

A. I. Nº - 217449.0104/15-1
AUTUADO - GODOY E BAPTISTELLA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 31/08/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0167-03/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. REUTILIZAÇÃO. INIDONEIDADE. Não há nos autos prova de que as mercadorias relacionadas nos DANFes não se tratem das mesmas que foram transportadas. A acusação fiscal não restou devidamente caracterizada. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/01/2015, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$13.409,65 e multa de 100%, em razão de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatadas durante a contagem física. Consta na descrição dos fatos que: *o veículo de placa policial MEJ 0168/ EJ 8778 que transportava 1.736 fardos de fraldas descartáveis descritas no DANFe 25119 de 21/11/2014, nº 25123 na mesma data e 25692 de 22/12/2014 emitidos pela autuada e pela OM de produtos de Higiene Ltda. conforme DACTe 6375 de 23/01/2015, sendo os DANF's considerados inidôneos por divergência entre a mercadoria e a documentação fiscal. A verificação física das mercadorias constatou que foram fabricadas no mês de dezembro posterior a data de emissão dos DANF's. A análise destes documentos constatou que se tratam de reimpressão conforme termo gravado no próprio DANFe, em desacordo com o Ajuste SINIEF 05/07, e como prova do ilícito foi feita a apreensão das mercadorias e lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.0104/15-1 fls. 05/06.*

O autuado ingressa com defesa às fls. 46/52, com suporte nas alegações a seguir delineadas. Repete a acusação fiscal com a respectiva capitulação legal. Diz que contesta o auto de infração lavrado em 27.01.2015 e ciência em 30.01.2015 através de procurador habilitado (e-mail anexo), o que faz pelas razões abaixo apresentadas.

Afirma ser estabelecida no estado de São Paulo, sendo do ramo de transporte de carga nos termos de seu objeto social. Explica que no exercício de suas atividades foi surpreendida quando transportava carga de fraldas descartáveis, cuja saída se deu de Santa Maria da Serra - SP com destino a Recife - PE, em trânsito pela comarca de Paulo Afonso – BA, com a apreensão da mercadoria e lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa.

Informa que o motivo para apreensão das mercadorias e lavratura do AIIM foi devido ao fato dos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFe que acompanhavam a mercadoria terem sido considerados inidôneos sob a alegação de que os produtos foram fabricados em data posterior à emissão das Notas Fiscais Eletrônicas – NFe e por circularem, os documentos fiscais que acompanham a mercadoria como reimpressão.

Diz que assim, restou lavrado o AIIM sob a tipificação do artigo 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7.014/96, e imposição de multa de 100% sobre o imposto devido, conferindo a responsabilidade do pagamento à Impugnante.

Aduz que ante a apreensão da mercadoria, mesmo após a lavratura do AIIM, nítido meio coercitivo indireto de cobrança de tributo, conduta vedada em nosso ordenamento jurídico, foi impetrado Mandado de Segurança sob o nº 8000044-52.2015.8.05.0191 em trâmite na 1ª Vara Cível de Paulo Afonso/BA, com liminar deferida para liberação da carga em 05.02.2015. Contudo, em

que pese a liberação da mercadoria por medida liminar, razão não assiste à autuação, conforme restará cabalmente demonstrado a seguir, pois o imposto e a multa imputados à transportadora como responsável tributária deverão ser revistos por esta Autoridade Julgadora.

Observa que ao se compulsar o auto de infração e relatório circunstanciado ora impugnado, o Agente Fiscal considerou que os espelhos das Notas Fiscais Eletrônicas, que acompanhavam a mercadoria eram inidôneos devido à expressão “reimpressão” estampada no seu bojo e ao fato das mercadorias transportadas terem sido fabricadas posteriormente a emissão dos documentos fiscais.

Salienta que o fato de constar o termo reimpressão nos DANFe não retira dos documentos sua autenticidade ou afronta o ajuste SINIEF 05/07 conforme alegado pelo fiscal. Isso porque a empresa emitente Godoy e Baptistella Indústria e Comercio de Produtos de Higiene Ltda., ao despachar a mercadoria para transporte, ao invés de abrir o arquivo “XML” e imprimi-lo, por extravio, o fez diretamente no sítio eletrônico da Secretaria da Fazenda autorizadora, aí residindo o motivo do termo reimpressão.

Destaca que a empresa emitente encontra-se plenamente autorizada pela Fazenda Bandeirante a emitir a Nota Fiscal Eletrônica e segue todas as regras impostas pelo mencionado ajuste SINIEF inclusive quanto à reimpressão, cujas orientações estão estabelecidas no manual do contribuinte da Nota Fiscal Eletrônica, cujo teor reproduz.

Prossegue afirmando que a autenticidade dos DANFs pode e deve ser verificada no sítio eletrônico da nota fiscal eletrônica, www.nfe.fazenda.gov.br, ante à digitação da chave de acesso impressa nos documentos fiscais e ao realizar a verificação pela chave de acesso, o sistema retorna os dados constantes no documento fiscal e seu status como AUTORIZADO, cujo extrato colaciona à defesa.

Frisa que além da verificação da autenticidade da documentação fiscal pela digitação da chave de acesso, observa-se na consulta a vinculação dos DANFs ao Conhecimento de Transporte Eletrônico e os dados relativos ao Conhecimento de Transporte Eletrônico sinalizam sua autorização e saída da mercadoria, com início de sua circulação em 23/01/2015. Ademais, o fato de as Notas Fiscais Eletrônicas terem sido emitidas em novembro e dezembro de 2014 com saída efetiva para circulação em 23/01/2015, *per si*, não consigna prova que os documentos fiscais serviram supostamente para circular mercadoria em momento anterior.

Explica que embora nos pedidos a empresa adquirente tivesse solicitado a entrega da mercadoria para o final de Janeiro 2015, os efetivos faturamentos se deram em novembro e dezembro de 2014 objetivando garantir o menor preço, tendo em vista que a matéria-prima das fraldas, celulose feita de fibra de pinheiro, *commodity*, tem valor oscilante de um mês para outro, sendo esta prática comercial totalmente corriqueira e legal.

Menciona que a efetiva circulação dos produtos faturados apenas ocorreu em Janeiro de 2015, sendo os caminhões da Impugnante carregados com a mercadoria disponível em estoque, no caso, as fabricada em Dezembro de 2014, e a SEFAZ Bandeirante não impõe em seu regulamento de ICMS prazo para efetiva saída/circulação da mercadoria.

Entende que a Autoridade Fiscalizadora está cobrando imposto e aplicando multa, embasada apenas em suposições, alegações sem qualquer prova efetiva, visto que: (a) a autenticidade dos DANFs, pode ser verificada de imediato em consulta através de aposição da chave de acesso no sítio eletrônico da SEFAZ autorizadora, não sendo prova cabal o fato de constar em seu bojo o termo “reimpressão”; (b) a mercadoria apenas circulou em Janeiro de 2015, conforme Conhecimento de Transporte Eletrônico vinculado ao DANFs; (c) a data da fabricação das fraldas é de dezembro de 2014, produzidas anteriormente à sua circulação em Janeiro de 2015.

Ressalta que a aplicação de sanções depende de prova da ocorrência da infração, prova esta cujo ônus cabe à fiscalização, não a embasando em meras presunções como ora ocorrido. Sobre a matéria cita ensinamentos de Geraldo Ataliba.

Registra que o imposto lançado relativo à transação sequer é devido à Fazenda Baiana. O ICMS ST é de responsabilidade do destinatário, nos termos da Portaria SF de PE nº 130 de 30.07.2010 e deve ser recolhido à Fazenda de destino quando da entrada dos produtos. Frisa que essa previsão, inclusive, está delineada na própria Constituição Federal, no inciso VIII do artigo 155, que determina a competência para cobrança do ICMS ao Estado destinatário da mercadoria quando o consumidor for contribuinte. Diz que como se não bastasse a inexistência de embasamento somada à incompetência da Fazenda da Bahia para lançar e cobrar o imposto, a multa aplicada também é insubsistente pela ausência de qualquer infração praticada pela Impugnante, visto que a sanção consubstanciada na penalidade pecuniária (multa) é uma reação ou uma punição por uma conduta contrária ao Direito, que evidentemente, não ocorreu no presente caso, pois o documento fiscal é idôneo. Neste sentido, transcreve lição de Sacha Calmon Navarro Coelho.

Sobre a penalidade aplicada, assevera ser a imposição da multa de 100% do valor do imposto, equivalente à prática de confisco. Diz que a severidade das sanções visa proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos. No entanto, deve haver proporcionalidade e razoabilidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, existindo uma gradação razoável. Menciona que não se trata, aqui, de pretender declarar inconstitucional referida previsão punitiva, mas sim aplicar, de forma razoável, as diversas formas punitivas, adequando-se a sanção ao fato que se pretende punir. Transcreve doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Conclui requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração e subsidiariamente, a minoração da multa aplicada.

O autuante presta informação fiscal às fls. 84/85. Diz que sobre o mandado de segurança, liminar nº 8000044-52.2015.8.05.0191, interposto pelo autuado, a propositura de medida judicial importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto. Diz que o Auto de Infração deve ser remetido à DARC para inscrição em dívida ativa, na forma prevista no art.113 e disciplinada pelo art. 117, do RPAF/99.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos, que em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39 do RPAF/99.

O autuante em informação fiscal entendeu que em razão do mandado de segurança, liminar nº 8000044-52.2015.8.05.0191, interposto pelo autuado para liberação das mercadorias que na ação fiscal foram apreendidas, indicava renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação e por consequência o Auto de Infração deveria ser remetido à DARC para inscrição em dívida ativa.

Observo que o entendimento do autuante encontra-se equivocado, considerando que a liberação das mercadorias apreendidas em cumprimento à decisão judicial, não afeta o curso do presente processo que transcorre normalmente até a decisão final na esfera administrativa.

No mérito, o autuado foi acusado de dar trânsito a mercadorias com notas fiscais inidôneas, em razão de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatadas durante a contagem física. Complementou na descrição dos fatos, informando que os Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFe que acompanhavam as mercadorias foram considerados inidôneos, visto que os produtos ali descritos foram fabricados em data posterior à emissão das Notas Fiscais Eletrônicas – NFe, além de constar no corpo dos citados documentos o termo "reimpressão".

Verifico que foi exigido o pagamento do tributo do responsável pelas mercadorias no momento da ocorrência do fato, desde quando se encontrava de posse de mercadorias acobertadas por documentação fiscal inidônea, no caso, o transportador. Trata-se de 1.736 fardos de fraldas descartáveis, cuja saída se deu de Santa Maria da Serra - SP, com destino a Recife - PE, em trânsito pela comarca de Paulo Afonso – BA, onde ocorreu a apreensão.

Conforme consta da acusação fiscal, a irregularidade imputada ao defendente foi ter dado trânsito a mercadorias reutilizando documentos fiscais - DANF-e, por isso, considerados inidôneos. Segundo o autuante tal fato foi constatado porque: (i) a data de fabricação das mercadorias era posterior à data registrada nos DANF-e; (ii) no corpo dos citados DANFs estava aposto a expressão "reimpressão".

Sabe-se que a Nota Fiscal Eletrônica - NF-e é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. A sua implementação obrigatória objetiva, entre outras situações, a simplificação dos processos de fiscalização realizados nos postos fiscais, na verificação das mercadorias em trânsito, reduzindo o tempo de parada dos veículos de cargas nestas unidades de fiscalização. A validade jurídica da NF-e 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 autuado nas razões defensivas alegou que a empresa emitente Godoy e Baptistella Indústria e Comercio de Produtos de Higiene Ltda., ao despachar a mercadoria para transporte, ao invés de abrir o arquivo “XML” e imprimi-lo, por extravio, o fez diretamente no sítio eletrônico da Secretaria da Fazenda autorizadora, aí residindo o motivo do termo reimpressão. Disse que o fato de constar o termo reimpressão nos DANFe não retira dos documentos sua autenticidade ou afronta o ajuste SINIEF 05/07.

Entendo que razão assiste ao autuado. A autenticidade dos DANFs pode ser verificada no sítio eletrônico da nota fiscal eletrônica, ante à digitação da chave de acesso impressa nos documentos fiscais e ao realizar a verificação pela chave de acesso, o sistema retorna os dados constantes no documento fiscal e seu status como autorizado.

Observo que o autuado colacionou aos autos extratos dos DANFs apontados pela autuação onde se constata a verificação da autenticidade da documentação fiscal pela digitação da chave de acesso, observa-se na consulta a vinculação dos DANFs ao Conhecimento de Transporte Eletrônico e os dados relativos ao Conhecimento de Transporte Eletrônico sinalizando sua autorização e saída da mercadoria, com início de sua circulação em 23/01/2015.

Quanto ao fato de as Notas Fiscais Eletrônicas terem sido emitidas em novembro e dezembro de 2014 com saída efetiva para circulação em 23/01/2015, por si só, não consigna prova que os documentos fiscais serviram supostamente para circular mercadoria em momento anterior.

Infere-se do exame dos autos, que o lançamento de ofício não foi instruído com as provas correspondentes que lhe dessem sustentação, o que, à luz dos primados constitucionais, não pode prosperar, sendo incorreta a autuação oriunda de mera presunção, sem base legal, contrária, por conseguinte, ao que emana das diretrizes do artigo 37 do C.F, que dão conformação ao ato administrativo.

Constata-se, também, serem bastante verossímil e plausível, os argumentos trazidos a lume pelo defendente ao discorrer sobre a logística da fábrica de fraldas descartáveis e a respectiva programação de saídas de mercadorias, no que concerne à empresa adquirente ter solicitado a entrega da mercadoria para o final de Janeiro 2015 e os efetivos faturamentos ocorrerem em novembro e dezembro de 2014 objetivando garantir o menor preço, tendo em vista que a matéria-prima das fraldas, celulose feita de fibra de pinheiro, *commodity*, tem valor oscilante de um mês para outro.

Por isto, é razoável que o representante comercial, faça o pedido e a saída das mercadorias respectivas com destino ao adquirente, somente ocorra quando o transporte estiver com o máximo possível da sua capacidade de carga, a evitar a ociosidade e custos desnecessários.

Registro que consultando as NF-e, ora em análise, vejo que consta os CT-e a elas vinculados com a indicação da data de saída das mercadorias, o que se depreende que se houvesse circulação anterior registrando outro CT-e, o próprio sistema não permitiria.

Nessa esteira, entendo que não há nos autos qualquer demonstração de que as mercadorias relacionadas nos DANFE-s, não se tratem das mesmas que estavam sendo transportadas, assim como, não há prova de que os citados documentos estavam sendo reutilizados.

Dessa forma, a infração imputada ao sujeito passivo não restou caracterizada, haja vista que não há nos autos qualquer prova robusta de que ocorreu outra operação acobertada pelas mesmas NF-e, sendo o lapso entre sua emissão e operação mero indício, carente de provas complementares, a exemplo de comprovação de embarque anterior, outro DACTe vinculado, etc.

Ante 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 **217449.0104/15-1**, lavrado contra **GODOY E BAPTISTELLA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR