

A. I. Nº - 210313.0028/09-8
AUTUADO - LATICÍNIO NATAL LTDA.
AUTUANTE - NOE AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 16.08.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-05/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. MERADORIAS EM TRÂNSITO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A emissão de Nota Fiscal Eletrônica, nos termos do Protocolo ICMS 42/09, é obrigatório às empresas com código de atividade econômica como da Autuada somente a partir de 01 de abril de 2010. Descabe, pois, a exigência fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20 de novembro de 2009 para cobrança de ICMS no valor de R\$ 731,29, acrescido de multa de 100%, tendo em vista a constatação por parte do Autuante, de trânsito de mercadorias (queijos mussarela de búfala, coalho, frescal, ricota de búfala e outros) acompanhadas de documentação fiscal tida como inidônea uma vez que a empresa autuada “estaria obrigada a emitir nota fiscal eletrônica (NFE)”, sendo caracterizada a inidoneidade na forma do “artigo 231-P, Inciso IV, alínea “ag” do RICMS/BA”.

Instruem o lançamento, Termo de Apreensão e Ocorrências 210313.0109/09-8, de 19 de novembro de 2009 (fls. 04 e 05), notas fiscais modelo 1 emitidas pela empresa Autuada de nº. 2600, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606 e 2607 (fls. 06 a 12), documento de propriedade do veículo transportador de placa JRF 4874 (fl. 13), memória de cálculo do imposto devido (fl. 17).

Tempestivamente, a autuada ingressou com impugnação ao lançamento de fls. 23 a 28, onde rebate a acusação fiscal, alegando quanto ao mérito, que o dispositivo utilizado pelo preposto fiscal que serviu de base para a autuação foi o Decreto 11.289, de 30 de outubro de 2008, o qual procede a alteração 108 ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, tendo o mesmo como fundamento o Protocolo ICMS 87/08, cujo texto transcreve.

Aduz que “o Protocolo ICMS 42, de 03 de julho de 2009, estendeu o prazo de obrigatoriedade de várias atividade econômicas, inclusive a de laticínios”, transcrevendo o texto do mencionado diploma.

Afirma que a Bahia é signatária de tal Protocolo, embora não tenha realizado a alteração necessária na sua legislação, especialmente o seu Regulamento do ICMS, a fim de se adequar à imposição contida naquela norma.

Reafirma que o prazo para que a empresa se adequasse às novas exigências em relação a nota fiscal eletrônica é 01 de abril de 2010, além do que o Fisco presumir que as notas fiscais emitidas e que serviram de base para a autuação são inidôneas “é uma extrapolação fiscal, senão vejamos, o próprio RICMS-BA em seu artigo 209 define o que vem a ser considerado inidôneo”, reproduzindo o texto daquele dispositivo legal, o que no seu entendimento tornaria o argumento do Fisco inconsistente, além do que a redação “a inidoneidade só se aplica se a irregularidade for de tal ordem que torne o documento imprestável para o fim a que se destine. Logo, esta conjecturada infração não se enquadra em nenhum dos incisos muito, deveria ser considerada infração acessória, “que por sinal n RICMS-BA, logo restaria a tipificação geral descrita no art. 915, inc

de penalidade de R\$ 50,00 pelo descumprimento de obrigação acessória sem penalidade expressamente prevista no citado Regulamento.

Por tais razões, entende que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Informação fiscal prestada pelo Autuante às fls. 34 e 35 informa de forma sucinta que *“a nossa atividade fiscal é plenamente vinculada, ou seja, no estrito ditame da lei. Assim, a autuação está perfeitamente tipificada no RICMS/BA. Não se justifica a alegação da defesa, ou então o objetivo é procrastinar o feito, pois o próprio Protocolo 42, em sua cláusula quinta joga por terra toda a tese da empresa, senão vide texto abaixo descrito:*

Cláusula quinta: ficam mantidas as obrigatoriedades e prazo estabelecidos no Protocolo ICMS 10/07, de 18 de abril de 2007.

Diante disto, não há como não ser mantida a autuação, devendo o autuado providenciar o credenciamento para emissão de nota fiscal eletrônica, de forma urgente, evitando assim problemas com a fiscalização do ICMS.”

Por tais motivos, solicita a manutenção do lançamento, com o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Analisando-se a questão verifico primeiramente que a empresa encontra-se inscrito no cadastro da Secretaria da Fazenda tendo como atividade econômica principal a “preparação de leite”, código 1051100, consoante informação constante à fl. 37, não se verificando a existência de códigos secundários de atividade.

Verifica-se, pelo mesmo documento que a Autuada desde 01 de julho de 2007 fez a opção pelo sistema de tributação estipulado através do chamado Simples Nacional, na condição de empresa de pequeno porte.

Feitas tais observações, passemos ao exame do mérito do Auto de Infração. A cobrança imposta pelo Fisco de ICMS em função de inidoneidade documental, vez que as mercadorias objeto da ação fiscal transitavam acompanhadas de notas fiscais modelo 01, quando o entendimento do Autuante era de que em função do Protocolo ICMS 87/08 a empresa encontrava-se obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica (NF-e).

O Protocolo ICMS 10, de 18 de abril de 2007, em sua cláusula primeira, estabelece a obrigatoriedade de utilização de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), por parte de alguns setores econômicos. O Protocolo ICMS 24/08, com efeitos a partir de 27 de março de 2008, expandiu as atividades econômicas que estariam obrigadas à emissão daquele documento fiscal, em substituição à Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, no que foi seguido pelos Protocolos ICMS 68/08, e 41/09.

Já o Protocolo ICMS 87, de 26 de setembro de 2008, promoveu alterações na redação da cláusula primeira do Protocolo ICMS 10/07, incluindo em sua cláusula primeira, alínea “LXXII” os “fabricantes e atacadistas de laticínios”. Vale salientar que o Estado da Bahia foi signatário do Protocolo ICMS 10/07 e conseqüentemente das demais alterações nele realizadas.

Com a edição do Protocolo ICMS 42, de 03 de julho de 2009, cujo preâmbulo esclarece que o mesmo *“Estabelece a obrigatoriedade da utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, pelo critério de CNAE e operações com os destinatários que especifica”*, vemos que a sua cláusula primeira estipula que *“Acordam os Estados e o Distrito Federal em estabelecer a obrigatoriedade de utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) prevista no Ajuste SINIEF 07/05, de 30 de setembro de 2005 em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para os contribuintes enquadrados Nacional de Atividades Econômicas – CNAE descritos no Anexo Úr*
no referido anexo.

§ 1º A obrigatoriedade aplica-se a todas as operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes referidos nesta cláusula que estejam localizados nas unidades da Federação signatárias deste protocolo, ficando vedada a emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, salvo nas hipóteses previstas neste protocolo.

§ 2º A obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e prevista no caput não se aplica:

I – nas operações realizadas fora do estabelecimento, relativas às saídas de mercadorias remetidas sem destinatário certo, desde que os documentos fiscais relativos à remessa e ao retorno sejam NF-e;

II – ao fabricante de aguardente (cachaça) e vinho, enquadrado nos códigos das CNAE 1111-9/01, 1111-9/02 ou 1112-7/00, que tenha auferido receita bruta, no exercício anterior, inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

III – na entrada de sucata de metal, com peso inferior a 200 kg (duzentos quilogramas), adquirida de particulares, inclusive catadores, desde que, ao fim do dia, seja emitida NF-e englobando o total das entradas ocorridas.

§ 3º Para fins do disposto neste protocolo, deve-se considerar o código da CNAE principal do contribuinte, bem como os secundários, conforme conste ou, por exercer a atividade, deva constar em seus atos constitutivos ou em seus cadastros, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuinte do ICMS de cada unidade federada.

§ 4º As unidades da Federação poderão utilizar o Código de Atividade Econômica-CAE em substituição ao correspondente código CNAE”.

Saliente-se, que o Estado da Bahia igualmente figura como signatário do mesmo.

Verificando-se o anexo único do mencionado Protocolo, o qual estabelece o CNAE dos contribuintes na primeira coluna, a descrição de tais códigos na segunda coluna, e o início da obrigatoriedade da emissão da NF-e na terceira coluna, a qual estabelece prazos de acordo com cada atividade, não sendo o mesmo, pois, uniforme para todas as atividades ali constantes.

Na linha 15 do anexo retro-mencionado, que estabelece “Relação de códigos CNAE a que se refere Cláusula Primeira deste Protocolo ICMS, que sujeita o contribuinte à emissão obrigatória de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, com a respectiva data de início da obrigatoriedade”, temos a seguinte informação:

1051100 PREPARACAO DO LEITE

1/4/2010

Assim, a obrigatoriedade de emissão da Nota Fiscal Eletrônica por parte da autuada, a qual, conforme dito anteriormente, encontra-se inscrita no Cadastro Estadual de Contribuintes tendo como CNAE principal 1051100 (preparação do leite), teria, por força de tal Protocolo, prazo inicial em 01 de abril de 2010.

Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 20 de novembro de 2009, não estaria o Autuado obrigado a realizar tal emissão, podendo emitir notas fiscais dos modelos 1 ou 1-A, conforme previsto na legislação.

Como a vigência da norma legal somente pode ocorrer no prazo determinado pelo instrumento legal que a constituiu ou posteriormente a modificou, a exigência de emissão do documento NF-e pelo Fisco, pela empresa Autuada, no momento da Autuação é descabida.

Dessa forma, a exigência fiscal não pode prosperar, vez que lhe falta o devido embasamento legal, não podendo ser invocado o disposto da cláusula quinta do Protocolo ICMS 42/09, como pretende o Autuante, vez que tal disposição não se aplica ao caso em comento.

Ainda que o contribuinte estivesse obrigado a emitir a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), e não o fizesse, emitindo em seu lugar a Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, não poderia o Fisco simplesmente considerar tal documento inidôneo, nos termos contidos no artigo 209 do RICMS/BA, mas apenas e tão somente apená-lo com multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos da norma legal mencionada.

Por tais razões, o Auto de Infração deve ser julgado IMPROCEDENTE!

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210313.0028/09-8**, lavrado contra **LATICÍNIO NATAL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR