

A. I. Nº - 436300.1106/12-0
AUTUADO - TRANSPORTADOR CÉU AZUL SALTO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ITAPICURU MARTINS DE LÍRIO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 27/06/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-03/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM NOTA FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. O autuado apresentou DANFE fora do prazo legal para circulação ou cancelamento, em desobediência às normas vigentes que instituíram nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE (Ajuste SINIEF 07/2005) e seu cancelamento (ATO COTEPE 33/2008). Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Foi lavrado contra a Autuada o Auto de Infração em epígrafe sob o argumento de que o contribuinte transportava mercadorias com os DANFES 190288, 190295 e 190297 emitidos pela empresa MK Eletrodomésticos Ltda, inscrição 67.475.400, situada em Conceição do Jacuipe, Estado da Bahia, utilizando os citados documentos com o intuito de fraude pois a circulação ocorreria fora do prazo de circulação ou cancelamento.

O contribuinte apresenta sua impugnação e inicialmente considera “*estapafúrdia a colocação do preposto fiscal, haja vista que todos os DANFES ali remetidos, jamais foram fraudulentos, estando totalmente dentro da regularidade, todas seguindo as normas do ajuste Sinief que rege a Nota Fiscal Eletrônica*”.

Considera que “*a fiscalização do trânsito do nosso estado esteja sendo arbitrário nesta seara, o fato da empresa ter emitido a nota fiscal dia 15/10/2012, PAGO OS IMPOSTOS, conforme livro fiscal anexo, e somente ter remetido a mercadoria 29/11/2012, não presume qualquer fraude, muito pelo contrario, a empresa teve um prejuízo quando pagou todos os impostos antecipadamente, tanto estadual, quanto federal, para somente receber do cliente 30 dias após a entrega, assim sendo, como pode o preposto fiscal, sem provas, autuar a empresa sob tal alegação?*”.

Observa que as Notas Fiscais Eletrônicas emitidas não estão em desacordo com o Ajuste Sinief 33/2008, pois, este Ajuste trata do prazo para cancelamento em 24 horas. Ocorre que “*a empresa não tinham nenhuma intenção de cancelar a NFE, a intenção, como de fato ocorreu, era entregar a mercadoria que já estava agendada junto ao cliente, aguardando apenas a ordem de entrega*”.

Reafirma que “*todas as Notas Fiscais Eletrônicas foram emitidas atendendo todas as formalidades previstas no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia*” e que “*não existe na legislação nenhuma vedação que impeça a NFe de circular após 24 horas da sua emissão, assim sendo o fato da emissão ter sido dia 15/10 e a saída 28/11, não a torna irregular ou fraudulenta.*”

Pede o “*indeferimento total do auto de infração*”

O agente de tributos autuante apresenta sua informação fiscal onde afirma que a autuada transportava num veículo que entendeu seu da sua propriedade 1.845 aparelhos sendo 1341(ventiladores) e 504 (circuladores), constante dos Danfes nº. 190288 , Danfe nº190295 e Danfe 190297, emitidos em 15/10/2012, pela Empresa **M.K ELETRODOMESTICOS LTDA**, DACTER 003.743. Informa que considerou os Danfes “*inidôneos por reutilização em 29/11/2012, após o prazo legal para cancelamento ou Circulação previstos no protocolo 10/07, Ato COTEPE 33/08, e Ajuste do SINIEF.*” Observa que realizou verificações físicas das mercadorias e constatou que nelas não foram colocadas a data de fabricação, o que no caso em tela entende configurar “*prova*

inequívoca de má fé dos impetrantes, comprovando as reutilizações fraudulentas dos Danfes. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias dos documentos fiscais.”

Anota que o pedido de indeferimento apresentado pelo contribuinte não procede, “pois apesar dos Danfes estarem legalmente autorizados, foi inserido indevidamente a data de saída, escrito a caneta, da mercadoria no DANFE. Ocorre que a inserção da data da saída depois de transmitida o arquivo digital da NF-e, indica dolo e fraude tributaria nos termos do § 2º da cláusula quarta (4ª) do ajuste SINIEF 07/05, o que torna o documento fiscal inidôneo. Disciplina do 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, na presente situação ocorreu no Estado da Bahia.”

Argui que a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, pois a ação fiscal “contem os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Sendo Disciplina o CTN Art. 124, 123 que trata da responsabilidade por solidariedade, e do Art. 5º da LC 87/96, o Art.39, I, ”d” do RICMS/Ba e Súmula 03 do CONSEF,” 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 Sujeito passivo por solidariedade o transportador”.

Afirma que “os Danfes foram emitidos em 15/10/2012 e foram reutilizadas para acobertar uma nova operação em 28/11/2012, verificações físicas das mercadorias constatamos que elas não apresentam data de fabricação dos produtos para não caracterizar a fraude. Após a emissão dos Danfes, configurando a fraude dos Danfes que não correspondem à efetiva mercadoria sendo essas outras mercadorias. Não havendo nenhuma presunção e sim constatação da irregularidade. A Legislação Federal e a Estadual disciplina, Sendo vedada a emissão de NFe que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias constata-se, portanto que houve duas operações de mercadorias em datas distintas”.

*Cita o Regulamento do IPI. Dec.7.212/2010, Art. 36, inciso VI, que segundo ele “considera ocorrido o fato gerador, no quarto dia data de emissão da respectiva Nota Fiscal, quanto aos produtos que até o dia anterior, não tiverem deixado o estabelecimento do contribuinte. Sendo o documento imprestável para acobertar o estoque de mercadoria ou para acobertar uma nova operação de mercadorias. O Art. 411. Do Regulamento do IPI disciplina como **Proibição** quando: Fora dos casos previstos neste Regulamento e na legislação estadual, é **vedada a emissão** de nota fiscal que não corresponda a uma **efetiva saída** de mercadoria”.*

Faz comentário sobre o DANFE relatando que a sua emissão é 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 ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. A fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo DANFE, por meio de carimbo)”.

Volta a citar um Ajuste do SINIEF S/N, que entende expressar que a vinculação entre o veículo transportador e o Documento Fiscal, e que tem como objetivo coibir a prática de reutilização de documentos fiscais para acobertar mais de uma operação de mercadoria e na presente autuação o Danfe não possuía a placa do veículo transportador.

Anota que “sendo o Danfe reutilizado após o prazo legal previsto no Art. 1º Ato COTEPE 33/2008, que não poderá ser superior a 168 horas que correspondia a sete dias da autorização para cancelamento ou circulação, sendo esse prazo reconhecido pelo parecer nº 15375/2009 GECOT/DITRI, em face dos procedimentos especiais da NFE e DANFES, confirmando o mesmo posicionamento da legislação do IPI. O Ato COTEPE 13/10 alterado pelo Ato COTEPE 35/10 Art. 1º. O prazo não superior a 24 horas contado do momento em que foi concedida a autorização do uso da Nfe. Entrando em vigor a partir de 01.01.2012. Nas circunstâncias acima descrita o NFe torna-se um documento sem valor jurídico para acobertar o estoque ou uma nova operação de mercadorias.”

Entende que “*desta forma constamos que a Legislação pertinente à Nfe e ao Danfe prevê que após a emissão do documento fiscal existe prazo para cancelar ou circular, e não ocorrendo nenhuma das duas hipóteses, o documento fiscal perde a sua validade jurídica para o fim a que se destina, tornando empestável para acobertar o estoque ou para acobertar uma nova operação de mercadorias*”.

Diz que a Bahia é competente para exigir o imposto e seus acréscimos legais, “*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 prestação e na presente ação fiscal o Estado da Bahia é também destinatária das mercadorias constantes dos Danfes nº 190288, 190297 e 190295 no valor de R\$ 140.281,64.*”

Refere-se ao PROTOCOLO ICMS 42/91, que disciplina a fiscalização integrada entre os estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Sergipe, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte.

Observa que “*A alegação da autuada que o documento foi emitido dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento da reutilização, conforme disciplina o Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta § 1º, combinado com o § 2º, considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem*”.

Anota que tentativa de justificar a reutilização dos documentos o autuado alega que Legislação da Bahia não possui dispositivos legais para enquadrar a infração. Entende ser esta uma “alegação equivocada”, pois o **Protocolo do ICMS 10/07**, que instituiu a obrigatoriedade da Nfe teve a adesão de todos os Estados da Federação, que recepcionaram em suas Legislações o **Ajuste do SINIEF 07/05, Atos COTEPE e Ajuste do SINIEF S/N.**”

Faz comentários sobre o valor da multa entendendo que a mesma não é confiscatória.

Observa que a “*a alegação da autuada que houve descumprimento de obrigação acessória não se perfaz, em face do Art. 11, “b” da LC 87/96 que disciplina que 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 neste caso foi o estado da Bahia. Além do Protocolo do ICMS 42/91 que autoriza a utilização da legislação do estado autuante.*”

Conclui reafirmando que de acordo com o “*Ajuste do SINIEF 07/05, cláusula quarta § 1º combinado com o § 2º, considera inidôneo o documento fiscal ainda que formalmente regular tiver sido emitido ou utilizado com dolo, fraude, simulação ou erros, mesmo que possibilite a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem*”.

VOTO VENCIDO

Como visto no relatório acima a infração cometida pelo contribuinte de acordo com o servidor autuante foi o transporte de mercadorias acompanhadas de DANFES emitidos fora do prazo de circulação ou cancelamento.

A autuada impugna o lançamento tendo como principal argumento o fato de que não existe na legislação data limite para que, após a emissão, o DANFE acompanhe o transporte das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas correspondentes.

O ATE autuante em sua informação fiscal interpretou que a ação do contribuinte teve o intuito de fraudar o fisco, pois, ao colocar manualmente a data da saída da mercadoria o contribuinte desobedeceu a legislação que rege a matéria.

Consultando a legislação em vigor podemos constatar que em verdade não há previsão sobre o prazo de validade do DANFE pois, sendo um documento auxiliar da nota fiscal eletrônica mantém com ela uma relação direta e imediata.

Como sabemos sendo a operação documentada por NF-e, a mercadoria somente poderá circular quando houver autorização de uso da NF-e e o DANFE correspondente a estiver acompanhando. Ou seja a NF-e é emitida pelo contribuinte e autorizada pela SEFAZ antes da circulação da mercadoria, cabendo à empresa avaliar o melhor momento para emissão e autorização da mesma atentando-se para seu prazo de validade.

Em relação ao DANFE entendo que é, indiferente para a SEFAZ o momento de sua impressão dentro da rotina operacional interna da empresa que poderá ser posterior ou não ao carregamento da mercadoria, desde que o DANFE correspondente à NF-e que acoberta a operação sempre acompanhe a mercadoria.

Como sabemos o DANFE é uma representação gráfica da NF-e, portanto de existência apenas digital e as informações de data de saída e transporte, caso existentes, devem também constar da NF-e.

A vinculação direta e imediata da NF-e nos leva a entender que o seu cancelamento deve ser previamente autorizado pelo Fisco e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, em regra, a mercadoria não tenha saído do estabelecimento. O prazo a que se refere o Ato Cotepe 33/05 diz respeito ao cancelamento da NF-e sendo este de 24hs contados a partir da autorização da NF-e.

O situação de uma NF-e por exemplo saber se foi autorizada, cancelada, recebida, etc sempre poderá ser consultada no site da SEFAZ da jurisdição da empresa emitente ou no site nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

Ora de tudo o que vimos podemos concluir que para que possa ser comprovado que um DANFE foi emitido com intuito de fraude torna-se necessário uma investigação que demonstre a inexistência ou irregularidade na emissão da NF-e que a ela se refere. É fundamental que haja uma pesquisa junto ao contribuinte emitente do documento fiscal que deu origem a emissão do DANFE constatando-se assim que as notas fiscais ali referidas não correspondem àquela descrição. Creio que a renovação da ação fiscal na tentativa de descobrir junto ao contribuinte qual a verdade dos fatos, seria a solução mais consentânea para comprovação ou não do cometimento da fraude pelo contribuinte.

Voto no sentido de que o lançamento seja considerado nulo recomendando a renovação do feito junto ao destinatário da mercadoria para a comprovação da possível fraude cometida.

VOTO VENCEDOR

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foram constatadas diversas mercadorias acompanhadas pelos DANFEs 190288, 190295 e 190297, emitidos pela empresa MK Eletrodomésticos Ltda., considerados inidôneos para a operação, porque se encontravam fora o prazo de cancelamento ou circulação, em desacordo com Ajuste SINIEF 07/2005, Ato Cotepe 33/2008 e Parecer GECOT/DITRI 1375/2009.

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).

Quanto à validade do DANFE, 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.

Observo que embora a legislação não especifique a data exata da saída da mercadoria, estabelece que a autorização de uso da NF-e é antes da ocorrência do fato gerador, e a data da saída, neste caso, deveria ser aposta quando da emissão da NF-e, haja vista que não poderia ser admitida aposição de data de saída a caneta ou por outro meio que não o eletrônico.

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, e não poderia ser diferente, haja vista 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).

Se no mencionado prazo não ocorreu a circulação da mercadoria, deveria a NF-e ser cancelada, para emissão posterior na data da efetiva saída da mercadoria, o que não ocorreu no presente caso, tornando o documento fiscal imprestável para a operação realizada.

Fato agravante, é que nas NF-e indicam uma transportadora, o transporte foi efetuado por outra transportadora e a saída da mercadoria ocorreu mais de trinta dias após a emissão da Nota Fiscal.

Vale salientar que de acordo com a Cláusula décima terceira-A do Ajuste SINIEF 07/2005, “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”. Sua transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária (§ 4º), estando previsto no § 7º desta mesma cláusula: “Caso as informações relativas à data e à hora de saída não constem do arquivo XML da NF-e nem seja transmitido o Registro de Saída no prazo estabelecido no “Manual de Orientação do Contribuinte” será considerada a data de emissão da NF-e como data de saída”.

Concluo que está correta a autuação, por considerar a inidoneidade do documento apresentado, e não acolho as alegações defensivas, tendo em vista que autuado apresentou DANFE fora do prazo legal para circulação ou cancelamento, em desobediência às normas vigentes que instituíram nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE (Ajuste SINIEF 07/2005) e seu cancelamento (ATO COTEPE 33/2008) e RICMS/BA/2012, sendo devido o imposto exigido.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **436300.1106/12-0**, lavrado contra **TRANSPORTADOR CÉU AZUL SALTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.833,77**, 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, 10 de junho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR /VOTO VENCIDO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR