

PROCESSO	- A. I. N° 279462.0022/22-5
RECORRENTE	- SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0055-04/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 19.12.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0296-11/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR ELETRÔNICA. OMISSÃO DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não há omissão de saídas quando comprovado que ocorreu emissão em duplicidade de documentos fiscais para as mesmas operações. Diligência que confirmou ter havido apenas a falta de utilização de documentos autorizados. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Auto de Infração *Improcedente*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0055-04/23-VD proferido pela 4ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/09/2022 no valor histórico de R\$ 104.081,20, abordando a seguinte infração:

Infração 01 – 005.005.003 – *Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo ICMS destacado em notas de consumidor eletrônicas – Exercícios 2019 e 2020 em anexo.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Conforme consta na inicial, o presente Auto de Infração foi expedido para exigir crédito tributário no valor de R\$ 104.081,20, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, decorrente da seguinte imputação: “Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo ICMS destacado em notas de consumidor eletrônicas – Exercícios 2019 e 2020 em anexo”.

A apuração se processou mediante planilhas sintética e analítica elaboradas pelas autuantes, indicando o número, data da emissão, o número da chave do documento fiscal, o valor do documento e o ICMS destacado em cada documento fiscal, relacionados a Notas Fiscais de Consumidor Eletrônico – NFC-e, emitidas pelo autuado através do seu sistema PDV, o qual é integrado aos meios de pagamento utilizados pelo seu estabelecimento.

O autuado arguiu a nulidade do lançamento tributário “por ausência de elementos para definir a infração”, à luz do constante no Art. 142 do CTN onde, a autoridade fiscal, ao realizar o lançamento, tem o dever de verificar a ocorrência do fato gerador, apurar corretamente a matéria tributável e calcular o montante do imposto devido, buscando, sempre, a verdade material, na forma prevista pela art. 2º do RPAF/BA, sendo que, a busca da verdade material não se trata de simples casuismo para justificar atos fiscalizatórios, mas representa uma verdadeira garantia do contribuinte, que concretiza o direito ao contraditório e ampla defesa.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento. Conforme assinalado acima, as autuantes atenderam, de maneira consistente, ao quanto previsto pelo Art. 42 do CTN e Art. 2º do RPAF/BA, tendo identificado e especificado corretamente a matéria tributável, assegurando, assim, plena garantia ao autuado o direito ao contraditório e a ampla defesa, que, aliás, assim procedeu.

Portanto, não vejo a existência de qualquer casuismo para justificar atos fiscalizatórios, consoante afirmado pelo autuado, ao contrário, a omissão da tributação de receitas está documentada a contento nos atos preparatórios ao lançamento.

Quanto a alegação de ausência de indicação da alínea do inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, que seria aplicável ao caso, não vejo que tenha causado prejuízo ao autuado no sentido da busca pela verdade material

ou mesmo exercitar de maneira plena o direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme alegado, posto que a descrição dos fatos está posta de forma clara, não havendo ausência de segurança na imputação descrita, tanto que o autuado, repito, entendeu e se defendeu plenamente da acusação.;

Desta maneira, não acolho as arguições de nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, com espeque no Art. 147, incisos I e II do RPAF/BA, indefiro o pedido de realização de diligência formulado pelo autuado em razão de entender que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador, até porque, não foi carreado aos autos, pelo autuado, quaisquer argumentos, fatos ou documentos que justificassem a realização de diligência para efeito de elucidação de dúvida de qualquer natureza.

Assim é que, quanto à questão fática não vejo qualquer sustentação ao argumento defensivo no sentido de que não há que se falar em ausência de escrituração das notas fiscais apontadas e, por conseguinte, não recolhimento do imposto, eis que as operações ali contidas não foram levadas a cabo. Ora, ao longo da peça defensiva, o autuado citou que o cancelamento intempestivo ou ausência de cancelamento ocorreu por um lapso da sua parte, o que denota que de fato, ocorreu a omissão apurada, ante a falta de registro de documento fiscal válido e devidamente autorizado pelo Fisco através do sistema eletrônico de emissão de documento fiscal.

A propósito, vejo que o exemplo citado pelo autuado, relacionado as Notas Fiscais de nºs 000108484, 000180108, 000181083, 000167107, 000126696, 000262236, 000262264, 000241276 e 000249673, dizendo que o cancelamento foi homologado pelo próprio Fisco, ou seja, não tendo ocorrido a operação não há que se falar em qualquer descumprimento de obrigação tributária, pois, de acordo com os documentos de fls. 207 a 228, exceto em relação a nota fiscal nº 108484, emitida em 28/02/2019 às 16:53:17-03 foi cancelada pelo emitente no mesmo momento, fls. 211 e 212, enquanto as demais se encontram todas na condição de autorizada, sem qualquer cancelamento, devendo, pois, ser excluída da autuação apenas o valor de R\$ 9,47 referente ao citado documento fiscal.

E isto ocorreu em relação as demais notas fiscais objeto da autuação, já que todas se encontram devidamente autorizadas enquanto que o autuado não carreou aos autos qualquer comprovação de que houve o cancelamento em qualquer época, não se confirmando que houve o alegado cancelamento intempestivo.

Portanto, vejo que a comprovação da efetiva saída da mercadoria está indicada a contento nos autos, na medida em que, considerando a atividade de supermercado exercida pelo autuado, é que só após o registrar o pagamento, o PDV emite NFC-e. Esta situação, sem dúvida, confirma a realização da operação, sendo desnecessário que as autuantes efetassem uma análise mais detida em seu estoque, em busca da verdade material, para comprovar que as operações não ocorreram, conforme alegado, de maneira equivocada pela defesa.

Logo, neste caso, considero correta a exigência levada a efeito pelas autuantes, não sendo cabível a pretensão defensiva de que, quando muito, poderia ser aplicada multa pela ausência de cancelamento das notas no prazo legal, porém, jamais, efetuar cobrança do ICMS, sob pena de tornar letra morta o RICMS e a CF.

Observo, ainda, que as duas ementas relacionadas a julgados realizados por este CONSEF, citados pela defesa para consubstanciar seus argumentos, não se adequam ao caso presente pois tratam de temas alheios ao que ora se verifica.

Quanto ao argumento defensivo de exorbitância da multa aplicada no patamar de 100%, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que as autuantes agiram estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderiam ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbi:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que a Decisão Judicial citada pelo autuado, voltada a questões interpretativas e constitucionais, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, o precedente judicial citado na peça de defesa, proferido pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não é vinculante para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Também não há como atender ao pleito do defendente de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Quanto ao pedido do autuado para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base no art. 112 do CTN, entendo não ter pertinência tal pleito no presente caso, já que, não existe dúvida em

relação a matéria sob apreciação.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 104.071,73 ante a exclusão do valor de R\$ 9,47 referente a Nota Fiscal nº 108484, emitida em 28/02/2019, única em que o autuado comprovou a ocorrência do efetivo cancelamento.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Sustenta a ilegalidade da cobrança porque a autuação recai sobre NFC-e “inutilizada”, tendo sido emitida a NFC-e de contingência que declara a circulação da mercadoria.

Aponta que os documentos fiscais que subsidiaram a autuação foram inutilizados em virtude de problemas técnicos, situação na qual é emitida nota fiscal de contingência para acobertar a mesma operação, explicando que há casos em que o contribuinte emite a NFC-e para acobertar determinada operação, porém, por problemas técnicos a nota fiscal é inutilizada e emitida a nota fiscal de contingência automaticamente, como previsto no art. 107-H, inciso II do RICMS/BA.

Explica que nestes casos o contribuinte deve solicitar o cancelamento da NFC-e inutilizada em até 168 horas, mediante registro do evento de cancelamento de NFC-e., sendo que a NFC-e de contingência substitui e espelha toda a operação inicialmente declarada pela NFC-e inutilizada que é, então, irrelevante para fins tributários.

Aponta que, no presente caso, a fiscalização se valeu de documento inutilizado para lançamento, exemplificando com a NFC-e nº 133496 (chave de acesso: 29190506057223032456650100001334961102778464) e a NFC-e em contingência nº 133497 (chave de acesso: 29190506057223032456650100001334979102778467), observando que a NFC-e em contingência foi emitida 14 segundos após a NFC-e de emissão normal, sendo dela o espelho.

Diz que a fiscalização reconhece como legítimo o crédito destacado na nota fiscal emitida em contingência, mas utiliza a inutilizada para presumir que o contribuinte teria omitido a saída de mercadorias e deixado de recolher o ICMS, uma vez não registrado o documento fiscal em livros próprios.

Insiste que este racional é equivocado porque as mercadorias foram comercializadas mediante declaração através da NFC-e em contingência, com destaque do tributo e registro nos livros competentes, não havendo que se falar em omissão de saída até porque não poderia lançar nos livros próprios a saída de mercadoria com a nota inutilizada, pois foram comercializadas com a NFC-e em contingência, não houve circulação de mercadoria acobertada pela nota inutilizada e seu eventual lançamento representaria *bis in idem*.

Ressalta, por fim, que o mero fato de não ter solicitado o cancelamento da nota inutilizada no prazo de até 168 horas não faz surgir o crédito tributário manifestamente indevido, destacando que o art. 113, § 3º do CTN aponta que a obrigação acessória converte-se em principal relativamente à penalidade pecuniária, pela sua inobservância de modo que se houvesse previsão legal neste sentido, seria cabível apenas a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, mas jamais a constituição do crédito tributário.

Argui ainda a nulidade do Auto de Infração por ausência de elementos para definir a conduta infracional, apontando que o autuante se limitou a indicar que os dispositivos infringidos foram os arts. 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96 c.c. arts. 215 e 216 do RICMS/BA, deixando ainda de individualizar a conduta para fins de aplicação da multa equivalente a 100% do imposto.

Aponta ainda a ilegalidade da multa aplicada, pelo seu caráter confiscatório, o que afrontaria os princípios da capacidade contributiva, não confisco e proporcionalidade previstos na Constituição Federal.

Conclui pedindo o provimento do recurso ou sua anulação.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 13/03/2024.

Compareceu(ram) o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dra. Denise Ferreira Bernardinelli, OAB/SP nº 428.085.

Em sessão de julgamento, os membros da 1^a CJF converteram o feito em diligência para verificação dos documentos que acompanharam a defesa para confirmar se os documentos emitidos em contingência foram escriturados e tiveram o imposto recolhido, conforme sustentado pela recorrente.

Os autuantes atenderam à diligência e informaram, às fls. 287-290, que apesar da recorrente alegar que as NFC-e objeto do lançamento foram canceladas e/ou inutilizadas prevalecendo apenas os documentos em contingência emitidos, as notas fiscais autuadas constam no sistema nacional de emissão com situação “autorizada” sendo que toda nota válida deve ser escriturada normalmente pelo contribuinte. Deste modo, não teria havido o uso de documento fiscal inutilizado como base para a autuação.

Por outro lado, informam ainda que ao consultar os gestores da NFC-e e o sistema da auditoria da SEFAZ, constataram que houve emissão de documentos em duplicidade por um erro ocasionado pelo sistema do contribuinte que não cancelou a tempo as NFC-e emitidas normalmente, resultando no armazenamento de duas notas válidas para a mesma operação, porque no momento da operação ocorreu algum problema de conexão, permitindo a emissão de nota em contingência “off-line”.

Por conta disso, os autuantes relatam ter concluído que as operações estão duplicadas, apesar de validadas pelo sistema, sendo uma regularmente escriturada pelo contribuinte e a outra não. Por consequência, opinam pelo cancelamento total da infração.

A recorrente se manifestou às fls. 296-301 reiterando o pedido de cancelamento integral da autuação. Os autos retornaram para apreciação e foram pautados para a sessão do dia 12/11/2024. Compareceu(ram) o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dra. Denise Ferreira Bernardinelli, OAB/SP nº 428.085.

VOTO

A recorrente suscita a preliminar de nulidade da autuação. Contudo, entendo que não merece prosperar. De acordo com a leitura do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, havendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, infração e o infrator, não há nulidade. Neste ponto, não há dúvidas de que a recorrente conseguiu identificar precisamente a matéria pertinente à acusação, formulando inclusive defesa capaz de reduzir a autuação logo na primeira a instância, como ocorreu, ainda que em pequena importância.

Rejeito a preliminar.

No que diz respeito ao mérito, entendo que o acórdão deve ser reformado, diante do que consta da conclusão da diligência determinada por esta Câmara. Embora se tenha verificado que não prospera a tese recursal de uso de documentos inutilizados pela fiscalização, também restou comprovado erro que causou a duplicidade de operações sem que se possa falar em falta de recolhimento do tributo respectivo.

Com efeito, em anexo à resposta da diligência, consta troca de e-mails da fiscalização com o Gestor da NFCe, que explicou o motivo da duplicação (fl. 291), nos seguintes termos:

“[...] A emissão de NFC-e em contingência Off-line é uma alternativa de emissão utilizada quando o método normal não pode ser realizado devido a problemas de comunicação com o sistema da Secretaria da Fazenda autorizadora.

As vezes essas indisponibilidades são identificadas no momento da transmissão da NFCe normal, que fica pendente de retorno, levando o contribuinte a emitir nova NFC-e em contingência Off-line para finalizar a operação de venda no balcão e poder entregar a mercadoria junto com o documento auxiliar da NFC-e ao consumidor.

Nesta modalidade, depois de superado o problema técnico, o contribuinte precisa transmitir o arquivo XML da

NFC-e para autorização, o que foi feito considerando que se encontra válido na Sefaz. Entretanto a NFC-e normal, que estava pendente de retorno, voltou autorizada.

Portanto, para evitar essa duplicidade, caberia à aplicação do contribuinte tratar adequadamente a situação das NF-e Pendentes de Retorno e executar, imediatamente após o retorno à operação normal, as ações necessárias à regularização da situação destas NFC-e, a saber: * Cancelar as NFC-e Pendentes de Retorno que tenham sido autorizadas pela SEFAZ origem, mas que tiveram as operações comerciais correspondentes registradas em NFC-e emitidas em contingência.”

Portanto, entendo que deve ser acolhido o opinativo dos autuantes, dando provimento ao Recurso Voluntário em razão da comprovação de que não houve omissão de saídas, mas emissão equivocada de documentos fiscais em duplicidade, mas sem importar na falta de recolhimento do imposto.

Assim, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar Insubsistente a autuação.

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 279462.0022/22-5, lavrado contra **SENDAS DISTRIBUIDORA S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS