

PROCESSO	- A. I. N° 279462.0026/22-0
RECORRENTE	- SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5 ^a JJF n° 0036-05/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 20/02/2025

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0019-12/25-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR ELETRÔNICAS (NFC-e). FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DO ESTABELECIMENTO. Constatata-se que após a conversão do feito em diligência, registrou-se fato de que a NFC-e nº 34024 foi emitida 11 segundos após a emissão da NFC-e nº 34023, bem assim que os dados constantes nas duas notas fiscais eram idênticos na relação de mercadorias comercializadas, conforme cópias impressas acostadas. O autuante, após análise das questões apresentadas, concluiu que houve a comprovação da duplicitade de emissão das NFC-es, para uma mesma operação, razão pela qual opinou pelo cancelamento total da infração. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 5^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/09/2022, no valor de R\$ 95.354,73, acusando cometimento da 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 (NFC-e) não escrituradas - Exercícios 2018 a 2020 em anexo.

A decisão recorrida (fls. 210 a 218) restou assim fundamentada:

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal relacionada a falta de recolhimento do ICMS em razão da Auditoria ter constatado que diversas notas fiscais de vendas a consumidor eletrônicas (NFC-e), que acobertaram saídas de mercadorias, deixaram de ser registradas na escrita fiscal da empresa. Caracterizada, portanto, no descritivo da peça acusatória, omissão de saídas de mercadorias tributadas em razão da falta de lançamento de documentos fiscais nos livros destinados à apuração do imposto.

Defende-se o contribuinte argumentando que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas, porém as operações ali informadas não ocorreram, vez que os documentos foram cancelados, não se verificando a realização de fato gerador do ICMS. Afirmou que os cancelamentos das NFC-e ocorreram efetivamente fora dos prazos previstos na legislação de regência, incorrendo o contribuinte, no máximo, em descumprimento de obrigações acessórias.

Acrescentou ainda que as autoridades fiscais formalizaram o lançamento fiscal com base unicamente na presunção de que as notas fiscais cujos cancelamentos foram intempestivos ou que deixaram de ser formalizados perante o fisco teriam dado cobertura a efetivas saídas de mercadorias do estabelecimento autuado.

Sustentou a defesa que a Auditoria agiu em desconformidade com a busca da verdade material, pois deveria ter realizado análises de toda a movimentação dos estoques da empresa, para fins de comprovar que não houve, em relação às notas “canceladas”, efetiva saída de mercadorias.

Pede, em síntese, que o Auto de Infração deve ser declarado nulo de pleno direito considerando que a exigência fiscal, na sua totalidade, se valeu de presunção sem base legal, vez que não há nos autos provas de que as

mercadorias saíram do estabelecimento empresarial.

Caso assim não se entenda requereu que o feito seja convertido em diligência visando apresentar documentação complementar ou esclarecimentos adicionais.

Em razões subsidiárias pede ao menos que a multa de 100% do valor do imposto seja cancelada ou reduzida ao patamar de 20%, considerando a excessividade da cobrança que teria ocorrido em ofensa à regra do não confisco prevista na Constituição Federal.

Passaremos doravante a enfrentar os pedidos formulados pelo sujeito passivo, destacando, inicialmente, que esta Relatoria indefere a solicitação defensiva de conversão do feito em diligência considerando que nos autos estão presentes elementos de prova suficientes para o deslinde das questões, conforme será melhor destacado linhas a frente.

Porém, antes de ingressarmos nas questões de mérito, faremos uma breve análise da legislação do ICMS que regula os efeitos decorrentes da emissão da NFC-e e os procedimentos para o seu cancelamento em caso de não realização da operação de saída da mercadoria do estabelecimento emitente desse tipo de documento.

Tomaremos como ponto de partida as disposições dos arts. 107-A, 107-B, 107-H, e 92, do RICMS-Ba (Dec. 13.780/12), nessa ordem:

Art. 107-A. Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica - NFC-e, modelo 65, é o documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente para documentar operação interna destinada a consumidor final, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 19/16).

(...)

Art. 107-B. A NFC-e será emitida para documentar as operações de vendas para consumidor final.

§ 1º Para emissão da NFC-e o contribuinte deverá acessar o site da SEFAZ na Internet, no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br> para geração do código de segurança do contribuinte (CSC).

§ 2º Ficam os contribuintes obrigados ao uso de NFC-e a partir das datas indicadas a seguir:

I - 22.08.2017, em cada novo estabelecimento inscrito no CAD-ICMS deste Estado;

II - 01.03.2018, nos estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia que apurem o imposto pelo regime de conta corrente fiscal;

(...)

Art. 107-H. O contribuinte emitente poderá solicitar o cancelamento da NFC-e, mediante Registro do Evento de Cancelamento de NFC-e, nos prazos indicados a seguir, contados a partir do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NFC-e, observadas as demais disposições da legislação pertinente:

I – em até 30 (trinta) minutos, quando emitida com incorreção e não tiver ocorrido a circulação da mercadoria;

II – em até 168 (cento e sessenta e oito) horas, quando, por problemas técnicos, for emitida uma outra NFC-e em contingência para acobertar a mesma operação.

Parágrafo único. Após os referidos prazos mencionados no caput, a regularização do estoque deverá ser feita nos termos do art. 92 deste Regulamento.

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso, desde que emitida no prazo de sessenta dias da emissão da nota fiscal incorreta.

Vejamos na sequência as disposições da legislação com referência ao cancelamento ou desfazimento das operações acobertadas por notas fiscais (art. 454 e 455 do RICMS-Ba):

Art. 454. O contribuinte que receber em virtude de troca ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada a emissão de nota fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução. (grifos nossos).

§ 1º Na hipótese deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada das mercadorias, mencionando a quantidade e a descrição da

mercadoria, o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na nota fiscal referida no inciso I ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a nota fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.

§ 2º A nota fiscal (entrada) emitida na forma do § 1º deste artigo servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

Art. 455. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante o dia ou a semana, devendo especificar a quantidade e a descrição das mercadorias, o número, a série, a subsérie e a data dos documentos fiscais originários, sem prejuízo dos procedimentos previstos nos incisos II e III do § 1º do art. 454.

Conforme se extrai dos textos acima transcritos, a legislação do ICMS estabelece que a validade jurídica NFC-e é garantida pela assinatura digital do emitente adicionada pela autorização de uso da SEFAZ, eventos que se verificam antes da ocorrência do fato gerador do imposto, que se perfaz com a saída da mercadoria do estabelecimento.

Verificada a necessidade de cancelamento da NFC-e, por qualquer motivo (erro na emissão, desfazimento do negócio, devolução da mercadoria entre outros), deve o contribuinte registrar o evento “cancelamento de NFC-e”, nos prazos fixados na norma regulamentar. A defesa afirma que não procedeu ao cancelamento dos documentos fiscais nos prazos estabelecidos na legislação, o fazendo de “forma intempestiva”.

Não há na lei previsão de cancelamento de notas fiscais eletrônicas de “forma intempestiva”. Ultrapassados os prazos definidos nos incisos I e II, do art. 107-H, do RICMS, o procedimento que deveria ter sido adotado é o previsto nos arts. 454 e 456 do mesmo Regulamento, através dos quais as quantidades de mercadorias que saíram por meio de NFC-e cancelada, são repostas no estoque da empresa com a emissão de notas fiscal de entrada, possibilitando o desfazimento do débito da saída com o crédito decorrente do reingresso do produto, se operação de origem tiver sido tributada.

Pelo que consta dos autos não foi assim que procedeu o contribuinte, agregado ao fato de que todas as notas fiscais de saídas a consumidor fiscal que compõem o lançamento de ofício continuam válidas e autorizadas pelo sistema emissão eletrônica gerido pela SEFAZ, inclusive as que foram citadas na peça defensiva (NFs 41.405, 63.997, 68.590 e 67.307), na condição “canceladas mediante homologação do fisco”, conforme atesta os espelhos desses documentos juntados ao PAF entre as fls. 196 a 204).

Assim, inexistindo o registro do evento “cancelamento de NFC-e” ou mesmo o retorno das mercadorias ao estoque da empresa através de emissão de Nota Fiscal de Entrada, com a demonstração inequívoca de que os bens foram devolvidos pelos consumidores fiscais, firma-se, não por presunção, mas por prova documental robusta, que os produtos saíram em definitivo do estabelecimento autuado, sem o pagamento do imposto, considerando ainda que esses documentos não foram levados a registro na escrita fiscal da empresa.

No caso em exame, o ônus de provar que as mercadorias não saíram do estabelecimento empresa é do contribuinte, considerando que as operações foram por ele declaradas em notas fiscais eletrônicas válidas, assinadas digitalmente e autorizadas pelo fisco. Na medida em que o contribuinte desatendeu os procedimentos previsto na legislação para documentar o alegado cancelamento das operações, atraiu para si o ônus de provar o fato desconstitutivo ou modificativo do lançamento.

É de se indeferir também, conforme já abordamos linhas acima, o pedido defensivo de conversão do feito em diligência sob a responsabilidade do fisco, considerando que a prova requerida pelo sujeito passivo visa verificar fatos e elementos da sua escrita fiscal que poderiam ter sido trazidos aos autos pela defesa, a exemplo de levantamentos complementares que evidenciassem que as mercadorias não saíram em definitivo do estabelecimento empresarial, seguindo o que determina a legislação do processo administrativo do Estado da Bahia (RPAF/99) no art. 147, inc. I, letra “b”.

Considerando as razões retro expostas a Infração 01 fica mantida sem alterações.

Enfrento agora a questão levantada pela defesa da onerosidade e do efeito confiscatório da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 100%.

Essa matéria não pode ser apreciada nessa instância administrativa, visto que ao julgador do contencioso fiscal é vedada a possibilidade de declarar a constitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico, deixando de aplicá-la sob essa exclusiva justificativa. Incide, nessa situação, as disposições do art. 167, incisos

I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que afastam a competência dos órgãos julgadores administrativos para declarar a invalidade em tese de lei ou de outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário. Essa matéria poderá ser submetida pelo contribuinte às instâncias competentes do Poder Judiciário, através do manejo das ações próprias.

No caso concreto as autoridades fiscais aplicaram a multa por descumprimento de obrigação principal, previstas no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, em decorrência das operações não terem sido levadas a registro na escrita fiscal, demandando a adoção de roteiros de auditoria específicos visando a devida apuração dos fatos omitidos pelo contribuinte.

Multa pecuniária de 100% (cem por cento) mantida sem alterações.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 228 a 243) o recorrente, após discorrer sobre a tempestividade e cabimento do recurso, apresenta razões unicamente meritórias objetivando a reforma da decisão e consequente cancelamento da autuação, tendo como cerne a inexistência da omissão de saída de mercadorias/ de ilegalidades na sua escrita fiscal.

A primeira delas refere-se à ilegalidade da cobrança, por considerar que a autuação que recai sobre NFC-E “inutilizada”, tendo sido emitida NFC-E de contingência para declarar a circulação da mercadoria.

Afirma que os documentos fiscais que subsidiam a autuação foram inutilizados em decorrência de problemas técnicos, ocasião em que promoveu a emissão de nota fiscal de contingência para acobertar a mesma operação (cancelada), nos termos do artigo 107-H, inciso II do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, tendo elencado, exemplificativamente, o ocorrido em relação as NFC-e nº 34023 (chave de acesso: 29191106057223038144650030000340231030773780) e a NFC-e em Contingência nº 34024 (chave de acesso: 29191106057223038144650030000340249030773782).

Esclarece que “*a fiscalização, ciente de tal circunstância, reconhece por legítimo o crédito tributário destacado na nota fiscal emitida em contingência (NFC-e 34024), mas, utiliza a nota fiscal inutilizada (NFC-e 34023) para presumir que o contribuinte teria omitido a saída de mercadorias e deixado de recolher o ICMS, eis que não registrado o documento fiscal em livros próprios.*”, indicando como referência da questionada operação o fato de que a fiscalização exige o recolhimento de ICMS sobre a NFC-e nº 34023 (inutilizada), cuja mercadoria teria sido corretamente tributada pela NFC-e em Contingência nº 34024 (vide fl. 97 do “Demonstrativo: Diferença na apuração do ICMS destaque em notas de consumo eletrônicas - Demonstrativo analítico.”).

Assevera que não poderia lançar nos livros fiscais próprios a saída de mercadoria com a nota fiscal inutilizada pelos seguintes motivos: **a)** porque as mercadorias foram comercializadas com a NFC-e em contingência; **b)** porque não houve circulação de mercadoria através da nota fiscal inutilizada; e **c)** porque eventual lançamento representaria *bis in idem*, haja vista que o tributo devido foi destacado no documento fiscal que acobertou a efetiva circulação da mercadoria.

Prossegue afirmando que a relação entre as notas fiscais “inutilizadas” e as respectivas notas fiscais em contingência foram anexadas à impugnação administrativa chamando a atenção para o fato de que, segundo seu entendimento, “*o mero fato de o contribuinte não ter solicitado o cancelamento da nota fiscal “inutilizada” no prazo de até 168 horas, ou seja, ter solicitado a intempestivamente, não faz surgir crédito tributário manifestamente indevido*”.

Sobre o fato, ao fim, argumenta que “*por se tratar de mera obrigação acessória, a inteligência do artigo 113, § 3º do CTN4, dispõe que a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária*”.

A segunda tese recursal refere-se à arguição de nulidade do auto de infração por ausência de elementos para definir a infração, nos termos do art. 142, do CTN c/c art. 18, inciso IV, alínea “a” do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), o que teria promovido a violação aos princípios da verdade material, ampla defesa e contraditório.

Indica que a Autoridade Fiscal se limitou a alegar que os dispositivos infringidos foram o art. 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 215 e 216 do RICMS/BA, os quais deram suporte à imputação da multa prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/1996, não havendo nenhuma menção à alínea do inciso III, do artigo 42 da Lei nº 7.014/1996 que, segundo alega, seria aplicável ao caso.

Defende, ao fim, que, *“diante da ausência de individualização da conduta na menção a dispositivo de lei para embasar a aplicação da multa, não há como sequer realizar uma busca pela verdade material ou mesmo exercitar de maneira plena o direito à ampla defesa e ao contraditório”*.

A terceira e última tese recursal refere-se à ilegalidade da multa aplicada em razão do seu caráter confiscatório, havendo lesão aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, e violação direta ao artigo 150, IV da CF/88, termos em que o Recorrente requer o seu cancelamento em face da ausência total de danos ao erário ou, no mínimo, a sua redução até o patamar de 20%, em conformidade com o entendimento exarado pelo E. STF no AI 727872 AgR - Órgão julgador: Primeira Turma - Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO - Julgamento: 28/04/2015 Publicação: 18/05/2015.

Requer reforma da decisão recorrida para declarar a nulidade do auto de infração.

Os autos retornaram conclusos, e, estando conforme, solicitei a inclusão em pauta.

Na sessão de julgamento ocorrida em 04 de junho de 2024, após discussão sobre o tema, a turma de julgamento da 2ª CJF entendeu pela conversão do julgamento em diligência ao autuante, para que fossem adotadas as seguintes providências:

AUTUANTE:

1. *Intimar o estabelecimento autuado para apresentar DEMONSTRATIVO individualizado, indicando em uma coluna: a data da emissão, número da NFCe e valor (constante do demonstrativo elaborado pela fiscalização) e em outra coluna: data da emissão, número da NFCe e valor correspondente da nota fiscal que alega ter sido emitida e escriturada em razão da emissão em contingência.*

2. *Conceder prazo de 20 (vinte) dias.*

3. *Caso o autuado atenda a intimação, o autuante deve elaborar um DEMONSTRATIVO DE DÉBITO apartado, por mês que indique a concomitância das NFCe não lançadas que foram objeto da autuação e das NFCe apresentadas com dados idênticos que foram escrituradas.”*

Em resposta à diligência fiscal (fls. 264/281) o autuante, após análise das questões apresentadas, concluiu que houve a comprovação da duplicidade de emissão das NFC-es (uma normal e outra em contingência), para uma mesma operação, razão pela qual opinou pelo cancelamento total da infração, com o que assentiu o Recorrente na manifestação consequente, fls. 287/292.

Os autos retornaram conclusos para julgamento.

Registrada a presença da advogada Dra. Denise Ferreira Berardinelli na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o Relatório.

VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário, sou pelo conhecimento, eis que cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Dos autos se constata que, após a interposição do Recurso Voluntário, houve-se por bem, sempre em busca da verdade material e agindo de forma imparcial, a conversão do feito em diligência a fim de que fossem apuradas as alegações recursais relacionadas ao fato de que não havia sido considerada pela Auditoria a NFC-E “inutilizada”, e o consequente fato de que havia sido emitida NFC-E de contingência para declarar a circulação da mercadoria, conforme figura de cópia das NFC-e nº 34023 (29191106057223038144650030000340231030773780) e a NFC-e em Contingência nº

34024 (chave de acesso: 29191106057223038144650030000340249030773782), com figuras indicadas às fls. 235/236.

Na diligência encaminhada, registrou-se ainda o fato de que a NFCE nº 34024 foi emitida 11 segundos após a emissão da NFCE nº 34023, bem assim que os dados constantes nas duas notas fiscais eram idênticos na relação de mercadorias comercializadas e valor de R\$ 825,09, conforme cópias impressas acostadas às fls. 246 a 253 e gravado na mídia de fl. 254.

Em resposta à diligência fiscal (fls. 264/281) o autuante, após análise das questões apresentadas, concluiu que houve a comprovação da duplicidade de emissão das NFC-es (uma normal e outra em contingência), para uma mesma operação, razão pela qual opinou pelo cancelamento total da infração, com o que assentiu o Recorrente na manifestação consequente, fls. 287/292.

Eis o teor da diligência:

"Embora Impugnante tenha alegado que as NFC-es em questão foram canceladas e/ou inutilizadas, tais alegações não correspondem à realidade dos fatos, pois as respectivas NFC-es constam no sistema nacional de emissão de NFC-e na situação de autorizada. E, conforme consta na legislação, toda nota autorizada é uma nota válida que deve ser escriturada normalmente pelo contribuinte."

O sistema NFC-e disponibiliza ao fisco as informações das notas nos seguintes status: autorizada, cancelada e denegada. Portanto, diferentemente do que disse Impugnante, o fisco não "utilizou documento fiscal inutilizado como base para autuação", mas sim NFCE com status de autorizada.

Sabe-se que, esses documentos eletrônicos são emitidos, via de regra, pela internet, através do envio das informações pelo sistema do contribuinte ao sistema nacional da NFC-e, da seguinte forma:

1) *Se ambos os sistemas se conectarem normalmente, e a operação for validada, a NFC-e retornará com a seguinte informação:*

Tipo de emissão 1: Normal.

2) *Se existir algum problema de conexão entre esses sistemas, a NFC-e pode ser emitida e validada de forma "off-line", a NFC-e retornará com a seguinte informação:*

Tipo de emissão 9: Contingência NFC-e offline

Sendo a primeira opção a regra e a segunda opção a exceção porém o sistema do contribuinte precisa estar parametrizado para não validar a operação em duplicidade (ou, se validar, cancelar a primeira operação no prazo legal), pois a NFC-e emitida em contingência será aquela entregue ao consumidor final no ato da compra.

*Diante dos fatos, consultamos os gestores da NFC-e (e-mail em anexo) e do sistema de auditoria da Sefaz- SIAF para entender motivação da duplicidade da operação e concluímos que o erro foi ocasionado pelo sistema do contribuinte que não cancelou à tempo a NFCE emitida (Tipo de emissão 1: Normal) uma vez que, o SIAF não teria como identificar a operação duplicada pois o sistema nacional atribui as notas chave e numeração diferentes - o que culminou com o armazenamento de **duas notas válidas** para a mesma operação no Sistema NFC-e.*

Também, não se trata de operações desfeitas pelo consumidor final – devolução de compra - porque, se assim o fosse, o contribuinte deveria ter adotado outras providências legais, conforme previsto no RICMS, as quais listamos na Informação Fiscal às fls. 197 a 205 do presente processo.

Assim, pelas análises das provas apresentadas pelo contribuinte (planilhas constantes no pen drive - fl. 184), concluímos que as operações, apesar de validadas pelo sistema NFC-e, são operações duplicadas. Onde uma das operações foi escriturada regularmente pelo contribuinte e a outra não.

Complementarmente informamos que desnecessário se fez intimar Contribuinte para apresentar o "Demonstrativo Individualizado"- solicitação do Item - porque tais informações já constam no processo (pen drive à fl. 184), como também um caso idêntico à esse já foi analisado no AI 279462.0002/22-5 dessa mesma empresa."

Por tais razões, entendo que não mais remanescem questões controvertidas a dirimir nos autos, valendo destacar que as conclusões apresentadas pelas partes decorreram do intenso contraditório, sendo garantida a ampla defesa e exaustiva investigação dos fatos conforme ocorreram, como corolário do princípio da verdade material.

Nestes termos, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando IMPROCEDENTE o Auto

de Infração.

VOTO DISCORDANTE

O auto de infração acusa omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, tendo destacado o ICMS em notas de consumidor eletrônicas (NFC-e) que não foram escrituradas nos exercícios 2018 a 2020.

Conforme apreciado na decisão recorrida os procedimentos para emissão e escrituração das NFCe são previstos nos artigos 107-A, 107-B, 107-H, e 92, do RICMS-Ba, que podem ser canceladas por motivos diversos, fato que não ocorreu na situação em questão, estando as mesmas validadas no Sistema Nacional de Emissão de NFC-e na situação de autorizada.

Em atendimento a diligência fiscal realizada por determinação desta 2ª CJF foi apurado que as NFC-E não escrituradas sob alegação de que foram “inutilizadas”, tiveram emissão de nota fiscal em contingência para a mesma operação de circulação da mercadoria e que foi oferecido a tributação do ICMS, a exemplo das NFC-e nº 34023 e a NFC-e em Contingência nº 34024.

Neste contexto concordo com o posicionamento do n. Relator pelo afastamento da exigência do ICMS por descumprimento da obrigação principal, visto que restou comprovado a duplicidade de emissão das NFC-es (uma normal e outra em contingência), para uma mesma operação.

Entretanto, o sujeito passivo não adotou procedimento de não validar a operação em duplicidade (ou, se validar, cancelar a primeira operação no prazo legal), culminando no armazenamento de **duas notas válidas** para a mesma operação no Sistema NFC-e.

Por adotar procedimento em desconformidade com a legislação do ICMS restou comprovado a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, mas ficou comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, devendo o julgador nos termos do art. 157 do RPAF/BA aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

Assim sendo, deve ser aplicado a multa prevista no art. 42, XXII da Lei 7.014/1996 que estabelece:

XXII - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, afastando a exigência do ICMS e aplicando multa no valor de R\$ 460,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279462.0026/22-0, lavrado contra SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.

VOIO VENCEDOR – Conselheiros: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, João Vicente Costa Neto, Antonio Dijalma Lemos Barreto, Marcelo Mattedi e Silva e Igor Lucas Gouveia Baptista.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Eduardo Ramos de Santana.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS