não superior ao máximo definido nos termos de Ajuste SINIEF e desde que não tenha havido a circulação da mercadoria.

O ATO COTEPE 13/2010 alterou a redação original do ATO COTEPE 33/08, estabelecendo um prazo de 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

Correta, nesse sentido, a Decisão fiscal, de considerar a inidoneidade do documento apresentado, não tendo espaço a alegação defensiva de que o aludido cancelamento foi feito para alinhamento de preços com a consequente emissão de novo DANFE, vez que tal procedimento colide com as normas do ATO COTEPE, cabível, sendo o caso, a emissão de nota fiscal complementar contemplando aos ajustes de cunho comercial.

Posto isso, resta caracterizada a exigência fiscal de trânsito de mercadorias sem se fazer acompanhado de documento fiscal exigido para a operação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso (fls. 82 a 88), inicialmente sintetizando os fatos e, em seguida, reprisando os argumentos principais que fundamentaram a peça de impugnação.

Sustentou, no primeiro argumento defensivo, de que houve desacerto do preposto do fisco em considerar como inidôneo o documento fiscal porquanto não se enquadrava nas condições de inidoneidade previstas no artigo 44 da Lei nº 7.014/96, enquanto a instância de piso consignou, erroneamente, que a inidoneidade estava amparada no artigo 209, II do RICMS, dispositivo legal que não se presta para justificar o caso ocorrido.

Aduziu ter ocorrido apenas o cancelamento de um DANFE, que antes da operação fiscal fora substituído por outro, argumentando que o DANFE 245, emitido em 31/08/10 para acobertar o transporte das mercadorias (JERKED BEEF PA VILHETO 6x5 e JERKED BEEF CP VILHETO 1x30 - CHARQUE) em razão de alinhamento de preço, foi cancelado e, de pronto, substituído pelo DANFE 247.

Assim afirmou que o fato alegado na autuação, ou seja, DANFE 245 cancelado, não poderia ser considerado inidôneo, posto que cancelado, como poderia ser inidôneo? Além disso, assegurou não ter o Estado da Bahia sofrido qualquer prejuízo com a operação, uma vez que a mercadoria estava em transito e o imposto, se devido, caberia ao Estado de São Paulo ou de Sergipe, vez que a operação ocorre entre contribuintes daqueles Estados.

Com relação à extraterritorialidade, disse desmerecer acolhimento o argumento apresentado no acórdão hostilizado, na linha preconizada pelo art. 102 do CTN, porquanto não houve invasão da legislação do Estado da Bahia fora dos limites de seu território, já que o fato gerador do ICMS ocorre no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, e no caso concreto, as mercadorias partiram de contribuinte situado no Estado de São Paulo, portanto o fato gerador se deu naquele Estado e não no da Bahia.

Citou e transcreveu ementas de decisões do STJ para fundamentar a sua tese e ressaltou a necessidade de ser observado o princípio da extraterritorialidade por se tratar de mercadoria em trânsito pelo Estado da Bahia, devendo o fisco se limitar à aplicação de dispositivos da Legislação Estadual acerca do transporte pelo território baiano.

No que tange à alegada inaplicabilidade da multa proposta, observou que a Decisão foi silente, sobre a matéria, consignando que: “*Não há dúvidas de que o desiderato da multa indigitada é penalizar aquele que realmente prejudicou o Estado. Logo, a manutenção da penalidade imposta pelos autuantes ferirá o princípio da vedação ao confisco, consagrado no art. 150, inciso IV, da CF/1988....*”

Transcreveu, como suporte de sua tese, o referido artigo e escólios de eminentes tributaristas, Sacha Calmon Navarro Coelho e Edmar Oliveira Andrade Filho.

Por fim, postulou o conhecimento e o provimento do Recurso, para que fosse julgada improcedente a ação fiscal, por ser de Direito e Justiça.

A ilustre Representante da PGE/PROFIS, em seu Parecer de fls. 94/96, ao analisar o Recurso, observou que o recorrente não logrou afastar a imputação apurada no lançamento, observando que a nota fiscal que acompanhava a mercadoria (charque) estava em desacordo com a legislação estadual, conforme prescrevem os parágrafos 3º, 5º e 6º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, rechaçou a irresignação do recorrente no tocante à multa aplicada à infração, porquanto expressamente consignada no artigo 42, inciso IV, b da Lei nº 7.014/96.

Conclui opinando pelo conhecimento e improviso do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Consoante relatado, a interposição do Recurso Voluntário sob comento decorreu do inconformismo do autuado com a Decisão de primeira instância, atinente à infração descrita, onde se exige ICMS no valor de R\$17.685,00, acrescido de multa.

Inicialmente, cabe a apreciação da alegação do recorrente de que a Decisão de piso não se manifestou acerca da arguição suscitada na defesa referente à inaplicabilidade da multa aplicada na autuação.

No que pese ter razão o contribuinte quando afirmou que a 5ª JJF, deixou de apreciar o tema, entendo que a omissão não enseja a nulidade da Decisão proferida, porquanto se trata de matéria

expressamente excluída do âmbito de competência desse Conselho, a teor do artigo 167, do RPAF/BA.

No mérito, as razões recursais se consubstanciam como repetitivas daquelas apresentadas na impugnação, verificando-se que o autuado não trouxe nenhum fundamento novo ou documento hábil, capaz de modificar a Decisão farpeada para afastar a imputação imposta.

Com efeito, fácil é se constatar que a petição do Recurso se reporta à mesma fundamentação da impugnação apresentada na primeira instância, a qual foi devidamente enfrentada na Decisão de piso.

Vale destacar que a mercadoria transitava pelo território da Bahia, acobertada por documento fiscal cancelado pelo próprio emitente, portanto, desprovido de qualquer suporte legal, já que deixou de existir, perdendo a sua função prevista na legislação fiscal.

Ademais, dúvidas inexistem acerca do cancelamento e a consequente inidoneidade do documento fiscal que acobertava o trânsito das mercadorias, fato admitido pelo próprio autuado, o qual informa a emissão posterior de um outro documento fiscal para a operação mercantil, restando caracterizado o trânsito de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal exigido pela legislação, especificamente o art. 209, II e III, *verbis*:

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

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;

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;

Neste contexto, a apreensão das mercadorias e a imputação se encontram amparadas pelos §§ 3º, 5º e 6º do artigo 40, da Lei nº 7.014/96, dispondo:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

(...)

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

(...)

§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

§ 6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

No que tange à insistida questão da constitucionalidade e inaplicabilidade da multa prevista para a infração, é cediço que, consoante estatuído no art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, é incompetente a Câmara de Julgamento Fiscal para apreciar tal matéria, a qual, somente no âmbito do Judiciário, em sede de revisão do ato administrativo, poderá ser enfrentada, sem perder de vista que, até Decisão final da Justiça, a constitucionalidade é presumida.

Em suma, evitando delongas desnecessárias, acompanho integralmente o decisório proferido pela 5ª junta de Julgamento Fiscal, corroborada pelo Parecer da douta PGE/PROFIS, entendendo que todos os argumentos devidamente apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja Decisão se afigura correta, posto que proferida em consonância com os ditames legais, restando, efetivamente, comprovada a infração.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, na linha da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 142096.0901/10-3, lavrado contra **FRIGORÍFICO VILHENA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.685,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS