

**A. I. Nº** - 206977.0400/12-2  
**AUTUADO** - BARBOSA DISTRIBUIDORA NORTE DE BEBIDAS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCO ANTONIO COUTO FERREIRA  
**ORIGEM** - INFAZ JACOBINA  
**INTERNET** - 02/09/13

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0131-05/13**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. A devolução efetuada pelo próprio emitente mesmo em data razoavelmente distante da emissão inicial das notas apontadas, não constitui motivo suficiente para a desconstituição da operação de retorno, visto que não há sequer prova de que as mercadorias tenham circulado e adentrado o território baiano. Encontrar-se autorizadas no sistema de controle de notas fiscais eletrônicas, não constitui prova do ingresso no estabelecimento de destino, devendo se observar outros elementos, de forma que o conjunto probatório aponte em caráter incontestável para a entrada das mercadorias no estabelecimento do impugnante. Não trouxe o autuante nenhuma outra prova a não ser a autorização das notas emitidas para o destinatário. Sob este aspecto, as notas de devolução também estão autorizadas. Assim, ambas as notas, tanto de saída como de entrada, encontram-se sob o mesmo status jurídico, plenamente válidas. Infração elidida parcialmente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO.** O Direito Tributário veda expressamente o lançamento de tributo por presunção, a menos que esteja claramente definida em lei. Não há presunção legal para o fato apresentado neste processo, pois a simples emissão da nota fiscal de venda, com posterior estorno, isoladamente não caracteriza a prova incontestável de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento do destinatário. Infração improcedente. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO.** Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

No Auto de Infração lavrado em 19/12/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$29.538,45, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

**INFRAÇÃO 1** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa no valor de R\$4.308,95, correspondente a 1% do valor das mercadorias.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Não recolheu o ICMS diferença de alíquota incidente sobre a aquisição de brindes e outras mercadorias de consumo em operações interestaduais, sendo lançado o valor de R\$15.386,70, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$9.842,80, acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 324/329 onde, de início, afirma que algumas mercadorias identificadas nas notas fiscais apresentadas pela fiscalização como não escrituradas, em verdade, jamais foram adquiridas pela empresa ora Defendente, bem como jamais ingressaram no estabelecimento desta, razão pela qual o imposto, encargos ou multas cobrados com base em tais documentos, se mostram improcedente de pleno direito.

Que quanto às mercadorias identificadas nas Notas Fiscais de Saída n<sup>os</sup> 37261, 21985 e 22191, todas emitidas pela empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A., verifica-se que estas não foram objeto de aquisição por parte da empresa Defendente, as quais jamais ingressaram no estabelecimento desta, razão pela qual não constam em sua escrita fiscal.

Que se comprova tal afirmação por meio das cópias das Notas Fiscais de Entrada n<sup>os</sup> 45779, 33409 e 33693, também emitidas pela própria empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A., dando conta de que todas as mercadorias listadas nos documentos citados ingressaram novamente no estabelecimento desta.

Que se as mercadorias tivessem sido adquiridas pela Defendente, porque razão a empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A., teria emitido notas fiscais de entrada das mercadorias em seu estabelecimento? É evidente que se trata de um equívoco desta empresa emitir notas fiscais em favor da Defendente sem o seu conhecimento ou autorização. Assim, reconhecido o erro, esta providenciou a emissão das referidas notas fiscais de entrada, ora anexadas, para fins de tentar corrigir o erro.

Que sequer foi emitida alguma nota fiscal de devolução pela Defendente, uma vez que as mercadorias nunca chegaram a ser entregues no estabelecimento desta, e possivelmente jamais saíram de fato do estabelecimento da empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A.

Que corroborando a afirmação acima, no campo “Informações Complementares” das Notas Fiscais de Entrada n<sup>os</sup> 45779, 33409 e 33693, encontra-se identificado motivo da sua emissão, qual seja o “RETORNO” das mercadorias descritas nas Notas Fiscais de Saída de n<sup>os</sup> 37261, 21985 e 22191.

Que é irrelevante para a presente autuação o fato das notas fiscais de entradas terem sido emitidas após alguns meses da emissão das notas fiscais de saída, uma vez que cabia apenas à empresa ART SERVICE (emitente das notas fiscais) corrigir tal equívoco, bem como a Defendente não tinha meios de saber que em seu nome foram emitidas notas fiscais indevidamente, ou remetidas mercadorias que jamais solicitou, e nunca as recebeu em seu estabelecimento.

Que ressaí cristalino que tais mercadorias e notas fiscais jamais passaram pelo estabelecimento da Defendente, a qual somente tomou conhecimento da existência de tais documentos fiscais e operações em tela através da própria fiscalização que culminou na autuação sob comento, não havendo nenhuma prova nos autos acerca do recebimento das mercadorias identificadas nas Notas Fiscais de Saída n<sup>os</sup> 37261, 21985 e 22191, ou mesmo da efetivação das respectivas operações nelas informadas.

Que diante dos fatos acima apresentados, não é somente a multa por ausência de escrituração das notas fiscais acima mencionadas que se encontra improcedente na autuação em evidência,

mas também o imposto relativo às respectivas mercadorias, bem como todos os encargos cobrados pelo autuante, e que tiveram por base as Notas Fiscais de Saída nºs 37261, 21985 e 22191.

Que corroborando a boa-fé da empresa Defendente, e seu desejo de cumprimento fiel das disposições legais, providenciou o pagamento/parcelamento do restante dos valores cobrados na presente autuação, conforme se identifica na guia de pagamento ora anexada, e na forma da permissão contida no art. 123, § 2º do Decreto Estadual nº 7.629/99.

Que por fim, embora seja clarividente o direito da Defendente acima exposto, corroborado pela documentação em anexo, caso este órgão administrativo entenda necessário, requer-se, desde já, que a empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A., seja intimada a prestar os esclarecimentos devidos no presente caso, a fim de confirmar as informações e documentos ora apresentados, conforme faculta o art. 123, § 3º do Decreto Estadual nº 7.629/99.

Que à luz do exposto, requer a Defendente, que sejam acolhidas as razões de sua Defesa, dando-se como improcedente o Auto de Infração em referência quanto às supostas operações descritas nas Notas Fiscais de Saída de nºs 37261, 21985 e 22191, excluindo-se da autuação a cobrança do imposto, multa e quaisquer outros encargos inerentes a tais documentos fiscais, bem como, reconhecendo o parcelamento restante do débito, de modo a determinar o arquivamento definitivo da presente autuação, por questão máxima de Direito e de Justiça.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 344, observando que houve uma defesa parcial do Auto de Infração, quando alega não ter tido conhecimento prévio da emissão das notas fiscais e o não recebimento das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais emitidas pela empresa ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A, elencadas no processo fiscal em voga (fls. 43, 44 e 47) e para comprovar tal alegação, cita que as notas fiscais foram objeto de retorno com notas fiscais emitidas pela ART SERVICES SOLUÇÕES & LOGÍSTICA S.A., (fls. 45, 46 e 48).

Que observando a natureza das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais (bolacha de Chopp, taças, avental, etc.) e o lapso de tempo entre a emissão das notas fiscais de venda e as notas fiscais de retorno, torna-se evidente a utilização das mercadorias e seu retorno simbólico, tendo ocorrido o fato gerador do diferencial de alíquota.

Que quanto à alegação do desconhecimento da emissão das notas fiscais essa informação fica disponível no site WWW.NFE.FAZENDA.GOV.BR, podendo ser acessada a qualquer momento. Afirma ainda, que as notas fiscais juntadas a esse processo constam com o status de AUTORIZADA junto ao sistema emissor da nota fiscal eletrônica. Mantém na íntegra o teor do Auto de Infração.

## VOTO

O impugnante defende parcialmente o lançamento efetuado, apenas no que diz respeito a 03 notas fiscais, sendo a primeira, a Nota Fiscal nº 21.985 (fl. 43), emitida em 16/06/2011, no valor de R\$6.258,12, com a respectiva nota de retorno emitida pela própria ART SERVICE em 25/08/2011, Nota Fiscal nº 33.409 (fl. 45), de mesmo valor e mesmas mercadorias. A segunda, a Nota Fiscal nº 37.261 emitida em 21/09/2011, (fl. 47), e retorno pela Nota Fiscal nº 45.779, (fl. 48), em 16/12/2011, com mesmas mercadorias e valores e por fim, a Nota Fiscal nº 22.191, (fl. 44) em 17/06/2011 e Nota Fiscal nº 33.693, (fl. 46), 26/08/2011, todas com observação nos campos de dados adicionais que se trata de retorno de mercadorias com a referência das notas de saída.

Assim, o impugnante demonstra claramente que reconhece as infrações quanto aos outros documentos fiscais aqui apresentados, quando diz textualmente que contesta *“somente a multa por ausência de escrituração das notas fiscais acima mencionadas que se encontra improcedente na autuação em evidência, mas também o imposto relativo às respectivas mercadorias, bem como todos os encargos cobrados pelo Autuante, e que tiveram por base as Notas Fiscais de saída nºs “37261, 21985 e 22191”*, isto porque além de ser multado na infração 1

pela não escrituração destas notas além de outras, foi também lançado o diferencial de alíquotas por estas mesmas notas fiscais, na infração 2.

Assim, o impugnante tacitamente reconhece integralmente a infração 3, cujo demonstrativo está à fl. 49, com apresentação das notas fiscais às fls. 50/57, que comprovam aquisição de ativos, quando diz que providenciou o pagamento/parcelamento do restante dos valores cobrados na presente autuação, embora não haja a comprovação do alegado pagamento, quando claramente expôs sua impugnação vinculada às infrações 1 e 2 e assim, a lide se resume a estas 03 notas fiscais não escrituradas. Em sendo assim, reconhece parcialmente a infração 1, por consequência, contesta a infração 2 em sua totalidade, já que esta infração decorre das 03 notas impugnadas na infração 1, e por fim reconhece integralmente a infração 3, e assim, passo ao julgamento.

O autuante lançou multa pelo descumprimento de obrigação acessória (falta de registro na entrada) na infração 1 e também pelo não pagamento do diferencial de alíquotas, relativamente a 03 notas na infração 2. O núcleo da lide reside inteiramente na aceitação ou não dos argumentos do impugnante quanto ao fato de não ter nem conhecimento destas notas fiscais até o momento da fiscalização, sendo esta a justificativa do autuado para não ter feito o registro nem tampouco o pagamento da diferença de alíquotas.

O autuante por sua vez, diz que não foram observados os preceitos legislativos para a devolução da nota fiscal, inclusive porque as notas emitidas inicialmente já estariam fora do prazo de devolução, pelo lapso de tempo envolvido, e que, portanto, entraram no estabelecimento.

Na legislação tributária, constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo. Contudo, não percebo nesta infração, embasamento jurídico que possa sustentar o lançamento tributário, pois a operação transcorreu, em princípio, com uma conduta jurídica aceitável, sendo os documentos fiscais emitidos dentro dos parâmetros legais, por contribuinte inscrito, com identificação do emitente e do destinatário e a perfeita descrição das mercadorias e o respectivo destaque do imposto, sendo efetuado o retorno mediante emissão de documento fiscal que igualmente preenche as condições legais de existência e idoneidade.

Assim, a devolução efetuada pelo próprio emitente mesmo em data razoavelmente distante da emissão inicial das notas apontadas, não constitui motivo suficiente para a desconstituição da operação de retorno, visto que não há sequer prova de que as mercadorias tenham circulado e adentrado o território baiano. Encontrar-se autorizadas no sistema de controle de notas fiscais eletrônicas, não constitui prova do ingresso no estabelecimento de destino, devendo se observar outros elementos, de forma que o conjunto probatório aponte em caráter incontestável para a entrada das mercadorias no estabelecimento de destino. Não trouxe o autuante nenhuma outra prova a não ser a autorização das notas emitidas para o destinatário. Sob este aspecto, as notas de devolução também estão autorizadas. Assim, ambas as notas, tanto de saída como de entrada, encontram-se sob o mesmo status jurídico, plenamente válido.

As exigências formais visam dar segurança jurídica à operação. Contudo, sua simples ausência não pode caracterizar lesão à Fazenda Pública ou intuito de fraude. Nada impede, por exemplo, que a empresa emitente, por equívoco, emita uma nota fiscal para um cliente, e decorrido um lapso de tempo, fora do prazo de cancelamento do documento fiscal, ao perceber o erro, dê entrada em seu estabelecimento, efetuando-se o estorno da venda, sem que nem mesmo as mercadorias tenham saído do estabelecimento.

Os fatos descritos levam à conclusão, pela análise do conjunto probatório, que a empresa emitiu a nota fiscal de saída, perdeu o prazo para cancelamento e efetuou estorno da venda emitindo nota fiscal de entrada, e não ficou comprovado dolo, fraude ou simulação, nem tampouco prejuízo à Fazenda Pública do Estado da Bahia, em decorrência da emissão e estorno da operação, uma vez que não ficou comprovada por outros meios, que a operação de aquisição e entrada das mercadorias no estabelecimento baiano tenha se concretizado.

O Direito Tributário veda expressamente o lançamento de tributo por presunção, a menos que esteja claramente definida em lei. Não há presunção legal para o fato apresentado neste processo, pois a simples emissão da nota fiscal de venda, com posterior estorno, isoladamente não caracteriza a prova incontestável de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento do destinatário.

Assim, não vejo como sustentar a aplicação da multa pela não escrituração na infração 1 e ao mesmo tempo o lançamento do imposto na infração 2. Dessa forma, excludo as 03 notas impugnadas da infração 1, já que foi lançado o imposto pelo descumprimento da obrigação principal na infração 2, ficando assim alterado o lançamento nos meses de junho e setembro de 2011 na infração 1:

INFRAÇÃO 1		
MÊS	ICMS-LANÇADO	ICMS-REDUZIDO
jun/11	900,57	119,39
Jul/11	373,18	373,18
Ago/11	633,05	633,05
set/11	1.729,04	1.123,84
Out/11	139,90	139,90
Nov/11	416,33	416,33
Dez/11	116,88	116,88
<b>TOTAL</b>	<b>4.308,95</b>	<b>2.922,57</b>

Permanecem inalterados os lançamentos de multas nos outros meses, sendo reduzido o total da infração 1 para R\$2.922,57. Infração 1 elidida parcialmente.

Por conseguinte, fica sem efeito o lançamento tributário na infração 2, já que se trata das mesmas notas que foram excluídas da infração 1. Infração 2 improcedente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **206977.0400/12-2** lavrado contra **BARBOSA DISTRIBUIDORA NORTE DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.842,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$2.922,57**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.537/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR