

A. I. Nº - 210566.0705/13-1
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO S.A.
AUTUANTE - JOÃO BATISTA ALMEIDA SÉRGIO
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 06/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO AUXILIAR DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA - DANFe. Não existe prova inequívoca nos autos da ocorrência de reutilização do DANFe nº 040.588, conforme acusação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/07/2013, exige crédito tributário no valor de R\$7.199,90, acrescido da multa de 100%, em razão da utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação. Consta na descrição dos fatos que em ação fiscal foram encontradas 551 caixas de medicamento Natulab, da empresa autuada, com destino a empresa Meireles Distribuidora de Medicamentos Ltda., de Campina Grande / PB, conforme DANFE 040.588 de 27/06/2013, fls.8/10, considerado inidôneo devido a reutilização, pois dava trânsito a mercadorias após o prazo legal para o cancelamento ou circulação. Como prova do ilícito fiscal foi lavrado o TAO (Termo de Ocorrência Fiscal) nº 210566.0703/13-9 fls.4/7.

O autuado, por meio de advogado procuração fl.30, ingressa com defesa tempestiva fls.23/29. Descreve os termos da autuação. Afirmar que diversamente do informado no auto de infração, a autuada não utilizou documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação. Assevera que dito fato jamais ocorreu e para que o autuante pudesse comprovar dita situação teria que apresentar documentos referentes a outras operações em que a autuada teria se utilizado do mesmo DANFE, o que seria impossível de ser comprovado, tendo em vista que dito fato é inexistente.

Esclarece que o que ocorreu, na realidade, foi um problema na expedição da mercadoria, que saiu atrasada da sede da autuada, além de problemas havidos com o veículo, quando em trânsito para o seu destino, que ocasionaram a delonga entre a data de emissão e a data em que seria entregue ao seu destinatário, problemas estes que podem eventualmente ocorrer, e que são plenamente justificáveis, principalmente numa empresa do porte da autuada, que distribui medicamentos para todo o território nacional. Ou seja, não houve qualquer operação ilegal, mas simplesmente problemas na logística de entrega da mercadoria, que certamente não foram capazes de gerar qualquer tipo de prejuízo aos cofres estaduais.

Salienta que o veículo não foi interceptado por agentes fiscais tentando evadir-se da fiscalização, nem tampouco houve qualquer tipo de omissão de apresentação de documentos fiscais no posto fiscal, conforme se deduz da narrativa do auditor fiscal, tendo sido, pelo contrário, apresentada toda a documentação regularmente no Posto Fiscal Heráclito Barreto, durante o dia, às 14:19 do dia 15/05/2013. Entende que ocorreu a inexistência de fraude, tendo agido, a autuada, pelo contrário, na mais estrita boa-fé.

Salienta que divergentemente do informado na autuação, o DANFE foi utilizado uma única vez, para acobertar uma única operação, tendo sido recolhidos os impostos incidentes sobre a operação nas formas legais e regulamentares.

Ressalta que o enquadramento legal aplicado pelo fiscal autuante não condiz com a real situação que lhe foi apresentada, tendo sido forçosamente conduzido a uma inidoneidade sob

argumentos insustentáveis. Sobre a matéria transcreve o artigo 44, inciso II, alíneas "d" e "f" da Lei do ICMS/BA, aplicado como enquadramento legal da autuação.

Reitera que não houve qualquer declaração inexata, preenchimento ilegível, rasura ou emenda que prejudicassem a clareza do documento fiscal, muito menos, foi utilizado com intuito comprovado de fraude. Observa que a alínea *f* do inciso III do artigo 44 da Lei 7.014/96 exige o intuito comprovado de fraude, evitando-se com isso interpretações que de alguma forma venham a mitigar direitos dos contribuintes.

Frisa que a prova neste caso, é do fisco estadual, sendo que não há qualquer elemento que, sequer por indício, indique a existência de fraude no presente auto de infração. Menciona que o Auditor Fiscal, em meros e reprováveis "indícios" e "ficções" que, por sua vez, não são meios suficientes para corroborar a autuação, porquanto não se vislumbram as infrações instituídas pelo Autuante. Sobre a matéria cita doutrina do Professor Ives Gandra da Silva Martins.

Afirma que no presente caso, deve ser julgado improcedente o auto de infração, pela inexistência de prova de fraude e de uso de uma única nota fiscal para acobertar diversas operações, o que efetivamente jamais ocorreu, e, ademais, não vem atrelado a qualquer prova nos autos. Assevera que seria o caso, de ser aplicada à autuada uma advertência ou, na pior das hipóteses, uma multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória, evidentemente, caso haja fundamento legal para tanto.

Finaliza dizendo que é a defesa, diante da verdadeira surpresa e indignação que se apossaram da Autuada, para, contando com o costumeiro bom-senso que caracteriza as decisões emanadas do CONSEF, requerer seja o presente auto de infração julgado improcedente ou que, alternativamente, lhe seja aplicada pena de advertência ou ainda, na pior das hipóteses, lhe seja imputada uma penalidade fixa pelo descumprimento de mera obrigação acessória, caso haja fundamento legal, para tal imposição.

O autuante presta a informação fiscal fls.52/55. Afirma que a autuada transportava no veículo JRC-8377 da autuada, 551 caixas de medicamentos Natulab, constante dos DANFE nº 040.588 emitidos em 27/06/2013, pela Empresa NATULAB LABORATÓRIO S.A., sendo o DANFE considerado inidôneo por reutilização em 14/07/2013, após o prazo legal para cancelamento ou circulação previsto no Protocolo 10/07, Ato COTEPE 33/08, e Ajuste do SINIEF. Verificações físicas das mercadorias constataram que não foi colocada a data de fabricação, que no caso em tela configura prova inequívoca de má fé dos impetrantes, comprovando as reutilizações fraudulentas dos DANFE e como prova do ilícito fiscal, foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.

Esclarece que a nota fiscal foi considerada inidônea por ter sido emitida no dia 27/06/2013 e a mercadoria ter dado saída no dia 15/07/2013. Diz que as regras sobre a nota fiscal eletrônica Modelo 1 e 1-A devem ser aplicadas à nota Fiscal Eletrônica - DANFE, ressaltando que consoante o RICMS/97, arts. 231-A e 231-P, a sistemática de emissão da Nota Fiscal Eletrônica impõe que a data seja informada no momento do preenchimento. Apenas quando não tiver havido a circulação da mercadoria, se o contribuinte desejar modificar a data de saída constante na Nota Fiscal Eletrônica vinculada à operação, poderá fazê-lo mediante o cancelamento do referido documento no prazo de 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, conforme ato COTEPE ICMS nº 35 de 25/11/2010, com vigência a partir de 01/01/2012.

Sobre a matéria, menciona que nos termos do Regulamento do IPI, Dec.7.212/2010, art. 36, inciso VI, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, no quarto dia da data de emissão da respectiva Nota Fiscal, quanto aos produtos que até o dia anterior deste prazo, 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 e de acordo com o art. 411 do mesmo diploma legal é vedada a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma

efetiva saída de mercadoria. Diz que o RPAF/99, 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.

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 ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento e a fiscalização tenta inibir a reutilização do mesmo DANFE, por meio de carimbo.

Menciona que sendo a placa do veículo transportador uma obrigatoriedade que deve constar no documento fiscal da mercadoria, previsto no Ajuste do SINIEF, vinculando o veículo transportador ao Documento Fiscal, 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.

Frisa que 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 7 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.

Informa que o Ato COTEPE 13/10 alterado pelo Ato COTEPE 35/10, disciplina no art. 1º que o prazo de validade da NFe é não superior a 24 horas contado do momento em que foi concedido a autorização do uso, regra que entrou em vigor a partir de 01.01.2012. Nestas circunstâncias, a NFe no caso presente, tornou-se um documento sem valor jurídico para acobertar o estoque ou uma nova operação de mercadorias. Constata que as legislações pertinentes 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.

Observa que a alegação da autuada de que houve descumprimento de obrigação acessória não se perfaz, em face do art. 11, “b” da LC 87/96 que disciplina que se tratando 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.

Reafirma que a autuada reutilizou o Danfe nº 405.588, emitido em 27/06/2013 utilizando data de saída 14/07/2013 para acobertar uma nova operação de mercadorias, constatando que não foi colocada a data de fabricação para não caracterizar a fraude, sendo, portanto outras mercadorias e não as descritas no citado Danfes.

Requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS em decorrência de utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar a operação de circulação de mercadorias.

Verifico que consta na descrição da infração que se trata de reutilização de DANFe após o prazo legal de cancelamento ou circulação, sendo que, na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração há o registro de que foi constatada a irregularidade, no veículo placa JRC 8377 propriedade da própria autuada, que transportava 551 caixas de medicamentos Natulab, constante do DANFE nº 040.588 emitido em 27/06/2013, pela empresa NATULAB LABORATÓRIO S.A., sendo o DANFe considerado inidôneo por reutilização em 14/07/2013, após o prazo legal para cancelamento ou

circulação previsto no Protocolo 10/07, Ato COTEPE 33/08, e Ajuste SINIEF e Parecer GECOT/DITRI.

Constato, ainda, que a Nota Fiscal nº 040.588 – DANFe -, foi emitida em 27/06/2013 pela Empresa NATULAB LABORATORIO S.A., estabelecida em Santo Antonio de Jesus/Ba, sendo destinatária a empresa Meirelles Distribuidora Ltda., estabelecida em Campina Grande estado da Paraíba.

Ocorreu que no referido DANFe consta como data de emissão 27/06/2013 e data de saída prevista para a mesma data, às 17:20:03. No entanto, o citado documento deu trânsito às mercadorias em 14.07.2013 às 13:00, o que, segundo a Fiscalização, caracteriza a sua reutilização, haja vista que a ação fiscal no trânsito de mercadorias foi iniciada em 14/07/2013, conforme Termo de Ocorrência às fl. 07/08.

Portanto, no presente caso, o cerne da questão reside no fato de se determinar se houve reutilização de documento fiscal conforme a acusação.

É certo que **reutilizar** tem o significado de utilizar novamente, sendo indispensável para sustentação desse tipo de acusação que a Fiscalização comprove que o documento já havia sido utilizado uma ou mais vezes, e estaria sendo utilizado de novo, prova esta que não consta nos autos.

Noto que pelas próprias características do DANFe – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica arrolado na autuação, documento virtual que pode ser reimpresso a qualquer tempo, não se verifica qualquer fato ou indício que demonstre a reutilização do documento.

Cumpra observar que da forma como apontada a irregularidade na autuação, ou seja, de **reutilização** de documento fiscal, a questão suscitada sobre o prazo de validade do documento fiscal, previsto no Protocolo nº 10/07, Atos COTEPE, Ajuste SINIEF e Parecer GECOT/DITRI, não tem qualquer repercussão sobre a matéria de que cuida o Auto de Infração.

Certamente, se a autuação tratasse de prazo de validade para saída da mercadoria do estabelecimento depois de emitida a nota fiscal – caso abordado no Parecer GECOT/DITRI aduzido na autuação – a sua análise teria que ser feita sob esse enfoque e não sobre **reutilização** de documento fiscal.

Vê-se que a infração que está sendo imputada à recorrente indica uma má-fé do contribuinte, como a reutilização de DANFe para acobertar trânsito de mercadoria ou como a utilização de DANFe para acobertar mercadoria diversa da transportada.

Pelo conjunto probatório trazido aos autos, verifico que a autuação não está consubstanciada em provas suficientes, haja vista que o principal fundamento da fiscalização é de que a autuada reutilizou o DANFe nº 405.588, emitido em 27/06/2013, sendo utilizado em 14/07/2013 para acobertar uma nova operação de mercadorias, afirmando que não foi colocado a data de fabricação dos produtos no documento fiscal, para não caracterizar a fraude, sendo, portanto outras mercadorias e não as descritas no DANFe.

Considerando que não há nos autos elementos a provar que o DANFe nº 405.588 que suporta a acusação fiscal, foi efetivamente reutilizado pelo autuado, o que o tornaria passível de enquadrá-lo na regra do art. 44, inciso II, alíneas "d" e "f" da Lei nº 7.014/96 do ICMS/BA, como reclama o autuante, a pretensão fiscal revela-se insubsistente em face de carecer de prova de sua ocorrência.

Vale ressaltar, que tem sido neste sentido Decisões deste CONSEF sobre a matéria em comento, a exemplo do acórdão JJF 0168-01/12 e CJF 0228-13/13.

Desse modo, em face da incerteza quanto ao cometimento da infração e por inexistir nos autos elementos comprobatórios de que houve reutilização do DANFe nº 405.588 conforme acusação fiscal o auto de infração não pode subsistir.

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 210566.0705/13-1**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR