

**A. I. N°** - 206961.0073/10-7  
**AUTUADO** - CHAME PEDREIRA LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUSA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 16/10/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0254-03/13**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DO USO DE NF-e. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê a exigência de multa sobre valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento em seu lugar. Fato comprovado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/2011, refere-se à exigência de multa no valor de R\$57.638,36, em decorrência da utilização indevida de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição à Nota Fiscal Eletrônica.

O autuado apresentou à fl. 70, impugnação à decisão que determinou o arquivamento da defesa, alegando que não foi juntado como prova da intempestividade o comprovante do “AR” com a data de recebimento pelo preposto do autuado. Também alega que somente em 27/12/2011 teve acesso aos documentos que foram devolvidos, através do Contador, conforme cópia do Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais (fl. 71).

Consta à fl. 73, “Termo de Arquivamento de Defesa Intempestiva”, lavrado nos termos do art. 112 c/c Parágrafo único do art. 125, ambos do RPAF/99, com a informação de que o autuado apresentou defesa fora do prazo legal, portanto, intempestiva. Por isso, foi determinado o arquivamento da impugnação apresentada.

A defesa foi apresentada pelo autuado às fls. 76 a 79 dos autos. Argüiu as preliminares que considera relevantes, requerendo que todas as questões constantes desta defesa sejam apreciadas e, com base nas mesmas, sejam decididas, fundamentalmente e com a necessária e indispensável motivação adequada e pertinente, que dê embasamento fático e jurídico ao ato administrativo-fiscal.

Inicialmente, alega inexistência de intimações para esclarecimentos acerca das irregularidades constatadas. Diz que a empresa não foi devidamente intimada para apresentar justificativa, sendo dado ciência do Auto de Infração para os sócios do autuado, e não foram devolvidos os livros e documentos fiscais retidos pela Fiscalização.

O defendente também entende que antes de lavrar o Auto de Infração, o autuante deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa suposta irregularidade. Entende que isso é obrigatório em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do auto de infração e da imposição da multa, porque “depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio Fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a irregularidade, será inútil”.

Assegura que no presente caso, nenhuma intimação foi feita nesse sentido, antes de ser lavrado o Auto de Infração, não entendendo qual o motivo que orientou a autuante a não se utilizar a aludida intimação necessária, além de não perceber que as notas utilizadas foram devidamente

autorizadas pelo próprio Fisco Estadual, conforme AIDF:99030344792010. Entende que não é devida a exigência de imposto.

O defendente requer a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa, primeiro pela não ciência do Auto de Infração pela pessoa jurídica, no endereço constante do seu cadastro na Infaz/Itabuna. Somente o fazendo através dos seus sócios, pessoa física, muitos dias depois. Segundo, que ao enviar o Auto de Infração por meio de carta com “AR”, para o endereço residencial dos sócios, não foram devolvidos os documentos que servem de base para defesa, como livro de Registro de saídas, notas fiscais de saídas (09 talões) e 06 DANFES, ficando os mesmos retidos pela autuante, somente sendo disponibilizados em 27/12/2011 véspera da defesa, quando foi devolvido para o Contador, conforme cópia do protocolo de devolução ao contribuinte que acostou aos autos.

Em relação à multa de 2%, o defendente alega que não foi devidamente tipificada a suposta infração, tendo a fiscal indicado no Auto de Infração que foi infringido o art. 231-P do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 10.414/97 e 10.840/96 ambos revogados. Diz que a multa foi aplicada conforme art. 42, inciso XXVI da Lei 7.014/96, também revogado, dificultando a defesa em demonstrar o contraditório, salientando que a legislação que obriga a emissão de Notas Fiscais Eletrônicas ocorreu depois de 2006 com obrigação voluntária e gradativa, somente sendo obrigada na atividade exercida pelo contribuinte a partir de 2010. Afirma que a autuação não foi devidamente tipificada e a multa incorretamente aplicada, sendo insubsistente a cobrança da referida multa por descumprimento de obrigação acessória.

Se ultrapassadas as preliminares de nulidade requeridas anteriormente, por cautela, o defendente requer a reabertura do prazo para defesa, considerando as intimações para os dois sócios, assim como, a não devolução dos livros e documentos imprescindíveis para a defesa do contribuinte e a indicação incorreta do enquadramento da suposta infração e multa aplicada.

No mérito, o defendente alega que, se forem ultrapassadas as preliminares de nulidade do Auto de Infração e/ou reabertura do prazo para defesa, contesta a autuação aduzindo os motivos e fatos, para os devidos fins de direito.

O defendente informa que atua no ramo de extração e britamento de pedras, estando localizada sua sede às margens da Rodovia BR 101 Km 512, Zona Rural, portanto, desprovida de rede telefônica e não tendo acesso à rede móvel de telefonia. Por este motivo não foi possível a instalação da internet, para emissão da Nota Fiscal Eletrônica de imediato. Informa que várias foram as tentativas de solicitação para a instalação e comunicação junto aos órgãos responsáveis e aviso para o Fisco Estadual, mas a empresa não poderia parar suas atividades, deixando várias pessoas desempregadas. Por este motivo de força maior, deu continuidade às suas atividades, continuando emitindo as Notas Fiscais modelo 1, até solução do problema.

Diz que poderá ser comprovado no livro Registro de Saídas, que todas as notas fiscais emitidas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais e contábeis, recolhendo todos os tributos estaduais, federais e municipais, sem nenhum prejuízo para os cofres do Fisco, demonstrando o contribuinte sua boa fé, tendo em vista, que não se utilizou de dolo, fraude ou simulação. Transcreve § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Com base no mencionado dispositivo legal, requer o cancelamento da multa aplicada.

O defendente esclarece ainda, como prova de sua boa fé, que os talões de notas fiscais modelo 1, utilizados pela empresa, foram devidamente autorizados em 23/09/2010 através da AIDF nº99030344792010, com validade em 22/09/2012, portanto, dentro do prazo de validade e tolerância, sendo o documento fiscal hábil e idôneo, não trazendo nenhum prejuízo para o Fisco Estadual, uma vez que as notas fiscais de saídas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais e contábeis, além do recolhimento de todos os tributos.

Diz que outra questão a ser observada que enseja no cancelamento da multa aplicada, é quanto à base de cálculo apurada pela autuante, que não teve a preocupação de excluir dela, o que era

saída de mercadorias para revenda, para conserto, simples remessa e venda do ativo imobilizado, além de que nos meses de abril, maio e junho de 2011, foram emitidos e escriturados documentos fiscais relativos a vendas utilizando o Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, para venda a consumidor final, não sendo obrigado a emitir nota fiscais eletrônicas para este tipo de vendas, nos meses seguintes como julho e agosto de 2011.

Por fim, o defendente requer sejam analisadas e apreciadas e decididas, uma a uma, as questões, com motivação adequada e pertinente e fundamentação, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Constituição Federal, que o autuante obedeça os prazos de vistas estabelecidos no RPAF/BA, e que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do autuado. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

À fl. 125 consta apreciação pelo CONSEF de impugnação contra arquivamento da defesa considerada intempestiva, com a conclusão de que restou configurado que assiste razão ao defendente, uma vez que deve prevalecer a intimação realizada em 28/11/2011 e pelo fato comprovado nos autos de que a documentação do contribuinte somente fora devolvida pela fiscalização em 27/12/2011, restando comprovada a tempestividade da defesa apresentada, diante da documentação acostada aos autos. Por isso, foi dado provimento ao recurso contra o arquivamento da defesa e determinado o prosseguimento do trâmite processual.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 135 dos autos, dizendo que após a verificação em livros e documentos fiscais do autuado, constatou que houve descumprimento de obrigação acessória. Diz que a Ordem de Serviço fora devidamente expedida pela SEFAZ/BA, especificamente para apuração do uso indevido de documentos fiscais em substituição à NF-e.

Quanto ao argumento defensivo de que a empresa fica na zona rural e que não dispõe de linha telefônica, diz que não procede, porque a emissão da NF-e poderia ser realizada em outro local diverso da área de produção, salientando que a autuação não se refere à escrituração do livro Registro de Saídas.

Comenta sobre os dispositivos da legislação que trata da obrigação acessória e diz que a emissão de NF-e é obrigatória para qualquer operação comercial, e que o autuado se equivoca quanto ao entendimento legal, quando questiona a emissão de notas fiscais diferentes. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

## **VOTO**

Inicialmente, o autuado suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, alegando inexistência de intimações para esclarecimentos acerca das irregularidades constatadas, apresentando o entendimento de que antes de lavrar o Auto de Infração, a autuante deveria intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas da suposta irregularidade. Afirma que isso é obrigatório em face da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, mesmo na fase que precede à lavratura do auto de infração e da imposição da multa.

Quanto a esta alegação, observo que durante o procedimento fiscal não há previsão para o contraditório, haja vista que nesta fase a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário. Por outro lado, no processo administrativo fiscal é que se deve adotar o princípio do contraditório, considerando que de acordo com o art. 121, inciso I do RPAF/BA, instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração. Portanto, não há previsão regulamentar para intimar o contribuinte a prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração.

O defendente também alegou que foi dada ciência do Auto de Infração para os sócios do autuado, sendo devolvidos os livros e documentos fiscais retidos pela Fiscalização em 27/12/2011.

De acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao endereço da empresa ou do sócio responsável.

Quanto ao argumento defensivo de os livros e documentos fiscais foram devolvidos em 27/12/2011, por decisão do CONSEF, a impugnação foi considerada tempestiva, dando provimento ao recurso de arquivamento da defesa apresentada, inexistindo qualquer prejuízo para o defendente. Além disso, a autuação se refere à utilização de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição à Nota Fiscal Eletrônica, fato que é de conhecimento do autuado, e não há necessidade dos livros fiscais para apresentação de impugnação ao presente lançamento, inexistindo necessidade de concessão de novo prazo para impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de exigência de multa no valor de R\$57.638,36, em decorrência da utilização indevida de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição à Nota Fiscal Eletrônica.

O defendente alegou que atua no ramo de extração e britamento de pedras, estando localizada sua sede às margens da Rodovia BR 101 Km 512, Zona Rural, portanto, desprovida de rede telefônica e não tendo acesso a rede móvel de telefonia. Por este motivo não foi possível a instalação da internet, para emissão da Nota Fiscal Eletrônica de imediato. Informa que várias foram as tentativas de solicitação para a instalação e comunicação junto aos órgãos responsáveis e aviso para o Fisco Estadual, mas a empresa não poderia parar suas atividades, deixando várias pessoas desempregadas.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

Não acato as alegações defensivas, e concordo com o posicionamento da autuante de que a emissão da NF-e poderia ser realizada em outro local diverso da área de produção. Neste caso, não foi exigido imposto e sim, penalidade em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, não cabendo a alegação de que o imposto foi recolhido normalmente, e que não é devida a exigência de imposto.

O art. 231-P do RICMS-BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97, estabelece que em substituição à emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, os contribuintes que exercem as atividades indicadas no mencionado dispositivo regulamentar, ficam obrigados a emitir NF-e nas operações que realizarem.

Vale esclarecer que o art. 231-P foi acrescentado ao RICMS-BA/97 pela Alteração nº 92 (conforme Decreto nº 10.414, de 03/08/2007, com efeitos no período de 04/08/2007 a 18/01/2007). A redação atual do referido artigo foi dada pela Alteração nº 99 do RICMS/97 (conforme Decreto 10.840, de 18/01/2008, surtindo efeitos a partir de 19/01/2008).

Observe que apesar de a autuante indicar o artigo correto do RICMS/BA, se equivocou quanto ao número do Decreto que aprovou o referido Regulamento, se referindo aos Decretos 10.414/97 e 10.840/98. Entretanto, tal equívoco não é capaz de invalidar a autuação, considerando que não implica nulidade da autuação erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente a irregularidade apurada (art. 19 do RPAF/99).

Quanto ao percentual da multa exigida, o inciso XXVI do art. 42 prevê a multa de 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento em seu lugar. Ou seja, a penalidade foi aplicada em conformidade com a previsão legal.

O defendente alegou, ainda, que as notas utilizadas foram devidamente autorizadas pelo próprio Fisco Estadual, conforme AIDF: 99030344792010. Que todas as notas fiscais emitidas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais e contábeis, recolhendo todos os tributos estaduais, federais e municipais, sem nenhum prejuízo para os cofres do Fisco, demonstrando o contribuinte sua boa fé, tendo em vista, que não se utilizou de dolo, fraude ou simulação. Com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, requer o cancelamento da multa aplicada.

Não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99. Embora as notas utilizadas tenham sido autorizadas pelo próprio Fisco Estadual, o descumprimento da obrigação acessória causou impedimento para a fiscalização desenvolver procedimentos relativos aos controles fiscais, inclusive quanto à movimentação das mercadorias, considerando que a Chave de Acesso constante no documento fiscal é utilizada para consulta da NF-e na Internet, sendo um código que facilita a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais. Por isso, não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206961.0073/10-7**, lavrado contra **CHAME PEDREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$57.638,36**, prevista no art. 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA