

A. I. N° - 108595.0001/16-8
AUTUADO - BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S. A.
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21.11.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0184-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração elidida. 3. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. NOTAS FISCAIS IRREGULARMENTE CANCELADAS. O sujeito passivo não adotou o procedimento legal para o cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, tendo o pedido sido denegado pela Inspetoria Fiscal. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/03/2016, exige ICMS no valor de R\$43.335,38, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. ICMS no valor de R\$1.387,46 e multa de 60%.
- 2 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$14.135,08 e multa de 60%.
- 3 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Notas Fiscais válidas lançadas como canceladas ou denegadas. ICMS no valor de R\$27.812,84 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 46 a 56, e no que tange à infração 01, aduz que não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, eis que as notas fiscais em comento se referiram às devoluções de vendas para empresas optantes do Simples Nacional, razão pela qual, apesar da ausência de destaque do ICMS, o autuado fez jus ao aproveitamento do crédito.

Em relação à infração 02, sustenta que a autuação também não merece prosperar, vez que a empresa goza de incentivo fiscal, pelo qual lhe é deferido o recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo no estabelecimento para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Igualmente assevera que há de ser desconstituído o lançamento decorrente da infração 03, vez que as notas fiscais em que se baseou o autuante não deram ensejo à circulação de mercadoria e, muito antes da autuação, tiveram seu cancelamento solicitado junto ao fisco, que indevidamente o indeferiu.

Assim, na infração 01, conforme se lê das referidas notas, ora anexadas, as operações por elas amparadas correspondem às devoluções de vendas para empresas optantes do Simples Nacional. Ou seja, o autuado vendeu mercadorias a empresas do SIMPLES e, por problemas com os produtos, estes foram devolvidos. Menciona o art. 541 do RICMS/BA, porém as empresas do SIMPLES, por não adotarem o regime de apuração normal de ICMS, não podem destacar ICMS nas notas fiscais que emitem, mesmo que tratem apenas de devolução de mercadorias. Transcreve o art. 454 do RICMS, e vez que as NFs de devolução que anexa comprovam as devoluções de forma

inequívoca, o autuado faz jus ao aproveitamento integral do crédito do imposto que havia pago na saída, calculado à alíquota de 17%, como efetivamente ocorreu. Destaca que consta das referidas NFs, no campo “informações complementares”, o valor do ICMS pago na saída, a fim de certificar o montante a ser creditado por ocasião da devolução.

Na infração 02, aduz que o autuante desconsiderou o incentivo fiscal concedido pela Resolução PROBAHIA 41/2010. Tem, na forma do art. 2º da Resolução 41/2010, jus a incentivo fiscal para recolher o diferencial de alíquotas de ICMS em aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo no estabelecimento, apenas no momento da sua desincorporação.

O referido benefício encontra espeque no art. 5º, I do Decreto Estadual 6.734/97 e mais ainda o § 3º desse art. 5º estabelece que “fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto diferido se a desincorporação dos bens de que trata este artigo ocorrer após o segundo ano de uso no estabelecimento”. Com efeito, o lançamento em questão só poderia ser feito em caso, e no momento de eventual desincorporação dos bens do ativo imobilizado do autuado, e desde que houvesse ocorrido antes do prazo de dois anos contados da aquisição. Pede a improcedência da autuação.

Quanto à infração 03, o autuante observa, no Auto de Infração, que a disparidade foi em decorrência da não inclusão na base de cálculo de imposto referente a notas fiscais válidas para a Fiscalização, mas lançadas pela autuada como canceladas ou denegadas.

Aduz que o lançamento não há de prosperar, isso porque as Notas Fiscais em questão, elencadas no demonstrativo analítico “Notas válidas lançadas como canceladas ou denegadas” anexo ao AI, não deram ensejo à circulação de mercadoria, por terem sido elaboradas com erros que comprometeram sua emissão.

Por esta razão, inclusive, o autuado solicitou, muito antes da lavratura do AI, o cancelamento de tais NFs, na forma da legislação então vigente, mas foi arbitraria e ilegalmente indeferido pela SEFAZ.

Com efeito, com amparo no então vigente teor do art. 92, parágrafo único do RICMS/BA, protocolou, em agosto/2013, petição dirigida ao Inspetor da INFRAZ DAT-METRO solicitando o cancelamento das NFs em questão (DOC. 06).

Como se lê do referido documento, a autuada, obedecendo a todas as formalidades exigidas pela legislação:

- Justificou o cancelamento argumentando que as NFs foram elaboradas com erros, tendo sido emitidas outras em substituição para amparar as mesmas operações;
- Indicou as chaves de acesso de cada uma das NFs canceladas;
- Declarou taxativamente que os documentos não deram azo à circulação de mercadoria, tendo sido as NFs substitutas – e não as canceladas – enviadas aos destinatários;
- Anexou os arquivos XML contendo os pedidos de cancelamento assinados digitalmente e escriturados conforme Ato COTEPE.

Com efeito, embora todas as exigências previstas pela legislação tenham sido obedecidas pela autuada, o Fisco rejeitou o pleito arguindo apenas que o caso se enquadraria no inciso IV do art. 10, pelo qual se considera a petição *“ineficaz, quando insuscetível de surtir os efeitos legais pretendidos, por falta de requisitos fundamentais”*. (doc. 07)

Porém, como se lê da decisão, não é especificado em momento algum qual(is) teria(m) sido esse(s) requisito(s) descumprido(s) pela autuada no seu pedido de cancelamento.

De fato, consoante se verifica do DOC. 06, todas as formalidades exigidas pela legislação de regência foram devidamente cumpridas.

Assim sendo, a autuada impugnou o indeferimento através de nova petição protocolada em março/2014 (DOC. 08), expondo e aprofundando as razões para cancelamento das NFs, ressaltando que os documentos não ensejaram circulação de mercadoria.

Tratou ainda de proceder à juntada de planilha pormenorizada resumindo todas as informações atinentes ao cancelamento para cada uma das NFs objeto da solicitação.

Novamente, o pedido foi indeferido por meio de decisão da Inspetoria (DOC. 09). Desta feita, porém, como se lê do documento, o motivo do indeferimento ficou claro: o Decreto Estadual 15.163, de 30 de maio de 2014, haveria extinto a possibilidade de cancelamento de NFs via requerimento à Inspetoria, devendo o contribuinte emitir NF de entrada para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal.

Contudo, como se observa de plano, a justificativa em apreço não se sustenta, pelo que não pode o cancelamento ser desconsiderado.

Isso porque, conforme se verifica dos documentos acostados a estes autos, o pedido originário de cancelamento data de agosto de 2013 (DOC. 06), enquanto a impugnação ao indeferimento do cancelamento data de março de 2014 (DOC. 08).

Portanto, ambos os pedidos foram ANTERIORES à extinção do procedimento de cancelamento via requerimento à Inspetoria feita pelo Decreto 15.163, de 30 de maio de 2014.

Obviamente, então, que o teor de tal Decreto não poderia jamais retroagir para prejudicar a autuada e inviabilizar requerimento já realizado conforme todos os requisitos da lei vigente quando de sua elaboração.

Desse modo, o indeferimento do cancelamento, por parte da Inspetoria, consistiu, data vénia, em ato ilegal, e não poderia jamais servir ao lançamento de ICMS sobre as NFs que se intentou cancelar.

Sobretudo porque a documentação ora juntada comprova que as NFs NÃO DERAM AZO À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, tendo sido emitidas outras em substituição para amparar as mesmas operações.

Por isso, inclusive, o autuante cuidou de apontar que as referidas NFs constavam como CANCELADAS na escrita fiscal.

Assim, se faz indevido o lançamento de ICMS sobre as NFs em pauta, eis que seu cancelamento foi regularmente solicitado e os documentos não deram ensejo à circulação de mercadoria – não podendo, portanto, ser considerados como prova de fato gerador do imposto.

Destarte, requer a autuada seja declarada a improcedência do AI em relação ao lançamento pertinente à Infração 03.

Ao final, requer o cancelamento do AI, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como diligências, perícias, juntada posterior de documentos.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 114 a 115, e acata as alegações do contribuinte referentes à infração 01. Também acata os argumentos relativos à infração 02, conforme a Resolução 41/2010 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA.

Mantém a infração 03, pois o autuado já lhe dá os argumentos para a manutenção da autuação, vez que o pedido de cancelamento foi indeferido pelo fisco. Não analisa se o pedido de cancelamento foi indeferido indevidamente ou não, pois cabe-lhe apenas autuar.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto 7.629/99), encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o Auto de Infração decorreu do cometimento de três irregularidades, sendo que as razões de defesa apresentadas para as infrações 01 e 02 foram acatadas pelo autuante, que solicitou a improcedência das mesmas. Desse modo, acompanho o autuante, improcedentes as infrações 01 e 02.

A infração 03 decorreu do recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente

escrituradas. Foi detectada a presença de notas fiscais válidas lançadas como canceladas ou denegadas, cujo demonstrativo encontra-se às fls. 28/29 do PAF.

No demonstrativo analítico em comento, estão as chaves dos documentos fiscais eletrônicos individualizados, com as respectivas numerações, valor do documento, base de cálculo, e ICMS, ICMS/ST.

Consoante a legislação, pertinente à Nota Fiscal Eletrônica, nenhuma nota fiscal pode ter seu número inutilizado. Cada número ou serie de NF-e poderá encontrar-se apenas em uma das seguintes situações: ter sido utilizado por uma NF-e, autorizada, cancelada ou denegada, ou então ter sido inutilizado (ou ainda não ter sido utilizado pela empresa em nenhuma dessas situações). Assim, após o número estar ocupado com uma NF-e, seja autorizada, cancelada ou denegada, não poderá mais ser utilizado.

Durante a emissão de NF-e é possível que ocorra, eventualmente, por problemas técnicos ou de sistemas do contribuinte, uma quebra de sequência da numeração. A inutilização de número de NF-e tem a finalidade de permitir que o emissor comunique à SEFAZ, até o décimo dia do mês subsequente, os números de NF-e que não serão utilizados em razão de ter ocorrido uma quebra de sequência da numeração da NF-e. A inutilização de número só é possível caso a numeração ainda não tenha sido utilizada em nenhuma NF-e (autorizada, cancelada ou denegada).

A inutilização do número tem caráter de denúncia espontânea do contribuinte de irregularidades de quebra de sequência de numeração, podendo o fisco não reconhecer o pedido nos casos de dolo, fraude ou simulação apurados.

Uma NF-e autorizada pela SEFAZ não pode mais ser modificada, mas se os erros forem detectados pelo emitente antes da circulação da mercadoria, a NF-e poderá ser cancelada e então emitida uma Nota Eletrônica com as correções necessárias.

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo fisco, e desde que não tenha ocorrido o fato gerador, ou seja, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento.

As NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação vigente.

Na presente lide, constato que a sociedade empresária ingressou com pedido de cancelamento das notas fiscais eletrônicas, por terem sido emitidas em desconformidade com a venda que deveria amparar, sendo que a referida venda teria sido registrada em outro documento fiscal, em documento de fls. 31/33. Salientou na ocasião que por se tratar de cancelamento de NF-e em prazo superior ao determinado pelo Ato COTEPE 35/2010 – por conta de falha do sistema da empresa, que não processou o pedido de cancelamento anterior no prazo legal – valeu-se do expediente para solicitar a correção do equívoco, conforme art. 92, parágrafo único do RICMS/BA. Declarou ainda a ausência da circulação da mercadoria e informou que “os números das chaves de acesso das Notas Fiscais estão conforme relação anexo.” Anexou os arquivos XML contendo os pedidos de cancelamento, assinado digitalmente e estruturado nos termos do item 4.3 do Manual de Integração – Contribuinte, aprovado por Ato COTEPE. Pedido formulado em 01 de novembro de 2013.

Ressalto que as notas fiscais eletrônicas, objeto da infração, datam de maio, agosto, setembro de 2011 e de janeiro, fevereiro, julho, agosto, setembro e dezembro de 2012, ou seja, foram emitidas com grande lapso de tempo do pedido de cancelamento.

Após análise do pedido, foi emitido o Parecer Final do Processo nº 30862/2013, de fls. 35/36, no qual resta a conclusão de que ocorreu falta de clareza do pedido e documentos que substituíram as notas fiscais. Conforme previsão legal a petição foi considerada ineficaz, pelo indeferimento.

Ressalto que o art. 92 do RICMS/2012, no parágrafo único reza que após a concessão de Autorização de uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento em prazo não superior ao máximo definido em Ato Cotepe, contado do momento em que foi concedida a respectiva

Autorização de Uso, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria, ou prestação de serviço.

Outrossim, de acordo com a legislação aplicável à época dos fatos geradores, a solicitação deverá estar pormenorizada e devidamente comprovada. Neste caso, o contribuinte deverá explicar de forma clara o motivo da solicitação e anexar cópias dos documentos que substituíram as notas fiscais objeto do pleito.

Logo, pelas razões expendidas, foi aplicado o art. 10 do RPAF/99, sendo indeferida de plano a petição, por ineficaz, quando insuscetível de surtir os efeitos legais pretendidos, por falta de requisitos fundamentais, quais sejam, os documentos que teriam sido emitidos logo após o cancelamento das notas fiscais eletrônicas em lide, devidamente demonstrada a vinculação com as mesmas.

Inconformada a sociedade empresária ingressa com novo pedido, conforme documento de fls. 101/105, no qual justifica que expõe na planilha em anexo (doc. 03), os detalhes das operações, requerendo que a inspetoria analise o referido documento. Informa que procederá à posterior juntada das NFes emitidas em substituição às canceladas, eis que no exíguo prazo que deteve para formular a impugnação, não deteve tempo hábil para realizar os respectivos levantamentos. Isto em 07 de março de 2014.

Novamente, por meio do Parecer Final nº 18139 2014, fls. 109/110, foi-lhe indeferido o pedido, desta feita sob a justificativa de que o contribuinte deverá seguir as instruções do Decreto 15.163, de 30 de maio de 2014, para regularizar a situação da nota fiscal eletrônica emitida.

O Decreto 15.163 de 30 de maio de 2014 impossibilita o ingresso de processos de solicitação de cancelamento na nota fiscal eletrônica. Após o prazo máximo referido no art. 92 do RICMS/2012, fica admitida a emissão de Nota Fiscal (entrada) para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal, quando for o caso. Também no campo informações complementares da nota fiscal de entrada, referida no § 1º, deverá constar o número da nota fiscal incorreta e o motivo da incorreção.

Constatou que nada disso foi providenciado pela sociedade empresária, nem no prazo legal, nem até o momento. Ademais não há qualquer documento que vincule as notas fiscais canceladas com as notas fiscais de emissões posteriores, pelo que julgo procedente a infração em comento.

Assim não encontra amparo a impugnação do patrono da sociedade empresária, no sentido de que teria sido prejudicado no segundo indeferimento, datado de 06/08/2014, que estaria retroagindo para alcançar fatos relativos aos exercícios de 2011 e 2012, posto que, em nenhum momento, foram adotados, de sua parte, os procedimentos cabíveis para justificar o cancelamento das notas fiscais eletrônicas. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0001/16-8**, lavrado contra **BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.812,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso, II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR