

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0053/12-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERC COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA.
RECORRIDOS - COMERC COMERCIALIZADORA DE ENERGIA ELÉTRICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0043-01/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0096-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Na análise dos documentos trazidos ao processo, constata-se que as operações abarcadas pelas notas fiscais objeto da autuação não foram concretizadas, em razão do cancelamento das mesmas, tendo as operações não ocorridas, consequentemente, não há exigência de imposto. Item insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0043-01/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2013, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento de duas irregularidades, sendo objeto, tanto do Recurso de Ofício, quanto do Recurso Voluntário, apenas a infração 2:

INFRAÇÃO 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 nºs 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.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão não unânime, transcrita abaixo (fls. 237/244):

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 n°s 9617, 9618, 9619 e 4532.

No que tange às Notas Fiscais n°s 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 n°s 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 n° 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 n° 4532, anulada pela Nota Fiscal n° 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 n° 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 n°s 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 NF-e 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”.

Cumpra 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.

É 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 apenada 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.

De ofício, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 234/265, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Suscita nulidade da infração 2, por iliquidez da autuação, visto que três notas fiscais glosadas foram canceladas e, portanto, as operações alusivas às referidas notas fiscais não ocorreram.

Transcreve parte do voto divergente de primeira instância, para corroborar com seus argumentos recursais.

No mérito aduz o cancelamento das Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, de modo que a manutenção da cobrança dessas operações violaria o princípio da verdade material.

Destaca que tratam-se de notas fiscais emitidas em processo de teste, que não refletiram nenhuma operação de compra e venda.

Pontua que solicitou o cancelamento das notas fiscais na SEFAZ/SP, estando o processo de cancelamento em tramitação.

Por fim, assevera que a multa aplicada ofende o princípio da razoabilidade, bem como seria confiscatória, requerendo seu cancelamento ou redução ao percentual de 20%, em consonância com decisões do STJ e STF.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, à fl. 280 opina pela conversão do feito em diligência à INFAZ de Origem para que se verifique na contabilidade dos destinatários a real situação das Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, verificando se houve o pagamento das operações.

Através de petição de fls. 282/283, o recorrente informa a conclusão do processo administrativo que tramitava na SEFAZ/SP, sendo reconhecido a inexistência das operações descritas nas Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619.

Ressalta que a SEFAZ/SP autorizou e notificou o recorrente para proceder ao cancelamento das referidas Notas Fiscais Eletrônicas, cancelamentos que foram devidamente realizados pelo recorrente, conforme comprovantes que anexa.

Por fim, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário, para o fim de cancelar integralmente a acusação do item “2”.

Diante das provas apresentadas pelo sujeito passivo, esta CJF decidiu pelo indeferimento do opinativo da diligência fiscal, determinando o encaminhamento do processo, a PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo.

Através do Parecer de fls. 301/303, a PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, diante da comprovação da inocorrência das operações constantes nas Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619.

A procuradora assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, no Parecer de fl. 305 acolhe o pronunciamento de fls. 301/303 pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à exigência do ICMS, sendo ambos os Recursos, relativo à infração 2 – falta de 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.

Refere-se às Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619 emitidas com ICMS retido e não recolhido, conforme consultas efetuadas no portal de NFe do Estado de origem (SP), bem como à Nota Fiscal nº 4532, emitida com ICMS retido e não recolhido, extemporaneamente cancelada através da Nota Fiscal nº 5661.

Inicialmente aprecio o Recurso de Ofício.

A exigência relativa à Nota Fiscal nº 4532 foi julgada insubsistente pela JJF.

Em sua defesa, o sujeito passivo aduziu que a Nota Fiscal nº 4532 teria sido anulada por meio da Nota Fiscal nº 5661 e objeto de pedido de restituição SIPRO nº 138581/2012-0, deferido pela SEFAZ/BA, em decorrência da não circulação da mercadoria.

A JJF acolheu as alegações do autuado de que a Nota Fiscal nº 4532 foi cancelada, fundamentando sua Decisão no Parecer nº. 2396/2013, transcrevendo o seguinte trecho da Decisão:

“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)”.

Consta às fls. 149/150 Parecer da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia no sentido do indeferimento do pedido de restituição, em razão da requerente não ter comprovado o estorno do crédito fiscal, nem ter juntado autorização de quem suportou o ônus do imposto – o destinatário, para que o remetente solicitasse a restituição em seu nome.

O autuado colacionou às fls. 152/153 Pedido de Reconsideração da Decisão que indeferiu a restituição, anexando, à fl. 159, declaração da Bahia Speciality Cellulose S/A, atestando que não se aproveitou do imposto e autorizando que a restituição seja feita em nome do autuado.

Apesar de não ter localizado nos autos a cópia do Parecer nº 2396/2013, chego as mesmas conclusões da JJF de que a autuada se desincumbiu de comprovar o alegado cancelamento, principalmente porque consta à fl. 226 comprovante de transferência da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, restituindo o tributo recolhido através da Nota Fiscal nº 4532.

Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Passo ao Recurso Voluntário.

A arguição de nulidade do contribuinte se confunde com o próprio mérito. Deixo de apreciá-la, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF, que assim prevê: *“quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, o órgão julgador não deve pronunciar a nulidade, devendo julgar o mérito”.*

Na busca da verdade material, a PGE/PROFIS opinou pela conversão do feito em diligência à INFAZ de Origem para que fosse verificado na contabilidade dos destinatários a real situação das Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619.

Através de petição de fls. 282/283, o recorrente informou a conclusão do processo administrativo que tramitava na SEFAZ/SP, sendo reconhecido a inexistência das operações descritas nas Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619, motivando, assim, o indeferimento do pedido de diligência.

Consta à fl. 285 notificação da SEFAZ/SP, autorizando o recorrente a cancelar as referidas notas fiscais, o que foi realizado, conforme documentos de fls. 287/292.

Pela análise dos documentos trazidos ao processo, constato que, de fato, as operações abarcadas pelas Notas Fiscais nºs 9617, 9618 e 9619 não foram concretizadas, em razão do cancelamento das mesmas.

Deste modo, considerando que as operações não ocorreram, não há como manter a exigência de uma obrigação inexistente.

Por oportuno, transcrevo parte do voto divergente de Primeira Instância, por me coadunar com o entendimento ali registrado:

A autuação foi apenada 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.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar a infração 2 Improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0053/12-0, lavrado contra **COMERC COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$515.287,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS