

**A. I. Nº** - 210404.0002/15-2  
**AUTUADO** - BRANOX INDUSTRIA E COMERCIO DE METAIS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSE MARIA DIAS FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 26.07.2016

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0040-06/16**

**EMENTA:** ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. **a)** ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. Infração não contestada. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE DÉBITOS LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E O LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Não ficou comprovada nos autos a existência das divergências apontadas. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/11/2015 exige ICMS no valor de R\$81.891,77, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS

Infração 01- 03.08.04. Recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia- Desenvolve, nos meses de janeiro/2012 a dezembro de 2014, no valor de R\$75.376,97.

Infração 02- 03.01.03-. Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$6.514,80.

O autuado apresentou impugnação, fls.30, afirmando ser tempestiva a defesa pois apresentada no prazo de 60 dias previsto no art.132, inciso II da Lei nº 3.956/81.

Transcreve o teor da infração 02 e diz que a mesma não merece prosperar pois no dia 01/10/2013, em uma de suas operações rotineiras e em cumprimento à sua obrigação tributária acessória, iniciou o procedimento de emissão da Nota Fiscal (NFe) nº 14.152. Ocorre que o sistema da SEFAZ estava fora do ar e essa situação acarretou em uma falha na transmissão da respectiva NFe, razão pela qual o seu cancelamento foi realizado, conforme pode se constatar, por meio da análise do Livro de Registro de Saída, cuja fotocópia anexou.

Prossegue esclarecendo que no mesmo dia por volta das 10 horas e 56 minutos, a NFe 14152, devidamente cancelada, foi substituída pela NFe 14153. Ressalta que no campo de informações complementares da NFe 14153 consta, expressamente, o dado de que a respectiva DANFE foi emitida em contingência pelo motivo de que o sistema da SEFAZ estava fora do ar.

No dia 25/11/2013, a empresa autuada encaminhou um requerimento direcionado ao Inspetor da Secretaria da Fazenda de Feira de Santana – BA pleiteando o cancelamento de quatro Notas Fiscais, dentre elas constou especificamente a NFe 14152, pelo motivo de falha na transmissão, conforme documento que anexou.

Posteriormente, através do parecer final do processo administrativo nº 42392120139 foi alertado para o fato de que com a redação do artigo 92 do Decreto 13.780/2012 (Regulamento do ICMS/BA), não é mais necessário a autorização da INFAZ para o cancelamento de NFe.

Conclui que de acordo com diretrizes informadas, a redação da norma é clara ao possibilitar que o próprio emitente autorizado a fazer uso de NFe, realize o cancelamento, em prazo não superior definido em ato COTEPE, desde que não tenha ocorrido o fato gerador que enseje o recolhimento

do tributo em comento (qual seja: circulação de mercadoria ou prestação do serviço), sendo que, consoante o Ato COTEPE ICMS 13/2010 que alterou o artigo 1º do Ato OCTEPE/ICMS n.º 33/2008, o prazo em voga é de 24 (vinte e quatro) horas.

Afirma que para sua surpresa, apesar do cancelamento da NFe 14152 no Livro de Registro de Saída e o correto atendimento ao prazo exigido na legislação tributária, o sistema da SEFAZ cometeu mais um erro no sentido de que classificou o documento fiscal cancelado como em situação autorizada, o que desencadeou em grave prejuízo para a contribuinte visto que a empresa foi autuada em valor incompatível com a primazia da realidade.

Reafirma que, no que concerne à situação que envolve a infração 02, cumpriu com perfeição os termos da legislação tributária vigente ao tempo do fato, pois a própria emitente, uma vez autorizada a usar NFe, realizou o cancelamento da Nota Fiscal no mesmo dia da sua emissão (01/10/2013), ou seja, muito antes de findar o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, desta forma, não há que se falar em necessidade de emissão de Nota Fiscal de entrada para reposição de mercadoria em estoque e utilização do crédito tributário.]

Enfatiza que a empresa praticou exatamente a conduta pautada nos termos da legislação vigente, motivo pelo qual, em homenagem ao Princípio da Legalidade, insculpido do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, não pode sofrer nenhuma punição por conta disso, sob pena de cometimento de injustiça fiscal.

Entende que existe uma norma tributária que permite que o contribuinte autorizado a fazer uso de NFe realize o seu cancelamento, dispensando adoção de qualquer outro procedimento, desde que observe o prazo exigido de 24 (vinte e quatro) horas e que não tenha praticado o fato gerador que enseje a exação. Neste ínterim, é notório que o fisco não pode adotar condutas destoantes daquelas previstas no ordenamento tributário, sob pena de caracterizar ofensa ao princípio retro mencionado.

Esclarece mais uma vez que ciente de que praticaria o fato gerador do ICMS, notadamente no que tange à operação relativa à circulação de mercadoria, cumpriu com a sua obrigação tributária por meio da emissão da Nota Fiscal. Ocorre que, como já exaustivamente explicado, a NFe 14.152 apresentou falha na transmissão, motivo pelo qual foi devidamente cancelada em observância ao artigo 92 do Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA), ou seja, a obrigação foi efetivamente cumprida.

Enfatiza que a obrigação tributária em tela foi efetivamente sanada com a emissão da NFe 14.153, a qual, por sua vez, substituiu a NFe 14.152, ou seja, só houve um e apenas um fato gerador, de modo que qualquer cobrança excessiva que sobrevenha da mesma relação jurídica tributária resultará em *bis in idem*.

Conclui que a conduta investigada encontra respaldo na própria legislação estadual, e sendo assim a infração 02 deve ser declarada improcedente e, consequentemente extinto pela própria autoridade fiscal julgadora.

Finaliza requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional até o julgamento da presente Impugnação Administrativa e anulado o lançamento impugnado.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 90/91, faz um resumo dos argumentos da defesa nos seguintes termos:

- a) A diferença trata da emissão indevida da Nfe nº 14152 (emitida dia 01/10/2013 às 09:18h);
- b) Que após emissão da Nfe 14152, percebendo que o sistema estava “fora do ar”, entendeu que poderia ter apresentado falha na transmissão, promovendo assim seu cancelamento de imediato conforme determina o art. 1º do ato COTEP/ICMS nº 33/2008;
- c) Que em substituição, emitiu a Nfe nº 14153 (dia 01/10/2013 às 10:56h) em contingência, dado que o sistema da Sefaz continuava fora do ar (protocolo nº 129130083713863);

- d) Que detectando erro no Sistema da SEFAZ em classificar a Nfe 14152 como autorizada ao invés de cancelada, peticionou junto à Infaz Feira de Santana, processo nº 42921/2013-9 pedido de cancelamento da referida Nfe, uma vez já expirado o prazo para próprio cancelamento;
- e) Em parecer exarado pela SEFAZ, exalta como condição para tal procedimento o art. 92 do RICMS/2012 a emissão de nota fiscal de entrada para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal, quando for o caso. O contribuinte, mesmo tomando ciência da reposta da SEFAZ, não adotou tal procedimento.

Diz que o contribuinte alega a inexistência de dolo em sua conduta no que tange a promover sonegação do ICMS com emissão de notas fiscais e posterior cancelamento irregular, sob o argumento de que a causa foi um problema técnico da SEFAZ, levando o mesmo a adotar providências as quais julgou serem corretas. Externa o seu entendimento de que não cabe ao contribuinte, ao seu livre arbítrio, por conveniência e oportunidade, adotá-las ou não.

Neste sentido, o contribuinte ao tomar ciência do parecer dado pela Sefaz optou por não adotar as obrigações acessórias ali contidas, estabelecidas com base no art. 92 do RICMS/97. Neste ponto, o contribuinte assumiu de forma deliberada os riscos e consequências que sua conduta poderiam lhe causar.

Finaliza requerendo a manutenção integral do Auto de Infração.

## VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de duas infrações. O autuado na apresentação da defesa se reportou exclusivamente em relação à infração 2. Portanto, não existe lide a ser julgada em relação a esta infração 1, pois o sujeito passivo acabou por reconhecer a sua subsistência, devendo ser aplicado o disposto no artigo 140, do RPAF/99. Mantido este lançamento.

A infração 2 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre o valor lançado no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o lançado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O impugnante nas razões defensivas alega que a diferença apontada pelo Fisco é decorrente da inclusão indevida da nota fiscal eletrônica NFe número 14.152 que foi devidamente cancelada e substituída pela NFe número 14.153. Afirma que o cancelamento foi realizado dentro do prazo regulamentar de 24 horas.

Compulsando os autos, vejo que o levantamento fiscal teve como base o comparativo entre os valores dos débitos destacados nas notas fiscais de saídas inseridos nas planilhas de fls. 16/23, elaborada pela fiscalização, e o registrado no livro Registro de Apuração do ICMS, anexado em meio magnético à fl. 07.

Da análise da referida planilha verifico que foram considerados os valores referentes às notas fiscais eletrônicas números 14.152 e 14.152, no valor de R\$6.514,80, cada uma, cujas fotocópias foram anexadas às fls. 24 e 25.

De fato observo que o documento em questão foi efetuado dentro do prazo regulamentar previsto no art. 92 do RICMS/2012, vigente à época do fato gerador, no caso, 24 horas contado após o momento da concessão da autorização de uso. No caso sob análise a nota fiscal cancelada a de nº 14.152 foi autorizada em 01/10/2013 e em substituição foi emitida a de nº 14.153, nesta mesma data. Portanto, desnecessária a emissão da nota fiscal de entrada para regularização de estoque prevista no § 1º do art. 92.

Por outro lado observo que a nota fiscal cancelada a de nº 14.152 foi registrada no livro Registro de Saídas sem valor monetário, obedecendo o disposto no § 1º do art. 96 do RICMS/2012.

Neste caso, entendo que a fiscalização considerou indevidamente o valor do débito referente a nota fiscal de nº 14.152 o que gerou a diferença apontada no presente lançamento. Ademais, constato que não restou comprovado nos autos divergência entre os valores lançados no Livro registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, já que o contribuinte escriturou a nota fiscal em questão sem valor monetário. Julgo improcedente a infração 02.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210404.0002/15-2**, lavrado contra **BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.-ME.**, devendo ser intimado o autuado para recolher o valor de **R\$75.376,97**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2016

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR