

A. I. Nº - 279471.1219/08-0
AUTUADO - INSTITUTO BIOQUÍMICO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - ÁLVARO ALBERTO BRASIL FARAH
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 08. 11. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0284-01/11

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 desqualifica o documento fiscal emitido e nem torna a operação sujeita à cobrança antecipada do imposto no trânsito da mercadoria. O imposto exigido na ação fiscal, se devido, e a prerrogativa para fiscalizar o autuado 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 08/12/08, para exigir ICMS, no valor de R\$ 23.533,79, 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 foram emitidas as Notas Fiscais, modelo 1, nºs 471 e 476, quando o documento fiscal exigido era a nota fiscal eletrônica, segundo o determinado pelo ENCAT [Encontro Nacional dos Administradores e Coordenadores Tributários Estaduais]. Também está consignado que foi “extrapolada a data limite de saída em data posterior a 01/12/2008.”

Para fundamentar o Auto de Infração, foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrência nº 279471.1209/08-5, acostado às fls. 10/11, o qual foi posteriormente substituído pelo Termo de Apreensão e Ocorrência nº 279471.1225/08-0 anexado às fls. 04/05. A empresa que prestava o serviço de transporte – a Transportadora Itapemirim S.A. – ficou como fiel depositária das mercadorias apreendidas.

Às fls. 01 a 03, encontra-se acostada ao processo uma via do presente Auto de Infração, na qual consta a base de cálculo de R\$ 138,43 e ICMS devido de R\$ 23.533,79. Às fls. 06 a 08, foi anexada uma via do mesmo Auto de Infração, na qual os valores da base de cálculo e do ICMS devido são, respectivamente, R\$ 83.919,42 e R\$ 22.098,50.

O Auto de Infração foi registrado no SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), no valor de R\$ 23,53 (fl. 20), sendo tal equívoco sanado conforme fls. 23 e 26/27.

Em 27/04/2009, o autuado efetuou o pagamento do Auto de Infração no valor de R\$ 23,53 (principal), conforme fls. 24 e 25.

Às fls. 30 a 34 dos autos, constam intimações realizadas em nome do fiel depositário, para que as mercadorias apreendidas fossem entregues à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Essas

intimações não foram atendidas e, assim, o processo foi encaminhado à SAT/DARC/GECOB, para as providências cabíveis (fl. 34).

Em despacho à fl. 38-v, a representante da PGE/PROFIS encaminha o processo à INFAZ de origem, para que o autuado seja intimado validamente, através de seu representante legal.

O autuado foi notificado acerca do lançamento em 26/07/10, conforme fls. 41 e 42. Em seguida, o processo retornou à PGE/PROFIS (fl. 44), que solicitou à INFAZ de origem esclarecimentos acerca do pagamento que fora efetuado pelo contribuinte (fl. 49).

O autuado protocolizou defesa em 05/08/09, porém essa defesa foi arquivada, conforme se depreende do despacho do senhor inspetor fazendário à fl. 72, no qual é informado que “o contribuinte tomou ciência do auto de infração em 16/02/09 e protocolou a defesa via SIPRO em 05/08/09 ultrapassando o prazo legal previsto no art. 125, parágrafo único do RPAF/99”.

Conforme despacho à fl. 76, foi proposto o desarquivamento da defesa considerada intempestiva, uma vez que o autuado não tinha sido intimado acerca do lançamento, apesar de constar no extrato do SIGAT que a ciência tinha ocorrido em 16/02/09. O inspetor fazendário determinou o desarquivamento e, em consequência, a defesa foi apensada às fls. 51 a 58 aos autos.

Nessa defesa, data de 05/08/2009, o autuado, por meio de advogado regularmente constituído, sustenta inicialmente que a impugnação é tempestiva, pois, conforme estabelece a legislação estadual, o prazo para a apresentação de defesa é de trinta dias, contados da ciência da autuação.

Após efetuar uma descrição dos fatos, explica que as Notas Fiscais n^{os} 471 e 476 foram emitidas em 28/11/08, sendo as mercadorias despachadas em 01/12/08. Após transcrever o disposto no item 1.1 do ENCAT, diz que a obrigatoriedade da emissão da nota fiscal eletrônica (NF-e) só passou a vigorar a partir de 01 de dezembro de 2008.

Afirma que a Resolução n^o 118/08, da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, prevê que os estabelecimentos fabricantes, distribuidores e atacadistas de medicamentos estão obrigados a utilizar a NF-e a partir de 01/12/08. Menciona que o Protocolo ICMS 10/07 também estabelece que a obrigatoriedade da emissão da NF-e para esses citados contribuintes a partir de 01/12/08. Para embasar seu argumento, transcreve dispositivos da Resolução n^o 118/08 e do Protocolo ICMS 10/07.

Frisa que as notas fiscais tidas como inidôneas foram emitidas antes de 01/12/08, obedecendo, assim, o estabelecido pelo ENCAT, pela Resolução 118/08 e pelo Protocolo ICMS 10/07. Aduz que o estabelecido no item 2.3 do ENCAT prevê que as equipes de fiscalização dos postos fiscais não devem permitir o trânsito de mercadorias desacompanhadas de DANFE, ressaltando as notas fiscais emitidas com data de saída até 31/11/08.

Destaca que o posicionamento do autuante infringe os dispositivos citados acima, bem como o previsto no Código Tributário Nacional (CTN). Frisa que a irretroatividade das leis é fato de grande importância na proteção dos indivíduos e é o fundamento da segurança jurídica dos indivíduos, conforme dispositivos constitucionais que reproduz.

Realça que a SEFAZ-BA não pode autuar os contribuintes, fundamentando suas razões em determinação do ENCAT, que nada mais é do que um encontro de administradores e coordenadores tributários estaduais, sob pena de infringir o disposto no inciso II do artigo 5^o combinado com o inciso III do artigo 150, ambos da Constituição Federal de 1988.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente e nulo. Requer que as intimações acerca do processo sejam feitas em nome do seu advogado, no endereço que declina.

Na informação fiscal, fl. 84, o autuante diz que no Protocolo ICMS 10/07 não menciona uma vez sequer a palavra “emissão”. Transcreve dispositivos do Protocolo ICMS 10/07 e, em seguida, afirma que as notas fiscais emitidas pelo autuado começaram a transitar em 02/12/08 e, portanto, tiveram o prazo de utilização extrapolado, segundo o previsto nesse Protocolo. Frisa que lhe causa perplexidade o fato de o autuado ter efetuado o pagamento do Auto de Infração registrado com valor incorreto. Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

De acordo com os despachos de fl. 86, o processo foi enviado à PGE/PROFIS e, em seguida, foi encaminhado ao CONSEF para que seguisse “a tramitação de julgamento da DEFESA”.

VOTO

Antes de adentrar no mérito da lide, cabe apreciar a questão da tempestividade da defesa de fls. 51 a 58, interposta pelo autuado em 05/08/09.

Apesar de nos controles da SEFAZ haver informação de que o autuado tinha sido intimado acerca do lançamento em 16/02/09, não há nos autos qualquer prova dessa intimação. Em atendimento a solicitação da PGE/PROFIS (fl. 38-v), a notificação válida do autuado sobre a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 26/07/10, conforme comprovação às fls. 41 e 42. Dessa forma, a defesa interposta em 05/08/09 é tempestiva. Ressalto que o próprio Inspetor Fazendário reconheceu esse fato, ao determinar o desarquivamento da defesa que indevidamente tinha sido considerada intempestiva (fl. 76).

Adentrando no mérito da lide, observo que o fulcro da autuação foi o fato de estar a mercadoria apreendida (medicamentos) acompanhada das Notas Fiscais n^{os} 471 e 476 (fls. 14 e 15), as quais foram consideradas inidôneas 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, as Notas Fiscais n^{os} 471 e 476 não se classificam como inidôneas, haja vista que a emissão dessas notas fiscais 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 do Rio de Janeiro confere àquela unidade federativa a competência para receber o imposto destacado nos documentos fiscais emitidos em seu território, conforme estabelece a Lei Complementar n^o 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 dos documentos fiscais e que a competência para fiscalizar a operação em tela era do Estado do Rio de Janeiro, não há como prosperar a presente autuação, a qual exige pagamento de imposto pelo fato de ter o autuado deixado de emitir a NF-e. Corroborando esse posicionamento, ressalto que o legislador baiano, na Lei n^o 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 n^o **279471.1219/08-0**, lavrado contra **INSTITUTO BIOQUÍMICO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR