

A. I. Nº - 279462.0026/22-0
AUTUADO - SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTES - ANNA CRISTINA R. NASCIMENTO e NILDA BARRETO DE SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0036-05/23-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR ELETRÔNICAS (NFC-e). FALTA DE REGISTRO DE NA ESCRITA FISCAL DO ESTABELECIMENTO. A tese defensiva de que a exigência fiscal se baseou em mera presunção não procede. O contribuinte deixou de registrar o evento “cancelamento de NFC-e” ou mesmo promover 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. A autuação está estabelecida não por presunção, mas por prova documental robusta, de 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. Não acolhidos os pedidos defensivos: a) de decretação de nulidade do lançamento; b) realização de diligências; c) redução ou exclusão da multa pecuniária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/09/2022 para exigir ICMS no valor principal de **R\$ 95.354,73** contendo a imputação fiscal a seguir descrita:

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.

Aplicado sobre o valor do imposto a multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Documentos que compõem o Auto de Infração: dados do contribuinte relacionados a arrecadação, DMAS do período fiscalizado; informações cadastrais do contribuinte; Termo de Início da Ação Fiscal; demonstrativos de apuração do imposto e mídia contendo a gravação dos arquivos gerados na ação fiscal.

Contribuinte notificado do lançamento através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), ingressa tempestivamente com defesa administrativa através da peça processual juntada ao PAF entre as fls. 32 a 47, subscrita por advogados.

A partir da leitura das informações acima descritas, o contribuinte argumenta que a autoridade fiscal **presumiu da emissão de notas que as operações ali contidas efetivamente foram levadas a cabo e que se deixou de recolher o ICMS devido.**

Afirmou que diversamente do asseverado pela D. Autoridade Fiscal, não há que se falar em ausência de escrituração de notas na escrita fiscal e, por conseguinte, não recolhimento de ICMS, eis que as operações ali contidas não foram levadas a cabo.

A título de exemplo, mencionou as Notas Fiscais de nº 000068590, 000063997, 000067307 e 000041405, cujo **cancelamento foi homologado pelo próprio Fisco**, ou seja, não tendo ocorrido a operação não há que se falar em qualquer descumprimento da obrigação acessória.

Nas demais operações, ocorreram dois tipos de cancelamentos, quais sejam:

- (i) **Cancelamento intempestivo - Sem protocolo:** O sistema da SEFAZ não gerou o protocolo da Nota Fiscal em seu servidor, o que inviabilizou o cancelamento tempestivo da nota.
- (ii) **Cancelamento intempestivo:** o cancelamento não ocorreu no prazo fixado pela legislação.

Explicou que no cancelamento intempestivo sem o protocolo, a intempestividade se deu em razão de erro do sistema do próprio Fisco, que deixou de gerar o protocolo em seu servidor, impedindo o cancelamento das notas fiscais a tempo, eis que é necessário este protocolo para cancelar a nota fiscal através do sistema do Fisco, fato este que não pode ensejar a aplicação de nenhuma penalidade ou a cobrança de tributo.

Para melhor exemplificar, apresentou o demonstrativo abaixo reproduzido, que contém a descrição das ocorrências com as notas fiscais utilizadas como fundamento para a lavratura do Auto de Infração ora contestado (**Doc. 3**):

Notas fiscais (quantidade)	Justificativa (2019)
694	Cancelamento intempestivo - Sem protocolo
4225	Cancelamento intempestivo
1	Vendas após meia-noite

Notas fiscais (quantidade)	Justificativa (2020)
4	Canceladas e aceitas pelo Fisco
77	Cancelamento intempestivo - Sem protocolo
38	Cancelamento intempestivo

Asseverou que o eventual cancelamento das notas fora do prazo previsto em lei, ou eventual ausência de cancelamento – que ocorreu por um lapso, não é suficiente, por si só, para revelar que as operações ali contidas foram levadas a cabo e, por conseguinte, que a Impugnante teria omitido a saída das mercadorias do seu estabelecimento com a consequente ausência de recolhimento do ICMS. Isto porque o fato gerador do ICMS é a efetiva saída das mercadorias do estabelecimento do contribuinte na forma estabelecida na legislação de regência desse tributo – Lei e RICMS/BA.

Nessa perspectiva, ressaltou que para que haja uma cobrança de ICMS, é necessária a comprovação da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, não sendo lícito se presumir a ocorrência de tais operações pelo simples fato de ter-se emitido nota fiscal. Até mesmo porque as referidas notas poderiam ser canceladas a qualquer tempo antes da concretização das operações.

Disse ter sido justamente esses os acontecimentos que se verificaram no caso concreto, eis que as mercadorias elencadas nas notas fiscais que serviram de embasamento para autuação em nenhum momento saíram do estabelecimento da Impugnante, fato este que evidencia a necessidade de cancelamento das referidas notas fiscais. **Em outras palavras:** a simples ausência de cancelamento da nota fiscal dentro do prazo estipulado em lei ou a eventual não

homologação do pedido de cancelamento das notas em comento, não pode ser tomada como indicativo da ocorrência das saídas das mercadorias. **Pelo contrário, bastava que a D. Autoridade Fiscal fizesse uma análise mais detida do estoque da Impugnante –em busca da verdade material – para comprovar que as operações não ocorreram.**

Sustenta a defesa que no máximo a D. Fiscalização poderia aplicar multa pela ausência de cancelamento das notas dentro do prazo legal, mas jamais poderia efetuar a cobrança do ICMS sob pena de tornar letra morta o RICMS e a Constituição Federal.

Pede o contribuinte que seja reconhecida a nulidade do lançamento fiscal vez que não houve a efetiva comprovação das operações, estando o ato do Estado em contrariedade ao princípio da verdade material e calcado em presunção sem lastro legal, além de violar normas expressas da legislação, a exemplo do art. 142 do CTN que determina o dever da autoridade fiscal, ao realizar o lançamento, de verificar a ocorrência do fato gerador e apurar corretamente a matéria tributária.

Ao invés do fisco confirmar se as operações em questão efetivamente ocorreram ou não, o que seria facilmente aferível por meio de outros documentos contábeis e do estoque da Impugnante, a Auditoria Estadual preferiu presumir a sua ocorrência e, por conseguinte, que o tributo devido não foi efetivamente recolhido.

Fundamenta o pedido de nulidade em precedentes administrativos, doutrina e no art. 18, inc. IV, alínea “a”, do RPAF (Dec. 7.629/99) que estabelece ser nulo “o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar a infração e o infrator”.

Afirmou ainda que no Auto de Infração não houve sequer a menção à alínea do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que seria aplicável ao caso. É de se pensar que, para imputar multa equivalente a 100% do imposto, seria ao menos individualizada qual a conduta específica realizada pela Impugnante, uma vez que o referido dispositivo tem sete previsões distintas para a sua aplicação. Assim, 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.

Em razões subsidiárias a defesa contesta a multa aplicada no percentual de 100%, montante que entende ser excessivo e com nítido caráter confiscatório, em total afronta aos princípios da capacidade contributiva, não confisco e proporcionalidade previstos na Constituição Federal.

Nesse passo, com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, disse ser inconcebível que a penalidade/multa assumia características de confisco, chegando – ou ultrapassando – o valor do imposto exigido, tal qual já reconheceu o STF, ratificando a faculdade de rever/reduzir multas como caráter confiscatório, em face da violação ao artigo 150, IV da CF/88, conforme precedente citado na peça defensiva, que transcrevemos em parte: **Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a multa ao patamar de 20%.** STF - AI 727872 AgR - Órgão julgador: Primeira Turma - Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO - Julgamento: 28/04/2015 - Publicação: 18/05/2015).

Requer, caso a autoridade julgadora entenda necessária, a conversão do feito em diligência para que ocorra a devida apuração sobre a realização ou não das operações.

Pede, ao final da peça defensiva, que seja **conhecida e julgada procedente** a presente impugnação para cancelar o Auto de Infração em sua totalidade, em razão da **utilização indevida de presunção e**, ainda, em razão das notas fiscais que embasam o lançamento se referirem a operações não realizadas, não gerando a obrigação de recolhimento de ICMS.

Subsidiariamente, superado o pedido acima, a Impugnante requer o imediato cancelamento da multa aplicada, seja em razão de sua nulidade por violação aos princípios da verdade material, ampla defesa e contraditório, seja em razão de sua patente ilegalidade, eis que esta foi arbitrada em montantes nitidamente confiscatórios.

Ou, ainda, caso esse não seja esse o entendimento da JJF, requer que, ao menos, seja determinada a redução da multa ao percentual de 20% sobre o ICMS supostamente devido.

Prestado o **INFORMATIVO FISCAL** pelas autuantes através da peça processual juntada ao PAF entre as fls. 187 a 195, datada de 10/01/2023.

Inicialmente as autuantes relataram que este contribuinte exerce a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral – supermercado, em loja do tipo atacarejo - sendo uma empresa de grande porte com matriz no Estado de São Paulo, cuja filial obteve faturamento anual da ordem de R\$ 200 milhões e R\$ 223 milhões e arrecadação anual de ICMS da ordem de 5,66 milhões e R\$ 9,75 milhões, nos exercícios de 2019 e 2020, respectivamente.

Destacaram ainda, que boa parte do *mix* de mercadorias comercializadas por esta filial provém do Centro de Distribuição da empresa que fica sediado no município de Feira de Santana-Ba.

Ao rebaterem os argumentos defensivos frisaram preambularmente que todas as notas fiscais válidas, recebidas e emitidas pela empresa, devem ser escrituradas no livro de entradas e no livro de saídas respectivamente, com o registro das operações que geram crédito e débito de ICMS, que são posteriormente transportados a cada mês para o livro de Apuração do imposto, onde consta o saldo de ICMS a recolher, ou, excepcionalmente, a transportar para o período seguinte, conforme normas básicas do regime de conta corrente fiscal em consonância com o princípio da não cumulatividade do tributo.

No entanto, para se chegar a esses valores é imprescindível verificar se as operações foram escrituradas em sua integralidade no livro de saídas, com as alíquotas, base de cálculo e valores de ICMS corretamente calculados, uma vez que, tanto as operações de crédito quanto as operações de débito impactam no valor do ICMS a recolher no período.

No caso em exame, foi verificado que **o contribuinte emitiu diversas notas fiscais de consumidor eletrônica- NFC-e, com débito do ICMS e omitiu tais operações no livro de Saídas.**

Para melhor entendimento da infração em discussão, esclareceram que a NFC-e tornou-se obrigatória a partir de 01/03/2018 em substituição ao cupom fiscal, cuja emissão se dá através do próprio sistema fiscal da empresa, comumente chamados de terminais PDV (ponto de venda ou caixa) ou POS. O sistema PDV é integrado aos meios de pagamentos (cartão de débito, crédito, etc) e ao Sistema da NFC-e. E as operações acontecem na seguinte ordem:

- O cliente adentra a loja, escolhe seus itens e dirige-se ao caixa;
- O operador de caixa faz a leitura do código de barras de cada item;
- O PDV registra em sua memória cada item e mostra (através do monitor) a descrição, quantidade, o valor do item, o subtotal acumulado e, ao final, o valor total das compras;
- O cliente escolhe a forma de pagamento e efetua o pagamento;
- Após o registrar o pagamento, o PDV emite NFC-e.

Nesse tipo de atividade do autuado – do segmento de supermercados - **somente após a confirmação do pagamento, é que o sistema PDV finaliza a operação através da emissão da NFC-e.**

Assim, segundo as autuantes, não faz o menor sentido as afirmações da Impugnante, pois se houver alguma desistência de compra, enquanto o cliente estiver sendo atendido, o próprio sistema PDV exclui o item da memória do equipamento, consequentemente, nessa situação não há emissão da NFC-e.

Se a desistência ocorrer em até 30 minutos, é possível cancelar a NFC-e no próprio PDV. Nesses casos, supervisor de loja precisa intervir para cancelar ambas as operações: o pagamento a NFC-e.

Se a desistência for posterior a 30 minutos, a empresa precisa emitir uma nota fiscal de entrada, caso o cliente não seja habilitado a emitir nota fiscal.

Transcreveram disposições do RICMS/Ba relacionadas com a matéria em discussão extraídas dos arts. 107-A, 107-B e 107-H do RICMS-BA.

Com relação às notas fiscais listada na peça defensiva objeto de cancelamentos que foram “homologados pelo fisco”, afirmaram que após consulta das respectivas chaves de acesso **todas as quatro notas estão na situação de autorizadas e, portanto, válidas no Sistema NFC-e** (cópias dos extratos das NFs juntadas entre as fls. 196 a 204).

No tocante às expressões “*Cancelamento intempestivo - Sem protocolo e Cancelamento intempestivo*” são meras alegações do contribuinte, uma vez que o próprio Sistema NFC-e já estabelece taxativamente a forma de cancelamento das operações.

Quanto às alegações defensivas de que a empresa solicitou o cancelamento das NFC-es, mas o cancelamento foi atrasado ou não foi autorizado, declararam que esses argumentos não guardam correlação com as exigências legais, vez que as operações são realizadas de forma “on-line”. Caso o sistema NFC-e recuse um determinado cancelamento (a recusa acontece porque a solicitação está em desacordo com os parâmetros do sistema, geralmente solicitação fora do prazo), o contribuinte tem a opção de anular a operação através da emissão de nota fiscal de entrada e regularizar a situação da mercadoria, conforme previsto na legislação já referenciada. Sabe-se que na atividade de supermercados, caso o cliente desista da compra a situação é resolvida na mesma hora, pois o cliente não disponibiliza de muito tempo para solucionar a questão.

Na devolução formal, conforme determina ao RICMS-Ba no art. 454 e 455, é preciso que se identifique o cliente (**nome, CPF e endereço**), com a inclusão da justificativa (motivação) da devolução para que a nota fiscal de entrada seja emitida.

Assim, em ambos os casos (cancelamento de NFC-e e devolução de compra) a operação precisa ser finalizada no próprio sistema nacional de emissão de notas fiscais, não havendo razões para se acatar os argumentos expostos pelo contribuinte na peça defensiva.

Com referência às considerações do autuado de que “*no mercado de atacado é comum que o fornecedor emita nota fiscal antes mesmo de fechar a operação comercial com o adquirente*” as autuantes declaram serem as mesmas válidas para a nota fiscal eletrônica – NFe. Não se aplicam aos supermercados tipo atacarejo onde as operações ocorrem à vista das mercadorias e do cliente. Ou seja, são operações concomitantes: **o próprio cliente escolhe suas mercadorias, dirige-se ao caixa, efetua o pagamento e leva suas compras.**

Em suma, as autuantes entendem que as alegações trazidas pelo Impugnante fogem à própria lógica da atividade econômica do contribuinte e conflitam com as normas mais básicas de emissão e escrituração fiscal dos documentos fiscais, vez que um documento fiscal emitido e válido gera direito e deveres tanto na relação fisco/contribuinte quanto na relação fornecedor/cliente.

Quanto às decisões administrativas citadas na impugnação, originárias do CONSEF, frisaram que nenhuma dela têm relação com a presente lide fiscal, pois nelas se discute a omissão de entradas interestaduais de mercadorias e nesse PAF se discute **a omissão de saídas de mercadorias por falta de escrituração de documento fiscal válido.**

Por fim, no que se refere à multa pecuniária lançada no Auto de Infração, de 100% do valor do imposto, afirmaram que o referido percentual é estabelecido em lei, não dispondo as auditoras de poder discricionário para aplicar multa em valor maior ou menor do que o fixado legalmente.

Ao finalizarem a peça informativa concluíram que as alegações e provas trazidas nos autos pela Impugnante não são capazes de elidir a infração.

Em despacho exarado à fl. 207 do PAF, datado de 07/03/2023, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

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 (NC-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 incorrido 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 inconstitucionalidade 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0026/22-0**, lavrado contra **SENDAS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o contribuinte, a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 95.354,73**, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, letra “g” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 16 de março de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR