

A. I. N° - 210313.0044/09-3  
AUTUADO - FUNDAÇÃO JOSÉ CARVALHO  
AUTUANTE - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO  
ORIGEM - IFMT- DAT/METRO  
INTERNET 21.09.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0245-05/10

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL INIDÔNEA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não restou 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. Outrossim, o legislador baiano qualificou o fato como mero descumprimento de obrigação formal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2009, exige ICMS, no valor de R\$ 1.302,60, e multa de 100%, em decorrência da falta de utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação.

O Termo de Apreensão e Ocorrências, fl. 03, nº 210313.0123/09-0, descreve que as Notas Fiscais apresentadas de nºs 164589, 164610, 164627, 164628, foram consideradas inidôneas, uma vez que o emitente está obrigado a emitir nota fiscal eletrônica (NFE), nos termos do artigo 231-P, inciso IV, alínea “ag” do RICMS/BA.

O autuado ingressa com defesa, fls. 19/20, e relata que não emitiu documento fiscal inidôneo, para transitar com suas mercadorias, como lhe acusa o auto de infração. As notas fiscais em discussão foram emitidas por sua filial, estabelecida na Via de Penetração, III, Br 324, Km 18,5, Cia Sul, Simões Filho, Bahia, e de acordo com a legislação vigente, o RICMS/97, e o Protocolo Confaz, nº 42/2009, que prorroga para até 01/04/2010 a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica (NFE) para a atividade de laticínios. Diante do exposto requer a anulação do auto de infração.

Consta na fl. 43, ofício da empresa autuada dirigido à Superintendência de Administração Tributária do Estado da Bahia, no qual declara que não efetuou venda a consumidor final, utilizando os equipamentos emissores apropriados e/ou nota fiscal série D-1, em virtude do encerramento das atividades do restaurante e do Tamina Park, não sendo possível manter um posto de vendas específico para atender consumidor final até o momento. Informa que mantém os seus equipamentos de venda a consumidor final, ativos, pois estudam a possibilidade de reativar sua unidade de vendas a consumidor final.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 45, e mantém a infração, com base no Parecer Gecot/DITRI 9241/2009. Ademais, o autuado apesar de ter iniciado as suas atividades como comércio varejista, nos dois últimos anos, em 2008 e 2009, nunca emitiu uma nota fiscal de consumidor, ou cupom ECF, constatação feita após análise da documentação apresentada, fl. 41, e declaração da própria empresa, fl. 43. Esclarece que todos os estabelecimentos desta empresa já estão emitindo notas fiscais eletrônicas, e após a autuação, esta solicitou em 07/01/2010 autorização para emissão.

A Fundação José Carvalho, entidade filantrópica sem fins lucrativo de Infração, fls. 49 a 50, arguindo que não emitiu documento inidôneo de mercadorias, como lhe acusa o auto de infração. As notas fiscais

por sua filial, estabelecida na Via de Penetração III, Br 324, Km 18,5, - SN Cia Sul Simões Filho, pois, de acordo com a legislação vigente, no caso o RICMS/BA, e o Protocolo CONFAZ nº 42/2009, que prorroga para até 01/04/2010 a obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica (NFE) para a atividade de laticínios.

Relata que, em 11/01/2010, solicitou por meio do Processo nº 005018/2010-9, a anulação do Auto em discussão, argumentando o acima exposto.

Informou também que, com o Programa de Recuperação Fiscal, (REFIS), Lei nº 11.908/2010, publicado no DOE de 05/05/2010, as multas e acréscimos moratórios referentes ao imposto decorrente de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, são reduzidos em 100%. Anexa cópia do DAE enviado pela SEFAZ/BA, com redução de 100% do valor da multa e dos acréscimos moratórios, restando, de acordo com o referido DAE, apenas o valor do imposto destacado nas notas fiscais, que, de acordo com o Decreto 6.583/97 será estornado de sua apuração fiscal, por se tratar de operação realizada por instituição filantrópica e ser imune do ICMS, conforme art. 32 do RICMS/97. Afinal, requer a anulação na íntegra do Auto de Infração, pelas razões apresentadas.

## VOTO

Trata o presente auto de infração da utilização de documento que não é o legalmente exigido, e em decorrência está sendo exigido ICMS, posto que consideradas inidôneas as notas fiscais apresentadas à fiscalização, de nºs 164589, 164610, 164626, 164627 e 164628, fls. 08/12, uma vez que o emitente estaria obrigado a emitir nota fiscal eletrônica, e não o fez.

As mercadorias foram encontradas transitando pela BA 093, no caminhão baú placa JMT 9347, conduzido pelo motorista Nilson da Silva Santana, e as irregularidades estão retratadas no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210313.0123/09-0, de fls. 03/04 do PAF.

Saliento que em casos tais, esta 5ª JF tem se pronunciado no sentido de que não ocorreu infração à legislação tributária, passível de exigência do ICMS. É que a Lei nº 7.014/96, no art. 44, II, “b”, especifica que documento inidôneo é aquele que não é o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação. O RICMS/97, no art. 209, II, ao regulamentar este dispositivo legal, prescreveu que a inidoneidade tem relação com documentos inválidos para acobertar a operação ou prestação, a exemplo de “nota de conferência”, “orçamento”, “pedido” e outras do gênero, quando indevidamente utilizados, levando o consumidor ou destinatários das mercadorias ou serviços a confundi-los com notas ou cupons fiscais.

Não obstante o comando legal, a situação da presente lide é divergente, posto que a emissão da nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, em substituição à nota fiscal eletrônica (NF-e), não desqualifica a operação, tornando o documento que a acobertava inidôneo, pois ausente, nessa situação, a intenção de se evadir ou reduzir a obrigação tributária principal, ou seja o lançamento e o pagamento do ICMS.

As referidas notas fiscais, objeto da autuação estão revestidas das formalidades legais, com a menção dos dados da operação, base de cálculo, alíquota, valor do ICMS, e a especificação do remetente e destinatário dos produtos. Diante deste fato, não poderia haver a desclassificação, por si só, das notas fiscais, modelo 1 ou 1ª, pelo fato de se ter deixado de emitir a NF-e, quando o próprio legislador baiano, na Lei nº 11.899/10, vigente a partir de 31/10/10, qualificou esta situação como mero descumprimento de obrigação acessória, passível da aplicação da penalidade de 2% do valor da operação ou prestação, prevista no art. 42, inc. XXVI, da Lei 7.014/96.

Outro dado relevante, que não teria sido considerado pelo autuante, é que o Protocolo/CONFAZ 42/2009, prorrogou para até 01/04/2010, a obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) para a atividade de laticínios.

Quanto à mencionada imunidade pela defesa, cabe esclarecer que não se trata de imunidade, mas que as operações promovidas por instituições de assistência social ou de educação sem finalidade lucrativa, têm tratamento tributário próprio, com o benefício da isenção ou da utilização de crédito em substituição, como estabelecido no Decreto nº 6.583 de 30 de julho de 1997, cópia de fl. 58 do PAF.

Por todo o exposto voto pela IMPROCEDENCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210313.0044/09-3**, lavrado contra **FUNDAÇÃO JOSÉ CARVALHO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA