

A. I. Nº - 210428.1106/09-6
AUTUADO - IGARATIBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - SILVANO AGUIAR MATOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 01. 09. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0241-01/10

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 do imposto no trânsito, em razão desqualificação do documento emitido. Ademais, o imposto exigido na ação fiscal e a prerrogativa para fiscalizar o autuado, no tocante às obrigações tributárias principal e acessórias, pertencem à unidade federativa de origem das mercadorias. Ademais, o legislador baiano, em norma posteriormente editada, qualificou o fato como descumprimento de obrigação formal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 27/11/09, para cobrar ICMS, no valor de R\$5.698,34, mais multa de 100%, em decorrência da utilização de documento que não era o legalmente exigido para a operação.

Na descrição dos fatos, consta que o Protocolo ICMS 10/07 estabelece, no seu inciso LXXIII, a obrigatoriedade de emissão da NFe (nota fiscal eletrônica), a partir de 01/09/09, para contribuinte que exerça a atividade de fabricação de artefatos de material plástico para usos industriais. Na operação interestadual de venda de potes plásticos de 1 kg sem rótulo para indústria localizada no Estado da Bahia, o autuado deixou de emitir o documento exigido para a operação (NFe), emitindo em seu lugar a documentação inidônea de nº 334707, anexada à fl. 07.

Para fundamentar o Auto de Infração em tela, foi lavrado Termo de Apreensão e Ocorrência nº 210428.1106/09-6, acostado às fls. 05/06. A empresa que prestava o serviço de transporte ficou como fiel depositária dos produtos apreendidos.

O autuado apresenta defesa (fls. 28 a 44) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por ausência do Termo de Início de Fiscalização. Diz que esse Termo é essencial para informar ao sujeito passivo que a partir daquele momento está sob fiscalização. Aduz que não se trata de mera formalidade, mas sim de reflexo dos princípios constitucionais da publicidade dos atos da administração, da moralidade e da legalidade. Para embasar sua argumentação, transcreve ementa de acórdão, bem como o disposto nos artigos 26, II e III, 28 e 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Dec. 7.629/99 (RPAF/99).

Ainda em preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por considerar que a descrição dos fatos foi sucinta, o que diz ter violado o disposto no art. 28, § 3º, VI, do RPAF/99. Alega que a descrição dos fatos dificultou o exercício do seu direito de defesa, classifica o procedimento fiscal como clandestino e diz que não sabe quanto tempo durou a fiscalização.

Após efetuar uma descrição dos fatos, o autuado explica que exer comércio de embalagens plásticas (CNAE 2222-6/10) e, às fls. 64 a 67,

classificação das atividades desenvolvidas. Diz que a obrigação tributária principal relativamente à operação descrita no Auto de Infração foi cumprida, conforme documentos às fls. 68 a 70.

O autuado sustenta que a exigência fiscal em comento caracteriza um *bis in idem*, pois o mesmo tributo já foi pago, conforme as guias de recolhimento acostadas ao processo. Para embasar seu argumento, o impugnante discorre sobre o *bis in idem*, cita jurisprudência e transcreve dispositivos legais.

Afirma que, na operação em comento, não era necessária a emissão de nota fiscal eletrônica. Após definir o que são “artefatos de material plástico para fins industriais” e “potes plásticos”, diz que a operação tratava de fabricação e venda de embalagens plásticas e, portanto, eram inaplicáveis os Protocolos ICMS 10/07 e 87/08. Aduz que o Protocolo ICMS 42/09 prevê a emissão de NF-e para fabricante de embalagens plásticas, porém só a partir de 01/04/10. Transcreve o disposto na cláusula primeira do Protocolo ICMS 42/09, bem como acosta fotocópia de páginas desse citado Protocolo (fls. 62 e 63).

Menciona que, caso seja mantida a cobrança do imposto lançado, não há como se manter a exigência da multa indicada no Auto de Infração, já que o imposto foi pago tempestivamente. Diz que no caso em tela poderia, no máximo, ser aplicada uma dentre estas hipóteses: a) multa solada de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XXIII, da Lei nº 7.014/96; b) 20% do valor da multa aplicada no Auto de Infração, em decorrência da redução de 80% prevista no art. 45-B da Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e que seja declarada inexigível a multa indicada na autuação. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente por perícia contábil.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 76 a 85) e, referindo-se à alegada ausência de Termo de Início de Fiscalização, diz que o autuado fez uma interpretação da legislação às avessas, pois a ação fiscal foi iniciada com a lavratura do Termo de Apreensão acostado às fls. 05 e 06 dos autos.

Frisa que a descrição dos fatos foi feita de forma clara e objetiva, permitindo a tipificação da conduta do autuado, a determinação do ordenamento infringido, a capitulação da multa e a comprovação da infração.

No mérito, afirma que os documentos acostados às fls. 68 a 70 se referem a pagamentos efetuados após o início da ação fiscal e, além disso, esses documentos não fazem qualquer alusão à Nota Fiscal nº 334707. Diz que, por esse mesmo motivo, não se sustenta o argumento defensivo atinente ao alegado *bis in idem*.

Quanto à necessidade de emissão de NF-e para a operação em tela, o autuante explica que tal obrigação está expressa na cláusula primeira, LXXIII, do Protocolo ICMS 10/07, cujo teor transcreveu. Observa que a legislação não vinculou a obrigatoriedade de emissão da NF-e a nenhum código CNAE específico, mas sim às atividades relacionadas na norma, conforme posição externada no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica. Corroborando esse posicionamento, o autuante transcreve o Comunicado CAT – 34/2009, do Coordenador de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que trata da obrigação de emissão de NF-e no que tange aos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09.

O autuante considera que, pelo descumprimento do estatuído nos acordos interestaduais, o documento fiscal emitido em desconformidade com as exigências legais, é considerado inidôneo, fazendo prova apenas a favor do fisco, conforme dispõe o art. 44, II, “b”, da Lei nº 7.014/96. Aduz que o RICMS-BA, no seu art. 231-P, estabelece a obrigatoriedade de emissão da NF-e em substituição à nota fiscal modelo 1 ou 1-A, ao passo que os artigos 911 e 915, IV, “a”, do Mesmo Regulamento, disciplinam a penalidade aplicável ao caso. Ao finalizar sua informação fiscal o autuante solicita que o Auto de Infração venha a ser julgado procedente.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não tinha sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização.

Essa preliminar de nulidade não merece acolhimento, pois, ao teor do disposto no art. 28, I, do RPAF/99, o Termo de Início de Fiscalização serve para demarcar o início da ação fiscal, excluindo a espontaneidade do sujeito passivo. Todavia, esse citado termo não é o único instrumento que se presta a tal fim, pois, de acordo com o art. 26, I, do RPAF/99, a própria apreensão de mercadoria e/ou documento também demarca o início da ação fiscal e, em consequência, exclui a espontaneidade do fiscalizado e científica o contribuinte do início do procedimento fiscal. Dessa forma, a ausência do Termo de Início de Fiscalização não causou nenhum prejuízo e foi suprida pelo Termo de Apreensão e Ocorrência de fls. 4/6, que comprova a apreensão da mercadoria e da nota fiscal nele consignadas.

Ainda em preliminar, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que a descrição dos fatos não é clara e precisa.

Também não acolho essa preliminar, uma vez que ao examinar a descrição dos fatos, o Termo de Apreensão e Ocorrências e os dispositivos dados como infringidos, constato que a infração imputada ao autuado foi satisfatoriamente descrita, o que permitiu o pleno exercício do direito de defesa. A descrição dos fatos apurados não ensejou prejuízo ao autuado e, portanto, não há razão para acolhimento da nulidade suscitada.

Não há como prosperar a alegação defensiva que classifica como clandestino o procedimento do fisco e que diz desconhecer quanto tempo durou a ação fiscal, pois os dispositivos legais que embasaram a autuação estão consignados no Auto de Infração, ao passo que o aspecto temporal da autuação está registrado no Termo de Apreensão e Ocorrência.

Com base no art. 147, I, “a”, II, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia ou de diligência, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde da questão, bem como a matéria envolvida não depende de conhecimento especial de técnicos.

Adentrando no mérito da lide, observo que o fulcro da autuação foi o fato de estar a mercadoria apreendida (potes plásticos de 1 kg sem rótulo) acompanhada da Nota Fiscal nº 334707 (fl. 7), a qual foi considerada inidônea para a operação, tendo em vista que o autuado estava obrigado, na operação, a emitir nota fiscal eletrônica.

Ao dispor sobre documento fiscal inidôneo, a Lei 7.014/96, no seu art. 44, II, “b”, define como inidôneo, dentre outras hipóteses, o documento fiscal que não seja o legalmente exigido para a operação ou prestação. Por seu turno, o RICMS-BA, no seu artigo 209, II, diz que é inidôneo o documento fiscal que *não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais.*

À luz desses dispositivos legais, considero que a Nota Fiscal nº 334707 não se classifica como inidônea, pois a emissão dessa nota fiscal em substituição à nota fiscal eletrônica (NF-e) não desqualifica a operação em tela, uma vez que não se encontra presente nessa situação a intenção de evadir ou reduzir a obrigação tributária principal, que diz respeito, ao caso em exame, ao lançamento e pagamento do ICMS.

Além disto, o fato de a operação ter origem no Estado de São Paulo 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.

Tendo em vista que não se verificou a inidoneidade do documento fiscalizar a operação em tela era do Estado de São Paulo, não há autuação, a qual exige pagamento de imposto pelo fato de ter o autu

Corroborando esse posicionamento, ressalto que o legislador baiano, na Lei nº 11.899/10, vigente partir de 31/03/10, qualificou esta situação como mero descumprimento de obrigação acessória.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210428.1106/09-6**, lavrado contra **IGARATIBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALMR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR