

A. I. Nº - 193999.0906/09-2
AUTUADO - CIA SISAL SO BRASIL COSIBRA
AUTUANTE - SILVIO ROGÉRIO REIS CRUZ
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 30.06.2010

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0164-04/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL QUE NÃO É O LEGALMENTE EXIGIDO PARA A OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A emissão de outro documento fiscal em lugar do que está obrigado, encontrando-se o contribuinte com sua situação cadastral regular, não cabe a exigência do imposto no trânsito de mercadorias. O contribuinte do ICMS obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar descumpriu uma obrigação acessória. Considerando que à época da ocorrência deste fato não existia penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS em decorrência do cometimento de tal infração, fica o contribuinte sujeito à aplicação da multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/09, lança crédito tributário de ICMS no valor de R\$2.166,48, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertada por documento fiscal que não o legalmente exigido para a operação.

No campo da descrição dos fatos, foi informado que o autuado emitiu as Notas Fiscais nºs 59910 a 4236 e 4237.

O autuado apresenta defesa, às fls. 19 a 23, reproduz os termos da infração, aduz que é uma empresa idônea, sempre obedece às determinações legais, tendo sido essa a primeira autuação contra si lavrada, o que a caracteriza como infratora primária, e cumpridora dos seus deveres fiscais, não pode aceitar a alegação constante do Auto de Infração.

Frisa que houve a emissão regular das Notas Fiscais 4236 e 4237, e que a apreensão de mercadorias conflita com o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que reproduz e ofende legislação infraconstitucional como os artigos 1º e 4º da Lei das Execuções Fiscais. Diz que está devidamente inscrita no Cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado, sob o nº. 45086728, portanto identificada, e ocorrendo infração, não há motivo lícito para a apreensão de mercadorias ou retenção destas na Repartição fazendária.

Transcreve trecho de lições do Professor Hugo de Brito Machado, em sua obra *Sansões Políticas no Direito Tributário* nº. 30 págs. 46/47, bem como da Súmula 323 do STF para dizer que é ilegal a apreensão de mercadorias.

Salienta que a cobrança da aplicação da multa de 100%, é excessiva.

Transcreve o art. 209, inciso II do RICMS/97, que trata de documentos fiscais inidôneos para dizer que é inaplicável no caso presente, porque emitiu as Notas Fiscais correspondentes e que estão mencionadas na descrição do Auto, e que contêm todos os elementos necessários, sendo a simples menção de equívoco de atividade do CNAE, er

documentos, nem autorização para o exercício da ilegal apreensão. Entende que inexiste infração à norma legal apontada, notadamente com a gravidade que o autuante apontou.

Insurge-se contra a multa de 100%, dizendo que embora as multas tenham valores sujeitos a redução, no seu caso, incorre qualquer inadimplência ou fraude a Receita Estadual, e pelo fato de ser primária, sem prática de dolo ou má fé, é um caso de dispensa da mesma.

Protesta por todos os meios de prova admitidos, na Constituição Federal, notadamente prova pericial, para que seja garantido o pleno direito de defesa.

Diz que o pagamento foi realizado debaixo de “pressão”, por sua matriz, e que com o pagamento ocorreu em seguida a liberação do veículo e da mercadoria, conforme Termo de Liberação. (Doc. 09). Requer que se determine a devolução dos valores do ICMS e multa que sob “coação”, foi obrigado a fazer, bem assim, de assegurar-lhe o direito ao integral resarcimento dos prejuízos sofridos por essa apreensão indevida, como assegura o artigo 37 § 6º da Constituição Federal, e responsabilizar o autuante Cível e Criminalmente pela apreensão das mercadorias (sisal) de forma abusiva e arbitrária.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 43 a 48, dizendo que no dia 30 de setembro de 2009, no cumprimento de suas funções fiscalizadoras no Posto Fiscal Heráclito Barreto, examinando as notas fiscais n^{os} 004236 e 004237, às fls. 10 e 11, emitidas pelo autuado lhe causou estranheza que a empresa estivesse utilizando este tipo de nota fiscal e não a Nota Fiscal eletrônica (NF-e) a que estaria obrigada em virtude sua atividade econômica, também por que outras empresas que se dedicam à mesma atividade estarem usando a NF-e conforme determina o Protocolo ICMS 87/08, transcrevendo em seguida segundo o autuante os itens que dizem respeito a situação em análise, assim como os art. 231-A, §§ 1º e 2º, 231-P, inciso IV, “ba” e “bb”, e § 1º dos RICMS/97.

Frisa que a persistir alguma dúvida do autuado acerca da sua obrigatoriedade para emitir NF-e, no site portal da nota fiscal eletrônica em “<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/>,” se encontram respostas para dirimir quaisquer dúvidas, transcreve a pergunta 13 com sua resposta.

Aduz que mesmo que a atividade econômica do autuado no cadastro da SEFAZ-BA seja de plantador de frutas e na Receita Federal esteja como plantador de abacaxi não o desobriga de emitir a NF-e, pois sua atividade real é de preparação de fibras têxteis, mesmo que seja também produtor de sisal.

Salienta que encontrou no caminhão uma carga de fibras de sisal que passou por um processo de beneficiamento em “batedeiras”, como é conhecido na região sisaleira, os estabelecimentos que recebem a fibra do sisal que vem do produtor em estado bruto faz o beneficiamento e acondicionamento em fardos para que sejam exportadas ou enviadas a indústrias que a transformam em produtos finais como cordas e tapetes. Diz que buscou tais informações com pessoas que trabalham nas “batedeiras”.

Garante que não agiu com violência nem coagiu o autuado a pagar qualquer tributo. Afirma 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, também, para que pudesse verificar “in loco” as mercadorias transportadas e acobertadas pelas já citadas notas fiscais e que tal procedimento faz parte do trabalho da fiscalização no trânsito de mercadorias.

Informa que feita a conferência da mercadoria constatou que havia no caminhão uma carga de sisal beneficiado e não o sisal tal como sai da fazenda e que tal produto só pode transitar com Nota Fiscal-eletrônica de acordo com o já citado Protocolo e o RICMS/BA, daí ter considerado as referidas notas fiscais inidôneas e lavrar o Auto de Infração em lide.

Transcreve o art. 209, inciso VI do RICMS/97, e diz que à vista deste dispositivo regulamentar se uma empresa utiliza um documento que não é o legalmente e documento é inidôneo.

Discorre sobre a atividade do autuado, reproduz foto e histórico sobre plantio e extração do sisal retirado do *site* do autuado. Aduz que não tem legitimidade nem competência para analisar os preceitos constitucionais elencados pelo autuado, mas 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, dizendo que com a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrências é por onde se inicia o processo de fiscalização e é obrigatório quando da lavratura do Auto de Infração.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente saliento que quanto à alegação de que a apreensão de mercadorias conflita com o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, de acordo com o art. 125 do COTEB, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar questões de inconstitucionalidades, por outro lado, a competência da fiscalização realizar apreensão de mercadorias está prevista no art. 109 do mencionado diploma legal, portanto, o ato praticado pelo autuante é legal.

Rejeito o pedido de perícia formulado pelo autuado, tendo em vista ser desnecessária a interveniência de especialista, ante a inexistência, no presente caso, de ponto obscuro para ser aclarado. Ademais, já se encontram no processo todos os elementos necessários a formação de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário do ICMS, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertada por documentos fiscais que o autuante entendeu não serem eles os legalmente exigidos para a operação. O contribuinte acobertava operação de circulação de mercadorias (fibras de sisal) com as Notas Fiscais nºs 4236 e 4237, modelo 1, em vez de Nota Fiscal-eletrônica.

Saliento que o Ajuste SINIEF 07/2005, de 05/10/2005, instituiu nacionalmente a Nota Fiscal eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal eletrônica – DANFE, por sua vez o Protocolo ICMS 10/07, de 18/05/2007, dispõe sobre a obrigatoriedade de emissão de NF-e.

Os estabelecimentos obrigados a emitir NF-e, após o início da obrigatoriedade prevista na legislação, devem emitir tal documento fiscal em todas as operações nas quais emitiriam nota fiscal modelo 1 ou 1-A. Portanto todo contribuinte que exercer atividade enquadrada na obrigatoriedade de emissão de NF-e deverá substituir as notas fiscais modelos 1 e 1-A pelo mencionado documento fiscal. (Art. 231-P do RICMS/97). Uma vez obrigada a empresa a emitir Nota Fiscal-eletrônica, não poderá emitir notas fiscais modelos 1 e 1-A em substituição àquele documento fiscal.

Do exame nas peças processuais, bem como no sistema de consulta de cadastro público da SEFAZ/BA, verifico que o sujeito passivo desenvolve a atividade econômica de “preparação e fiação de fibras têxteis,” e como tal, de acordo com o art. 231-P, inciso IV, alínea “bb” do RICMS/97 a partir de 1º de setembro de 2009, estava obrigado a emitir Nota Fiscal-eletrônica, em substituição à nota fiscal modelo 1 e 1-A. O § 1º do referido artigo proíbe expressamente a emissão desses documentos fiscais em lugar da NF-e.

Verifico que fora exigido o imposto com a alegação de que as notas fiscais nºs 4236 e 4237, modelo 1, eram inidôneas. Entretanto, observo que a legislação estadual só considera inidôneo o documento fiscal que não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, nos casos de “Nota de Conferência”, “Orçamento” e outros do gênero utilizados como documentos fiscais. Destarte, no presente caso, a

acobertavam as mercadorias apreendidas não serem os documentos que estava o contribuinte obrigado a emitir, não contêm os requisitos de documentos fiscais inidôneos previstos no art. 209 do RICMS/97 para os tornarem imprestáveis. Ademais, a nota fiscal modelo 1 e 1-A, mesmo com a implantação da NF-e, permanecem na legislação estadual, como sendo documento válido. (art. 192, inciso I do RICMS/97).

Restou demonstrado que o sujeito passivo emitiu a Notas Fiscais modelo 1, em lugar da Nota Fiscal-eletrônica, entretanto conforme já observado, a emissão de outro documento fiscal, válido, em lugar do que está obrigado, encontrando-se o contribuinte com sua situação cadastral regular, não cabe a exigência do imposto. O contribuinte do ICMS obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar descumpriu uma obrigação acessória. Considerando que à época da ocorrência deste fato não existia penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS em decorrência do cometimento de tal infração, com fundamento no art. 157 do RPAF/99, fica o contribuinte sujeito à aplicação da multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, por ter utilizado documento (nota fiscal modelo 1) ao invés de Nota Fiscal-eletrônica (NFe). Quanto ao valor pago, cabe pedido de restituição junto à Inspetoria Fazendária da jurisdição do contribuinte.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 193999.0906/09-2, lavrado contra **CIA SISAL SO BRASIL COSIBRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

PAULO DANILo REIS LOPES – JULGADOR