

A.I. Nº - 279462.0022/22-5
AUTUADO - SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/04/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-04/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR ELETRÔNICO. OMISSÃO DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não comprovou que as notas fiscais objeto do lançamento tributário se encontram canceladas, exceto em relação a uma única nota fiscal cujo valor foi excluído da autuação, enquanto que as demais se encontram validadas pelo sistema emissor de documentos fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 26/09/2022 para reclamar crédito tributário no montante 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: **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*”.

O autuado, através de seus Representantes Legais, ingressou tempestivamente com Impugnação ao lançamento, fls. 30 a 45, onde, após tecer considerações iniciais, inclusive sintetizando os fatos, adentrou ao tópico intitulado “*Da ilegalidade da cobrança – Da necessidade de cancelamento da cobrança de ICMS – Operações não realizadas*”, destacando que lhe foi imputado omissão de saídas de mercadorias decorrente da não escrituração de notas fiscais, contudo, as operações em questão não foram realizadas, o que torna correta a não escrituração das operações e o não recolhimento do imposto, consoante passou a demonstrar.

Sustentou que, diversamente do quanto asseverado pelas autuantes, 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, o que indubitavelmente levaria ao cancelamento do lançamento.

Citou, como exemplo, as Notas Fiscais de nº 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 acessória.

Em relação às demais notas fiscais, disse que ocorreram dois tipos de cancelamento: *i) Cancelamento intempestivo – sem protocolo*, onde o sistema da SEFAZ não gerou o protocolo da Nota Fiscal em seu servidor, o que inviabilizou o cancelamento tempestivo da nota e *ii) Cancelamento intempestivo* – não ocorreu no prazo fixado pela legislação, apresentando um breve quadro resumo para ilustrar seu argumento.

Neste sentido, ponderou que o eventual cancelamento das notas fiscais fora do prazo previsto em lei, ou eventual ausência de cancelamento, que ocorreu por um lapso, não é suficiente, por si só, para asseverar que as operações ali contidas foram levadas a cabo e, por conseguinte, que teria omitido a saída das mercadorias do seu estabelecimento com a consequente ausência de recolhimento do ICMS, porque, o fato gerador do ICMS é a efetiva saída das mercadorias do

estabelecimento na forma prevista pelo art. 2º, inciso I do RICMS/BA.

Aduziu que para que haja cobrança de ICMS é necessário a comprovação da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento, não sendo lícito se presumir a ocorrência de tais operações pelo simples fato de ter-se emitido nota fiscal, até porque as notas poderiam ser canceladas a qualquer tempo antes da concretização das operações, justamente o que ocorreu no presente caso, onde as mercadorias não saíram do seu estabelecimento.

Sustentou que 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, não pode ser tomada como indicativo da ocorrência das saídas das mercadorias, bastava que as autuantes efetuassem uma análise mais detida em seu estoque, em busca da verdade material, para comprovar que as operações não ocorreram.

Neste caso, disse 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, citando duas ementas relacionadas a julgados neste CONSEF, para consubstanciar seus argumentos.

Após citar o art. 2º do RPAF/BA, mencionou que é patente que as autuantes não consideraram, ao adotarem sua presunção, práticas comuns no mercado de atacado e varejo que decorrem do simples fato de que ocorrem milhares de operações de entradas e de saídas diariamente, pressupondo a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ao invés de analisar de forma detida toda a documentação contábil e o seu estoque, afirmando, também, que a emissão da nota fiscal indica apenas a simples pretensão de que poderá ocorrer a operação, surgindo a obrigatoriedade da escrituração somente quando houver sua efetiva realização, na forma do art. 215 do RICMS/BA.

Acrescentou que a aplicação da presunção sem previsão legal é inaceitável e viola o art. 142, parágrafo único do CTN, citando, ainda, o art. 112, II do mesmo CTN, de onde se extrai que “*em caso de dúvida, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado*”.

Concluiu este tópico afirmando restar cabalmente demonstrada a necessidade de cancelamento do auto de infração, uma vez que as operações contidas nas notas fiscais utilizadas como embasamento para a cobrança em comento não foram efetivadas, tendo ocorrido, por um lapso, o cancelamento intempestivo das referidas notas.

Em seguida passou a arguir a nulidade do Auto de Infração “*por ausência de elementos para definir a infração*”, voltando a citar o 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.

Nesse sentido disse que em função da violação aos dispositivos art. 42, inciso III da Lei nº “12.670/1996” sem fazer menção qual seria a alínea aplicável ao caso, sendo que, diante desta ausência, não há como sequer realizar uma busca pela verdade material ou mesmo exercer de maneira plena o direito à ampla defesa e ao contraditório, não havendo segurança na imputação descrita, razão pela qual pugnou pela nulidade do Auto de Infração com base no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA.

No tópico seguinte passou a arguir “*ilegalidade da multa aplicada em razão de seu caráter confiscatório*”, ante ao percentual aplicado de 100% sobre o valor do imposto reclamado. Assim, com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, considera ser inconcebível que a penalidade assumia característica de confisco, tal qual reconhecido pelo STF, que estabeleceu que acima do patamar de 20% é nitidamente confiscatória, razão pela qual pugnou pela redução para este patamar.

Requeru que o processo seja baixado em diligência no sentido de que ocorra a devida apuração sobre a realização das operações ou não e concluiu requerendo o conhecimento da peça defensiva e julgada procedente em sua totalidade, em razão da utilização indevida de presunção e, ainda, em razão das notas fiscais que embasam o Auto de Infração se referirem a operações não realizadas, não gerando a obrigação de recolhimento do ICMS.

De forma subsidiária requereu a redução da multa ao percentual de 20% e a conversão do feito em diligência.

As autuantes apresentaram Informação Fiscal, fls. 197 a 205, destacando que o autuado 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.

Destacaram que o autuado se insurgiu contra o lançamento com as seguintes alegações:

“Considerando que as operações apuradas não foram realizadas ou foram anuladas, e que o lançamento ocorreu por presunção indevida da ocorrência do fato gerador, não há omissão de saída de mercadorias no caso. Fl. 2.

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”.

Neste sentido disseram que necessário se faz esclarecer que todas as notas fiscais válidas, recebidas e emitidas pela empresa devem ser escrituradas no livro de entradas e no livro de saídas respectivamente, posteriormente as operações que geram crédito e débito de ICMS têm seus totais transportados mensalmente para o livro de Apuração onde se tem 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.

Ponderaram que para se chegar a esses valores é imprescindível verificar se as operações escrituradas no livro de entradas dão direito ao crédito, se estão suportadas por nota fiscal idônea, se o crédito está corretamente calculado, etc, e, também de igual modo, 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.

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

Destacaram que conforme previsto na legislação, 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 qual é integrado aos meios de pagamentos (cartão de débito, crédito, etc.) e ao Sistema da NFC-e.

Explicaram a ordem de como ocorrem as operações:

- 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 registrar o pagamento, o PDV emite NFC-e.

Aduziram que nesse tipo de atividade do autuado - supermercados, somente após a confirmação do pagamento, é que o sistema PDV finaliza a operação através da emissão da NFC-e, não fazendo

o menor sentido as afirmações do autuado, 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, porém, se a desistência ocorrer em até 30 minutos, é possível cancelar a NFC-e no próprio PDV, onde, nestes casos, o supervisor de loja precisa intervir para cancelar ambas as operações, ou seja, o pagamento e a NFC-e, contudo, 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, transcrevendo os artigos do RICMS/BA que tratam desta questão:

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.

No que diz respeito as alegações defensivas no sentido de que, “A título de exemplo, citem-se as Notas Fiscais de nº 000108484, 000180108, 000181083, 000167107, 000126696, 000262236, 000262264, 000241276 e 000249673, 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”, e que “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.

se posicionaram sustentando que tais alegações não condizem com a realidade dos fatos, pois conforme se pode observar através consulta das respectivas chaves de acesso no link indicado (ver cópias em anexo), à exceção da NFC-e 000108484, todas as demais notas estão na situação de autorizada e, portanto, válidas no Sistema NFC-e.

Frisaram que em relação as 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.

No que diz respeito as alegações defensivas de que solicitou o cancelamento das NFC-es, mas o cancelamento foi atrasado ou não foi autorizado, não guarda correlação com as exigências legais, uma vez que essas operações são on-line, e, 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 citada, ao tempo em que, sabe-se que nesse tipo de 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.

Acrescentaram que para a devolução formal, conforme determina ao RICMS no art. 454 e 455, é preciso identificar o cliente (nome, CPF e endereço), justificar a motivação da devolução e emitir a nota fiscal de entrada.

Em suma, ponderaram que, 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, afora isso é mera elucubração do autuado, consoante se verifica no RICMS/BA, cujos artigos pertinentes os transcreveu:

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 acrescentados).*

§ 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.*

Adiante voltaram a destacar outro argumento defensivo no sentido de que “... devem ser escrituradas apenas aquelas operações que efetivamente ocorreram, na medida em que a mera emissão de nota fiscal não gera presunção de que a operação efetivamente ocorreu, na verdade se trata de mero indício de que poderá ser levada a cabo caso os acordos comerciais surtam efeito. Até mesmo porque, conforme narrado em linhas anteriores, no mercado de atacado é comum que o fornecedor emita nota fiscal antes mesmo de fechar a operação comercial com o adquirente, no caso a Impugnante para os seus consumidores, deixando, por um lapso, algumas vezes de cancelar a respectiva nota fiscal quando tal operação por alguma razão contratual não é levada a efeito. Fl. 09”.

A este respeito pontuaram que, diferentemente do que diz o autuado, as considerações supra de que “no mercado de atacado é comum que o fornecedor emita nota fiscal antes mesmo de fechar a operação comercial com o adquirente” são válidas para a nota fiscal eletrônica – NF-e, e não se aplicam aos supermercados tipo atacarejo onde as operações ocorrem à vista das mercadorias e do cliente, ou seja, são operações concomitantes, onde o próprio cliente escolhe suas mercadorias, dirige-se ao caixa, efetua o pagamento e leva suas compras.

Desta maneira, aduziram que as alegações trazidas pelo autuado fogem à própria lógica da sua atividade econômica e as normas mais básicas de emissão e escrituração fiscal dos documentos fiscais, posto que um documento fiscal emitido e válido gera direito e deveres tanto na relação fisco x contribuinte, quanto na relação fornecedor x cliente.

Apor fim, afirmaram que o autuado a fim de justificar sua conduta omissiva, traz duas ementas de decisões do CONSEF em situação totalmente distinta da aqui questionada, pois naquelas se discute a omissão de entradas interestaduais de mercadorias e nessa se discute a omissão de saídas de mercadorias por falta de escrituração de documento fiscal válido.

Quanto as alegações defensivas em relação a multa aplicada ponderaram que é cediço que o percentual de multa estabelecido para cada infração é prevista em lei e sendo os atos do auditor fiscal vinculado aos ditames legais, o mesmo não possui a discricionariedade para aplicar multa em valor maior ou menor do que o estabelecido legalmente.

Em conclusão ressaltaram que todas as alegações e provas trazidas nos autos pelo autuado foram analisadas e somente serviram para excluir o lançamento do mês Fev/19 no valor de R\$ 9,47.

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 Eletrônica – 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 casuísmo 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 casuísmo 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 espreque 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 carregou 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 efetuassem 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.

Observe, 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, *verbis*:

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, entendendo 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0022/22-5**, lavrado contra **SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 104.071,73**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR