

A. I. Nº - 217449.0503/12-9
AUTUADO - JLI TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT DAT NORTE
INTERNET - 19/02/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-03/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM NOTA FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. Restou descaracterizada a exigência fiscal, por considerar a inidoneidade do DANFE sem a existência de fato que invalidasse o documento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/05/2012, refere-se à exigência de R\$22.997,51 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação. DANFE fora do prazo legal para circulação ou cancelamento. De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado transporte de leite em pó, creme de leite e bebida láctea, constantes nos DANFEs de números 72588 a 72595, emitidos pela empresa Embaré Indústria de Alimentos S/A, sendo a operação realizada em desacordo com o Ajuste SINIEF, Ato COTEPE 33/2008, e Parecer GECOT/DITRI 1537/2009. Consta, ainda, que foi apurada divergência de informação entre os DANFEs e suas cópias.

O autuado apresentou impugnação às fls. 63 a 78 do PAF. Suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando ausência de fundamentação e correto enquadramento legal. Diz que é impossível identificar o motivo da alegada inidoneidade das notas fiscais que acobertaram a operação objeto do presente lançamento. Nenhum dos dispositivos legais apontados como enquadramento ou tipificação no Auto de Infração dispõem acerca da equiparação da data de emissão da NF-e, à data de saída das mercadorias, ou mesmo estabelecem qualquer tipo de prazo para que ocorra a efetiva saída das mercadorias das instalações fabris do impugnante após a emissão da NF-e. Também alega que os dispositivos legais que fundamentaram o Auto de Infração não denotam a impossibilidade de que a data de fabricação das mercadorias seja posterior à data de emissão da NF-e. Afirma que o Auto de Infração não fundamenta o motivo da suposta inidoneidade do documento fiscal, o que prejudica a defesa do contribuinte, que sequer sabe de qual irregularidade tem que se defender. Transcreve os dispositivos apontados no enquadramento legal e tipificação do Auto de Infração e diz que inexistente qualquer embasamento legal a partir do qual se possa concluir pela suposta inidoneidade das notas fiscais que acobertaram a operação objeto da autuação.

No mérito, o defendente alega que não obstante os argumentos anteriores pela nulidade da autuação fiscal, a impropriedade do entendimento da fiscalização no sentido de que o simples fato de as mercadorias terem sido produzidas posteriormente à data de emissão das notas fiscais correspondentes ensejaria a conclusão de que tais notas fiscais seriam inidôneas. Salienta que a empresa fabricante das mercadorias transportadas, Embaré Indústria Alimentícia, dedica-se à fabricação de alimentos perecíveis, tais como leite e seus derivados e caramelos. Visando manter a qualidade e duração de tais produtos, é adotado um processo contínuo de produção e escoamento, de modo a evitar a estocagem de produtos e, conseqüentemente, oferecer aos seus consumidores produtos frescos, com maior prazo de validade. Explica que, por vezes, quando da emissão do documento fiscal, não existe o produto necessário em estoque, que pode vir a ser

fabricado em alguns dias após, como ocorreu na hipótese dos autos. Diz que essa circunstância é agravada pelo enorme volume de pedidos e grande pulverização dos seus clientes, o que exige o estabelecimento de uma rotina operacional bastante eficiente. Junta aos autos cópias de notas fiscais para demonstrar o procedimento adotado, dando as explicações em relação a cada operação.

Quanto às operações objeto da autuação fiscal, informa que as mercadorias em questão tiveram sua saída registrada no Sistema Integrado de Administração da Receita – SIARE, do Estado de Minas Gerais, no dia 23/05/2012 e o autuante constatou que os produtos transportados foram fabricados em 15/05/2012, conforme registro oficial e legítimo efetuado pelo SIARE. Alega que não há na legislação de regência a estipulação de prazo para se promover a saída de mercadorias após a emissão da Nota Fiscal, e o próprio modelo da Nota Fiscal Eletrônica traz dois campos distintos: Data da Emissão e Data da Entrada/Saída. Entende que é ilegítima a autuação, devendo ser cancelada pela autoridade competente, ante os fatos demonstrados na impugnação.

O defendente também alega incompetência do Estado da Bahia para exigência do tributo devido na operação. Diz que o tributo exigido decorreu da fiscalização de veículo que transportava mercadorias originadas do Estado de Minas Gerais e destinadas para outro Estado da Federação, o Estado de Pernambuco, ou seja, o Estado da Bahia serviu, no presente caso, apenas como local de passagem das mercadorias. Afirma que o Estado da Bahia não possui qualquer ligação com a relação tributária que foi instaurada, sendo ilegítimo e incompetente para exigir o cumprimento da obrigação principal e, por decorrência lógica, da obrigação acessória que ensejou a aplicação da multa objeto do presente Auto de Infração. Reafirma o entendimento de absoluta incompetência do Estado da Bahia para fiscalizar a apuração e recolhimento do ICMS devido a outro Estado da Federação, e para considerar inidôneas as respectivas notas fiscais de tais mercadorias.

Em relação ao Ato Cotepe 33/08, alega que se depreende do art. 1º do referido Ato Cotepe, que o contribuinte possui prazo de 24 horas para o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria. Transcreve o mencionado artigo e diz que a referida norma trata apenas do prazo para cancelamento e a fiscalização invocou na fundamentação do lançamento, sugerindo que a efetiva circulação da mercadoria deveria respeitar tal prazo de 24 horas. Entende que houve equívoco da fiscalização, porque o Ato Cotepe 33/08 não estabelece nenhum tipo de prazo para a circulação da mercadoria após a emissão da NF-e. Requer o cancelamento do Auto de Infração, alegando afronta ao princípio da legalidade.

Em relação à multa indicada na autuação, alega que é confiscatória, e ainda que fosse devida tal multa, esta não poderia ser exigida em vista de seu caráter confiscatório, que atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII da Constituição Federal. Comenta sobre o princípio da proteção da propriedade e cita julgados de tribunais brasileiros sobre essa questão. Finaliza, reiterando o pedido de cancelamento do presente Auto de Infração em razão da falta de fundamentação de forma clara do motivo da alegada inidoneidade dos documentos fiscais, em razão da legalidade da operação realizada e alegando que foi demonstrada a ausência de legitimação do Estado da Bahia para exigência do tributo. Subsidiariamente, caso sejam ultrapassadas as alegações precedentes, pede que seja revista a multa, considerando o seu caráter confiscatório.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 125 a 129 dos autos, dizendo que a alegação do autuado arguindo nulidade do auto de infração por atipicidade e falta de enquadramento legal não se faz verdadeira, conforme disciplina o art. 11, “b” da LC 87/96, pois se tratando de mercadoria ou bem, em situação irregular, pela falta de documento fiscal ou quando acompanhada de documentação fiscal inidônea, para efeito de cobrança do imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou da prestação, e a presente situação ocorreu no Estado da Bahia. Reproduz o art. 19 do RPAF/BA, e afirma que a alegação de nulidade da ação fiscal não

procede, tendo em vista que a presente ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Cita os arts. 123 e 124 do CTN; o art. 5º da LC 87/96, o art. 39, I, "d" do RICMS/BA e Súmula 03 do CONSEF, afirmando que a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento de tributos, sendo o transportador considerado sujeito passivo por solidariedade. Informa que os DANFEs foram emitidos em 30/04/2012 e o protocolo de autorização de uso na mesma data e foram utilizados para acobertar uma operação em 23/05/2012. Diz que verificou as cópias do DANFEs (fls. 25 a 32) constatando a divergência entre elas que não possuem data de saída e nem placa do veículo. Na verificação física da mercadoria constatou que os produtos foram fabricados em 15/05/2012, configurando a utilização dos DANFEs após o prazo legal para circulação ou cancelamento. Afirma que não há nenhuma presunção e sim constatação da irregularidade e que, para consumação da fraude foi utilizado o Sistema de Minas Gerais o SIARE para fazer a reimpressão dos DANFEs e inserindo fraudulentamente uma nova data de saída e placa do veículo. Consulta dos DANFEs ao Portal da NFe e as cópias dos DANFEs (pág. 25 a 32) comprovam a fraude. Diz que foi utilizada data de saída com prazo superior ao previsto para cancelamento ou circulação de mercadorias, e que configurada divergência de informação entre os DANFEs e as NF-e no Sistema Nacional da NF-e. Salienta que é vedado alterar data de saída ou emissão, até mesmo com Cce (Carta de Correção Eletrônica), e conforme previsto no Ajuste do SINIEF 07/05, o Manual de Integração Contribuinte, veda a impressão de informações que não estejam no arquivo da NFe. Também informa que a legislação federal e a estadual disciplinam a vedação de emissão de NFe que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias.

Quanto ao argumento do autuado de que não existe legislação que discipline o prazo de circulação a partir da data de autorização do DANFE, afirma que o Regulamento do IPI, Dec. 7.212/2010, no art. 36, inciso VI, prevê que se considera ocorrido o fato gerador, no quarto dia data de emissão da respectiva Nota Fiscal, sendo o documento imprestável para acobertar o estoque de mercadoria ou para acobertar uma nova operação de mercadorias. Diz que o Parecer GECOT/DITRI nº 15375 pacifica a interpretação do Ato COTEPE 33/2008 sobre o prazo de circulação ou cancelamento do DANFE, após a data do protocolo de autorização de uso, e que a NF-e é disciplinada pelo Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações, Ajuste do SINIEF e Atos COTEPE, e neles estão contidos todos os requisitos e obrigatoriedades para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da NF-e e do DANFE. Esclarece que o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) é de emissão obrigatória e deve acompanhar as mercadorias no trânsito, e serve para indicar qual a Nota Fiscal Eletrônica se refere àquela mercadoria em trânsito. É utilizado para efetuar o registro de passagem pelos Postos Fiscais, através do código de barra contendo 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. Salienta que a fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo DANFE, por meio de carimbo. A placa do veículo transportador deve constar no documento fiscal da mercadoria, vinculando o veículo transportador ao documento fiscal, e tem como objetivo coibir a prática de utilização indevida de documentos fiscais para acobertar uma operação de mercadoria. Assegura que na presente autuação o Danfe original não possuía a placa do veículo transportador e foi inserida fraudulentamente juntamente com a nova data de saída. Volta a citar o Regulamento do IPI e diz que o Danfe foi utilizado após o prazo legal previsto no art. 1º Ato COTEPE 33/2008, que não poderá ser superior a 168 horas que corresponde a 7 dias da autorização para cancelamento ou circulação, sendo esse prazo referido no Parecer GECOT/DITRI nº 15375/2009, em face dos procedimentos especiais da NF-e e DANFES. Comenta sobre outros dispositivos legais pertinentes à matéria tratada neste PAF e assegura que a ação fiscal foi realizada dentro das normais legais atinentes aos princípios tributários constitucionais, inexistindo dúvida quanto à irregularidade da utilização do DANFE emitido em 30/04/2012 e já sem validade jurídica para acobertar uma operação em 23/05/2012, em desacordo com o prazo legal previsto no Ato COTEPE 33/2008 e suas alterações.

O autuante não concorda com a alegação de que a multa de 100% do valor do imposto é confiscatória. Diz que de acordo com o art. 11, alínea "b" da LC 87/96, tratando-se de mercadoria em situação irregular, pela falta de documentação ou com documentação inidônea, para efeito de cobrança de imposto, o fato gerador ocorre no local da operação ou prestação, e no presente caso, foi no Estado da Bahia. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 132 o defendente solicitou a juntada da via original da procuração e da cópia autenticada da Alteração Contratual dos Atos Constitutivos do autuado, requerendo que as notificações, intimações e comunicações sejam realizadas em nome do Advogado Tiago de Oliveira Brasileiro, com endereço profissional na Rua Conde de Linhares nº 278, B. Cidade Jardim, Belo Horizonte – BH. Em outra petição à fl. 142 o defendente indica novo procurador para receber notificações intimações e comunicações.

O defendente apresentou "Memorial de Julgamento", reproduzindo as alegações defensivas e pedindo a juntada aos autos de decisões do CONSEF por meio dos Acórdãos JJF Nº 0269-01/12 e JJF Nº 0234-04/12, tratando da mesma matéria tratada neste PAF.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando ausência de fundamentação e correto enquadramento legal. Diz que é impossível identificar o motivo da alegada inidoneidade das notas fiscais que acobertaram a operação objeto do presente lançamento. Afirma que o Auto de Infração não fundamenta o motivo da suposta inidoneidade dos documentos fiscais, o que prejudica a defesa do contribuinte, que sequer sabe de qual irregularidade tem que se defender.

Analisando o Auto de Infração, constato que foi indicado na descrição da infração e dos fatos que resultaram na exigência do imposto, o motivo da autuação: utilização de DANFes fora do prazo legal para a sua circulação ou cancelamento, e a fundamentação legal para a decisão adotada pela fiscalização.

Vale salientar, que em relação ao correto enquadramento legal, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defendente também alega incompetência do Estado da Bahia para exigência do tributo devido na operação. Diz que o tributo exigido decorreu da fiscalização de veículo que transportava mercadorias originadas do Estado de Minas Gerais e destinadas para outro Estado da Federação, o Estado de Pernambuco, ou seja, o Estado da Bahia serviu, no presente caso, apenas como local de passagem das mercadorias. Afirma que o Estado da Bahia não possui qualquer ligação com a relação tributária que foi instaurada, sendo ilegítimo e incompetente para exigir o cumprimento da obrigação principal e, por decorrência lógica, da obrigação acessória que ensejou a aplicação da multa objeto do presente Auto de Infração.

Verificando as peças processuais e a legislação que rege a matéria, constato que o caso em tela não configura qualquer agressão ao princípio de extraterritorialidade, haja vista que se considera o local da operação ou da prestação para os efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, onde se encontrem as mercadorias, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhadas de documentação inidônea, conforme art. 13, I, "b" da Lei 7.014/96.

No caso em exame, em relação aos documentos fiscais que acompanhavam a mercadorias, foi entendido que os DANFes 72588 a 72595, encontravam-se fora do prazo legal para a sua circulação ou cancelamento, estando irregulares para a operação realizada. Portanto, não houve aplicação da legislação do Estado da Bahia fora dos limites de seu território, mas a observação de situação passível de infração à legislação do ICMS deste Estado.

Constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS acrescido de multa, relativamente às mercadorias acompanhadas dos DANFEs de números 72588, 72589, 72590, 72591, 72592, 72593, 72594, 72595, emitidos em 30/04/2012, pela empresa Embaré Indústria de Alimentos S/A, tendo em vista que foi entendido que a operação efetuada com os DANFEs estava fora do prazo legal para circulação ou cancelamento. Os DANFEs foram emitidos em 30/04/2012 e a data da saída da mercadoria ocorreu em 23/05/2012, conforme consta no campo próprio do documento fiscal e respectivos Conhecimentos de Transporte (fls. 09 a 24 do PAF).

De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado transporte de leite em pó, creme de leite e bebida láctea, constantes nos DANFEs de números 72588 a 72595, emitidos pela empresa Embaré Indústria de Alimentos S/A, sendo a operação realizada em desacordo com o Ajuste SINIEF, Ato COTEPE 33/2008, e Parecer GECOT/DITRI 1537/2009. Consta, ainda, que foi apurada divergência de informação entre os DANFEs e suas cópias.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que as mercadorias em questão tiveram sua saída registrada no Sistema Integrado de Administração da Receita – SIARE, do Estado de Minas Gerais, no dia 23/05/2012 e o autuante constatou que os produtos transportados foram fabricados em 15/05/2012, conforme registro oficial e legítimo efetuado pelo SIARE. Alega que não há na legislação de regência a estipulação de prazo para se promover a saída de mercadorias após a emissão da Nota Fiscal, e o próprio modelo da Nota Fiscal Eletrônica traz dois campos distintos: Data da Emissão e Data da Entrada/Saída. Entende que é ilegítima a autuação, devendo ser cancelada pela autoridade competente, ante os fatos demonstrados na impugnação.

Observo que se trata de uma operação com DANFE (Documento Auxiliar da NF-e), de uso obrigatório, para acompanhar o trânsito das mercadorias e facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos.

Conforme art. 82 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito 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 (Ajuste SINIEF 07/05).

O Ajuste SINIEF 07/2005 e suas alterações instituíram nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, sendo a NF-e um documento que existe apenas na forma digital, em vez de papel. Existe um documento emitido e armazenado eletronicamente, proporcionando ao Fisco rapidez e segurança nas ações realizadas para monitorar todas as etapas da circulação de mercadorias.

O DANFE (Documento Auxiliar da NF-e) é uma representação gráfica simplificada da NF-e, somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso e deverá conter código de barras, conforme padrão estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, podendo conter outros elementos gráficos, desde que não prejudiquem a leitura do seu conteúdo ou do código de barras por leitor óptico. Portanto, o DANFE deve ser impresso pelo emitente da NF-e antes da circulação da mercadoria.

Quanto à validade da NF-e, o ATO COTEP/ICMS Nº 33, de 29/09/2008, que dispõe dos prazos de cancelamentos de NF-e, estabelece no art. 1º, com redação dada pelo Ato COTEP/ICMS 13/10, efeitos a partir de 10/01/2011: “Poderá o emitente solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 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 ou a prestação de serviço e observadas às demais normas constantes do Ajuste SINIEF 07/05, de 5 de outubro de 2005”.

O art. 92 do RICMS-BA/2012, igualmente prevê que o emitente poderá solicitar o cancelamento em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria.

A GECOT/DITRI, órgão desta SEFAZ que tem competência legal para responder a consultas referentes à interpretação da legislação estadual, se posicionou no sentido de que a data de saída não deve ultrapassar a data prevista para cancelamento da NF-e, conforme PARECER Nº 1375/2009, considerando o fato de que o emitente pode solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 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 ou a prestação de serviço (art. 1º do ATO COTEP/ICMS Nº 33, c/c art. 92 do RICMS-BA/2012).

A Cláusula terceira-A do Ajuste SINIEF 07/05, apresenta os procedimentos que devem ser adotados quando as datas de saída não constem do arquivo XML da NF-e, conforme abaixo reproduzido:

***Cláusula décima terceira-A** As informações relativas à data, à hora de saída e ao transporte, caso não constem do arquivo XML da NF-e transmitido nos termos da cláusula quinta e seu respectivo DANFE, deverão ser comunicadas através de Registro de Saída.*

§ 1º O Registro de Saída deverá atender ao leiaute estabelecido no “Manual de Orientação do Contribuinte”.

§ 2º A transmissão do Registro de Saída será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

Observo que a mencionada Cláusula terceira-A foi acrescentada ao Ajuste SINIEF 07/05 pelo Ajuste 07/12, com efeitos a partir de 01/09/2012. Como a autuação fiscal ocorreu em 30/05/2012, a aplicação do referido dispositivo pode ser efetuada com base no art. 106, II, “b” do CTN, haja vista que a aposição da data de saída da mercadoria no documento fiscal não constitui uma exigência referente à obrigação principal.

Entendo que embora a legislação não especifique a data exata da saída da mercadoria, estabelece que a autorização de uso da NF-e antes da ocorrência do fato gerador, e no caso de falta de indicação da data de saída, a mencionada data deverá ser comunicada por meio do Registro de Saída, conforme estabelece a Cláusula terceira-A do Ajuste SINIEF 07/05. Neste caso, a falta da data de saída quando da emissão da NF-e não pode ensejar, por si só, a cobrança do ICMS sob a acusação de inidoneidade do DANFE, sendo necessário apurar outras irregularidades para se considerar inidôneo o documento fiscal.

Concluo que restou descaracterizada a exigência fiscal, por considerar a inidoneidade do DANFE sem a existência de fato que invalidasse o documento fiscal, entendendo o autuante estar fora do prazo legal para circulação e seu cancelamento, e não foi constatado indício de fraude dolo ou simulação, que possibilitasse terceiros não pagar o imposto ou utilizar qualquer vantagem indevida.

Por fim, o defendente solicitou que todas as intimações relativas ao presente PAF sejam encaminhadas ao profissional subscritor da defesa. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts.

108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.0503/12-9**, lavrado contra **JLI TRANSPORTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR