

A. I N° - 193999.0106/12-6
AUTUADO - JLI TRANSPORTES LTDA
AUTUANTE - SÍLVIO ROGÉRIO REIS CRUZ
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 23/072013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0161-03/13

EMENTA: ICMS. DANFE. PRAZO PARA SAÍDA DE MERCADORIA. Não há de forma clara na legislação tributária em vigor um prazo explícito para saída da mercadoria objeto de NFe correspondente ao DANFE que lhe deu trânsito. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O lançamento de ofício de acordo com a descrição dos fatos decorreu do entendimento de que (i) os documentos fiscais que acobertavam o transporte de mercadorias seriam inidôneos, posto que utilizados fora do prazo previsto para circulação; (ii) por estar ausente, na autorização de uso de nota fiscal, a data de saída da mercadoria e placa do veículo transportador. A referida descrição tem como texto: *“Aos dias, mês e hora do ano em curso, no desempenho legal das minhas funções fiscalizadoras, constatamos a irregularidade no veículo placa GVI6516/GVI6528 que transportava 2.800 cxs de leite condensado e 350 sacos de leite em pó camponesa, constante nos DANFES 9682 e 9683 emitidos em 31/08/2012. Chaves de acesso: 3112 0821 9929 4600 0151 5500 2000 0096 8214 2751 4233 e 3112 0821 9929 4600 0151 5500 2000 0096 8314 2765 5268, 3 respectivamente. Emitidos pela empresa EMBARÉ INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S/A, CNPJ 21.992.946/0001-51. DANFES utilizados com o intuito de fraude em 11/09/2012, fora do prazo previsto para circulação ou cancelamento. Em consulta ao site da NF-e de Minas Gerais vê-se que no momento da autorização de uso da nota fiscal não consta a data de saída e nem placa do veículo que faria o transporte das mercadorias e, nos DANFES apresentados consta estas informações, configurando, assim, a fraude. Sendo a operação acobertada por documentação fiscal INIDÔNEA, pois em desacordo com o ajuste SINIEF, Ato COTEPE 33/2008 e parecer da GECOT/DITRI 15375/2009. E como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.”*

A infração cometida, de acordo com o AI em epígrafe foi a *“utilização de documento que não é o legitimamente exigido para a operação”*

A empresa autuada apresenta tempestivamente a sua impugnação onde afirma inicialmente que *“a Fiscalização presumiu a inidoneidade do documento fiscal”* e transcreve os seguintes dispositivos: Art. 6º, III, d3, art. 13, I, b, 14, art. 17, §3º5, art. 44, II, b6, todos da Lei 7.014/96 e art. 357 e art. 318, §3º8 e que demonstrará que o *“lançamento fiscal é absolutamente nulo, pois é vedado ao agente fiscal efetuar o lançamento fundamentado em mera presunção e além disso, verifica-se a inocorrência da alegada inidoneidade do documento fiscal, e, conseqüentemente, a ausência de prova nesse sentido, apta a embasar o lançamento tributário”*.

Entende que “é necessário demonstrar a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, uma vez que, a partir do enquadramento legal e da tipificação apostos naquele auto pela fiscalização, é impossível identificar o motivo da alegada inidoneidade das notas fiscais que acobertaram a operação objeto do lançamento.”

Argumenta que nenhum dos citados dispositivos citados no lançamento *“estabelece qualquer tipo de prazo para que ocorra a efetiva saída das mercadorias das instalações da empresa produtora, após a emissão da NF-e ou seja, o auto de infração ora impugnado não fundamenta o*

motivo da suposta inidoneidade do documento fiscal, o que inclusive prejudica a defesa do contribuinte, que sequer sabe de qual irregularidade tem que se defender.” Transcreve mais uma vez os Art. 6º, III, d3, art. 13, I, b,1, art. 14, art. 17, §3º I, II e III, art. 42, IV, art. 44, II, b, todos da Lei 7.014/96 e art. 35 e art. 318, §3º do Decreto nº 13.780/12 - Regulamento do ICMS/BA

Destaca “que os DANFE’s, que são os documentos fiscais que efetivamente acompanhavam o transporte das mercadorias, estavam em estrita regularidade, posto que identificam a sua emissão em 31/08/2012, bem como a saída em 04/09/2012, data em que esta efetivamente ocorreu.” Em seguida acrescenta que “não obstante os argumentos precedentes pela nulidade do lançamento fiscal, há que se demonstrar que o simples fato (i) da data de saída das mercadorias ter sido posterior à data de emissão das notas fiscais correspondentes; ou ainda (ii) a data de saída e a placa do veículo transportador terem constado apenas no DANFE; não podem ensejar a conclusão de que tais notas seriam inidôneas ou haveria intuito de fraude.”

Reitera que “o DANFE que acobertava o transporte das mercadorias era regular e espelhava, fidedignamente, a operação de circulação de mercadorias que se procedia. Uma vez que a autuação cobra propriamente o imposto e se funda em suposta operação fraudulenta, quaisquer discussões sobre a exatidão no preenchimento dos documentos fiscais, por si só, não são suficientes para embasar o lançamento”

Transcreve trecho doutrinário sobre a fraude e conclui que “não se vislumbra, por qualquer ângulo, a existência ou sequer indícios de fraude no caso tratado nos autos, uma vez que os documentos fiscais utilizados, notadamente os DANFEs que acompanhavam as mercadorias, espelhavam a real operação mercantil que ocorria”.

Entende que “o simples fato de no DANFE constar uma data de saída e/ou placa de veículo que não estavam indicados na autorização de uso da NF-e, no máximo, pode ser considerado um erro de preenchimento”.

Relata como são realizadas pela empresa remetente as operações com os diversos produtos que fabrica e exemplifica:

- 1º - Recebimento e geração do pedido de venda de mercadorias;*
- 2º - Emissão da NFe, sem inclusão da data de envio (ainda não sabida);*
- 3º - Encaminhamento do pedido à Área de Logística;*
- 4º - Disponibilização das mercadorias em estoque, para envio, e inclusão da efetiva data de saída e informações do transportador no SIARE/MG;*
- 5º - Envio das mercadorias.*

Como se observa, quando da emissão do documento fiscal, embora haja a mercadoria em estoque para o carregamento, esta mercadoria existente na data da emissão da NFe pode ser utilizada para o carregamento de quaisquer outros pedidos.

Quando da efetiva saída da mercadoria, caso o intervalo entre a emissão e a saída seja em prazo superior a 5 (cinco) dias, o estoque existente quando da emissão pode já ter “girado” – ou seja, pode ter sido utilizado para atendimento de outros pedidos. Por sua vez, novos produtos são fabricados diariamente, ocasionando o “giro” dos produtos e mantendo o estoque necessário em um ciclo contínuo.

No caso em concreto, continua a impugnante “todas as mercadorias existentes em estoque quando da emissão da NFe foram enviadas para clientes diversos em todo o Brasil. Na ocasião do efetivo embarque dos produtos, foram utilizados produtos fabricados, obviamente, em data posterior à data de emissão da NFe, tendo em vista o “giro” de estoque comum nas indústrias do porte da Embaré. 10 Ou seja, é natural e esperado que a data de fabricação dos produtos possa ser posterior à data de emissão da NFe, como ocorreu na hipótese dos autos.

Os documentos ora anexados demonstram com precisão tal procedimento, bem como a vinculação absoluta entre o DANFE e uma única operação de compra e venda, confira-se:

A) A Nota Fiscal correspondente ao DANFE nº 9682, tem como destinatário PARATY ATACADO E DISTRIBUIDORA LTDA, estabelecida no Município de Floresta/PE e está vinculada ao Pedido de Compra nº 121127; O Pedido nº 121127, anexo, foi emitido em 28/08/2012, teve por objeto a compra de 1.200 unidades de leite condensado código 7724; 300 unidades de leite condensado em lata código 7725; e 1.3000 unidades de leite condensado código 8248; Em consequência, foi emitida, no dia 31/08/2012, a Nota Fiscal DANFE nº 9682, que corresponde exatamente aos produtos e às quantidades indicadas no respectivo pedido;

- Todavia, as mercadorias em questão, apenas tiveram sua saída no dia 04/09/2012, conforme aposto no DANFE que as acompanhou;

B) A Nota Fiscal correspondente ao DANFE nº 9683, tem como destinatário PAJEU NORDESTE LTDA, estabelecida no Município de Araripina/PE e está vinculada ao Pedido de Compra nº 9063;

- O Pedido nº 9063, anexo, foi emitido em 31/08/2012, teve por objeto a compra de 250 unidades de leite em pó Camponesa LC13 código 7022; e 100 unidades de leite em pó instantâneo Camponesa LC17 código 7912. 11 - Em consequência, foi emitida, no dia 31/08/2012, a Nota Fiscal DANFE nº 9683, que corresponde exatamente aos produtos e às quantidades indicadas no respectivo pedido;

- Todavia, as mercadorias em questão, acompanhadas das respectivas Notas Fiscais tiveram sua saída no dia 04/09/2012, conforme aposto no DANFE que as acompanhou;

Assim, devendo-se ater a realidade dos fatos, resta evidente que os DANFE's e NF-e's objeto da autuação estão estritamente vinculados a apenas uma operação de circulação de mercadorias (compra e venda) e, conseqüentemente, às Notas Fiscais representadas pelos DANFES que acobertaram a operação, pelo que deve ser afastada qualquer presunção que se volte para a equivocada ideia de ocorrência de fraude.

Ora, relembre-se que um Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, sempre está vinculado a uma única NF-e, bem como, inversamente, uma NF-e estará sempre espelhada em um único DANFE.

Observa ainda que “Os documentos já anexados aos autos, além de demonstrar de forma cabal que as saídas das mercadorias foram promovidas apenas após a data de produção dos bens, comprovando a legitimidade da operação, afastam quaisquer argumentos capazes de validar a “presunção” de fraude apresentada pela Fiscalização”

Entende que “a Fiscalização não logrou comprovar que o contribuinte, efetivamente, utilizou-se de documento fiscal de modo fraudulento” e acrescenta: “ ainda assim, cumpre ressaltar que imputar-lhe unilateralmente o ônus de comprovar que não tenha intentado qualquer fraude, significa atribuir a ela a obrigação de produzir a chamada prova negativa, rechaçada em nosso direito pátrio” e transcreve recente manifestação do STF sobre a matéria (AI 579096 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-02 PP-00275 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 432-437) e também do Tribunal de Justiça da Bahia. (Processo 33160-6/2007, Órgão Julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Relator: SILVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF, Data do Julgamento: 16/07/2008 e Processo 34332-7/2007, Órgão Julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Relator: PAULO ROBERTO BASTOS FURTADO, Data do Julgamento: 15/04/2008)

Argumenta em sua defesa que Estado da Bahia é incompetente para exigência do tributo devido na operação pois as mercadorias eram destinadas a outro estado da federação. Transcreve comentários doutrinários a respeito da obrigação e do crédito tributário. Diz que no presente caso a Bahia serviu apenas de local de passagem pois as mercadorias saíram de Minas Gerais com destino a Pernambuco e que portanto o Estado da Bahia não possui qualquer ligação com a relação tributária que foi instaurada e desta forma aduz que : “sob pena de afronta ao art. 155, §2º, VII e VIII e art. 119, do CTN, requer-se a anulação do presente auto de infração, tendo em

vista a absoluta incompetência do Estado da Bahia para fiscalizar a apuração e recolhimento do ICMS devido a outro Estado da Federação e, portanto, para considerar inidôneas as respectivas notas fiscais de tais mercadorias”.

Entende que não é aplicável o Ato Cotepe 33/08 e comenta. “Não obstante a supracitada norma tratar apenas do prazo para **cancelamento**, a fiscalização aparenta sugerir que a efetiva circulação da mercadoria deveria respeitar tal prazo de 24 horas.” E observa que agindo desta forma a fiscalização cometeu um verdadeiro equívoco *“uma vez que o Ato COTEPE 33/08 não estabelece nenhum tipo de prazo para a circulação da mercadoria após a emissão da NF-e”*.

Cita decisão deste CONSEF sobre a matéria emitida através do Acórdão 4ª JFJ nº 0240-04/12 – 18/08/2012. Ratifica sua posição sobre a inaplicabilidade do mencionado Ato pois *“ainda que esse fosse considerado, haveria afronta ao princípio da legalidade estrita (art. 37, caput, da CF e art. 13, da Constituição do Estado da Bahia, uma vez que exigido o cumprimento de prazo não previsto em Lei para a circulação de mercadorias após a emissão da Nota”*.

Em seguida refere-se ao Parecer Gecot/Ditri 15375/2009 entendendo-o como insubsistente. Observa que pela ementa do supracitado parecer o entendimento é de que a data da efetiva saída da mercadoria deveria ser aposta quando da emissão da NFe, não podendo ser superior a 168 horas. Entende que *“a situação ora sub examen não se subsume à disposição do supracitado artigo, visto que ele se direciona exclusivamente às situações de cancelamento da NFe, o qual deve ser efetivado em até 24 horas após a emissão da autorização de uso”*.

Acrescenta que também é necessário esclarecer a inaplicabilidade do art. 2º do mencionado Ato COTEPE pois através da sua leitura *“também é possível observar que não há a subsunção do presente caso à norma, a qual se dirige apenas para as situações que envolvem a emissão de NFe em contingência, estabelecendo prazo limite de 168 horas para transmissão dessas notas à Administração Tributária da jurisdição do emitente.”*

De qualquer forma observa que no caso de serem afastadas as suas alegações sobre a inaplicabilidade do mencionado Parecer *“é necessário que se reconheça que o suposto prazo de 7 dias (168 horas), invocado pela fiscalização e utilizado como fundamento da autuação, foi cumprido no caso em exame pois as Notas Fiscais e DANFE’s foram emitidos em 31/08/2012, sendo que a saída das mercadorias se deu em 04/09/2012. Vale dizer, após 4 (quatro) dias da emissão, o que equivale a 96 horas, prazo muito inferior ao de 168 horas exigido”*.

Defende-se também da multa aplicada por entendê-la confiscatória pois segundo ela *“atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII, da CF”*, que transcreve.

Conclui sua peça defensiva pedindo que :

a) seja cancelado o presente auto de infração, tendo em vista a nulidade do lançamento tributário, que não fundamenta de forma clara o motivo da alegada inidoneidade dos documentos fiscais;

b) seja cancelada a autuação fiscal, pois foi demonstrada a ausência de fraude na operação realizada pelo contribuinte;

c) seja cancelada a autuação fiscal, já que foi demonstrada a ausência de competência (sujeição ativa) para exigência do tributo pelo Estado da Bahia;

d) seja cancelada a autuação fiscal, dada a inaplicabilidade do Ato COTEPE 33/08 e do Parecer GECOT/DITRI 15375/2009 ao presente caso;

e) caso reconhecida, a aplicabilidade do Parecer GECOT/DITRI 15375/2009 na hipótese, requer-se o cancelamento do auto de infração, uma vez que a saída das mercadorias se deu em prazo inferior ao de 168 horas exigido naquele Parecer;

f) subsidiariamente, acaso sejam ultrapassadas as alegações precedentes, seja afastada a multa aplicada, ou ainda revisada, tendo em vista o nítido caráter confiscatório.

O autuante apresenta sua informação fiscal onde inicialmente protesta contra a arguição de nulidade por falta de enquadramento legal apresentada pela impugnante por entender que mesma “não se faz verdadeira”.

Informa que o Auto de Infração “contém todos os itens que obrigatoriamente devem conter, pois descreve, ainda que sucinto, de maneira clara o motivo da apreensão, a legislação infringida e o seu enquadramento legal”. Observa que o RPAF/BA no Art. 19, dispõe que “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Diz ser “descabida a alegação de ausência da indicação da repartição fazendária onde estaria o presente Auto de Infração para que o mesmo apresentasse sua defesa. Basta verificar o Termo de Ocorrência Fiscal à folha 06, onde se lê os dois locais indicados”.

Entende que a alegação da autuada de que não existe legislação que discipline o prazo de circulação a partir da data de autorização da NF-e “é insubsistente”.

Faz referência ao Regulamento do IPI, Dec. 7212/2010, Art. 36, VI, que transcreve, onde está disposto que o fato gerador ocorre “no quarto dia da data de emissão e/ou autorização da respectiva Nota Fiscal, quanto aos produtos que até o dia anterior, não tiverem deixado o estabelecimento do contribuinte”. Conclui o autuante que nesta hipótese, o documento será imprestável para acobertar o estoque de mercadoria ou para acobertar uma nova operação de saída. Cita e transcreve também o Art. 411 deste mesmo regulamento. disciplina:

Transcreve informação do portal da NF-e de onde retira a seguinte indagação e sua respectiva resposta:

P. A emissão do DANFE é feita por um sistema individual? Como emitir o DANFE?

R. Para que não haja nenhuma divergência entre o DANFE e a NF-e, o ideal é que o DANFE seja impresso pelo mesmo sistema gerador da NF-e. Não poderá haver divergências entre a NF-e e sua representação gráfica (DANFE).

Observa que “os DANFEs foram emitidos em 31/08/2012 e o protocolo de autorização de uso na mesma data, porém foram utilizados para acobertar uma operação em 11/09/2012. Verificações no Portal Nacional da NF-e e no portal da NF-e do Estado de Minas Gerais constatamos a divergência entre as NF-es autorizadas e os DANFEs apresentados à fiscalização no PF Heráclito Barreto em relação à data de saída, que não constam nas NF-es, mas foram colocadas nos DANFEs em prazo superior ao previsto na legislação, principalmente o Ato COTEPE 33/2008 que disciplina o prazo legal para circulação ou cancelamento e o Parecer GECOT/DITRI 03721/2012. Configurando-se a divergência de informações entre os DANFEs e as NF-es. Tendo o item data de saída ou emissão vedada a sua alteração até mesmo por CC-e (Carta de Correção Eletrônica) previsto no Ajuste do SINIEF 07/05. O Manual de Integração do Contribuinte veda a impressão de informações que não estejam no arquivo da NF-e. Não havendo nenhuma presunção e sim constatação da irregularidade”

Transcreve outra informação do portal da NF-e de onde retira a seguinte indagação e sua respectiva resposta:

É obrigatória a inserção de elementos como data, horário de saída, placa do veículo e transportadora no DANFE?

Sim, a inserção dessas informações é obrigatória na NF-e, caso a empresa tenha acesso a estas informações antes da sua emissão. Caso esta informação não conste do arquivo da NF-e, não podendo, portanto, ter sido impressa no DANFE, considera-se que a mercadoria saiu do estabelecimento emitente no dia da emissão da NF-e.

Entende que “em 31/08/2012 houve a efetiva saída das mercadorias acobertadas pelos documentos
ACÓRDÃO JJF Nº 0161-03/13

fiscais em questão, em 11/09/2012 houve o uso fraudulento destes mesmos documentos para acobertar uma nova saída de mercadorias.”

Ratifica que a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, que a presente ação fiscal contém todos os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator e menciona os Artigos 124 e 123 do CTN, o Art. 5º da LC 87/96 e a Súmula 03 do CONSEF, o Protocolo ICMS 10/07 e suas alterações, o Ajuste do SINIEF e Atos COTEPE onde entende que *“estão contidos todos os requisitos e obrigações para emissão, circulação e cumprimento de obrigações principal e acessória da NF-e e do DANFE.”*

Diz que “a fiscalização no trânsito tenta inibir a reutilização do mesmo documento por meio de carimbo, o que é inútil, pois o DANFE pode ser reimpresso quantas vezes o contribuinte assim o quiser” e complementa “a única maneira de coibir tal prática é através do “registro” da mesma no sistema, alguns contribuintes tem se aproveitado que a fiscalização no trânsito de mercadorias não consegue registrar 100% das Notas Fiscais Eletrônicas, por diversos motivos, pois têm acesso ao sistema, ficam sabendo do não registro, reimpõem o DANFE, colocam uma nova data de saída nova placa do veículo e reenviam mais mercadorias com uma só NF-e. Esta prática danosa aos cofres públicos é que tem que ser combatida com rigor para que a NF-e não perca sua credibilidade e nem tenha sua eficácia comprometida.”

Chama a atenção “para a diferença das letras impressas nos documentos 9682 e 9683 em alguns itens mas, principalmente, na data de emissão e na data de saída. É visível a diferença nas letras e no negrito, corroborando também para concluirmos que se trata, efetivamente, de documentos fraudulentos.”

Repete a fundamentação legal da ação fiscal e acrescenta o Art. 44 do Convênio S/N, 1970, que prevê: “Fora dos casos previstos nas legislações dos Impostos sobre Produtos Industrializados e de Circulação de Mercadorias é vedada a emissão de Nota Fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias.”. Lembra que Ajuste do SINIEF 07/05, que instituiu a NF-e e o DANFE preveem a aplicação do mencionado Convenio.

Conclui que “que a Legislação pertinente à NF-e 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 imprestável 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”*.

Observa que *“o Protocolo ICMS 42/91, disciplina que os estados signatários na sua Cláusula primeira, Cláusula segunda, I, II, III, podem promover fiscalização integrada, apreensão das mercadorias oriundas ou destinadas ao estado signatário do presente protocolo em situação irregular de acordo com a Legislação do estado autuante reforçando o disposto na LC 87/96 sem nenhuma afronta ao Princípio da territorialidade. Fazem parte deste Protocolo os Estados da Bahia, do Ceará e de Sergipe. Sendo portando o fato gerador o local em que as mercadorias estiveram irregulares por falta de documentação ou documentação inidônea”*.

Argumenta que *“a alegação da autuada que o documento foi emitido dentro das formalidades legais, não exclui o uso fraudulento, 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(sic) a terceiros o não pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem.”*

Aduz que “a autuada tentando justificar a utilização indevida dos DANFES alega que Legislação

da Bahia não possui dispositivos legais para enquadrar a infração. Alegação equivocada, o Protocolo do ICMS 10/07, que instituiu a obrigatoriedade da NF-e teve a adesão de todos os Estados da Federação, que recepcionaram em suas Legislações o Ajuste do SINIEF 07/05, os Atos COTEPE e o Ajuste do SINIEF S/N, e o Protocolo ICMS 42/91, que promove a fiscalização integrada, tornando a alegação da autuada sem fundamentação.”

Conclui sua informação fiscal reafirmando que *“a ação fiscal foi feita dentro das normais legais atinentes aos Princípios Tributários Constitucionais. Não havendo nenhuma afronta aos Princípios da Administração Pública e de acordo com os Artigos 108 e 112 do CTN, não havendo nenhuma dúvida quanto à irregularidade da utilização dos DANFes emitidos em 31/08/2012, e já sem validade jurídica, acobertar uma operação em 11/09/2012 em desacordo com o prazo legal”*. Pede a procedência do AI.

VOTO

Como visto no relatório acima o lançamento de ofício exige ICMS e multa do responsável solidário por infração tendo em vista que de acordo com o Auto de Infração que deu origem ao presente PAF (fl.1) encontrava-se *“utilizando documento que não é o legitimamente exigido para a operação”*. Consta no referido AI a seguinte descrição *constatamos a irregularidade no veículo placa GVI6516/GVI6528 que transportava 2.800 cxs de leite condensado e 350 sacos de leite em pó camponesa, constante nos DANFes 9682 e 9683 emitidos em 31/08/2012. Chaves de acesso: 3112 0821 9929 4600 0151 5500 2000 0096 8214 2751 4233 e 3112 0821 9929 4600 0151 5500 2000 0096 8314 2765 5268, 3 respectivamente. Emitidos pela empresa EMBARÉ INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S/A, CNPJ 21.992.946/0001-51. DANFes utilizados com o intuito de fraude em 11/09/2012, fora do prazo previsto para circulação ou cancelamento. Em consulta ao site da NF-e de Minas Gerais vê-se que no momento da autorização de uso da nota fiscal não consta a data de saída e nem placa do veículo que faria o transporte das mercadorias e, nos DANFes apresentados consta estas informações, configurando, assim, a fraude. Sendo a operação acobertada por documentação fiscal INIDÔNEA, pois em desacordo com o ajuste SINIEF, Ato COTEPE 33/2008 e parecer da GECOT/DITRI 15375/2009. E como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais”*. Tendo sido o autuado enquadrado nos Art. 6º, III, “d”, Art. 13, I, b,1, Art.17, §3º e 44, II. “b” da Lei 7.014/96 c/c os Arts. 35 e 318 do RICMS- Decreto 13.780/2012 submetendo-se em consequencia à penalidade prevista no Art. art. 42, IV, “a” da Lei 7.014/96.

Como vimos apesar da imprecisão quando da descrição da infração, pois inicialmente não se tratava de modo específico da *utilização de documento que não era o legitimamente exigido para a operação* e sim de se reavaliar se houve ou não reutilização de documento fiscal consubstanciado da não colocação no DANFE da data de saída e nem da placa do veículo. Conforme a acusação, este ato fora praticado com intuito de fraude.

Em se tratando de NF-e, há que se observar a legislação tributária sobre a matéria em particular o Ajuste SINIEF 07/05.

Na operação em lide deve ser observado também a legislação tributária mineira – local de origem da mercadoria – que adotou o modelo operacional de NF-e comum a todos os demais Estados.

A análise do presente PAF entendemos que não restou comprovada o intuito de fraude por parte do contribuinte emissor da NFe e consequentemente do DANFE. Acompanhamos aqueles que a exemplo do autor citado pela autuada entendem que a fraude pressupõe uma conduta de má-fé no sentido de dissimular uma operação diversa da realidade fática, com o intuito de obter vantagem indevida no sentido original do vocábulo ou seja *“derivado do latim fraus, fraudis (engano, má-fé, logro), que serve para caracterizar o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovida de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever.”*

Entendo que a forma como a empresa opera é possível que a data da emissão da NFe não corresponda a efetiva saída da mercadoria. Creio que o fato da data não constar originalmente no

DANFE sendo colocado posteriormente não demonstra por si só que o contribuinte agiu com intuito de fraude. Inclusive porque este fato pode perfeitamente enquadrar-se naquelas hipóteses previstas na legislação sobre a matéria em particular o Ajuste SINIEF 07/05.

A alegação do autuante quanto a aplicação de dispositivos relacionados ao IPI não têm, no presente PAF, nenhuma pertinência. O ICMS como sabemos tem toda a sua matéria legislada por normas estaduais e o fato de serem coincidentes algumas hipóteses de incidência de ambos não significa relações de interdependência normativa.

Não procede o argumento da defesa de que a Bahia não teria competência para exigir ICMS incidente sobre mercadoria tributável em trânsito com situação irregular no seu território. Além de ser possível de acordo com a legislação em vigor a imposição de penalidade quando mercadorias forem encontradas em situação irregular firmou com Pernambuco, local de destinação dos produtos, e outros Estados o Protocolo ICMS 42/91 que autoriza em situações como esta a ação fiscal exercida por prepostos do Estado onde foi detectada a infração.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada apesar da existência de estudos e julgados a respeito do tema não esta na competência desse órgão administrativo de julgamento a apreciação da sua constitucionalidade, de acordo com o Art. 197 do RPAF.

No que concerne ao mérito mantenho minha interpretação já exposta em outros julgados no sentido de que não há de forma clara em nossa legislação dispositivo que indique o prazo que deve ser observado para que o contribuinte após a emissão da NFe e respectivo DANFE saia com as mercadorias ou bens relacionados naquele documento fiscal. Não vejo como aplicar-se ao fato através de uma espécie de interpretação extensiva, os prazos relativos a cancelamento de Nota Fiscal eletrônica. E mais, tratando-se de um Documento Auxiliar da NFe como é o DANFE entendo que é possível verificar-se, quando de uma suspeita sobre o mesmo, o documento que lhe deu origem e descobrir através da chave de acesso se ele corresponde ou não àquela operação sobre a qual recai a suspeita de irregularidade.

Voto portanto no sentido de improcedência do auto de infração por entender, repito, que não há em nossa legislação prazo para saída de mercadoria após a emissão da NFe.

VOTO EM SEPARADO

Concordo com o voto do relator do PAF. Apenas acrescento os seguintes argumentos, tendo em vista que já me pronunciei em outro processo sobre o mesmo assunto, pela procedência da autuação.

Os DANFEs objeto da autuação identificavam a data de emissão em 31/08/2012 e data de saída em 04/09/2012, ou seja, quatro dias após a emissão do documento fiscal.

Em relação 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).

Fato relevante neste processo, é que, apesar de não constar originalmente a data de saída na NF-e, a referida saída ocorreu quatro dias após a emissão da Nota fiscal, e na acusação fiscal consta que a irregularidade apurada foi a *“utilização de documento que não é o legitimamente exigido para a operação”*

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”*.

Portanto, correto considerar inidôneo documento fiscal 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.

Observo que não sou favorável à dispensa aposição correta da data de saída no documento fiscal, ou sua indicação em qualquer época, de acordo com a decisão unilateral do contribuinte, tendo em vista que a legislação especifica a forma correta, e o contribuinte não pode adotar método próprio ou convenções particulares no cumprimento de obrigações tributárias. Entretanto, em razão das peculiaridades do caso em exame, acompanho o voto do relator, pela improcedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 193999.0106/12-6 lavrado contra **JLI TRANSPORTES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de Julho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE / VOTO EM SEPARADO

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR