

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0012/19-3
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0229-04/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/06/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE NOTA FISCAL MODELO 1 OU MODELO 1-A EM SUBSTITUIÇÃO A NOTA FISCAL ELETRÔNICA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Em análise das razões, considerando que a obrigatoriedade da emissão de documentos fiscais nas operações com o CFOP 6.202 - Devoluções, assiste razão da recorrente quando emitiu as Notas Fiscais Eletrônicas de nºs 14465 e 14064, conforme as comprovações acostadas. Para o parágrafo § 2º, do Art. 83 do RICMS/Ba, não se aplica no caso em tela, tendo em vista temos que a redação original que vigorou até 31/12/2018 fazia referência aos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09. 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, as alegações estão em conformidade com a legislação. Destaca que o inciso I, Art. 84 do RICMS também não o socorre, já que o mesmo remete aos casos previstos na legislação. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, foi lavrado em 25/06/2019, para exigência de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 252.455,33 em face da seguinte acusação relacionada aos exercícios de 2016 e 2017: *“Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica. Tendo em vista que o contribuinte emite notas fiscais para contribuintes situados em outras unidades da federação, conforme prevê a Cláusula segunda, inciso II, do Protocolo ICMS 42/2009, vide demonstrativos anexos”*.

Após as intervenções, a JF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que não há clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois de acordo com a descrição dos fatos inserida no Auto de infração e os levantamentos elaborados pelo fisco que são partes integrantes do mesmo, verifica-se claramente que o ilícito diz respeito a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 173.792,14 relativamente aos exercícios de 2016 2017, sob a acusação de que o autuado utilizou indevidamente Notas Fiscais Modelo 1 ou 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, em desobediência ao constante no Protocolo ICMS 42/2009, Cláusula II, inciso II, tendo em vista que o contribuinte autuado emite notas fiscais para contribuintes localizados em outras unidades da federação.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos

(sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se perfeitamente demonstrado nos papéis de trabalho que o notificado recebeu já que neles está respaldado. Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Argui também, o defendente, que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, cerceando o seu direito e defesa.

Não é o que observo, pois, o procedimento fiscal se iniciou em 17/06//2019, oportunidade em que o contribuinte tomou ciência da intimação, enviada através de DT-e, para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através do documento anexado à fl. 06, apesar desta medida ser dispensável, pois como esclarecido anteriormente, trata-se de descumprimento de obrigação acessória, conforme disposto no art. 29, item I do citado Regulamento:

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal.

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito o defendente suscitou a improcedência do lançamento asseverando que sua atividade não se encontra incluída no rol dos CNAE listados no Anexo I, § 2º IV do Protocolo ICMS 42/09 e também por não se enquadrar na regra constante na Cláusula segunda, II do mesmo Protocolo pois todas as notas fiscais Modelo 1 ou 1-A que emitiu tiveram como destinatários seus estabelecimentos filiais situados neste Estado.

O autuante manteve o lançamento sob o argumento de que o estabelecimento autuado estava obrigado a emitir notas fiscais eletrônicas em virtude do mesmo ter emitido inúmeras notas fiscais destinadas aos Estados de Minas Gerais e São Paulo. Aponta a título exemplificativo a Nota Fiscal nº 14465 emitida em 19/01/2016, conforme indicado no demonstrativo por ele elaborado à fl. 15.

Assevera que o contribuinte se enquadra nas determinações contidas na Cláusula segunda, inciso II do Protocolo ICMS 42/09, não havendo como o autuado emitir em determinadas operações notas fiscais não eletrônicas e em outras notas fiscais eletrônicas, pois vedado pelo disposto no § 1º do art. 84 do RICMS/BA.

Considerando que no processo não foi localizado cópia de quaisquer documentos fiscais emitidos para contribuintes estabelecidos em outra unidade da Federação, emitidos para contribuintes estabelecidos em outra unidade da Federação elencados no demonstrativo de fls. 11 a 255, que deu sustentação ao presente lançamento, inclusive o apontado pelo autuante, o processo foi convertido em diligência para que fossem anexadas cópias de documentos fiscais referentes a operações interestaduais realizadas pelo sujeito passivo no período autuado.

O autuante em cumprimento ao quanto solicitado reafirma que as notas fiscais de saídas emitidas para outros estados foram extraídas da escrita fiscal do contribuinte e como as mesmas não são eletrônicas intimou o contribuinte a apresentar cópias nos referidos documentos.

Em atendimento ao solicitado foram anexados os documentos de fls. 303 a 331, onde consta uma manifestação da autuada informando estar apresentando cópias das notas fiscais solicitadas, de acordo com a relação enviadas na intimação.

Da análise das cópias dos documentos fiscais apresentados observo que todos eles tratam de DANFES Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica, referentes as operações interestaduais, estando informado no campo “natureza de operação”: Devolução de compra p/ comercialização ou Retorno de Bens do ativo Imobilizado”, sendo que constam dois DANFs sem informações relativas as chaves de acesso da nota fiscal eletrônica e códigos de barras.

De acordo com o informado pelo autuante os referidos documentos provavelmente devem referir-se aos Documentos Fiscais nºs 1445 e 14064, por terem as mesmas datas de emissão e valores respectivamente, 19/01/2016 - R\$ 13.316,94 e 07/03/2016 - R\$ 4.365,27, e constam na EFD como notas fiscais MOD-1, portanto não eletrônicas. Da mesma forma, no arquivo de notas fiscais eletrônicas (PACOTE PARA FISCALIZAÇÃO), emitidas pelo contribuinte, cujo arquivo é obtido junto ao sistema corporativo da SEFAZ - EFDG - Gestão da Escrituração Fiscal Digital, não constam essas notas.

Sugere o autuante que o PAF seja convertido em diligência junto ao setor responsável, desta secretaria, pelo

banco de dados relacionados aos arquivos digitais das notas fiscais eletrônicas, para que seja esclarecido se de fato constam no bando de dados de notas fiscais eletrônicas os referidos documentos fiscais para que seja.

Diante deste cenário entendo estar comprovado que o sujeito passivo à época dos fatos geradores praticou operações com destinatário localizado em outro Estado, portanto, estava obrigado a emitir nota fiscal eletrônica, conforme disposto na Cláusula segunda do referido Protocolo:

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.

Renumerado o parágrafo único para § 1º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 193/10, efeitos a partir de 01.12.10.

§ 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;

Nova redação dada ao inciso II da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 44/15, efeitos a partir de 01.08.15.

II - até 31 de agosto de 2015, 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.

Redação original, efeitos até 31.07.2015.

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.

Nova redação dada ao § 2º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 02/11, efeitos a partir de 01.12.10.

§ 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.

Ocorre que assim não procedeu o sujeito passivo em relação às operações indicadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, fl. 11 a 255, pois emitiu Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica.

Observe, entretanto, que não restou comprovado o ilícito em relação aos documentos fiscais nº 1445 emitido em 19/01/2016 no valor de R\$ 13.316,94 e 14064, emitido em 07/03/2016, no valor de R\$ 4.365,27, razão pela qual devem ser excluídos da autuação, ficando alterado o valor relativo aos meses de janeiro e março de 2016, conforme a seguir demonstrado:

DATA	VLR. N. FISCAL	MULTA 2%	VLR. AUTUADO	EXCLUSÃO	VLR. DEVIDO
01/2016	9.022,71	180,45	9 022,71	180,45	8.842,26
03/2016	4365,27	87,31	7891,24	87,31	7.803,93
				TOTAL	16.646,19

Dessa forma, conclui-se que o contribuinte estava sujeito a penalidade estabelecida pelo Art. 42, inciso XXVI da Lei nº 7.014/96, correspondente a 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de documento fiscal eletrônico que emitir outro tipo de documento fiscal em seu lugar, razão pela qual a infração é parcialmente subsistente, no valor de R\$ 252.187,57, em razão das alterações promovidas nos meses de janeiro e março de 2016.

Do exposto, voto pelo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

As advogadas da recorrente apresentam Recurso Voluntário às fls. 356/360, onde alega:

DO ERRO MATERIAL: explicou que em todo o demonstrativo do presente PAF, constante das páginas 11 a 255 do presente processo, somente há a presença de 02 (duas) Notas Fiscais em operação Interestadual, quais sejam, as de número 14465, emitido em 19/01/2016 no valor de R\$ 13.316,94 (pág. 15) e 14064, emitido em 07/03/2016, no valor de R\$ 4.365,27 (pág. 30). Notas estas

emitidas em devolução interestadual e que o próprio julgamento considerou que os citados documentos fiscais devem ser excluídos do levantamento pelo citado em voto, por conta de disposição contida no próprio Protocolo.

De todo o restante do demonstrativo base da infração, disse que o mesmo só possui notas fiscais em operações internas. Tal fato pode ser claramente comprovado através da coluna da Unidade da Federação (UF), em que consta BA, e também na coluna do CFOP, que só contém códigos iniciados por 5 (5102, 5152, 5409, 5403, 5926, 5927).

Constata-se o equívoco no julgamento de piso e da Fiscalização, resta comprovado que há a falta de subsunção na infração, pois o caso concreto não se enquadra à norma legal, haja vista que a empresa praticamente não realiza operações interestaduais, apenas em devolução, pois como já destacado desde o início da lide trata-se de uma empresa varejista, supermercadista, apenas realizando operações presenciais em seus estabelecimentos, portanto internas.

Para comprovação de que as operações efetuadas pela empresa são internas, afirmou que anexou neste momento 02 (duas) planilhas extraídas das EFD's com os registros de seu Livro de Saídas (Registro C190), em que se identifica que nos dois exercícios de 2016 e 2017 somente há a existência em operação interestadual as duas notas anteriormente mencionadas (14465 e 14064).

As planilhas são denominadas: "DOC 01 - EFD_LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS_2016_74843025" e "DOC 02 - EFD_LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS_2017_74843025".

DA NÃO OBRIGATORIEDADE DE EMISSÃO DE NF-e EM OPERAÇÕES INTERNAS PARA O VAREJO: adiciona argumento que em relação ao restante das notas, que foram emitidas em Operações Internas, informamos que o Protocolo ICMS 42/09 estabelece as atividades econômicas que devem emitir a NF-e, em que não consta a atividade de varejo supermercadista da defendente, como já trazido na defesa inicial (4711302 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados).

Pergunta: "E quando se torna a empresa varejista obrigada à emissão da NF-e?". Disse que para este aspecto devemos analisar o § 2º, do Art. 83 do RICMS/BA, dispositivo este utilizado para o enquadramento legal da infração, dispunha até a data de 31/12/2018. Portanto, percebeu que até 31/12/2018 a empresa não era obrigada a emitir NF-e em operações internas, pois sua atividade econômica não era listada no citado Protocolo. E somente a partir de 01/01/2019, com a edição do Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, que alterou a redação do § 2º do Art. 83 do RICMS/BA, é que todas as empresas inscritas no Estado, de todas as atividades econômicas, passaram a ter esta obrigação.

Lembrou que o presente lançamento fiscal se refere a períodos passados à alteração legal citada, especificamente 2016 e 2017, sendo que a atividade do estabelecimento emitente 4711302 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados, não se encontrava elencada no Anexo Único do Protocolo em análise. Assim sendo, sustenta que não poderia haver a obrigação de emissão da nota fiscal por meio eletrônico.

Ressalta ainda que este estabelecimento autuado iniciou a emissão de NF-e em 02/02/2017, antecipando-se inclusive à obrigatoriedade. Assim, afirma que as notas fiscais listadas foram emitidas regularmente e de conformidade com as determinações legais vigentes à época da ocorrência dos fatos.

Pede pela improcedência total do Auto de Infração.

Conclui pelo reconhecimento da Improcedência do Auto de Infração. Protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos.

VOTO

Considerando que não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme adiante.

Conforme já relatado, trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do

Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0229-04/21-VD, que por unanimidade, julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exigiu o valor histórico de R\$ 252.187,57 pelo cometimento de uma única infração, assim descrita: “*Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica. Tendo em vista que o contribuinte emite notas fiscais para contribuintes situados em outras unidades da federação, conforme prevê a Cláusula segunda, inciso II, do Protocolo ICMS 42/2009, vide demonstrativos anexos*”.

Em seu Recurso Voluntário a Recorrente volta a alegar que não era obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica - NFe nas operações internas para o varejo, tendo em vista que o Protocolo ICMS 42/09 estabelece as atividades econômicas que devem emitir a NF-e, e nele não consta a atividade de varejo supermercadista exercida pela mesma como sendo (4711-3/02 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados).

Arguiu que no período fiscalizado houveram apenas 02 (duas) Notas Fiscais em operação Interestadual, sendo as de número 14465, emitido em 19/01/2016 no valor de R\$ 13.316,94 (pág. 15) e 14064, emitido em 07/03/2016, no valor de R\$ 4.365,27 (pág. 30), ressaltou que estas notas foram emitidas em devolução interestadual e foram excluídas no julgamento de 1ª Instância.

Alegou equívoco no julgamento de piso e na Fiscalização, tendo em vista que no caso concreto a recorrente não se enquadrava à norma legal, haja vista que a empresa praticamente não realizou operações interestaduais, apenas as duas devoluções supracitadas, como prova trouxe 02 (duas) planilhas extraídas das EFD's com os registros de seu Livro de Saídas (Registro C190), referente aos dois exercícios fiscalizados de 2016 e 2017. Nas planilhas constam as colunas da Unidade da Federação (UF), sendo que a grande maioria das operações foram efetuadas dentro do Estado da BA, e também na coluna do CFOP, que só contém códigos iniciados por 5 (5102, 5152, 5409, 5403, 5926, 5927).

O cerne da questão reside em verificar se a recorrente, no período em questão, no caso 2016 e 2017, era obrigada a emissão de Nota Fiscal Eletrônica para a totalidade de suas operações. Em consulta ao cadastro da Secretaria da Fazenda podemos afirmar que a recorrente tem como atividade principal o Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados e como secundária a atividade de Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares, conforme *print* abaixo:

Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia	
Dados da empresa	
Identificação	
CNPJ: 04.259.757/0003-17	Inscrição Estadual: 074.843.025 NO
Razão Social: DALNORDE COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA	
Nome Fantasia: SUPERMERCADOS MEIRA	
Natureza Jurídica: SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA	
Unidade de Atendimento: SGF/DIRAT/GERAP/CORAP SUL	
Unidade de Fiscalização: IFEP SUL	
Endereço	
Logradouro: RUA URUGUAIANA	Complemento: TERREO
Número: 220	CEP: 45651-350
Bairro/Distrito: MALHADO	UF: BA
Município: ILHEUS	E-mail: fiscal@olecram.com
Telefone: (73) 36392755	Localização: ZONA URBANA
Referência: EM FRETE AO CENTRO DE ABASTECIMENTO DO MALHADO	
Informações Complementares	
Data de Inclusão do Contribuinte: 31/08/2007	
Atividade Econômica Principal:	
4711302 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados	
Atividade Econômica Secundária	
5611203 - Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares	
Unidade: UNIDADE PRODUTIVA	
Forma de Atuação	
- ESTABELECIMENTO FIXO	

A obrigatoriedade da emissão de Nota Fiscal Eletrônica foi disciplinada pelo Protocolo 42/99

combinado com o Art. 83, do Decreto nº 13.780/2012, de tal sorte faz-se necessário analisar o Protocolo ICMS 42/09, especificamente as cláusulas primeira e segunda. Vejamos o que diz a Cláusula Primeira, inciso IV do § 2º, abaixo transcrito:

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.

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

...
IV - 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.

Da leitura extraída do disposto acima, somente estariam obrigados à emissão da Nota Fiscal Eletrônica os contribuintes elencados no Anexo Único, o que não era o caso do contribuinte, já que como vimos acima que as atividades exercidas por ele eram de 4711302 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios (supermercados) e como secundária a atividade de 5611203 - Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares.

Já analisando a Cláusula Segunda, inciso II, observa-se que havia a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais eletrônicas para contribuintes que fizessem operações para destinatários localizados em outras UF's, entretanto, a partir de 09/2015, para as operações com os CFOPs elencados no inciso II do parágrafo 1º, a emissão de Nota Fiscal Eletrônica seria necessária, conforme transcrito.

...
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 - até 31 de agosto de 2015, 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.

Destarte, em análise de todo o exposto, considerando que a obrigatoriedade da emissão de documentos fiscais nas operações com o CFOP 6.202 - Devoluções se deu a partir de Setembro/2015, a recorrente agiu corretamente quando emitiu as Notas Fiscais Eletrônicas de número 14465, em 19/01/2016 no valor de R\$ 13.316,94 (pág. 15) e 14064, emitido em 07/03/2016, no valor de R\$ 4.365,27 (pág. 30).

No que se refere ao parágrafo § 2º, do Art. 83 do RICMS/Ba, ao qual o autuante se referiu no enquadramento da autuação, a mesma não se aplica no caso em tela, tendo em vista temos que a redação original que vigorou até 31/12/2018 fazia referência aos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09.

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

§ 2º São obrigados à emissão de NF-e os sujeitos passivos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Nota: A redação atual do § 2º do art. 83 foi dada pelo Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19.

Redação originária, efeitos até 31/12/18:

“§ 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.”

Considerando 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, acima transcrito, acolho as alegações da Recorrente por entender que a mesma agiu em conformidade com a legislação.

Quanto a alegação do autante de que “o contribuinte se enquadra nas determinações contidas na Cláusula segunda, inciso II do Protocolo ICMS 42/09, não havendo como o autuado emitir em determinadas operações notas fiscais não eletrônicas e em outras notas fiscais eletrônicas, pois vedado pelo disposto no § 1º do art. 84 do RICMS/BA”, não se sustenta, tendo em vista que, o inciso I, parágrafo 1º do Protocolo ICMS 42/09 é claro ao afirmar que a obrigatoriedade fica restrita às hipóteses de seus incisos I, II e III da cláusula 2ª, ora transcrito:

“§ 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;”

Ademais, o inciso I, Art. 84 do RICMS também não o socorre, já que o mesmo remete aos casos previstos na legislação, que é o caso em questão, vejamos:

“Art. 84. Para emissão da NF-e, o contribuinte deverá acessar o ambiente de produção disponibilizado pela SEFAZ, observados os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda.

Redação anterior dada ao § 1º do art. 84 pela Alteração nº 5 (Decreto nº 14.073, de 30/07/12, DOE de 31/07/12), efeitos de 01/08/12 a 07/12/2020:

“§ 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.”

Registre-se que já temos julgado neste CONSEF tratando da mesma matéria, conforme Acórdão ora transcrito do Ilustre Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira:

‘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.’

Dessa forma, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, julgando pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281231.0012/19-3, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS