

A. I. Nº - 944728820
AUTUADO - JOSAFÁ FERREIRA SILVA
AUTUANTE - NIVALDO BITENCOURT PEREIRA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 08.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-02/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com art. 117, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2009, exige ICMS no valor de R\$2.734,22, acrescido da multa de 100%, em decorrência de operação acobertada com documentos fiscais inidôneos, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210313.0139/09-4 e notas fiscais (doc.fl.s. 02 a 15).

Consta no Termo de Apreensão que as mercadorias foram encontradas transitando pela BA 093, no caminhão baú de placa JOM 2616, conduzido pelo motorista Josafá Ferreira Silva, cujo motivo determinante da apreensão decorre da seguinte irregularidade: *“as notas fiscais apresentadas nº 978188, 078189, 078190, 078192, 078193, 078194, 078195, 078196, 078197, 078198, 078199, 078200 foram consideradas inidôneas em virtude do emitente estar obrigado a emitir nota fiscal eletrônica, nos termos do artigo 231-P, inciso V, alínea “a”, do RICMS/97.”*

Foi dado como infringido o artigo 209, II, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96.

Na defesa às fls.25 a 32, interposta pelo contribuinte Sol Distribuidora de Alimentos Ltda, através de advogados legalmente constituídos, o defendente preliminarmente destaca que, em sede de Agravo de Instrumento (Agravo nº 59127-1/2009), a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, concedeu efeito suspensivo ativo ao agravo, deferindo liminar, determinando que autoridade se abstenha de exigir-lhe a utilização da Nota Fiscal Eletrônica.

Teceu comentários sobre as regras atinentes à Administração Pública, para argumentar que está isento de apresentar Nota Fiscal Eletrônica até 01/04/2010, e que a fiscalização agiu em desconformidade com um comando judicial.

Ressalta que mesmo sendo informado acerca da liminar deferida em seu favor, houve abuso de poder por parte do autuante lavrando o respectivo Auto de Infração, desconsiderando qualquer ordem judicial, em desobediência ao disposto na Lei nº 4.898 de 09/12/1965.

No mérito, esclarece que é empresa atuante no ramo do comércio atacadista de alimentos em geral, transcreve o motivo da autuação, e aduz que com a implantação da Nota Fiscal Eletrônica, NF-e, diversos estados da Federação aderiram ao Protocolo ICMS 10/07, referente à obrigatoriedade da emissão de NF-e.

Comenta que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. Diz que sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente

integridade) e pela recepção, pelo Fisco, do documento eletrônico, antes da ocorrência do fato gerador.

Observa que o Protocolo ICMS 10/07 levava em consideração a atividade exercida pelo contribuinte, independentemente de seu CNAE e independentemente do percentual que esta atividade representa em seu faturamento. E que o fato de exercer uma atividade relacionada no Protocolo ICMS 10/07 obriga o estabelecimento à emissão de NF-e, fato que, por si, só gerava grande controvérsia entre os obrigados, vez que a adequação quanto à atividade exercida nem sempre é exata.

Esclarece que nos termos do comprovante de inscrição e de sua situação cadastral (docs.fls.), exerce duas atividades econômicas, quais sejam: Código 46.39-7-01, Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral; e Código 46.34-6-01, Comércio atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados.

Por conta disso, sustenta que nos termos do Protocolo ICMS 10/07, deveria aderir à NF-e em 01/09/2009, porém, com a edição do Protocolo ICMS nº 42/09 em 15/07/2009, foi estabelecida 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.

Salienta que neste novo Protocolo, conforme seu cronograma de obrigatoriedade, resta-lhe estabelecido que em relação ao CNAE nº 46.34-6-01, somente deveria aderir à tal determinação em 01/04/2010.

Ou seja, que de acordo com o Protocolo ICMS nº 42/09, só estaria obrigado à emissão da NF-e em 01/04/2010, conforme disposto no item anexo único, onde consta a clara especificação através do seu Código de Atividade.

Discordou da interpretação do autuante quanto ao disposto no citado Protocolo, no sentido de que não há prorrogação de prazo da obrigatoriedade de emissão de NF-e prevista no Protocolo ICMS 10/07.

No seu entendimento, diz que o Protocolo ICMS 42/09 objetiva escalonar a ampliação da obrigatoriedade de uso da NF-e de forma que, até o final de 2010, estejam alcançados por esta obrigatoriedade todos os contribuintes do ICMS que se enquadrem nas situações previstas na referida lei.

Frisa que para escalonar esta ampliação de obrigatoriedade de emissão, o anexo único do Protocolo 42/09 dividiu as atividades de indústria, comércio atacadista e distribuição ao longo de três períodos (respectivamente, abril, julho e outubro de 2010), através de descrições baseadas na Codificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), tendo estabelecido uma quarta etapa, em dezembro, para as operações interestaduais e de venda para a Administração Pública.

Observa que muitas destas atividades repetem produtos já descritos nas fases do Protocolo 10/07, fato que, por si só, segundo o autuado, gerou grande controvérsia, tanto nos contribuintes como nas Secretarias da Fazenda signatárias de tal Protocolo.

Com esses argumentos, reafirma que conforme cronograma de obrigatoriedade deste novo protocolo, resta estabelecido que, no seu caso, especificamente determinado pelo CNAE nº 46.34-6-01, somente deverá aderir à tal determinação em 01/04/2010.

Ressalta que de acordo com a Cláusula quinta do Protocolo ICMS 42/2009, ficam mantidas as obrigatoriedades e prazos estabelecidos no Protocolo ICMS nº 10/07, de 18 de abril de 2007", passando, no seu entender, a existir uma duplicidade de prazos para implementação da NF-e.

Chama a atenção de que se deve atentar para as disposições conflitantes nos Protocolos ICMS nº 10/07 e 42/09, vez que somente no Protocolo ICMS nº 42/09 é possível identificar exatamente o seu enquadramento/escalonamento, motivo pelo qual o prazo estabelecido no Protocolo 10/07 deve ser considerado como revogado, ante a incompatibilidade da lei

Conclui sustentando que somente deveria emitir a NF-e em 01/04/2010, e que a especificação da CNAE da mesma só se deu no Protocolo nº 42/09, não havendo que se falar em manutenção dos prazos firmados no protocolo ICMS nº 10/07.

Por fim, requer a anulação ou a improcedência do Auto de Infração, por considerar que a Administração Pública não pode se esquivar do cumprimento da decisão judicial acima citada.

Na informação fiscal às fls. 48 a 50, o autuante esclarece que o auto de infração objetivou a cobrança do imposto sobre mercadorias transportadas pelo autuado acobertadas com notas fiscais inidôneas, sendo o mesmo responsável solidário pelo pagamento do imposto, conforme dispõe o artigo 39, I, “d”, do RICMS/97.

Em seguida, teceu comentários sobre os pressupostos destacados no Código de Processo Civil que configuram ilegitimidade recursal, e invocou o artigo 180 do RPAF/99, para argumentar que o defendente do auto de infração não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual do auto de infração, pois a ação fiscal foi intentada contra o autuado na qualidade responsável solidário pelo pagamento do imposto sobre as notas fiscais que acobertavam o transporte das mercadorias.

Conclui que o presente processo deve ser encaminhado ao órgão competente para o devido arquivamento com base na legislação vigente, por restar caracterizado que a postulação foi efetuada por pessoa manifestamente ilegítima, conforme artigo 4º do RPAF/99.

VOTO

A acusação fiscal de que versa os autos faz referência a exigência de imposto, em razão do autuado, na condição de transportador ter aceitado para transporte as mercadorias objeto da lide, acobertadas pelas Notas Fiscais nº 978188, 078189, 078190, 078192, 078193, 078194, 078195, 078196, 078197, 078198, 078199, 078200 e 4293, emitidas pelo contribuinte Sol Distribuidora de Alimentos Ltda, consideradas inidôneas com fulcro no artigo 209, II, do RICMS/97, em virtude do emitente das mesmas estar obrigado a emitir nota fiscal eletrônica, nos termos do artigo 231-P, inciso V, alínea “a”, do RICMS/97.

Preliminarmente cabe analisar a questão relacionada com a legitimidade do defendente para impugnar o lançamento objeto deste processo.

De acordo com o artigo 4º do RPAF/99, “Tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribua responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória, ou que esteja submetido a exigência ou medida fiscal de qualquer espécie”, enquanto que o parágrafo único do citado dispositivo legal, “A postulação de pessoa manifestamente ilegítima será arquivada pela repartição fazendária, mediante despacho do seu titular”.

A peça impugnatória apresentada pelo defendente merece ser conhecida, pois tendo em vista o fato de a impugnante ter assumido a querela, caracterizada está a figura da solidariedade de que trata o art. 124 do Código Tributário Nacional (“*Art.124. São solidariedade obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*”), e o seu comparecimento espontâneo está em consonância com o disposto no art. 31 do mesmo Código.

No caso vertente, a substituição processual do responsável tributário, é admitida, porque o emitente das notas fiscais objeto da autuação, consoante legislação vigente, reputa-se interessado comum na situação constituinte do fato gerador da obrigação principal. Desse modo, cumpre conhecer os termos da defesa tempestivamente impetrada, em face do interesse jurídico que assiste ao depositário fiel, condição que lhe confere legitimidade para intervir na presente relação processual.

Verifico que consta no processo cópia da Decisão do Agravo nº 59.127.1/2000, da Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, tendo como agr

a agravo de instrumento interposto contra decisão da Juíza de Direito em exercício da 2ª Vara da Fazenda Pública.

Pelos termos da referida decisão, foi concedido o efeito suspensivo ativo, para deferir a liminar e determinar que a autoridade agravada se abstenha de exigir da agravante a utilização da Nota Fiscal Eletrônica, até ulterior deliberação.

A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.

Assim, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário.

Ressalto que a multa aplicada, por ser consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou na lavratura do presente no Auto de Infração, está em conformidade com o artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº. 7.014/96, assim como os acréscimos moratórios incidentes que também têm amparo no mesmo Diploma legal.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, a qual resta prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo, devendo os autos ser encaminhado à PGE/PROFIS, conforme previsto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão jurídico adote as providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração **944728820**, lavrado contra a **JOSAFÁ FERREIRA SILVA**, no valor de **R\$2.734,22**, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR