

**A. I. Nº** - 210428.0903/09-0  
**AUTUADO** - BEGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTES** - SILVANO AGUIAR MATOS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 19/10/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0227-03/11**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO 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 no trânsito, em razão da desqualificação do documento emitido. Ademais, no caso concreto, o imposto exigido na ação fiscal e as prerrogativas de exercer os poderes de fiscalização, no tocante às obrigações tributárias, tanto principal como acessórias, pertencem à unidade federativa de origem das mercadorias. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2009, exige ICMS, no valor de R\$1.185,21, e multa de 100%, em decorrência da utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação.

Na descrição dos fatos consta que o Protocolo ICMS 87/08, estabelece no seu inc. LIX, a obrigatoriedade de emissão da NFe (nota fiscal eletrônica), a partir de 01/09/09, para contribuintes que exerçam a atividade de fabricantes e importadores de fogões e Refrigeradores e máquinas de lavar e secar para uso doméstico, peças e acessórios. O sujeito passivo que na operação interestadual de venda de mercadorias, para contribuinte localizado no Estado da Bahia, deixou de emitir o documento legalmente exigido para a operação (NFe), emitindo em seu lugar a Nota Fiscal de nº 151529, anexa. A documentação considerada inidônea e a mercadoria que ela acobertava foram apreendidas com o objetivo de fazer prova material da infração à legislação tributária, conforme comando contido no art. 940 e seguintes, do RICMS.

Para fundamentar o Auto de Infração foi lavrado Termo de Apreensão de mesmo nº do Auto de Infração, fls. 04 e 05, ficando como depositário dos produtos a empresa que realizava o serviço de transporte.

Constam também dos autos intimação enviada ao autuado por via postal para o endereço constante da nota fiscal, fl. 12 e 13, Edital de Intimação, nº 10/2009, fls. 14 e 15, Termo de Revelia fl. 17, e Intimação, fls. 23 e 24, para o endereço atual do sujeito passivo, consoante carimbo apostado na nota fiscal, fl.06, e extrato de identificação do Sintegra/ICMS, fl.22.

O contribuinte, às fls. 26 e 27, apresentou defesa esclarecendo, inicialmente que se dedica à atividade industrial, e que emitiu a nota fiscal objeto do presente Auto de Infração com base no Protocolo ICMS 42/09, de 03/07/2009 que substituiu o Protocolo ICMS 87/08, estabelecendo a obrigatoriedade de nota fiscal eletrônica (NFe) em substituição à nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, pelo critério de CNAE e operações com destinatários que especifica, a partir 01/04/2010. Observa que o seu C.N.A.E. é 2751100 (fabricação de fogões, refrigeradores e máquinas de lavar e secar para uso doméstico, peças e acessórios) que consta no referido protocolo.

Em conclusão, afirma que agiu devidamente na forma da lei, não cometendo irregularidade alguma para que sofresse a autuação e apreensão de suas mercadorias, requerendo o cancelamento da multa imposta e a liberação das mercadorias.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 31 a 35, ressalta inicialmente que o encarregado das mercadorias apreendidas é incompetente para reabrir o prazo de defesa e praticou um ato Nulo capitulado no inciso I do art. 18 RPAF, aduzindo que o direito de apresentar impugnação ao Auto de Infração precluiu com o encerramento da fase de preparo.

Ressalta que não há que se falar em dúvidas quanto a obrigatoriedade da emissão da NFe, assevera que o governo de São Paulo (Estado sede do autuado) para se precaver de contribuintes desapegados ao cumprimento da Legislação Tributária expediu o Comunicado CAT – 34/2009 em 07/08/2009, que reproduz para ressaltar que a obrigatoriedade da emissão da Nota Fiscal Eletrônica de forma inquestionável.

Destaca que mesmo o contribuinte exercendo uma atividade relacionada no Protocolo ICMS-10/07, ainda que sua CNAE esteja relacionada no Protocolo ICMS-42/09, estará obrigado à emissão de NF-e conforme as datas estabelecidas no Protocolo ICMS-10/07 e implementadas na Portaria CAT-162/08, em seu Anexo Único.

Observa que para não pairar dúvida alguma acerca da obrigatoriedade de emissão da NF-e pelo autuado anexou aos autos cópia do Comunicado DEAT nº 66/2009, fls. 36 a 39.

Informa que entre a lavratura do Auto de Infração e o seu julgamento ocorreu alteração no art. 42 da Lei 7.014/96, que acrescentou o item XXVI, em 30/13/10, que instituiu a multa de 2% do valor da operação ao contribuinte que obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar.

Diz ser favorável à aplicação da multa supra aludida com base na retroatividade benigna conforme previsão contida na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN.

Por fim, requer que seja apreciada a nulidade pela indevida reabertura do prazo de defesa.

Em conclusão, solicitou que, caso não acolhida a preliminar de nulidade, o Auto de Infração seja julgado procedente.

## **VOTO**

Preliminarmente, verifico que não há como prosperar a nulidade suscitada pelo autuante ao proceder a informação fiscal, com base no inciso 1 do art. 18 do RPAF, sob a alegação de incompetência do encarregado da Coordenação de Mercadorias Apreendidas, pelo fato de ter refeito a intimação do autuado e reaberto o prazo de defesa, enviando para o endereço atual. Restou evidenciado que a intimação anterior foi postada para endereço onde não mais funcionava o estabelecimento autuado, fls. 06 e 22. Entendo que deve prevalecer o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois, mesmo constando na nota fiscal o novo endereço do contribuinte, este foi ignorado, ao ser realizada a intimação, impedindo a manifestação do autuado. Desse modo, a repercussão dessa falha não deve alcançar o sujeito passivo tolhendo-o de exercer seu direito de defesa, independente da capacidade ou atribuição funcional do agente do fisco que tomou a iniciativa para sanear este óbice, e muito menos do momento em que ocorrer a intervenção saneadora, descabendo, portanto, a preclusão argüida.

No tocante ao mérito, depois de examinar o fundamento legal da acusação fiscal objeto do Auto de Infração verifico que a Lei nº 7.014/96, no art. 44, II, “b”, especifica que documento inidôneo é aquele que não é legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação. O RICMS/97, no art. 209, II, estatui que a inidoneidade tem relação com documentos a exemplo de “nota de conferência”, “orçamento” “pedido” e outros do gênero, quando indevidamente utilizados, levando o consumidor ou destinatários das mercadorias ou serviços, a confundi-los com notas ou cupons fiscais.

Constato que a Nota Fiscal nº 151529, de fl. 06, que acompanhava o transporte das mercadorias, e o CTRC nº 430336, fl. 6-A, estão revestidos das formalidades legais, portanto, não se afigurando qualquer indício de inidoneidade.

Saliento que a emissão da nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, em substituição à nota fiscal eletrônica (NF-e), não desqualifica a operação, vez que não transmuta o documento que a acobertava em inidoneo, pois se depreende nessa situação, ausente a perspectiva de escapar ou de reduzir a obrigação tributária principal, que no caso em exame, diz respeito ao lançamento e pagamento do ICMS.

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.

Desse modo, entendo que não se configurou ou a inidoneidade do documento fiscal, bem como que a competência para fiscalizar as operações do emitente da nota fiscal, localizado no Estado de São Paulo é daquela unidade federativa, não encontra amparo à exigência fiscal, que exige o pagamento de ICMS, pelo simples fato de ser ter deixado de emitir a NF-e.

Ante o princípio da territorialidade, resta também descabida a sugestão do autuante no que tange aplicação da multa de 2% sobre o valor da operação ao contribuinte que obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar, consoante previsão do item XXVI no art. 42 da Lei 7.014/96. Eis que, sendo o emitente da nota fiscal contribuinte do Estado de São Paulo, é inaplicável a penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista na legislação tributária do Estado da Bahia.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210428.0903/09-0**, lavrado contra **BEGEL INDUSTRIA E COMERCIO DE REFRIGERAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2011.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR