

A. I. Nº - 210428.1006/09-1  
AUTUADO - LUMICENTER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUMINÁRIAS LTDA.  
AUTUANTES - SILVANO AGUIAR MATOS  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
INTERNET 09.06..2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0126-05/10**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não caracterizada a inidoneidade apontada na ação fiscal. A emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A em lugar da NF-e (nota fiscal eletrônica), não torna a operação sujeita à cobrança antecipada no trânsito, em razão desqualificação do documento emitido. Ademais, no caso concreto, o imposto exigido na ação fiscal e as prerrogativas de exercer os poderes de fiscalização, no tocante às obrigações tributárias, tanto principal como acessórias, pertencem à unidade federativa de origem das mercadorias. Ademais, o legislador baiano, em norma posteriormente editada, qualificou o fato como mero descumprimento de obrigação formal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias, em 14/10/09, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 994,05, acrescido da multa de 100%. No campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração consta que o contribuinte estava a utilizar documento que não é legalmente exigido para a operação. Destacou o autuante que o Protocolo ICMS 87/08, que alterou os dispositivos do Protocolo ICMS 10/07, estabeleceu textualmente, no seu inc. LVI, a obrigatoriedade de emissão da NFe (nota fiscal eletrônica), a partir de 01/09/09, para contribuintes que exerçam a atividade de fabricantes e importadores de material elétrico para instalações em circuito de consumo. Destacou ainda que os referidos diplomas (Protocolos ICMS 10/07 e 87/08), levam em consideração a atividade exercida pelo contribuinte, independentemente do seu CNAE e independentemente do percentual que esta atividade representa em seu faturamento. No caso concreto, frisou a autoridade lançadora, que o autuado, na operação interestadual de venda de luminárias, para contribuinte localizado no Estado da Bahia, voluntariamente deixou de emitir o documento legalmente exigido para a operação (NFe), emitindo em seu lugar a documentação inidônea, de nº 089210, anexa do PAF. Observou que a referida documentação e a mercadorias que ela acobertava foram apreendidas com o objetivo de fazer prova material da infração à legislação tributária, conforme comando contido no art. 940 e seguintes, do RICMS.

Para fundamentar o Auto de Infração foi lavrado Termo de Apreensão de mesmo número do Auto de Infração, ficando como depositário dos produtos a empresa realizava o serviço de transporte.

Intimado do Auto de Infração, o contribuinte, às fls. 17 a 20, apresentou defesa subscrita por seu sócio administrador, devidamente qualificado nos autos. Asseverou inicialmente que se dedica à atividade de indústria, comércio, importação, exportação e representação de luminárias, aparelhos elétricos e metalúrgicos e à prestação de serviços atinentes a tais produtos, bem como participar do capital de outras sociedades nacionais ou estrangeir; acionista, em caráter permanente ou temporário, como controladora

Quanto à questão de fundo do presente lançamento de ofício o impugnante reconhece que de fato os fabricantes e importadores de material elétrico estão obrigados à emissão da Nota Fiscal Eletrônica a partir de 01/09/09, conforme determina o Protocolo ICMS 10/07 com a redação dada pelo Protocolo ICMS 87/08. Fez observar, entretanto, que a Luminárias (empresa autuada) não está alcançada por esta obrigação em razão de não ser fabricante ou importadora de material elétrico, mas sim de luminárias e outros equipamentos de iluminação, que é uma atividade bem diferente.

Frisou que o CNAE para a “*fabricação de material elétrico para instalações em circuito de consumo* é 2732-5/00, diferente do CNAE da atividade da empresa impugnante, que é 2740-6/02 (*fabricação de luminárias e outros equipamentos de iluminação*), que não está abrangido na norma que obriga a emissão da NF-e”.

Observou ainda que por ocasião da edição dos Protocolos ICMS 10/07 e 87/08, as atividades obrigadas à entrega da NF-e não estavam vinculadas diretamente aos CNAEs, mas eram indicativos. No entanto, a partir do Protocolo 42/09 esta vinculação ficou clara, pois é pelo critério do CNAE que as atividades passaram a tornar-se obrigadas à emissão da NF-e. Disse que o Estado Paraná, onde se localiza a empresa, informou à mesma que não é obrigada a emitir nota fiscal eletrônica, conforme documento que integra o anexo 3 da peça de defesa, pois continua autorizada a emitir documentos fiscais nos modelos 1 e 1-A, conforme anexo 4 da impugnação.

Mais à frente argumentou que a competência sobre o ICMS exigido no Auto Infração, nos termos do art. 11, I, “a”, da LC 87/96, é determinada, como regra geral, em função do local de ocorrência do fato gerador. No mesmo sentido dispôs o RICMS/BA, no art. 47, I, só se podendo aplicar a regra local em casos de irregularidades na operação. Transcreveu na peça defensiva o teor dos citados dispositivos, para concluir que caso fosse exigível algum imposto pela falta da emissão da NF-e, a competência seria do Estado de origem da mercadoria.

Por fim, requereu que suas razões sejam acolhidas determinando-se o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 47 a 52). Afirmou que a interpretação que a autuada está fazendo da legislação tributária se encontra às avessas, quando mesma afirma que não está obrigada à emissão de NF-e. No entendimento da autoridade lançadora do tributo, a legislação é clara, pois não vinculou a obrigatoriedade de emissão da NF-e a nenhum código CNAE específico (principal ou secundário), mas às atividades relacionadas na norma, efetivamente praticadas pelo contribuinte, isto em conformidade, com posição externada no site do Ministério da Fazenda, no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

Diversamente da impugnante, o agente de tributos que lavrou o Auto de Infração entende que a empresa fabrica mercadorias do ramo de material elétrico, tendo vendido luminárias para serem instaladas em prédios residenciais ou não (círculo de consumo), tudo conforme tipificado nos Acordos Interestaduais. Transcreveu na peça informativa o teor das normas em questão, compreendendo as Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS 10/07, com a alteração promovida pelo Protocolo ICMS 87/08.

Assim, entende o autuante que pelo descumprimento do estatuto nos acordos interestaduais, o documento fiscal emitido em desacordo com as formalidades legais, é considerado inidôneo, fazendo prova apenas a favor do fisco, conforme dispõe o art. 44, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Já o RICMS/BA, no art. 231-P, estabelece a obrigatoriedade de emissão da NFe em substituição à nota fiscal modelo 1 ou 1-A. Os art. 911 e 915, IV, “a”, disciplinam a penalidade aplicável ao caso.

No que diz respeito à alegação defensiva de que o Auto de Infração só poderia ser aplicado pelo Estado de origem da mercadoria, o autuante fez observar que procede a autuação no Rio de Janeiro, que detém competência para a regularização de operação inidônea, corrigindo supedâneo o fato de que o Estado do Paraná aderiu ao Pro-

assinatura do Protocolo ICMS 30/07, submetendo todos os seus contribuintes ao cumprimento dos retro mencionados acordos interestaduais.

Por fim frisou o autuante que o objetivo da impugnante é apenas procrastinar o feito, pois sua defesa está lastreada em falsas premissas, distorcendo a verdade dos fatos, com o fito de confundir a interpretação da legislação tributária.

Solicitou, ao final, que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

## VOTO

A Lei nº 7.014/96, no art. 44, II, “b”, especifica que documento inidôneo é aquele que não é legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação. O RICMS/97, no art. 209, II, ao regulamentar o dispositivo legal retro-mencionado, prescreveu que a inidoneidade tem relação com documentos a exemplo de “nota de conferência”, “orçamento” “pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizados, levando o consumidor ou destinatários das mercadorias ou serviços, a confundi-los com notas ou cupons fiscais. Fica claro, diante das prescrições normativas, que a infração em análise se encontra diretamente vinculada ao uso de documentos extrafiscais, utilizados pelos contribuintes, em paralelo ou concomitantemente à emissão dos documentos previstos na legislação de regência do ICMS.

A situação objeto do lançamento em lide não se enquadrada na moldura acima descrita. A emissão da nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, em substituição à nota fiscal eletrônica (NF-e), não desqualifica a operação ou prestação, tornando o documento que a acobertava em inidôneo, pois ausente, nessa situação, a intenção de se evadir ou reduzir a obrigação tributária principal, que diz respeito, ao caso em exame, ao lançamento e pagamento do ICMS.

No máximo, o que a legislação impõe a esta situação é aplicação de penalidade de 2% do valor da operação ou prestação, por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. XXVI, da Lei nº 7.014/96, com e redação dada pela Lei nº 11.899, vigente a partir de 31/03/10. A referida multa, todavia, sequer é passível de incidência ao caso em exame, visto a operação autuada se verificou em 01/08/09, portanto, antes da vigência da norma operadora e o fato gerador da obrigação principal tem origem junto a contribuinte localizado em outra unidade federativa, o que afastaria também a imposição da norma sancionadora prevista na lei baiana.

Assim, percebe-se, sem maior esforço, que a nota fiscal emitida pelo estabelecimento autuado e o conhecimento de transporte que a acompanha, estão revestidos das formalidades legais, com a menção dos dados da operação, envolvendo as mercadorias, frete, base de cálculo, alíquota, valor do ICMS e a especificação do remetente e destinatários dos produtos.

Ademais o fato da operação autuada ter origem no Estado do Paraná, confere àquela unidade federativa a competência para receber o imposto destacado nos documentos fiscais emitidos em seu território, conforme estabelece a Lei Complementar nº 87/96, como também a prerrogativa de exercer o poder de fiscalização junto ao emitente da nota fiscal prevista em lei, visando verificar o correto cumprimento das obrigações tributárias.

Do exposto, entendemos que as premissas que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração, quais sejam, a inidoneidade do documento fiscal e a competência tributária ativa para a exigência do imposto, não se encontram presentes, tornando assim ilegítimo e ilegal o lançamento tributário em testilha. A interpretação construída pelo autuante se encontra desprovida de razoabilidade, visto que a situação de inidoneidade não se verificou, pois o contribuinte não se valeu de documentos extrafiscais, para se eximir de pagar ou reduzir tributo devido ao fisco. Não fosse esse aspecto, o ICMS da operação autuada é totalmente devido ao Estado de origem das mercadorias, que detém, conforme já acentuado acima as prerrogativas fiscais de autorizar ou não o uso da NF-e, de acordo a avaliação que desenvolvidas pelos seus contribuintes.

Logo, mostra-se totalmente desarrazoada a conclusão fiscal pela exigência do ICMS, tendo por fundamento fático tão somente o exame de um único documento fiscal, no curso de uma ação fiscalizadora empreendida no trânsito de mercadorias, no território do Estado da Bahia, junto ao contribuinte localizado numa unidade da Federação distante, a saber, o Estado do Paraná.

Que fique claro, que não se discute aqui se o contribuinte era obrigado ou não a emitir a NF-e para a operação objeto do lançamento. Esta questão demandaria uma análise mais detalhada do caso, inclusive com a participação do fisco do Estado do Paraná. O que nos parece sem margem de dúvidas é que não há qualquer possibilidade, nos termos da legislação vigente, de desclassificar, por si só, uma nota fiscal modelo 1 ou 1-A, pelo simples fato de ser ter deixado de emitir a NF-e. O próprio legislador baiano, na Lei nº 11.899/10, vigente partir de 30/03/10, qualificou esta situação como mero descumprimento de obrigação acessória.

Assim, diante do que acima apresentamos, nosso voto é pela total IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210428.1006/09-1, lavrado contra **LUMICENTER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUMINÁRIAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TESESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA