

PROCESSO - A. I. Nº 269511.3002/16-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CLAUDINO S/A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0088-04/17
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/11/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0373-12/17

EMENTA: ICMS. MULTA. UTILIZAÇÃO DE NOTA FISCAL MODELO 1 OU MODELO 1-A EM SUBSTITUIÇÃO A NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Tendo se enquadrado na hipótese de obrigatoriedade prevista no inciso II da Cláusula Segunda do Protocolo 42/09, agiu corretamente a JJF ao mandar excluir da autuação, além das demais operações, todas aquelas saídas interestaduais que se enquadrassem na exceção prevista no inciso II do § 1º da cláusula citada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão da 4ª JJF Nº 0088-04/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 08/06/2016, para reclamar multa no valor histórico de R\$187.461,41, em decorrência da “*utilização indevida de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, nos exercícios de 2012 e 2013*”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 25/05/2017 (fls. 205 a 212) e decidiu pela procedência em parte do lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O presente Auto de Infração exige multa de caráter acessório pela utilização indevida pelo contribuinte de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica nos exercícios de 2012 e 2013 já que o autuado era emissor de NF-e desde 03/12/2010, conforme consta nos registros desta Secretaria de Fazenda (Relatório: NF-e – Nota Fiscal Eletrônica fl. 10).

Antes de adentrar na análise da presente lide faço a seguinte observação: é equivocado o entendimento externado pelo autuante de que o impugnante havia entendido que a acusação seria da utilização indevida da NF-es. Entendeu ele perfeitamente o que se acusava, ou seja, utilização indevida de nota fiscal Modelo 1 em substituição a NF-e.

Embora não expressando claramente razões de nulidade da ação fiscal, diz o impugnante que a ação fiscal foi realizada a revelia da legislação tributária posta e vigente à época dos fatos geradores, uma vez que somente se encontrava obrigado a emitir NF-es na forma determinada pela Protocolo ICMS 42/2009. Em assim sendo, houve afronta aos princípios da reserva legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ao analisar o Auto de Infração nele consta o infrator, a base da multa aplicada, os dispositivos regulamentares infringidos e demais dados que lhe deram sustentação. Ou seja, as regras contidas no art. 39, do RPAF/BA foram fielmente cumpridas. O contribuinte teve todo e completo direito de defesa, o exercendo, inclusive se manifestando por duas vezes, demonstrando ser completo conhecedor das infrações ora a ele imputadas. E, relembro, neste momento, as disposições do § 2º do art. 18, do RPAF/BA: Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade. Em assim sendo, não existiu afronta ao contraditório ou ao princípio da ampla defesa.

E se houve interpretação equivocada do autuante a respeito das determinações da norma legal, este é fato que não leva o lançamento fiscal à nulidade, mas sim, a sua improcedência.

No mérito, todo o questionamento do impugnante é que somente estava obrigado a emitir NF-e nas situações prevista nos incisos I, II e III da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 42/09, com as ressalvas previstas no seu § 1º, incisos I e II.

A empresa autuada tem por atividade o comércio varejista no ramo de vendas de móveis e eletrodomésticos (CNAE 47.13-0-01 - Lojas de Departamentos ou Magazines). Como acima informado, emitiu a primeira NF-e em 03/12/2010, porém somente estava obrigado a emitir, no período fiscalizado, tais documentos fiscais na forma determinada pela legislação tributária. É por tal motivo que nos controles da SEFAZ (fl. 10) consta a sua não obrigatoriedade.

Ao observar as determinações do art. 231-P do RICMS/97 (dispositivo legal dito infringido pelo autuante), vê-se claramente que ele repete as determinações dos Protocolos ICMS 10/2007 e 42/2009. Na mesma linha segue o art. 83, do RICMS/12, que somente para pontuar a questão em lide, transcrevo os seus §§ 2º, 3º e 4º.

§ 2º São obrigados à emissão de NF-e os contribuintes que tenham como atividade econômica as listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, além das operações neles especificadas.

§ 3º Outros acordos interestaduais poderão prorrogar os prazos de obrigatoriedades para emissão de NF-e, previstos nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09.

§ 4º Além das exclusões previstas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, a emissão de NF-e também não se aplica:

I - nas vendas a consumidor final, efetuadas por contribuintes obrigados à utilização de ECF;

II - no fornecimento de energia elétrica.

Ou seja, diante da atividade exercida pelo contribuinte e diante das determinações impostas pelo Protocolo ICMS 10/2007, absorvidas pela norma regulamentar deste Estado, este não se aplica a presente discussão, pois não trata de empresas varejistas no ramo de atividade do impugnante.

Resta, então, a análise do Protocolo ICMS 42/2009, vigente à época dos fatos geradores, com grifos não originais.

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

§ 2º A obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal Eletrônica - NF-e prevista no caput não se aplica:

I -

II -

III -

IV - a critério de cada unidade federada, ao estabelecimento do contribuinte que não esteja enquadrado em nenhum dos códigos da CNAE constantes da relação do Anexo Único, observado o disposto no § 3º;

V -

§ 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.

§ 4º As unidades da Federação poderão utilizar o Código de Atividade Econômica - CAE em substituição ao correspondente código CNAE.

Cláusula segunda Ficam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações:

I - destinadas à Administração Pública direta ou indireta, inclusive empresa pública e sociedade de economia mista, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente;

III - de comércio exterior.

§ 1º Caso o estabelecimento do contribuinte não se enquadre em nenhuma outra hipótese de obrigatoriedade de emissão da NF-e:

I - a obrigatoriedade expressa no caput ficará restrita às hipóteses de seus incisos I, II e III;

II - a hipótese do inciso II do caput não se aplica ao estabelecimento de contribuinte exclusivamente varejista, nas operações com CFOP 6.201, 6.202, 6.208, 6.209, 6.210, 6.410, 6.411, 6.412, 6.413, 6.503, 6.553, 6.555, 6.556, 6.661, 6.903, 6.910, 6.911, 6.912, 6.913, 6.914, 6.915, 6.916, 6.918, 6.920, 6.921.

§ 2º O disposto no inciso I do caput desta cláusula somente se aplica nas operações internas praticadas pelos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e pelo Distrito Federal, a partir de 1º de abril de 2011.

Ao observar o Anexo único deste Protocolo, a atividade comercial do impugnante nele não se encontra inserida. Em assim sendo, todas as determinações da sua Cláusula Primeira a ela não se aplica em termos de obrigatoriedade.

Neste momento, ressalto que, independentemente do contribuinte ser obrigado ou ter optado pela emissão da NF-e, as determinações legais são claras e expressas e a elas se deve obedecer.

E para fechar o entendimento do autuante, independentemente da norma ora apresentada, de que como o autuado havia optado por emitir NF-e deveria ser considerado pela legislação como obrigado, observo que o art. 84, § 1º, do RICMS/12 assim não determina, pois somente veda a emissão de NF não eletrônica aos contribuintes obrigados a emitir NF-e, conforme transcrito a seguir.

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;

Art. 84

§ 1º Aos contribuintes obrigados a emitir a NF-e fica vedada a emissão de Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, salvo nos casos previstos na legislação.

E a própria Receita Federal vai de encontro a este argumento. Nas Perguntas e Respostas do seu site consta:

Pergunta: A empresa que se torna voluntária à emissão de NF-e pode emitir nota fiscal em papel, modelo 1 e 1-A, enquanto não enquadrada na obrigatoriedade ou deve emitir NF-e em todas as suas operações?

Resposta: A empresa voluntariamente emissora de NF-e deverá, preferencialmente, emitir o documento fiscal eletrônico em substituição às notas fiscais em papel modelo 1 e 1-A. Existem unidades da Federação que a empresa poderá continuar emitindo essas notas fiscais em papel, e a substituição completa pela NF-e só ocorrerá no momento em que a empresa se enquadrar em alguma obrigatoriedade, enquanto em outras uma vez que a empresa tenha sido credenciada como emitente de NF-e, não mais poderá emitir a nota modelo 1 ou 1-A.

Feitas tais colocações, e continuando a análise da legislação posta, a empresa autuada encontrava-se obrigada, quando dos fatos geradores, nas determinações de sua Cláusula segunda e com a exceção das operações comerciais com os diversos CFOPs no referido Protocolo indicados. Como não existiram operações comerciais incluídas nos incisos I e III, somente o inciso II poderia ao autuado ser aplicado, fato que motivou o pedido de diligência feito por esta 4ª JJF.

O autuante cumpriu o que foi solicitado, apresentando novo demonstrativo de débito, o que motivou manifestação da empresa, que trouxe aos autos um novo argumento, ou seja, de que as operações com CFOPs 6152 e 6409 (autuadas e indicadas), constantes desta forma na sua EFD, na realidade foram operações internas (CFOP 5912 - Remessa para este Estado de mercadoria ou bem para demonstração, mostruário ou treinamento), conforme consignado nas notas fiscais.

Como o autuado apensou aos autos cópia de todas as notas fiscais por ele indicadas (fls. 101/149) e cópia dos Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços (fls. 151/201), os analisei, inclusive os comparando com o novo demonstrativo de débito apresentado pelo autuante, constatando:

- 1. Todos os documentos fiscais são vias fixas do talonário da empresa*
- 2. Todos os destinatários (outro estabelecimento da empresa autuada) estão situados neste Estado, o que afasta, de pronto, qualquer CFOP 6000 – Saídas ou Prestações de Serviços para Outros Estados.*
- 3. Os documentos fiscais indicados são todos aqueles que permaneceram na autuação após saneamento (destinatário, data de emissão, valor e demais dados).*
- 4. Ao analisar a forma de como tais documentos foram escriturados na EFD da empresa, observa-se que foram eles corretamente escriturados, inclusive indicando a operação como uma venda interna (BA) com uma única exceção, ou seja, escriturados na EFD com CFOP 6152 ou 6409, o que demonstra o erro de escrituração e não da emissão do documento fiscal.*

Como neste momento esta decisão se limita á acusação, precisamente, multa de caráter acessório pela utilização indevida de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica e diante

do princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, somente posso alinhar-me com as razões de defesa. De igual forma, tais documentos fiscais devem ser excluídos do valor do débito ora exigido.

Baseado no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante e constante das fls. 94/96 dos autos, voto pela Procedência Parcial da autuação no valor de R\$407,76, conforme a seguir indicado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

DATA	Nº NF	CFOP	VALOR OPERAÇÃO	MULTA (2%)
28/01/2012	9388	2403	249,00	
TOTAL JAN/12			249,00	4,98
13/02/2012	9501	2102	1.217,00	
27/02/2012	9516	2202	452,09	
28/02/2012	9521	2202	2.129,00	
TOTAL FEV/12			3.798,09	75,96
12/03/2012	9641	2915	139,00	
13/03/2012	9643	2102	80,40	
13/03/2012	9644	2202	68,40	
22/03/2012	9661	2102	87,20	
TOTAL MAR/12			375,00	7,50
09/04/2012	9786	2915	180,00	
TOTAL ABR/12			180,00	3,60
17/05/2012	9911	2202	391,33	
17/05/2012	9911	2202	342,18	
22/05/2012	9917	2202	424,70	
TOTAL MAI/12			1.158,21	23,16
01/06/2012	10014	2102	728,40	
08/06/2012	10018	2202	1.189,00	
08/06/2012	10025	2202	599,00	
18/06/2012	10032	2102	1.040,00	
TOTAL JUN/12			3.556,40	71,13
16/07/2012	10165	2202	373,50	
TOTAL JUL/12			373,50	7,47
03/08/2012	10336	2202	626,20	
TOTAL AGO/12			626,20	12,52
13/09/2012	10507	2202	1.820,00	
21/09/2012	10510	2411	259,00	
TOTAL SET/12			2.079,00	41,58
08/11/2012	10716	2202	40,72	
TOTAL NOV/12			40,72	0,81
13/12/2012	10848	2202	443,60	
26/12/2012	10866	2202	445,20	
TOTAL DEZ/12			888,80	17,78
09/01/2013	10965	2202	359,00	
22/01/2013	10981	2202	451,44	
TOTAL JAN/13			810,44	16,21
01/02/2013	11007	2411	99,20	
05/02/2013	11012	2202	1.160,60	
28/02/2013	11040	2411	352,90	
TOTAL FEV/13			1.612,70	32,25
04/03/2013	11087	2411	120,00	
TOTAL MAR/13			120,00	2,40
08/06/2013	11318	2102	269,00	
13/06/2013	11324	2202	568,80	
TOTAL JUN/13			837,80	16,76
22/07/2013	11412	2202	290,00	
TOTAL JUL/13			290,00	5,80
11/09/2013	11600	2411	249,00	
TOTAL SET/13			249,00	4,98
02/12/2013	11680	2949	936,32	
TOTAL OUT/13			936,32	18,73
29/11/2013	11785	2202	538,90	
TOTAL NOV/13			538,90	10,78
04/12/2013	11835	2202	283,12	
04/12/2013	11835	2202	369,98	
13/12/2013	11844	2202	596,80	
14/12/2013	11848	2202	417,90	
TOTAL DEZ/13			1.667,80	33,36
TOTAL				407,76

....”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JF (Acórdão Nº 0088-04/17) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$187.461,41 para R\$407,76, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o recurso de ofício.

Quanto ao mérito, verifico que a desoneração se relacionou à decretação de procedência parcial da única infração, sendo este o objeto do presente recurso.

A Infração 01 acusa o sujeito passivo de “*utilização indevida de Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, nos exercícios de 2012 e 2013*”. O sujeito passivo se opôs ao lançamento, alegando que a obrigatoriedade de emissão de NF-e, em substituição às notas fiscais modelo 1 ou 1-A, restringia-se às operações de vendas a órgãos públicos e/ou transferências destinadas a contribuintes localizados em outras unidades da Federação, sendo inaplicável (tal regra) às demais saídas internas.

Em sua informação fiscal, o autuante não acolhe as razões defensivas, tendo afirmado que, a partir do momento em que o contribuinte faz a opção pela emissão de NF-e, passa a ter as mesmas obrigações dos demais contribuintes obrigados ao uso.

Considerando que o CNAE do sujeito passivo não se encontra listado no Anexo Único do Protocolo ICMS 42/09, a 4ª JF, em seu julgamento, ressaltou que o contribuinte não estava obrigado a emitir NF-e no período da autuação, exceto no que se refere às operações interestaduais previstas no inciso II da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 42/09, c/c o inciso II do seu § 1º, abaixo reproduzidos.

“Cláusula segunda Ficam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações:

...
II - com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente;

...
§ 1º Caso o estabelecimento do contribuinte não se enquadre em nenhuma outra hipótese de obrigatoriedade de emissão da NF-e:

...
II - a hipótese do inciso II do caput não se aplica ao estabelecimento de contribuinte exclusivamente varejista, nas operações com CFOP 6.201, 6.202, 6.208, 6.209, 6.210, 6.410, 6.411, 6.412, 6.413, 6.503, 6.553, 6.555, 6.556, 6.661, 6.903, 6.910, 6.911, 6.912, 6.913, 6.914, 6.915, 6.916, 6.918, 6.920, 6.921.
...”

Nesse sentido, excluiu todas as demais operações que não se enquadravam na regra da obrigatoriedade, disposta no convênio citado.

Consultando a legislação que rege a matéria, é possível notar que a obrigatoriedade de emissão das NF-e se encontra prevista no Caput da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 42/09, abaixo reproduzida.

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

Ou seja, somente se encontra obrigado a emitir NF-e, com base na regra geral, “os contribuintes enquadrados nos códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE descritos no Anexo Único do instrumento normativo citado”.

Como o CNAE da empresa autuada (47.13-0-01 - comércio varejista no ramo de vendas de móveis e eletrodomésticos - Lojas de Departamentos ou Magazines) não se encontra lá listado, a conclusão a que se chega é no sentido de que o sujeito passivo não se encontrava, no período, obrigado a emissão de NF-e, ao menos com base na regra geral citada.

A despeito de não se encontrar vinculado à regra geral, o sujeito passivo praticou operações interestaduais, no período, o que atrai a incidência da norma contida no inciso II da Cláusula Segunda, abaixo reproduzida.

“Cláusula segunda Ficam obrigados a emitir Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, modelo 55, em substituição à Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, a partir de 1º de dezembro de 2010, os contribuintes que, independentemente da atividade econômica exercida, realizem operações:

...
II - com destinatário localizado em unidade da Federação diferente daquela do emitente;
...”

Ora, tendo se enquadrado na hipótese de obrigatoriedade prevista no inciso II acima, agiu corretamente a JJF ao mandar excluir da autuação, além das demais operações, todas aquelas saídas interestaduais que se enquadrassem na exceção prevista no inciso II do § 1º da Cláusula Segunda citada, cuja redação exclui alguns CFOP's, conforme indicado abaixo.

“...
§ 1º Caso o estabelecimento do contribuinte não se enquadre em nenhuma outra hipótese de obrigatoriedade de emissão da NF-e:

...
II - a hipótese do inciso II do caput não se aplica ao estabelecimento de contribuinte exclusivamente varejista, nas operações com CFOP 6.201, 6.202, 6.208, 6.209, 6.210, 6.410, 6.411, 6.412, 6.413, 6.503, 6.553, 6.555, 6.556, 6.661, 6.903, 6.910, 6.911, 6.912, 6.913, 6.914, 6.915, 6.916, 6.918, 6.920, 6.921.
...”

Assim, entendo que agiu em conformidade com a legislação, pois manteve o lançamento apenas naquilo que se reporta às notas fiscais de operações interestaduais, cujo CFOP não se identifica com aqueles listados no inciso II acima.

Não merece, portanto, reparo a Decisão recorrida.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269511.3002/16-0**, lavrado contra **CLAUDINO S.A LOJAS DE DEPARTAMENTOS**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória acessório no valor de **R\$407,76**, prevista no art. 42, XVII, da Lei nº 7.014/1996, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS