

A. I. Nº - 193999.0914/09-5
AUTUADO - CIA SISAL DO BRASIL – COSIBRA
AUTUANTES - SILVIO ROGÉRIO REIS CRUZ
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET 29.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-05/10

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, 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 em 01/10/09, no trânsito de mercadorias, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 2.073,47, acrescido de multa de 100%, em razão da seguinte irregularidade:

“Utilização de documento que não é legalmente exigido para a operação”.

Lavrado Termo de Apreensão, à fl. 04 dos autos, onde consta que no trânsito, foram encontradas mercadorias acobertadas por documentos fiscais inidôneos (Notas Fiscais nºs 4240 e 4241), tendo em vista que a real atividade do contribuinte envolve a industrialização de fibras naturais (sisal) e o que consta na “CNAE” da Receita Federal é a atividade de cultivo de abacaxi. Afirmou ainda o autuante que o CNAE do contribuinte foi modificado com o intuito de fugir da obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica e fraudar o fisco.

Cientificado do lançamento o contribuinte ingressou com defesa acostada às fls. 15 a 19 do PAF e documentos anexos (fls. 20 a 35).

Preliminarmente frisou que embora o mandado contemple vários profissionais, requereu que as notificações a serem expedidas, em face da presente defesa, o sejam, exclusivamente nas pessoas dos advogados Dr. AURÉLIO PIRES e Dra. PAULA PEREIRA PIRES no endereço nele constante.

Após fazer uma breve síntese da autuação e do enquadramento legal da mesma, destacou que o Auto de Infração, se fez acompanhar de uma planilha de DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, do qual se extrai data de ocorrência e do vencimento em 30/09/2009, base de cálculo R\$17.278,95, sendo o valor do imposto a pagar R\$ 2.073,47 (12%), acrescida de multa de 100% (R\$2.073,47), perfazendo o total de R\$4.146,94 (**Doc. 03**), tendo incluso um ANEXO a esse DEMONSTRATIVO, que apresenta o cálculo como acima mencionado, no total de R\$4.146,94 e que contém Tabela de Redução de Multa (**Doc. 04**), com diversos percentuais de redução que a Autuada não teve condições de utilizar-se face a truculência do Agente de Tributos Estaduais Autuante, no Posto Fiscal Heráclito Barreto, na Rodovia BR 110 - sede no Município de Paulo Afonso, neste Estado, o qual de modo deselegante, violento, flagrantemente ilegal e inconstitucional, procedeu a APREENSÃO DAS MERCADORIAS TRANSPORTADAS (SISAL BRUTO) na quantidade de 15.000 quilos, e exigindo o pagamento integral da dívida autuada (R\$4.146,94) sob ameaça de que senão feito, a mercadoria permaneceria apreendida tudo consoante Termo de Apreensão (**Doc. 05**) e Fiel Depositário (**Doc. 6**).

Em seguida afirmou que o pagamento, realizado debaixo dessa pressão foi feito pela Matriz da Autuada, conforme comprovantes de pagamento inclusos (Doc. 07/08), ocorrendo em seguida a liberação do veículo e da mercadoria, conforme Termo de Liberação (Doc. 09).

No mérito, fez consignar, de início, tratar-se de empresa idônea, que sempre de modo zeloso obedeceu as determinações legais, sendo esta a primeira autuação contra si lavrada, o que a caracteriza como infratora primária, e cumpridora dos seus deveres fiscais.

Disse não poder aceitar a alegação constante do Auto de Infração de que, “*tendo em vista a real atividade econômica do Contribuinte: Industrialização de Fibras Naturais (Sisal), e o que consta do CNAE da Receita Federal cultivo de abacaxi, CNAE modificado com o intuito de fugir da obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica e fraudar o fisco*”.

Rebateu essa assertiva, eis que fraudar o Fisco, não faz e nunca fez parte dos propósitos operacionais da autuada, que diz ser zelosa no cumprimento de suas obrigações de qualquer natureza, e em particular das tributárias, porquanto ocorreu lamentável equívoco, quando da liberação do Código e Descrição, já regularizado, conforme CNPJ - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (Doc. 10 a 11) no qual já consta CULTIVO DE OUTROS PRODUTOS TEMPORÁRIOS, e Tabela de Correspondência anexa, entre a CNAE 1.0 e CNAE 2.0 (Doc. 12 a 14).

Registrhou que no presente caso também houve a emissão regular das Notas Fiscais de nºs 4240 e 4241, mencionadas no campo “Descrição dos Fatos do Auto de Infração”, o que descaracteriza a alegação de “intuito de fugir da obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal”, e assim, neutralizado os rigores pela consequência do equívoco ocorrido e da penalidade de 100% de multa aplicada e cobrada.

Em seguida argumentou que a apreensão de mercadorias conflita com a Constituição Federal, transcrevendo o artigo 5º, inc.LIV, para sustentar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

No caso em tela, esse proceder de apreensão, segundo a defesa, também ofende a legislação infra-constitucional, como os artigos 1º e 4º de Lei das Execuções Fiscais, que trata de cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Afirmou que em nenhum momento a lei autoriza a apreensão de bens, antes do devido processo legal, que assegura a ampla defesa e o contraditório.

Declarou ser uma empresa devidamente inscrita no Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado, Inscrição Estadual, sob o nº. 45086728, portanto, identificada e ocorrendo infração, não havia motivo lícito para a apreensão de mercadorias ou retenção destas na Repartição Fazendária.

A defesa reiterou que foi coagida ao pagamento de tributos sem qualquer obediência ao devido processo legal.

Transcreveu lições do professor HUGO DE BRITO MACHADO, extraídas da obra *Sansões Políticas no Direito Tributário* nº. 30 pág. 46/47, que leciona: “*a apreensão de mercadorias, sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta com ilícito, configura violação ao princípio do devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal*”.

Fez referência que tal atitude do Fisco há mais de 30 anos é repelida pelo Poder Judiciário, tendo o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, através da SÚMULA nº. 323, consolidado o seguinte entendimento: “*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributo*”. Nesse sentido a mesma Excelsa Corte, consagrou, através de seu Tribunal Pleno, “*que a Fazenda deve cobrar seus créditos através de Execução Fiscal, sem impedir direta ou indiretamente, a atividade profissional do Con nº. 547*”.

Mais à frente destacou a defesa que a aplicação da multa de 100%, excede em muito o direito assegurado ao Fisco pelo que o Auto de Infração não pode prevalecer, devendo ser anulado, e devolvido a suplicante o valor total do pagamento efetuado.

Ainda no mérito a impugnante contestou o enquadramento legal efetuado pelo autuante (item II, do art. 209, do RICMS), para afirmar que tal dispositivo é inaplicável ao caso presente, porquanto a suplicante, emitiu as Notas Fiscais correspondentes, que estão mencionadas na descrição do Auto e que contêm todos os elementos de sua identificação, não sendo a simples menção de equívoco de atividade do CNAE, ensejadora da nulidade de tal documento, nem autorização para o exercício da ilegal apreensão.

A suplicante, impugna e se insurge contra os encargos que se pretende no Auto de Infração ver adicionados ao valor da autuação (multa de 100%), embora as multas tenham valores sujeitos a redução, porquanto no caso, para a defesa, incorreu qualquer inadimplência ou fraude à Receita Estadual, e pelo fato de ser primária, sem prática de dolo ou má-fé. Disse que sequer teve o direito de utilizar os prazos de redução de multa.

Protestou por todos os meios de prova admitidos, na forma consagrada pelo artigo 5º item LV da Constituição Federal, notadamente a PROVA PERICIAL, desde logo requerida para comprovar a legitimidade e correção de seus procedimentos tributários com o Estado da Bahia, a inexistência de qualquer débito de ICMS para com a Receita Estadual e a impropriedade de autuação lavrada, garantido assim o pleno direito de defesa.

Requeru ainda a juntada de ulteriores documentos e ouvida de testemunhas se necessárias, para confirmar a truculência com que foi vítima, pelo procedimento do Agente Fiscal autuante.

Formulou pedido visando à devolução dos valores do ICMS e MULTA, que segundo afirma foram pagos sob coação, além dos seguintes requerimentos específicos:

- a)** assegurar-lhe o direito ao integral resarcimento dos prejuízos sofridos por essa apreensão indevida, como assegura o artigo 37 § 6º da Constituição Federal, e
- b)** responsabilizar o Agente Fiscal cível e criminalmente pela apreensão das mercadorias (sisal) de forma abusiva e arbitrária.
- c)** instaurar o devido processo fiscal, assegurando a suplicante o sagrado direito de defesa.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 41 a 46. De início o autuante fez um resumo das ocorrências verificadas por ocasião da ação fiscal. Disse que aos trinta dias do mês de setembro/09, no cumprimento das suas funções fiscalizadoras no Posto Fiscal Heráclito Barreto, foi entregue para conferência as Notas Fiscais nºs 004241 e 004240 (páginas 09 e 10) emitida por CIA. SISAL DO BRASIL – COSIBRA, com sede na Fazenda Mandacaru, s/n, casa, zona rural, Santaluz, Bahia.

A autoridade responsável pelo lançamento disse ter estranhado que a empresa estivesse utilizando outro tipo de nota fiscal e não a Nota Fiscal eletrônica (NF-e) a que estaria obrigada em virtude sua atividade econômica. Declarou que outras empresas que se dedicam à mesma atividade da autuada já estavam usando a NF-e como determina o PROTOCOLO ICMS 87/08. Transcreveu na peça informativa as disposições contidas nessa norma, que estabelece a obrigatoriedade da utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) para os setores que especifica.

Transcreveu também as disposições do RICMS/BA, contidas nos arts. 231-A e 231-P, atinentes à obrigatoriedade de uso da NF-e.

Em seguida fez referência ao PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, contido no site <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/>, com respostas acerca do tema.

A partir dessas informações, destacou que mesmo que a atividade cadastro da SEFAZ-BA fosse a de plantador de frutas – já que n

contribuinte como plantador de abacaxi – tal situação não o desobrigava a emitir a NF-e, pois sua atividade real era a de preparação de fibras têxteis.

Disse que na ação fiscal encontrou o caminhão da empresa com uma carga de fibras de sisal que passou por um processo de beneficiamento em “batedeiras”, como que é conhecido na região sisaleira, os estabelecimentos que recebem a fibra do sisal que vêm do produtor em estado bruto fazem o beneficiamento e acondicionamento em fardos para que seja exportado ou enviado a indústrias que o transformam em produtos finais como cordas e tapetes. Afirmou que essas informações foram obtidas junto a pessoas que trabalham nessas “batedeiras” que declararam que é através de um processo industrial, que podemos chamar de preparação de fibras têxteis, para que o produto possa ser usado em outras indústrias visando à fabricação de produtos acabados para serem vendidos no mercado.

Fazendo uma comparação com a área algodoeira, é o que fazem as indústrias que beneficiam o algodão que vêm das fazendas - o algodão em capulho é transformado em algodão em pluma, ou seja, fazem uma preparação e/ou um beneficiamento para serem usados pela indústria têxtil, na confecção de tecidos, roupas, etc.

Quanto à alegação da autuada de que o agente fiscal agiu com violência e que houve a retenção da mercadoria no Posto Fiscal de maneira a coagi-la a pagar o imposto a que estava obrigado, em virtude da irregularidade da não emissão da NF-e, afirmou que essa acusação não corresponde à verdade dos fatos. Disse não ter agido com violência e muito menos coagi o contribuinte para pagar qualquer tributo. Afirmou que o caminhão ficou retido no Posto Fiscal o tempo suficiente para que pudesse verificar a documentação que lhe foi entregue e confrontá-la com a legislação e, também, para que pudesse verificar “*in loco*” as mercadorias transportadas e acobertadas pelas já citadas notas fiscais. Destacou que esses procedimentos fazem parte do trabalho e é da natureza da fiscalização no trânsito de mercadorias.

Feita a conferência da mercadoria, disse ter constatado que havia no caminhão uma carga de sisal beneficiado e não o sisal tal como sai da fazenda. Entende que tal produto só pode transitar com NF-e de acordo com o já citado Protocolo e o RICMS/BA, daí ter tomado a decisão de considerar as referidas notas fiscais inidôneas e lavrar o presente Auto de Infração. Quando da tomada de decisão disse ter comunicado o fato ao motorista para que o mesmo entrasse em contato com a Empresa e informasse o que se passava. Minutos depois declarou ter recebido uma ligação de um funcionário da empresa que dizia estar ligando da Paraíba e com este é que foi feito todo o tratamento para que se pudesse chegar a bom termo a fiscalização.

Transcreveu em seguida as disposições do art. 209, do RICMS, citado pela empresa em sua defesa. Sustenta, todavia, que se uma empresa utiliza um documento que não é o legalmente exigido para a operação, este documento é inidôneo. Isto porque a não utilização da NF-e pela empresa, segundo o site da Nota Fiscal Eletrônica, não proporciona os benefícios para o fisco ali previstos, a saber:

Benefícios para o Fisco:

- *Aumento na confiabilidade da Nota Fiscal;*
- *Melhoria no processo de controle fiscal, possibilitando um melhor intercâmbio e compartilhamento de informações entre os fiscos;*
- *Redução de custos no processo de controle das notas fiscais capturadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito;*
- *Diminuição da sonegação e aumento da arrecadação sem aumento de carga tributária;*

Acredita que esteja aí a resposta. Disse que no caso em exame, não houve da parte da autuada um simples “equívoco” no enquadramento da empresa como produtor de “abacaxi”, principalmente levando-se em consideração o porte da empresa e como a exportação, por exemplo, que não é feita por qualquer empresa admitido se a autuada fosse uma “quitanda da esquina”.

Sugeriu, em seguida, a um dos srs. julgadores visite “site” www.cosibra.com.br para se ter uma idéia das atividades desenvolvidas e do porte da mesma. Trouxe no texto da peça informativa alguns dados extraídos do referido “site”.

Mais à frente o autuante afirmou não ter legitimidade nem competência para analisar os preceitos constitucionais elencados pela autuada, porém, disse que a Fiscalização de Mercadorias em Trânsito jamais poderia existir se não fosse legal a apreensão de mercadorias para que seja vistoriada, periciada e levantada a legalidade/illegalidade da operação quando confrontada com os documentos apresentados. Frisou que o caminhão não chegou a ser apreendido mas retido para que pudesse verificar a carga e se analisar a legislação pertinente. Declarou que foi dada à empresa a opção da mesma ficar como fiel depositário das mercadorias, bastando para isso que fosse enviada a documentação necessária para tal, envolvendo: procuração da Empresa para o motorista assinar os documentos em nome dela e cópia da situação do preposto perante a empresa.

Por telefone, o funcionário da empresa que atendeu o fisco disse que tal pessoa não estava presente no estabelecimento e que, portanto não poderia, naquele momento, enviar a documentação necessária, daí o caminhão ter ficado no Posto Fiscal no aguardo desta documentação. Ao contrário das alegações defensivas, afirma que a carga não estava apreendida para ser liberada somente com o pagamento do Auto. O mesmo foi pago pela conveniência da empresa que alegou estar precisando da mercadoria o mais breve possível. A via mais rápida que encontrou foi o pagamento.

Por fim, declarou que o Termo de Apreensão e Ocorrências – TAO, é por onde se inicia o processo de fiscalização e é obrigatório quando da lavratura do Auto de Infração.

Em face dos fatos narrados e da violação aos artigos acima invocados do Protocolo ICMS 87/08 e do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o autuante pede pela procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 49/51, a Secretaria do CONSEF, através da sua Coordenação, anexou PAF extratos dos sistemas informatizados da SEFAZ, para fins de documentar o pagamento integral do valor lançado no Auto de Infração, fato verificado em 01/10/09, recolhimento que foi efetuado em espécie.

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 XXVI, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 11.899, ‘

referida multa, todavia, sequer é passível de incidência ao caso em exame, visto a operação autuada se verificou em 01/10/09, portanto, antes da vigência da norma apenadora.

Assim, percebe-se, sem maior esforço, que as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado estão revestidas 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.

Do exposto, entendemos que a premissa que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração, qual seja, a inidoneidade do documento fiscal, não se encontra presente, 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.

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. 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 se ter deixado de emitir a NF-e. O próprio legislador baiano, na Lei nº 11.899/10, vigente partir de 31/03/10, qualificou esta situação como mero descumprimento de obrigação acessória.

Quanto aos demais pedidos formulados pelo sujeito passivo, atinentes ao resarcimento dos prejuízos sofridos pela apreensão indevida e responsabilização do Agente Fiscal, cível e criminalmente, são matérias que estão fora do âmbito de competência desta instância administrativa de julgamento. Somente, perante o Poder Judiciário, poderá o autuado buscar realizar essas pretensões.

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

Transitada em julgado, na via administrativa, a presente Decisão, poderá o contribuinte, através de expediente próprio, via pedido de restituição de indébito, reaver o imposto indevidamente pago na ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 193999.0914/09-5, lavrado contra **CIA. SISAL DO BRASIL - COSIBRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TESESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA