

A. I. Nº - 217449.0910/14-0
AUTUADO - DINÂMICA TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS E ENCOMENDAS
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 23/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-03/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO REALIZADA COM NOTA FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. O autuado utilizou 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, refere-se à exigência de R\$12.011,17 de ICMS, acrescido da multa de 100%, pela emissão de documento fiscal com omissão de indicações e/ou informações necessárias à perfeita identificação da operação ou prestação.

Consta, na descrição dos fatos, que os DANFEs de números 14054, 14055, 14056, 14828, 14829, emitidos em 18/08/2014 e 29/07/2014, foram considerados inidôneos pela perda de sua validade para acobertar uma operação com mercadoria em 26/09/2014, conforme CTEs 575 e 576, tendo em vista que na consulta ao Sistema da NFe foi constatado que inexistia Evento Registro de Saída no XML das Notas Fiscais Eletrônicas para validar a nova saída com os DANFEs, sendo imprestáveis para acobertar a operação com mercadorias pela perda de sua validade, conforme Ajuste SINIEF 07/05.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 20 a 38 do PAF. Primeiramente, traz à baila os dispositivos que fundamentam o auto de Infração, transcrevendo os arts. 6º, 13, 17 e 44 da Lei 7.014/96. Afirma que não há omissão de informações nos documentos apreendidos, pelo contrário, está indicado no verso das DANFEs a revalidação dos mesmos pela Secretaria da Fazenda de Pernambuco, o que comprova a validade e idoneidade da documentação.

Diz que apesar de ser informado pelo transportador sobre a revalidação dos DANFEs, o autuante sequer citou esta informação no auto de infração, fazendo parecer que os referidos documentos de fato se encontravam vencidos e, tendo em vista que não há na legislação nenhum dispositivo que considere inidôneo documento revalidado pela autoridade fazendária emitente, entendeu por bem fundamentar a “infração” na alínea “a”, do Inciso I, do artigo 44 da Lei 7.014/96, que nada tem a ver com a realidade dos fatos.

Entende que, estando comprovada a idoneidade dos documentos autuados, a conduta do impugnante – qual seja: transportar mercadoria acompanhada de documento revalidado pela SEFAZ de origem – não se enquadra em nenhum dos dispositivos supracitados, os quais fundamentaram o auto de infração.

Alega que no presente caso, conforme comprovam os documentos que acostou aos autos (fls. 45/46), houve um requerimento de revalidação de notas fiscais perante a SEFAZ de Pernambuco (único órgão competente para revalidar as notas), tendo em vista o atraso nas entregas das matérias primas das mercadorias transportadas, fato este que possibilita esta revalidação.

Reproduz dispositivos do Decreto Estadual nº 14.876/91, que consolida a legislação do ICMS no Estado de Pernambuco, e alega que de acordo com os mencionados dispositivos, percebe-se que a legislação do Estado de Pernambuco previu a possibilidade legal de revalidação, ou, ainda, prorrogação de validade das notas fiscais vencidas a pedido do contribuinte, condicionando a revalidação à ocorrência de fatos imprevistos, como, no caso dos autos, o atraso na entrega da mercadoria. Diz que em atendimento ao inciso II, do § 24, o transportador, ora impugnante, portava no momento da lavratura do auto, cópia do despacho concessório da revalidação, o qual constava no verso dos DANFEs autuados.

Frisa que é sabido que, por ser de competência estadual, o ICMS é imposto cuja regulamentação depende de cada ente federado, sendo certo, ainda, que o tratamento tributário para o caso de vencimento da validade do DANFE e da NFe, é o mesmo da nota fiscal comum, não havendo convênio nacional para esta revalidação, sendo válida a legislação de cada ente da federação onde for emitida a nota fiscal.

