DECISÃO nº.: 289 **/2013 – COJUP**
PAT nº.: 789/2013 – SUMAT (protocolo nº. 185715/2013-1)
AUTUADA: WMB COMERCIO ELETRÔNICO LTDA.
ENDEREÇO: Sit DOS, 101 - Centro
Vespasiano- MG

AUTUANTES: Janilson Silvino de Araújo

DENÚNCIA: 1 – O autuado utilizou documento fiscal inidôneo para acompanhar o trânsito de mercadoria, deixando de pagar o ICMS decorrente do fato gerador caracterizado no artigo 2º, inciso I, alínea "a", combinado com Art. 69, inciso XVI, figurando como sujeito passivo nos termos do art. 146, combinado com art. 136, inciso I, alínea "b", todos do Regulamento do ICMS, Decreto 13.640/97. Outrossim, essa mercadoria foi apreendida com fundamento no artigo 370, inciso II, do mesmo diploma legal.

EMENTA: ICMS – Trânsito de mercadoria acompanhado de documentação fiscal inidônea.
Garantia do contraditório e da ampla defesa – Presença nos autos do respectivo Termo de Apreensão de mercadorias - Peças processuais que confirmam a inidoneidade da documentação fiscal acobertadora das mercadorias – Alegação de confisco na aplicação da penalidade não configurado.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

1 - O RELATÓRIO

1.1 - A Denúncia

De acordo com o Processo Administrativo Tributário nº. 00789/2013 – SUMAT, lavrado em 15 de agosto de 2013, que teve origem no Termo de Apreensão de Mercadorias de nº 185/2013 (doc. De fls. 03/6), a empresa acima qualificada, teve contra si lavrada uma denuncia de fiscal de **Transporte de mercadoria acompanhada de documento fiscal inidôneo**, onde foi dado como infringido o disposto no Art. 150 incisos XIV, III e XIII, combinado com os Arts. 415, Art. 416, I e Art. 418, I e Art. 150 inciso

XIX, todos do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97, com proposta de aplicação de penalidade prevista na alínea "c" do inciso III do Art. 340 do citado regulamento.

Ao total, está sendo exigido da autuada R$ 1.913,81 (Hum mil, novecentos e treze reais e oitenta e um centavos) de ICMS e R$ 3.680,40 (três mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta centavos) a título de multa.

O auto não teve ciência na peça vestibular, sendo lavrado o competente Termo de ressalva em razão de a empresa ser de outro estado da federação.

As notas fiscais que foram objeto da autuação constam das folhas 04/11, ficando o demonstrativo da autuação às fls. 12/13.

Documentação de fls. 14/29 engloba conhecimento de transporte rodoviário de cargas e espelhos de consulta de NF-e emitidas em contingência.

Informações prestadas pela repartição preparadora às fls. 35, dão conta da condição de não reincidente da autuada no cometimento da infração denunciada.

Através de seu bastante procurador, a autuada tomou ciência da autuação, recebendo a 2ª. Via dos autos em data de 09 de setembro de 2013..

Às fls. 44 tem-se um Termo de Baixa e encaminhado a arquivo, com data de 24 de setembro de 2013, com a informação " **Nesta data, demos baixa ao PAT 000789/2013 por razão de pagamento".**

1.2 – DA IMPUGNAÇÃO

A autuada apresenta em data de 08 de outubro de 2013, peça de impugnação à denúncia ofertada pelo fisco do Rio Grande do Norte (doc. De fls 46/55), onde em síntese vem alegando:

1. Que segundo consta dos autos, a impugnante teria emitido as notas fiscais em situação de contingência, porém sem o respectivo formulário de segurança, o que a tornaria inidônea, nos termo do Art. 415 do RICMS;
2. Que essa tese do fisco não procede, eis que da própria cópia dos DANFES anexados nos autos, extra-se que as notas fiscais emitidas pela impugnante em situação de contingência foram transmitidas

mediante Declaração Prévia de Emissão de Contingência(DPEC – FN-e), o que segundo alega, pelos termos do Art. 425-N §§ 1°, 2° e 3° do RICMS/RN, dispensa a respectiva impressão em formulário de segurança, bastando o envio do arquivo em formato XML para os sítios da Receita Federal

3. Que o Art. 425-W, por sua vez, específica categoricamente os requisitos que devem ser observados na emissão do documento com contingência DPEC;
4. Que emerge da prova documental acosta, que a impugnante emitiu regularmente as notas fiscais 81.119, 251839, 252064, 252411, 252534, 252371, 252431, 252678, na situação de contingência DPEC, em papel A4, com a expressão DANFE impresso em contingência, regulamente recebido pela Receita Federal do Brasil", tendo obedecido a todos os requisitos descritos nos artigos citados, e o próprio Ajuste SIEF 07/05, cláusula Décima Primeira, especifica os requisitos da emissão de documentos fiscais em contingência DPEC, não exigindo igual , a impressão em formulário de segurança;
5. Que o único motivo da autuação baseasse na suposta ausência de impressão do formulário de segurança, equivocadamente considerado para o caso da situação de contingência;
6. Que a penalidade aplicada fere os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco;
7. Que seja declarada a improcedência da autuação;

Para consubstanciar suas alegações de defesa, a impugnante junta aos autos vasta documentação de fls. 56/119.

3. DA CONTESTAÇÃO

As autoridades fiscais responsáveis pela autuação se pronunciam em sede de contestação à defesa do contribuinte (doc. De fls. 121/124), argumentando em síntese:

1. Que os DANFEs que constam do auto em tela de pag. 04 a 11 foram emitidos pela autuada em contingência conforme documentos que constam das pag. 22 a 30, em desacordo com o ajuste Sinief 08/05 e 01/13, sendo considerados inidôneos por não terem sido autorizados;

2. Que também corrobora com a inidoneidade o fato do contribuinte não ter obedecido o prazo de cento e sessenta e oito horas para transmissão das NFe geradas em contingência.

3. Que o valor da penalidade só poderá ser reduzida nos moldes do disposto Art. 340, III do ICMS;

4. Que mantem o auto de infração.

2 – OS ANTECEDENTES

Consta nos autos, fl. 35, que o contribuinte não é reincidente na prática do ilícito apontado.

3 – O MÉRITO

Estamos diante de uma denuncia do fisco do estado do Rio Grande do Norte, que versa sobre trânsito de mercadoria desacompanhado de documentos fiscais inidôneos.

Ao contribuinte foram garantidos todos os elementos indispensáveis do exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, a medida que o contribuinte apôs sua ciência no Termo de Apreensão de Mercadorias, deu ciência na peça vestibular, recebeu cópia das peças processuais e teve respeitados todos os prazos regulamentares.

Destaque-se **"ab initio"** que em nenhum momento dos autos, o contribuinte negou o trânsito da mercadoria em questão.

Toda a discussão dos autos repousa no fato de os agentes fazendários considerarem inidôneos os documentos fiscais de fls. 04/11, emitidos na condição de

contingência, em desacordos com os ditames do Art. 425-N do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.640/97.

Transcrevamos então essa norma:

> **Art. 425-N.** Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e para a SET, ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso da NF-e, o contribuinte poderá operar em contingência, gerando arquivos indicando este tipo de emissão, conforme definições constantes no 'Manual de Integração – Contribuinte', mediante a adoção de uma das seguintes alternativas (Aj. SINIEF 07/05, 11/08, 12/09 e 08/10): **(NR dada pelo Dec. 21.820, de 02/08/2010)**
> **I -** transmitir a NF-e para o Sistema de Contingência do Ambiente Nacional (SCAN) ou para o Sistema de Sefaz Virtual de Contingência (SVC), nos termos dos arts. 425-F e 425-G deste Regulamento; **(NR dada pelo Decreto 22.593, de 16/03/2012, Ajuste SINIEF 07/05 e 10/11).**
> **II – transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC (NF-e), para a Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 425-W;**
> **III -** imprimir o DANFE em Formulário de Segurança (FS), observado o disposto no art. 425-Q, deste Regulamento;
> **IV –** imprimir o DANFE em Formulário de Segurança para Impressão de Documento Auxiliar de Documento Fiscal Eletrônico (FS-DA), observado o disposto em Convênio ICMS.
> **§ 1º** Após a concessão da Autorização de Uso da NF-e, transmitida na forma do inciso II do caput, a Receita Federal do Brasil deverá transmitir a NF-e para este Estado.
> **§ 2º** Na hipótese do inciso II do caput, o DANFE deverá ser impresso em no mínimo duas vias, constando no corpo a expressão "DANFE impresso em contingência – DPEC regularmente recebido pela Receita Federal do Brasil", tendo as vias à seguinte destinação:
> **I -** uma das vias permitirá o trânsito das mercadorias e deverá ser mantida em arquivo pelo destinatário pelo prazo estabelecido na legislação tributária para a guarda de documentos fiscais;
> **II -** outra via deverá ser mantida em arquivo pelo emitente pelo prazo estabelecido na legislação tributária para a guarda dos documentos fiscais.
> (...)
> **§ 6º** A partir de 1.º de março de 2013, na hipótese dos incisos II, III e IV do **caput** deste artigo, imediatamente após a cessação dos problemas técnicos que impediram a transmissão ou recepção do retorno da autorização da NF-e, **e até o prazo limite de cento e sessenta e oito horas da emissão da NF-e**, contado a partir da emissão da NF-e de que trata o § 11 deste artigo, o emitente deverá transmitir à SET as NF-e geradas em contingência. **(NR dada pelo Decreto 23.306, de 22/03/2013, Ajuste SINIEF 07/05 e 01/13) (grifos nossos)**

Depreende-se da legislação acima que o contribuinte tem no caso de contingência quatro opções a seguir (incisos I, II, III e IV acima) e fez opção por opção II que diz respeito a chamada DPEC (DECLARAÇÃO PRÉVIA DE EMISSÃO EM CONTINGÊNCIA),

conforme destaque nos DANFEs (fls. 04/11) em campo próprio posicionado na NFe ao lado do campo destinado a natureza da operação, na parte superior direita do documento.

Fazendo essa opção tinha o contribuinte o prazo de até 168 h (cento e sessenta e oito horas) para transmitir tais documentos à SET, conforme se ver no § 6º acima.

O que efetivamente não foi feito, eis que os DANFEs de fls. 04/11 foram emitidos em provedor particular desvinculado do sistema da nota fiscal eletrônica, com simples indicação da **DPEC,** sem o cuidado de fazer constar em seu corpo a expressão **"DANFE IMPRESSO EM CONTINGÊNCIA – DPEC REGULAMENTE RECEBIDO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL"** , o que só viria a faze-lo fora do prazo regulamentar, em documentação de fls. 103/110 mediante protocolo de autorização de uso, em data de **04 de setembro de 2013,** situação essa que foi espelhada nas notas fiscais impressas de fls. 112/119 em sua parte intermediária a expressão confirmatória da irregularidade " **SITUAÇÃO ATUAL: Autorização concedida fora de prazo cStat 150 – Situação 5".**

Essas rápidas considerações extraídas do corpo dos documentos fiscais, vem confirmar a irregularidade dos mesmo, senão vejamos:

> **Art. 333.** Infração é toda ação ou omissão, voluntária ou não, que importe em inobservância por parte de pessoa natural ou jurídica de norma estabelecida por lei ou regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinado a completá-los relativos ao imposto.
> (...)
> § 5º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

A legislação acima descrita, vem confirmar a insustentabilidade da alegação de idoneidade apresentadas na defesa.

A despeito dessa irregularidade, o Art. 370 disciplina:

> **Art. 370.** Ficam sujeitos à apreensão, constituindo prova material de infração à legislação tributária, mediante lavratura de Termo de Apreensão, conforme disposto neste Regulamento:
> **I-** os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;
> **II- as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível;**

> **III-** as mercadorias encontradas em local diverso do indicado na documentação fiscal;

Constatada a situação irregular da mercadoria, em razão inexistência de nota fiscal regular, outra não poderia ser a atitude do agente fiscal, a não ser proceder a sua apreensão, senão vejamos:

RICMS

> **Art. 378.** Na apreensão de mercadorias em trânsito ou estocada em situação irregular deve ser lavrado "Termo de Apreensão de Mercadoria", Anexo - 57.
> **Art. 379.** A entrega das mercadorias ou bens apreendidos ao interessado será feita se o contribuinte ou o responsável efetuar o recolhimento do imposto, da multa e das demais despesas decorrentes da apreensão.
> **§ 1º** O valor da multa a que se refere o parágrafo anterior será reduzido em 60% (sessenta por cento), se a mesma for paga no momento da lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias.
> **§ 2º** Se no prazo de 05 (cinco) dias o contribuinte não providenciar o pagamento dos tributos devidos deve ser lavrado o Auto de Infração pelo auditor que procedeu a lavratura do Termo de Apreensão, salvo designação de seu chefe imediato de um outro auditor, seguindo o processo o seu curso normal.

Tendo decorrido o tempo regulamentar e não havendo quitação do Termo de Apreensão, o agente do fisco foi obrigado a lavrar o respectivo de infração, nos termos do Art. 381do RICMS, **"in verbis":**

> **Art. 381.** Auto de Infração decorrente da apreensão de mercadorias deve ser acompanhado da segunda via do Termo de Apreensão de Mercadorias e dos "Termos de Depósito", de "Responsabilidade" e de "Avaliação", quando houver.

No tocante a alegação constante da defesa, de confisco na penalidade aplicada, resta-nos destacar que a mesma foi emanada do poder legislativo, na concepção da Lei 6968/97, e no presente caso remeteu à alínea "c" do inciso III do Art. 64:

> **Art. 64.** Serão punidas com multa as seguintes infrações à legislação do imposto:
> **I -** com relação ao recolhimento do imposto:
> **a)** fraudar livros ou documentos fiscais ou utilizar, de má fé, livros ou documentos fraudados, para iludir o fisco e fugir ao pagamento do imposto, ou, ainda, para propiciar a outros a fuga ao pagamento do imposto: duzentos por cento do valor do imposto;
> **b)** agir em conluio com pessoa física ou jurídica, tentando, de qualquer modo, impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador, pela autoridade fazendária, de modo a reduzir o imposto devido, evitar ou diferir o seu pagamento: duzentos por cento do valor do imposto;

> **c) deixar de recolher o imposto, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, no caso não compreendido na alínea "d" e "e", deste inciso: cem por cento do valor do imposto;**

A tipificidade está consonante com essa norma punitiva, já que estamos diante de um caso de **"falta de recolhimento de imposto"** , respaldando a multa proposta nos autos que faz referência à alínea "c" do inciso I do Art. 340 do RICMS, que veio regulamentar esse dispositivo de lei citado.

Feitas essas considerações, podemos concluir que as razões da defendente se revelaram ineficazes para elidir as acusações do fisco do Estado do Rio Grande do Norte no presente processo.

DA DECISÃO

Pelo acima exposto e por mais que do processo consta , ***JULGO PROCEDENTE*** o Auto de Infração lavrado contra a empresa WMB COMÉRCIO ELETRÔNICO LTDA., para impor a autuada a penalidade de R$ 3.680,40 (três mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta centavos), prevista na alínea "c", do inciso III do Art. 340 do RICMS, sem prejuízo da cobrança do imposto da ordem de R$ 1.913,81 (Hum mil, novecentos e treze reais e oitenta e um centavos), com os devidos acréscimos legais.

Remeto os autos à repartição preparadora, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

Coordenadoria de Julgamento de Processos Fiscais, em Natal, 01 de novembro de 2013.

Pedro de Medeiros Dantas Júnior
Julgador Fiscal – mat. 62.957-0