

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.970/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215573-53
Impugnação: 40.010128771-40, 40.010128772-21 (Coob.)
Impugnante: PR Century Comércio de Eletro Eletrônicos Ltda.
CNPJ: 07.929761/0002-52
Selma Ferreira de Souza (Coob.)
CNPJ: 11.360908/0001-22
Proc. S. Passivo: Fernando Takeshi Ishikawa/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: P.F/Pedro Fagundes Sobrinho - Uberaba

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO - DOCUMENTO INÁBIL PARA A OPERAÇÃO – FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Imputação fiscal de transporte de mercadorias acobertadas por notas fiscais modelo 1, emitida por contribuinte obrigado a emissão de nota fiscal eletrônica. Inobservância do Protocolo ICMS nº 42/09, Cláusula Primeira, § 1º, que estabeleceu a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica – NF-e, em substituição à nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, para acobertar as movimentações de mercadorias. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, diante das razões e provas constantes dos autos cancelam-se as exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de transporte de mercadoria acobertada pelas Notas Fiscais, modelo 1, nºs 002002, 002030, 002041 e 002042, emitidas pela Autuada.

O Fisco considerou que as notas fiscais acima mencionadas não seriam documentos hábeis para tal operação uma vez que a Autuada estaria obrigada a emissão da nota fiscal eletrônica, nos termos do Protocolo ICMS nº 42/09.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

O transportador das mercadorias foi inserido no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso II, alíneas “c” da Lei nº 6763/75.

Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 62/72 e 107/115, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 138/153.

DECISÃO

Conforme relatado, trata o presente lançamento da constatação de transporte de mercadoria acobertada pelas Notas Fiscais, modelo 1, nº 002002, 002030, 002041 e 002042 (fl. 05/07), emitidas por Contribuinte obrigado a emissão de nota fiscal eletrônica, nos termos do Protocolo ICMS nº 42/09.

Interessante observar-se as orientações expressas trazidas a público pelo Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br) neste tocante.

O Protocolo ICMS 42/09 objetiva escalonar a ampliação da obrigatoriedade de uso da NF-e de forma que, até o final de 2010, estejam alcançados por esta obrigatoriedade todos os contribuintes do ICMS que se enquadrem em pelo menos uma das seguintes situações:

1. Desenvolvam atividade industrial;
2. Desenvolvam atividade de comércio atacadista ou de distribuição;
3. Pratiquem saídas de mercadorias com destino a outra unidade da Federação;
4. Forneçam mercadorias para a Administração Pública;

Para escalonar esta ampliação de obrigatoriedade de emissão, o Anexo Único do Protocolo 42/09 dividiu as atividades de indústria, comércio atacadista e distribuição ao longo de três períodos (respectivamente abril, julho e outubro de 2010) através de descrições baseadas na Codificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), tendo estabelecido uma quarta etapa, em dezembro, para as operações interestaduais e de venda para a Administração Pública.

Muitas destas atividades repetem produtos já descritos nas fases do Protocolo 10/07. Por este motivo, a Cláusula quinta do Protocolo ICMS 42/2009, determina: "Ficam mantidas as obrigatoriedades e prazos estabelecidos no Protocolo ICMS nº 10/07, de 18 de abril de 2007".

Os prazos do Protocolo ICMS nº 42/09 não se aplicam para aquelas empresas já alcançadas pela obrigatoriedade de uso da nota fiscal eletrônica.

De início, importante salientar que a matéria, objeto do presente trabalho fiscal, já foi apreciada pela 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, através do Acórdão 19.932/11/3ª, onde, à unanimidade foi julgado improcedente o lançamento.

Na realidade, conforme enfatizado naquela decisão, no momento da abordagem do veículo transportador, outra alternativa não restou ao Fisco, senão em proceder à lavratura da presente peça fiscal.

Isto porque, naquela oportunidade, com os elementos fornecidos aos Fiscais autuantes, realmente, não havia como aceitar as Notas Fiscais nº 002002, 002030,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

002041 e 002042 (fl. 05/07), como pretensas acobertadoras da mercadoria transportada, uma vez que foram emitidas em desacordo com o Protocolo ICMS 42/09.

No entanto, com os esclarecimentos e documentos carreados na instrução processual, o que se apura é que a razão está com as Impugnantes, uma vez que documentos relevantes para o deslinde da questão foram juntados com a impugnação.

Conforme argumentado pela defesa, o fato gerador dessa operação, com débito do imposto, ocorreu no Estado do Paraná, sujeitando-se a Impugnante à observância da legislação daquele Estado, pois, quando da abordagem do veículo transportador, as mercadorias encontravam-se apenas em trânsito pelo território mineiro, não sendo o Estado de Minas Gerais o domicílio do destinatário e sim, o Estado do Maranhão.

Ademais, a cópia do livro Registro de Saídas juntada pela Impugnante às fls. 92/94, nos informa que o imposto devido na operação foi recolhido naquele Estado do Paraná.

Não obstante os fortes argumentos apresentados pela Fiscalização, considerando que a abordagem do veículo se deu no dia 22/10/10, certo é que o requerimento de alteração cadastral de fls. 59 feito pela Impugnante, alterando seu ramo de atividade de *varejista* para *atacadista*, data de 25/05/10 e o seu deferimento só ocorreu no mês de outubro de 2010.

Não seria razoável, a hipótese de que o contribuinte não pudesse praticar as suas operações de circulação de mercadorias até o deferimento de seu requerimento.

Tem-se, ainda, que as Notas Fiscais n°s n° 002002, 002030, 002041 e 002042 de fls. 05/07, desclassificadas pelo Fisco mineiro, tiveram o imposto destacado no campo próprio.

Da mesma forma, reiterando, o destino da mercadoria não era o Estado de Minas Gerais, estando o veículo transportador apenas de passagem pelo território mineiro. A mercadoria saiu da empresa autuada em São José dos Pinhais (PR), com destino ao Estado do Maranhão, não havendo motivo para a lavratura da presente peça fiscal.

Importante também destacar, que o documento de fls. 100, denominado Informação IGF/ACA n° 016/10, emitido pelo Estado de origem da empresa autuada, noticia que ela não está autorizada, ainda, a emitir o documento fiscal eletrônico, tendo o seu requerimento para mudança de atividade sido feito a tempo e hora.

Destarte, considerando o conjunto de provas constante dos autos, principalmente aquelas trazidas junto com a impugnação de que a Autuada estava impedida de emitir a nota fiscal eletrônica, não há como respaldar a desclassificação do documento fiscal apresentado no momento da abordagem, cancela-se as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o lançamento. Vencido o Conselheiro José Luiz Drumond (Revisor), que o julgava procedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Delcismar Maia Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 22 de março de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Luiz Fernando Castro Trópia
Relator**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.970/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215573-53
Impugnação: 40.010128771-40, 40.010128772-21 (Coob.)
Impugnante: PR Century Comércio de Eletro Eletrônicos Ltda.
CNPJ: 07.929761/0002-52
Selma Ferreira de Souza (Coob.)
CNPJ: 11.360908/0001-22
Proc. S. Passivo: Fernando Takeshi Ishikawa/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: P.F/Pedro Fagundes Sobrinho - Uberaba

Voto proferido pelo Conselheiro José Luiz Drumond, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias, acompanhado com notas fiscais, modelo 1, desclassificada pelo Fisco em virtude da obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica, modelo 55.

Em fiscalização de trânsito de mercadorias realizada em 08/11/10, no Posto de Fiscalização Pedro Fagundes Sobrinho, localizado na rodovia BR-153, km 246, município de Fronteira/MG, foi constatado que a Autuada emitiu as Notas Fiscais nºs 002002 de 01/11/10 (fls. 05), 002030, 002041 e 002042 de 04/11/10 (fls. 09, 13 e 17), todas modelo 1, em infringência ao disposto no Protocolo ICMS nº 42, de 03/07/09, que estipulou a obrigatoriedade da emissão de Nota Fiscal Eletrônica modelo 55 como único documento hábil ao acobertamento das operações efetuadas por empresas que operem sob CNAEs relacionados no Anexo Único do citado Protocolo – qual se dá para a Autuada - para todos os secundários (CNAEs 4649401, 4649402, 4652400 e 4689399) a partir de 01/04/10 e para o principal (CNAE 4669999), a partir de 01/07/10.

O Estado do Paraná, signatário do Protocolo ICMS nº 42, de 03/07/09, admite os termos do mesmo à sua legislação tributária mediante edição da Norma de Procedimento Fiscal nº 095/09, repetindo, em linhas gerais, os termos do Protocolo.

Foi emitido, na oportunidade, o Termo de Apreensão e Depósito - TAD nº 035305 (fls. 26) para apreensão da documentação envolvida considerada inábil e o TAD nº 035306 (fls. 27) para apreensão das mercadorias envolvidas e, ainda, emitidas as Notas Fiscais Avulsas nºs 660004, 660005, 660006 e 660007 (fls. 43, 47, 48 e 52) para acompanhar o trânsito da mercadoria até os estabelecimentos destinatários, em atendimento ao requerimento da depositária (fls. 29), em substituição às Notas Fiscais, modelo 1, nºs 002002, 002030, 002041 e 002042.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A responsabilidade solidária do coobrigado transportador, Selma Ferreira de Sousa, CNPJ nº 11.360.908/0001-22, decorre do disposto na alínea “c” do inciso II do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

O Protocolo ICMS nº 42 de 03/07/09 estabelece a obrigatoriedade de utilização da nota fiscal eletrônica (NF-e) prevista no Ajuste SINIEF 07/05, de 30/09/05, em substituição à nota fiscal, modelo 1 ou modelo 1-A, para os contribuintes enquadrados nos códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE - descritos em seu Anexo Único, a partir da data indicada no referido anexo. O disposto no § 1º de sua cláusula primeira disciplina que a obrigatoriedade se aplica a todas as operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes localizados nos Estados signatários, ficando vedada a emissão de nota fiscal, modelo 1 ou 1-A. O disposto no § 3º da mesma cláusula primeira do referido protocolo disciplina que deve-se considerar o código da CNAE principal do contribuinte, bem como os secundários, conforme conste ou, por exercer a atividade, deva constar em seus atos constitutivos ou em seus cadastros, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuinte do ICMS de cada unidade federada.

Conforme consultas realizadas ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica junto à Receita Federal do Brasil, bem como de Consulta Pública ao Cadastro do Estado do Paraná, do sistema Sintegra ICMS, verifica-se que em ambas o CNAE principal nº 46.69-9.99 (comércio atacadista de outras máquinas e equipamentos não especificados anteriormente; partes e peças) é descrito como atividade econômica principal da Autuada, sujeitando-a, então, à obrigatoriedade de emissão da nota fiscal eletrônica (NF-e) a partir de 01/07/10, de acordo com o anexo único do Protocolo ICMS 42/09.

Ademais, os CNAE's secundários, constantes das mesmas consultas exigem a emissão da NF-e a partir de 01/04/10; assim, a Autuada não poderia em hipótese nenhuma ter emitido e transitado, após mais de 7 (sete) meses de esgotado o prazo para a emissão, com os documentos fiscais de modelo 1. Tal obrigação deriva exclusivamente da classificação nacional de atividade econômica CNAE adotada pela própria Autuada, constante nos sistemas de consulta pública aos dados cadastrais de contribuinte, tanto Federal quanto Estadual.

A Autuada alega que em 25/05/10 requereu alteração de seu ramo de atividade, de “varejista” para “atacadista”, e que tal solicitação teria sido deferida pela repartição fiscal do Estado do Paraná somente no dia 19/10/10. Em reconhecimento à sua condição de “atacadista”, compreende-se obrigado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica, já havendo solicitado o seu credenciamento à data da autuação, para emissão das mesmas, e que tal credenciamento já estaria em fase de homologação técnica, conforme se poderia depreender de “Informação IGF/ACA nº 016/2010”, prestada após a abordagem pela fiscalização, reconhecendo que o credenciamento ainda não teria acontecido por inconsistências existentes no seu sistema de informática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, não pode se eximir de suas responsabilidades, pois o Protocolo ICMS 42/09 estabelece a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal eletrônica com base em critério objetivo, que é o CNAE que conste nos dados cadastrais. Por este critério, todas as empresas que apresentem o CNAE nº 46.69-9.99, dos Estados signatários, estão obrigadas à emissão de nota fiscal eletrônica a partir de 01/07/10, ainda que pratiquem operações que não se enquadrem na descrição do código de atividade, como se depreende da análise do disposto no § 1º da cláusula primeira do referido Protocolo.

O RICMS/02 dispõe sobre a matéria em seu Anexo V, de onde se extrai:

RICMS/02 Parte Geral (Decreto 43.080/02)

Art. 130 - Para acobertar as operações ou prestações que realizar, o contribuinte do imposto utilizará, conforme o caso, os seguintes documentos fiscais:

(...)

XXXI - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55;

ANEXO V - DOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS (a que se referem os artigos 130, 131 e 160 deste Regulamento)

PARTE 1 - DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS

TÍTULO I - DOS DOCUMENTOS RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

CAPÍTULO I - Da Nota Fiscal

Art. 1º - Os estabelecimentos, inclusive o de produtor rural, inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou Nota Fiscal Eletrônica (NF-e):

(...)

Parágrafo único. Relativamente à NF-e:

I - será obrigatória:

a) nas hipóteses definidas em protocolo celebrado entre os Estados e o Distrito Federal;

Portaria SAIF Nº 004, de 23/03/2010

Art. 4º- É vedada a emissão de Notas Fiscais modelos 1 ou 1-A, após o início da obrigatoriedade de uso da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), modelo 55, ressalvadas as hipóteses de permissão de uso previstas no Protocolo ICMS 42/2009

Foi celebrado sobre o assunto o Protocolo ICMS nº 42/09, de onde se transcreve:

Cláusula primeira Acordam os Estados e o Distrito Federal em estabelecer a obrigatoriedade de utilização da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prevista no Ajuste SINIEF 07/05, de 30 de setembro de 2005, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para os contribuintes enquadrados nos códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE descritos no Anexo Único, a partir da data indicada no referido anexo.

§ 1º A obrigatoriedade aplica-se a todas as operações efetuadas em todos os estabelecimentos dos contribuintes referidos nesta cláusula que estejam localizados nas unidades da Federação signatárias deste protocolo, ficando vedada a emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, salvo nas hipóteses previstas neste protocolo.

(...)

§ 3º Para fins do disposto neste protocolo, deve-se considerar o código da CNAE principal do contribuinte, bem como os secundários, conforme conste ou, por exercer a atividade, deva constar em seus atos constitutivos ou em seus cadastros, junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da Receita Federal do Brasil (RFB) e no cadastro de contribuinte do ICMS de cada unidade federada.

Temos ainda que o Estado do Paraná admite os termos do Protocolo ICMS nº 42/09 à sua legislação tributária por intermédio da edição da Norma de Procedimento Fiscal – NPF nº 095/09, que apenas repete, em linhas gerais, aos termos do protocolo, em nada lhe inovando. No Anexo Único da Norma de Procedimento Fiscal – NPF nº 095/09 estão contempladas as atividades principal e secundárias do Sujeito Principal, que seriam aquelas referenciadas na atuação fiscal e, para estas o início da obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica modelo 55 em 01/04/10 (CNAE's secundários) e em 01/07/10 (CNAE principal).

A Autuada argumenta que, pelo fato de as mercadorias estarem meramente em trânsito pelo estado de Minas Gerais, não teria esta legitimidade ativa para exigir o ICMS incidente na operação, ainda que inábil fosse a nota fiscal modelo 1 para acobertar o trânsito das mercadorias. Mesma sorte alcançaria as multas exigidas, posto que a legislação de Minas Gerais não teria o condão de atingir contribuintes domiciliados em outras unidades da Federação.

Sem razão os argumentos da Autuada. Com a desclassificação da Nota Fiscal modelo 1 nº 002335, surgiu um novo fato gerador – inspirado pelo conteúdo do artigo 11, inciso I, alínea “b”, da LC 87/96 e relativamente ao qual a legitimidade ativa compete ao estado de Minas Gerais, distinto daquele a que se refere a Autuada, decorrente de transporte de mercadoria, sem documentação fiscal, na data da ocorrência e na localidade de Divisa Alegre, em Minas Gerais, onde localiza o Posto Fiscal César Diamante, que fez nascer o crédito tributário de que trata o presente auto de infração.

Assim, a alegada “bitributação” legalmente não ocorreu, pois distintos são os fatos ensejadores das cobranças do tributo e distintas são as normas legais (CF/88, CTN, Protocolo ICMS nº 42/09, RICMS/MG, Portaria SAIF nº 004/10, RICMS/PR e Norma de Procedimento Fiscal/PR), posto que os documentos emitidos são

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerados não regulamentares e impróprios para acobertar as operações, passíveis de autuação como procedeu o Fisco do Estado de Minas Gerais.

Posto isto, a presente peça fiscal considerou a movimentação da mercadoria desacobertada de documentação fiscal, conforme preceitua a legislação mineira.

Caracterizada a infração, não podendo ser o documento apresentado no ato da ação fiscal considerado como hábil, correto sua desclassificação pelo Fisco. Sendo desclassificado o documento fiscal, a mercadoria, via de consequência, é considerada desacobertada de documentação fiscal.

E, em assim sendo, estabelece a Lei geral do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 11, inciso I, alínea "b", *in verbis*:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;

Desse modo, corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma lei.

Correta, também, a inclusão do Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária, dentre outros dispositivos da legislação tributária, nos termos do inciso II do art. 21 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

II - os transportadores:

(...)

c) em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, ou com nota fiscal com prazo de validade vencido.

d) em relação a mercadoria transportada com documentação fiscal falsa, ideologicamente falsa ou inidônea;

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, o que poderia ser analisado com fundamento no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos

(...)

2) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Por fim, as questões de cunho constitucional levantadas pela Impugnante como suposta afronta ao princípio da vedação ao confisco, não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e do art. 110, I, do RPTA/MG, de igual teor, “*a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda*”.

Sala das Sessões, 22 de março de 2011.

**José Luiz Drumond
Conselheiro**