Diz que o Ajuste SINIEF 07/05, citado pelo autuante quando da lavratura do auto de infração, nada dispõe sobre validade da nota fiscal ou do DANFE, este ajuste apenas institui os referidos documentos. Entende que sendo o Estado de Pernambuco competente para emitir a nota fiscal, apenas este Estado tem a competência para revalidar, ou, ainda, prorrogar o prazo da referida nota, o que ocorreu no caso em lume, sendo certo que o autuante jamais poderia ter julgado o documento inidôneo, pois o mesmo teve sua validade prorrogada através de autorização expressa da SEFAZ de Pernambuco. Sobre esta questão transcreve parte de um acórdão da 2ª Câmara de Recursos Fiscais e afirma que conforme o mencionado acórdão, percebe-se que a inidoneidade do documento fiscal deve ser comprovada, e não apenas alegada. Diz que o autuante não logrou êxito em comprovar tal alegação, ao contrário da ora impugnante, que junta à impugnação documentos capazes de comprovar a idoneidade das notas, porquanto o órgão emitente – SEFAZ-PE – autorizou o uso dos documentos.

Afirma ser notável que o lançamento fiscal concretizado em presunções ou meros indícios factuais distorce a realidade, e neste sentido, menciona ensinamentos de Roque Antonio Carrazza em sua obra Curso de Direito Constitucional Tributário. Entende que houve precipitação do autuante ao lavrar o Auto de Infração sob a acusação de transporte de mercadorias com documento inidôneo, posto que a idoneidade destes documentos foi comprovada pela SEFAZ-PE.

Quanto à multa exigida, alega que, se vencidos os argumentos vertidos anteriormente, o que admite apenas e tão somente por amor ao debate, a multa aplicada é demasiadamente excessiva e escorchant, e ofende frontalmente a Carta Maior. Comenta sobre o princípio da razoabilidade, transcrevendo ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Mizabel Derzi, no que diz respeito ao abuso na imposição das multas fiscais.

Também transcreve ensinamentos de Alfredo Augusto Becker e diz que o confisco deve ser entendido como a violação abrupta e arbitrária ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens, sendo a sua vedação expressa desde os remotos tempos da constituição – em seu sentido usual, não jurídico – do Estado Republicano, sendo por meio axiomático ou camuflado, sob a forma de um tributo.

Entende estar claro que a aplicação das multas não pode violar o direito e garantias do contribuinte e que o ato administrativo que aplicou a multa exorbitante, extrapolou os limites constitucionais, logo, as multas fiscais, inclusive as moratórias, também não são exigíveis. Diz que a multa fiscal deve observar os mesmos princípios que os tributos, como facilmente se pode demonstrar pela observação de alguns dispositivos legais que tratam do assunto, especificamente os artigos 113, § 1º, 139 e 142 do Código Tributário Nacional.

Também alega que o ato administrativo que aplicou a penalidade também ofendeu os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sobre os mencionados princípios cita ensinamentos da

doutrina e decisão do Supremo Tribunal Federal, e afirma que outro princípio que restou ofendido ante a aplicação da multa combatida é o princípio do não-confisco em matéria tributária.

Salienta que também foi ofendido o princípio constitucional da capacidade contributiva, porquanto ter de pagar multas tão exacerbadas o contribuinte fica impedido de se manter, e de realizar e custear normalmente suas atividades. Diz que ficou cristalino que a multa exigida padece de vícios de inconstitucionalidade, pois ofendem magnos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva e segurança jurídica. Sobre essa matéria, cita decisões de tribunais pela redução das multas reputadas confiscatórias.

Afirma ser indubitável que a multa aplicada, no percentual de 100% do valor do débito, além não ser devida em razão da insubsistência do débito, também não poderia ser aplicada em qualquer hipótese, uma vez que tem efeito confiscatório, devendo ser reconhecida sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Diz que pacífica é a jurisprudência pátria, no sentido de não admitir a aplicação de multa no percentual de 100% sendo de costume, nesses casos, limitar a multa no máximo de 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

Por fim, o defendente requer a anulação do presente auto de Infração, assegurando que demonstrou documentalmente que não utilizou documentos inidôneos quando do transporte de mercadorias. Caso sejam ultrapassados os argumentos apresentados, pugna pela redução do percentual da multa aplicada de 100% para 20%, consoante amparo constitucional e jurisprudencial exaustivamente colacionado na impugnação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 84/85 dos autos, dizendo que houve propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, o que importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação, devendo o Auto de Infração ser remetido à DARC para inscrição em Dívida Ativa. Diz que a liminar em Mandado de Segurança possui natureza mandamental, pois traduz-se pela ordem direta ao agente público para cessar a ofensa ao bem jurídico em questão.

Repete que a medida judicial impetrada pelo defendente importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, devendo ser tomadas medidas cabíveis previstas no RPAF/BA.

VOTO

O autuante informou que houve propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, o que importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação, devendo o Auto de Infração ser remetido à DARC para inscrição em Dívida Ativa.

Analisando a petição apresentada pelo contribuinte no Mandado de Segurança com pedido de liminar, constato que foi requerida a concessão de liminar no sentido de ser providenciada a imediata liberação das mercadorias descritas nos documentos fiscais objeto da autuação. Neste caso, entendo que não existe identidade das postulações administrativas e judiciais em torno do objeto envolvendo o tema constante nos processos administrativo e judicial, proporcionando a aplicação do disposto no art. 122, inciso IV, do RPAF/BA.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento, alegando incorreção no enquadramento legal. 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.

Verificando as peças processuais e a legislação que rege a matéria, constato 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, os documentos fiscais que acompanhavam a mercadorias, os DANFEs 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 em 30/09/2014, para exigir ICMS acrescido de multa, relativamente à mercadoria acompanhada dos DANFEs de números 14054, 14055, 14056, 14828, 14829, emitidos em 18/08/2014 e 29/07/2014, constando às fls. 05/06, Termo de Ocorrência Fiscal lavrado em 29/09/2014, assinado pelo defendente.

Foram considerados inidôneos pela perda de sua validade para acobertar uma operação com mercadoria em 26/09/2014, conforme CTEs 575 e 576, tendo em vista que na consulta ao Sistema da NF-e foi constatado que inexistiu Evento Registro de Saída no XML das Notas Fiscais Eletrônicas para validar a nova saída com os DANFEs.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que no presente caso, conforme comprovam os documentos que acostou aos autos (fls. 45/46), houve um requerimento de revalidação de notas fiscais perante a SEFAZ de Pernambuco (único órgão competente para revalidar as notas), tendo em vista o atraso nas entregas das matérias primas das mercadorias transportadas, fato este que possibilita esta revalidação.

Reproduz dispositivos do Decreto Estadual nº 14.876/91, que consolida a legislação do ICMS no Estado de Pernambuco, e alega que de acordo com os mencionados dispositivos, percebe-se que a legislação do Estado de Pernambuco previu a possibilidade legal de revalidação, ou, ainda, prorrogação de validade das notas fiscais vencidas a pedido do contribuinte, condicionando a revalidação à ocorrência de fatos imprevistos, como, no caso dos autos, o atraso na entrega da mercadoria.

Observo que se trata de uma operação com DANFE (Documento Auxiliar da NF-e), de uso obrigatório, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou 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 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, carimbo 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 quase sessenta dias após a emissão das Notas fiscais.

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*”.

Observo que embora o defendente tenha alegado que requereu prorrogação junto à Repartição Fiscal do Estado da Pernambuco, deveria cumprir a determinação constante na legislação que rege a emissão de circulação de NF-e e DANFE, por se tratar de Acordo Interestadual devendo ser obrigatoriamente observado por todos os contribuintes responsáveis pela emissão dos referidos documentos fiscais.

Portanto, correto é 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.

Quanto à multa exigida no presente lançamento, o defendente alegou que além não ser devida em razão da insubsistência do débito, também não poderia ser aplicada em qualquer hipótese, uma vez que tem efeito confiscatório, devendo ser reconhecida sua ilegalidade e

inconstitucionalidade. Diz que pacífica é a jurisprudência pátria, no sentido de não admitir a aplicação de multa no percentual de 100% sendo de costume, nesses casos, limitar a multa no máximo de 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

A multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 100%, conforme estabelece o art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

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, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217449.0910/14-0**, lavrado contra **DINAMICA TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS E ENCOMENDAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.011,17**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA