

**A. I. N°** - 298624.0053/12-0  
**AUTUADO** - COMERC COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA.  
**AUTUANTES** - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 02. 04. 2014

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0043-01/14

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA **a)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Alegação defensiva de que as notas fiscais eletrônicas arroladas neste item da autuação foram canceladas restou comprovada parcialmente. Excluído da exigência o valor atinente à nota fiscal cujo valor do indébito foi objeto de restituição autorizada pela SEFAZ/BA. As demais notas fiscais permanecem há mais de dois anos na condição de autorizadas no sistema “Portal NF-E”, inexistindo qualquer comprovação hábil do cancelamento aduzido pelo autuado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2013, formaliza a constituição de crédito tributário em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS relativo a venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este Estado, nos meses de dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2010, janeiro, fevereiro, junho, julho, setembro a dezembro de 2011, janeiro a agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$515.287,04, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a venda de energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização para este Estado, nos meses de agosto de 2001 e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$129.851,85, acrescido da multa de 150%. Consta se referir às Notas Fiscais nº.s 9617, 9618 e 9619 emitidas com ICMS retido e não recolhido, conforme consultas efetuadas no portal de NFe do Estado de origem (SP). Consta, ainda, se referir a Nota Fiscal nº. 4532, emitida com ICMS retido e não recolhido, extemporaneamente cancelada através da Nota Fiscal nº. 5661, emitida 04 meses depois.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 92 a 103) registrando que se trata de pessoa jurídica que tem como objeto social a realização de negócios jurídicos relacionados com a compra e posterior venda de energia elétrica para empresas sediadas em todo o território nacional.

Discorre sobre os fatos que culminaram na lavratura do Auto de Infração e reconhece ter aplicado à regra relativa à redução de base de cálculo de forma equivocada. Informa que quitou integralmente a infração 01, de acordo com as normas do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS 2013) instituído pela Lei n. 12.903 de 05 de setembro de 2013, consoante demonstram os Documentos de Arrecadação Estadual - DAEs e respectivos comprovantes de pagamento e a petição instruída com Termo de

Confissão de Dívida e o Demonstrativo de Débito.

Quanto à infração 02, sustenta que não procede a exigência fiscal. Argui a nulidade do lançamento, por iliquidez da autuação, pois os autuantes consideraram como supostas operações tributáveis, operações que, efetivamente, não ocorreram.

Alega que a Fiscalização computou no cálculo do ICMS supostamente devido, as Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, como emitidas com ICMS retido e não recolhido, contudo, desconsideraram o fato de que as mencionadas notas fiscais foram canceladas, conforme se constata da cópia do relatório sistêmico, (doc. 03), bem como da cópia da respectiva página do seu livro Registro de Saídas ( doc. 04) e da EFD – Escrituração Fiscal Digital.

Observa que as mencionadas notas fiscais foram escrituradas com valor “zero” no Livro Registro de Saídas e código 02 na EFD – Escrituração Fiscal Digital que, nos termos da Tabela do Sistema Público de Escrituração Fiscal significa “documento CANCELADO”. Acrescenta que no mês de maio do corrente ano levou ao conhecimento da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo tal situação rogando providências (doc. 05).

Diz que desse modo as alegadas operações, vertidas nas Notas Fiscais nºs 9617 9618 e 9619, não poderiam ter sido consideradas nos cálculos elaborados pelos autuantes. Afirma que tendo sido arroladas as mencionadas notas fiscais na apuração do débito tributário exigido, a autuação torna-se ilíquida, haja vista que se pretende cobrar ICMS sobre operações que, de fato, jamais ocorreram.

Aduz que não deve ser alegado que se trata de um vício sanável, haja vista que não se trata de um mero erro, mas sim da aplicação da norma de incidência do ICMS sobre operações inexistentes, o que significa dizer que a autuação violou frontalmente o preceito de que o lançamento é o procedimento administrativo destinado a constituir o crédito tributário, mediante a verificação da ocorrência da obrigação tributária correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e, se for o caso, a aplicação da penalidade pecuniária.

Ressalta que, dessa forma, se está diante da constatação de que os trabalhos levados a efeito pela Fiscalização consideraram existentes operações que jamais ocorreram, não havendo, portanto, como se sustentar a liquidez do lançamento referente à infração 02, à vista da identificação do mencionado vício.

Diz que se não bastasse isso, no mesmo demonstrativo que fizeram acompanhar a mencionada infração 02, os autuantes relacionaram a Nota Fiscal nº 4532, a qual foi computada no cálculo do ICMS supostamente devido *“como emitida com ICMS retido e não recolhido, extemporaneamente cancelada através da Nota Fiscal 5661 emitida 04 meses depois”*.

Afirma que, no caso, os autuantes desconsideraram o fato de que “anulou” a mencionada Nota Fiscal nº 4532 por meio da Nota Fiscal nº. 5661 em decorrência da não circulação da mercadoria energia elétrica, e foi objeto de pedido formal de restituição consoante demonstram os documentos anexos (doc. 06), a qual foi deferida pela SEFAZ/BA estando na iminência de lhe ser paga pelo Estado da Bahia, conforme verifica-se da cópia do demonstrativo de andamento do processo de restituição “N. SIPRO 138581/2012-0” da própria SEFAZ/BA fornecido pela Coordenaria II da SAT/DAT/METRO – CPROC(doc. 07).

Assevera que, desse modo, a alegada operação vertida na Nota Fiscal nº 4532 também não poderia ter sido considerada nos cálculos elaborados pelos autuantes para constituir a infração 02, o que torna a sua inclusão na apuração do débito tributário exigido na autuação ilíquida, pois se pretende cobrar ICMS sobre operação que não ocorreu e que foi objeto pedido de restituição já deferido e em fase de pagamento.

Consigna que demonstrada a iliquidez da infração 02, requer seja decretada a extinção do crédito tributário pretendido na mencionada autuação, dando-se baixa, por via de consequência, do

respectivo processo administrativo e nos demais registros fazendários em que figure como devedor das mencionadas verbas tributárias.

Prosseguindo, reporta-se sobre a multa de 150% imposta na infração 02, sustentando a necessidade de afastá-la, tendo em vista a sua espontaneidade e boa-fé. Invoca o art. 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, para ressaltar que este contempla hipóteses de dispensa da multa em casos semelhantes, em que há boa-fé do contribuinte, sendo perfeitamente possível a aplicação de dispensa no presente caso por invocação à equidade.

Afirma que insistir em imposição de multa de 150%, em caso em que o contribuinte, efetivamente, procurou cancelar previamente as NFs é ato que atenta contra a equidade que o art. 159 pretendeu resguardar, pois se estaria consentindo com que o contribuinte seja apenado com multa de onerosidade comparável aos casos de nítida fraude, a exemplo de sonegação, quando, comprovadamente, o que houve foi o mero cancelamento de NFs, portanto, sendo patente a sua boa-fé.

Frisa que este CONSEF já havia relevado a exigência de pagamento prévio, versada no art. 159, em hipótese análoga a presente, em que, na verdade, não havia imposto a ser recolhido, conforme Acórdão que reproduz.

Assinala que em diversos outros casos, o CONSEF afastou ou reduziu a penalidade, em vista da boa-fé do contribuinte, caracterizada pela tentativa espontânea de sanar eventuais irregularidades, exatamente como ocorre no presente caso, conforme resoluções que transcreve.

Ressalta que o percentual da multa de 150% mostra-se, por si só, abusivo, considerando-se a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) – que firmou que penalidades superiores a 100% do valor do Imposto exigido ofendem ao Princípio do Não-Confisco. Reproduz nesse sentido ementa do Supremo Tribunal Federal (STF).

Destaca que este próprio CONSEF já aplicou a jurisprudência do STF a respeito de multas, conforme precedente da Câmara Superior, cujo texto transcreve.

Sustenta que sob qualquer ângulo que se analise a questão, importa o afastamento da penalidade de 150%, seja porque há espontaneidade e boa-fé de sua parte (art. 159), seja porque o patamar da multa se mostra elevado considerando-se a atual jurisprudência do STF.

Conclui requerendo que seja julgada improcedente a infração 02, cancelando o crédito tributário por ela constituído, tendo em vista a nulidade da cobrança, considerando a inexistência das operações tributadas, uma vez que já havia procedido ao cancelamento das respectivas Notas Fiscais. Requer, ainda, que caso assim não se entenda, o que admite apenas para argumentar, que seja dispensada a penalidade de 150%, tendo em vista a sua espontaneidade e boa-fé. Requer, por derradeiro, que todas as intimações e notificações que lhe sejam expedidas sejam encaminhadas para o endereço Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 2055, 4º andar, conjunto 42, Jardim Paulista – São Paulo, SP, CEP: 01452-001.

Consta às fls. 209 a 211 Termo de Confissão de Dívida referente à infração 01, reconhecida pelo contribuinte, cujo pagamento foi efetuado com benefício da Lei nº. 12.903/2013, conforme extrato do SIGAT de fls. 216 a 220.

Na informação fiscal prestada por um dos autuantes (fls. 213/214) este consigna que o autuado concorda com o lançamento do crédito tributário, inclusive através do “ Termo de Confissão de Dívida” (fl.132), aproveita o benefício fiscal Lei 12.903/2013, realizando a quitação da infração 01.

No que tange à infração 02, contesta os argumentos defensivos e mantém a autuação aduzindo as seguintes razões:

- as Notas Fiscais 9617 – 9618 e 9619, não foram canceladas como alega o contribuinte, conforme se verifica na consulta feita ao “ Portal NF-E Governo Estado de São Paulo” (fls.74 a 79), data da consulta 26/09/2013;

- essas Notas Fiscais foram emitidas em 10/12/2012 e quase um ano depois constam dos protocolos relativos a essas notas fiscais - *natureza da operação: venda de mercadoria*, não havendo nenhum cancelamento;

- o documento 03 acostado pelo contribuinte, anteriormente já estava a acostado ao PAF (fl. 80) é um documento interno que não possui nenhuma validade perante o Fisco.

Salienta que existe toda uma legislação a ser seguida para se proceder ao cancelamento da NF-e conforme reprodução que apresenta dos artigos 92 e 94 do RICMS, assim como o Ato COTEPE 35/10.

No que tange a Nota Fiscal nº. 4532, emitida 01/08/2011, diz que só há emissão da Nota Fiscal de entrada nº 5661 cancelando, quatro meses depois.

Salienta que o procedimento de cancelamento extemporâneo de crédito fiscal tem rito previsto no RPAF, no seu art.75.

Manifesta o entendimento de que cabe a manutenção do crédito tributário, razão pela qual opina pela procedência do lançamento.

Às fls. 223/224 consta requerimento do autuado, no qual este requer, em favor do princípio da verdade material no processo administrativo, a juntada da cópia de Extrato de Transferência Bancária, referente à transferência de valores entre a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em seu favor, no valor de R\$49.154,05.

Esclarece que a transferência refere-se à restituição do tributo recolhido sobre a Nota Fiscal nº 4532, e anulada pela Nota Fiscal nº 5661 em decorrência da inexistência da circulação de energia elétrica. Observa que o cancelamento foi objeto de pedido formal de restituição, deferido pela SEFAZ-BA e restituído através do processo de restituição SIPRO nº 138581/2012-0. Acrescenta que tal operação foi objeto de autuação no presente Auto de Infração, muito embora a operação tenha sido cancelada, conforme já aduzido e documentos apensados, o que evidencia o reconhecimento, pelo próprio Fisco, da inexistência da operação objeto da autuação.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, sendo que este reconheceu e efetuou o pagamento integral do valor exigido na infração 01, utilizando-se do benefício concedido pela Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013, conforme Termo de Confissão de Dívida e Demonstrativo de Débito e comprovante de recolhimento acostados aos autos.

Diante disso, este item da autuação é procedente, devendo ser homologado o pagamento.

Quanto à infração 02, apesar de o autuado ter arguido a nulidade do lançamento por tributar operação inexistente, portanto, por iliquidez da autuação, certamente que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a análise se as operações aduzidas ocorreram ou não diz respeito ao aspecto material do lançamento e não a aspecto formal.

Em verdade, o cerne da questão reside no fato de o autuado ter solicitado autorização para emissão de notas fiscais eletrônicas; ter emitido referidas notas fiscais e, posteriormente, ter realizado o registro de cancelamento de tais documentos fiscais nos seus livros fiscais, o que motivou o lançamento deste item da autuação, por entender a Fiscalização que o procedimento adotado pelo autuado não comprova a não realização das operações, já que no sistema “Portal NF-E Governo Estado de São Paulo” (fls. 74 a 79), com data de consulta de 26/09/2013, consta a situação de “autorizadas”, portanto, sem qualquer indicação de “canceladas”.

Dessa forma, não vislumbro no presente Auto de Infração qualquer vício ou falha capaz de invalidar o lançamento atinente à infração 02, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99,

aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, razão pela qual rejeito a nulidade arguida.

Verifico que a exigência fiscal referente a este lançamento diz respeito às Notas Fiscais eletrônicas nºs 9617, 9618, 9619 e 4532.

No que tange às Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, alega o impugnante que estas foram canceladas, conforme comprovam as cópias do relatório sistêmico, da respectiva página do seu livro Registro de Saídas e da EFD – Escrituração Fiscal Digital, motivo pelo qual não poderiam ter sido consideradas nos cálculos elaborados pela Fiscalização.

Os autuantes contestam a argumentação defensiva afirmando que as Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, não foram canceladas como alegado pelo contribuinte, conforme se verifica na consulta feita ao “ Portal NF-E Governo Estado de São Paulo” (fls.74 a 79). Salientam que estas notas fiscais foram emitidas em 10/12/2012 e quase um ano depois constam dos protocolos relativos a essas notas fiscais - *natureza da operação : venda de mercadoria*, não havendo qualquer registro de cancelamento. Mencionam que existe toda uma legislação a ser seguida para se proceder ao cancelamento da NF-e.

Já no que tange a Nota Fiscal nº 4532 verifico que o autuado apresentou requerimento no qual pede a juntada de cópia do Extrato de Transferência Bancária, referente à transferência de valores entre a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em seu favor no valor de R\$49.154,05. Alega que a transferência diz respeito à restituição do ICMS recolhido sobre a Nota Fiscal nº 4532, anulada pela Nota Fiscal nº 5661 em decorrência da inexistência da circulação de energia elétrica. Observa que o cancelamento foi objeto de pedido formal de restituição, deferido pela SEFAZ-BA, e restituído através do processo de restituição SIPRO nº 138581/2012-0. Acrescenta que tal operação foi objeto de autuação no presente Auto de Infração, muito embora a operação tenha sido cancelada, conforme aduzido e documentos apensados, o que evidencia o reconhecimento, pelo próprio Fisco, da inexistência da operação objeto da autuação.

Passo a examinar.

No respeitante às Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, certamente que a alegação defensiva de que foram “ canceladas” não deve prosperar, haja vista que, conforme aduzido pelos autuantes, o cancelamento da NFe necessariamente deve observar as disposições da legislação do ICMS, o que não foi feito pelo autuado.

No presente caso, apesar de o autuado alegar o cancelamento, inclusive que os registros fiscais nos livros fiscais próprios ocorreram observando o cancelamento das referidas notas fiscais, resta patente que este descumpriu as determinações legais para realização do cancelamento eletrônico, o que não permite confirmar a sua alegação.

Na realidade, o exame dos documentos acostados aos autos obtidos do “ Portal NF-E Governo Estado de São Paulo” (fls. 74 a 79) comprovam que as Notas Fiscais Eletrônicas tiveram a concessão de uso autorizada e estavam na situação de autorizadas há mais de um ano.

Por certo que a ausência de cancelamento dessas notas no *Portal da Nota Fiscal Eletrônica* conduz ao entendimento de que houve a comercialização das mercadorias discriminadas nestas notas fiscais como considerou a Fiscalização.

O impugnante sustenta que efetuou o cancelamento das notas fiscais e que estas foram escrituradas com valor “zero” no livro Registro de Saídas e código 02 na EFD – Escrituração Fiscal Digital que, nos termos da Tabela do Sistema Público de Escrituração Fiscal significa “documento CANCELADO”. Acrescenta que no mês de maio do corrente ano levou ao conhecimento da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo tal situação rogando providências.

Apesar das alegações defensivas não há como aceitar as provas que produziu unilateralmente, haja vista que em desconformidade com a legislação aplicável ao caso, cujas disposições se encontram nos artigos 231-K e 231-L, do RICMS-BA.

Relevante observar que, mesmo depois de transcorrido mais de 02 (dois) anos, as notas fiscais em comento não foram canceladas, conforme constatado em consulta realizada no “Portal NF-E Governo do Estado da Bahia –Secretaria da Fazenda”. Ou seja, até a presente data – 11/03/2014 - as notas fiscais referidas se encontram na situação de “autorizadas”.

Cumpre registrar que, na sessão de julgamento, o ilustre patrono do contribuinte ao exercer o seu direito de sustentação oral reportou-se sobre existência de requerimento protocolado em 10/10/2013 junto a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, referente à “denúncia espontânea” que fizera em razão da não efetivação da transmissão do cancelamento das notas fiscais eletrônicas.

Aduziu o impugnante que fora notificado pelo Fisco paulista, em 27/12/2013, para apresentar até 10/01/2014 os documentos exigidos na referida notificação, sendo que, em razão das dificuldades de cumprir o solicitado, no caso, dependência de diligências e/ou providências de terceiros que totalizam 66 pessoas jurídicas diferentes, requereu o prazo mínimo de 90 (noventa dias) para apresentação dos documentos solicitados. O pedido foi deferido em 13/01/2014.

È certo que no processo administrativo fiscal predomina o princípio da verdade material, no sentido que se busca efetivamente descobrir se o fato ocorreu.

Entretanto, também é indubitável que o processo não pode permanecer eternamente sem solução, cabendo ao contribuinte no exercício do direito de ampla defesa trazer os elementos que disponha para elidir a autuação.

Ora, no presente caso, o Auto de Infração foi lavrado em 27/09/2013, sendo que o autuado teve o tempo necessário para comprovar as suas alegações junto ao Fisco de São Paulo no que tange ao cancelamento das Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619 - todas emitidas para um único cliente/destinatário na Bahia, no caso, Bahia Special Cellulose S.A - o que não fez.

Diante disso, no que diz respeito às Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, considero subsistente a exigência fiscal, haja vista que não consta nos registros próprios que os citados documentos fiscais tenham sido cancelados. Melhor dizendo, consta no Portal NF-E que foram autorizadas, inexistindo qualquer registro sobre o cancelamento aduzido pelo autuado.

Quanto a Nota Fiscal nº 4532 observo que se trata de uma situação diversa das notas fiscais acima referidas, haja vista que o impugnante trouxe aos autos requerimento no qual pede a juntada de cópia do Extrato de Transferência Bancária, referente à transferência de valores entre a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em seu favor no valor de R\$49.154,05.

Esclareceu o impugnante que a transferência diz respeito à restituição do ICMS recolhido sobre a Nota Fiscal nº 4532, anulada pela Nota Fiscal nº 5661 em decorrência da inexistência da circulação de energia elétrica. Observou que o cancelamento foi objeto de pedido formal de restituição, deferido pela SEFAZ-BA, e restituído através do processo de restituição SIPRO nº 138581/2012-0.

Em verdade, constato que no processo SIPRO nº 138581/2012-0, o autuado teve o seu pedido de restituição indeferido pela autoridade competente, em razão de *falta de documentos que comprovassem o seu pleito*, conforme o Parecer nº. 18033/2012.

No aludido parecer foi dito que: *Na operação em análise, faz-se mister a comprovação do estorno do crédito fiscal e a autorização por quem suportou o ônus do imposto, no caso o destinatário, para que o remetente possa solicitar a restituição do suposto indébito.*

Ocorreu que o contribuinte apresentou o que denominou de “Recurso Voluntário” contra o indeferimento, protocolado sob o nº SIPRO 18297020124, cujo Parecer nº 2396/2013 foi no sentido de deferimento do pedido de restituição no valor de R\$49.154,05.

No mencionado parecer foi dito que: *Da análise dos dados constantes no processo, constatamos ser procedente a alegação do contribuinte. Detectamos ainda que a destinatária da mercadoria, Bahia Speciality Cellulose S/A, registrou a operação em 08/10/12 (extemporâneo) (fls. 62 a 66); não utilizou*

*o crédito fiscal da operação (fls. 66) e que autoriza ao pleiteante a requerer junto a esta Secretaria o imposto recolhido indevidamente (fls. 8). O imposto foi recolhido em 09/08/2011 (fls. 71).*

Portanto, no caso da Nota Fiscal nº 4532, pelo que se verifica na decisão pela restituição proferida nos termos do Parecer nº. 2396/2013, o autuado se incumbiu de comprovar o alegado cancelamento, cuja aceitação pelo órgão competente resultou, inclusive, em restituição do indébito.

Dessa forma, no que concerne à Nota Fiscal nº 4532 a exigência fiscal é insubsistente.

No que diz respeito às alegações defensivas atinentes à multa imposta, cabe observar que é a prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada, não tendo este órgão julgador de primeira instância competência para apreciar a sua não ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 125, inc. I, do Código Tributário do Estado da Bahia.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa, ressalto que por se tratar de descumprimento de obrigação principal, a competência para a sua apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF, nos a teor do art. 159 do RPAF/99.

No respeitante ao pedido de que todas as intimações e notificações que lhe sejam expedidas sejam encaminhadas para o endereço Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 2055, 4º andar, conjunto 42, Jardim Paulista – São Paulo, SP, CEP: 01452-001, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento.

#### **VOTO DISCORDANTE – ITEM 2º**

Minhas objeções dizem respeito ao item 2º.

Na sessão de julgamento, o defensor do autuado requereu a juntada de instrumento protocolado junto ao fisco paulista acerca do cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas que deram origem ao lançamento em discussão. Requereu que constasse em ata a juntada do referido instrumento. Trata-se das peças às fls. 233/236 dos autos.

A acusação nesse item 2º é de que o autuado deixou de recolher ICMS que teria sido retido na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Ocorre que as Notas Fiscais objeto do lançamento foram canceladas. As operações não ocorreram. Não foi retido o imposto. Por conseguinte, não havia imposto a ser recolhido.

O autuado alegou a nulidade do lançamento por falta de liquidez, pois nele foram consideradas operações que não ocorreram. É que as Notas Fiscais 9617, 9618 e 9619 foram canceladas. O autuado juntou cópia do Registro de Saídas para provar que essas Notas foram canceladas. De acordo com a cópia anexa do Registro de Saídas, essas Notas foram escrituradas com valor “zero”.

A fiscalização contesta o cancelamento porque no “portal” do fisco paulista essas Notas constam como “autorizadas”.

Ocorre que o contribuinte anexou cópia de petição protocolada na Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, Delegacia Tributária da Capital, em 10.10.13, sob o número 51220-1254903/2013, acerca da não efetivação da transmissão do cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas por meio do sistema eletrônico de processamento de dados, em virtude de rejeição do sistema por se tratar de um “número de faixa já utilizado” (código da ocorrência, 241), explicando que os cancelamentos das Notas foram feitos em virtude da não ocorrência das operações. O fisco paulista notificou a empresa no sentido de apresentar, até o dia 10.1.14, a) os arquivos XML das Notas Fiscais em questão e b) declaração dos destinatários de que não ocorreram as operações e de que não utilizaram como crédito o imposto destacado nos documentos fiscais, ou que estornaram o crédito constante no documento cancelado.

Além dessas 3 Notas destinadas à Bahia, havia outras: a petição protocolada no fisco paulista diz respeito a 92 Notas Fiscais, emitidas em nome de 66 empresas distintas, estabelecidas em 10 Estados.

Por conseguinte, apesar de no “portal” do fisco paulista constarem como “autorizadas” as referidas Notas Fiscais Eletrônicas 9617, 9618 e 9619, consta nos autos a existência de processo administrativo pendente no fisco paulista acerca do cancelamento das referidas Notas. Isso significa que, enquanto o fisco paulista não decidir o mencionado processo administrativo, ou seja, enquanto o referido processo estiver pendente, não se pode afirmar que aquelas Notas Fiscais dizem respeito a operações efetivas. Pelo contrário, tudo leva ao entendimento de que as operações foram canceladas. Resta apenas a declaração formal do reconhecimento do cancelamento dos documentos.

A autuação foi apenas com multa de 150%. Essa multa de 150% é elevada a esse patamar porque hipoteticamente se refere a situações em que se configura apropriação indébita – o sujeito passivo retém de terceiros o imposto na qualidade de substituto e não repassa o valor retido aos cofres do ente público. Porém neste caso foi aplicada a multa de 150% com base num pressuposto inexistente, pois, se as operações não ocorreram, evidentemente o autuado nada reteve, e por conseguinte nada tem a repassar ao ente público.

O lançamento tributário é procedimento vinculado, devendo ater-se à estrita legalidade. Diante de evidências de tal ordem de que as operações não ocorreram, havendo nesse sentido processo administrativo pendente, não vejo como se exigir o cumprimento de uma obrigação inexistente.

No mundo jurídico convive-se com duas verdades: a verdade material e a verdade formal. É dever do órgão julgador buscar a todo custo a verdade material.

Em princípio, o meu VOTO neste caso é pela remessa do processo em diligência à repartição de origem a fim de que se verifique na contabilidade dos destinatários a real situação dessas 3 Notas Fiscais, verificando inclusive se houve pagamento das operações, bem como indagando-se junto ao fisco paulista qual o resultado do pleito do autuado no aludido processo administrativo.

Uma vez vencido quanto à sugestão de diligência, VOTO PELA NULIDADE do lançamento, por falta de certeza e liquidez.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0053/12-0**, lavrado contra **COMERC COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$595.984,84**, acrescido das multas de 60% R\$515.287,04 e de 150% sobre R\$80.697,80, previstas no art. 42, incisos II, "a" e V, "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR