

A. I. Nº - 206984.0001/15-9  
AUTUADO - ATENDE DISTRIBUIDORA S/A  
AUTUANTE - HUMBERTO LIMA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21.11.2016

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0181-05/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. O autuante acatou em parte as razões da defesa e excluiu notas fiscais da exigência fiscal. Além disso, fica reduzida de ofício a multa para 1%, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Infração procedente em parte. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Infração procedente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não defendida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$110.194,31, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$106.389,66.
- 2 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$1.020,42 e multa de 60%.
- 3 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$2.784,23.

O autuado ingressa com defesa, fls. 67 a 78, e de início assevera a sua tempestividade, haja vista que a mesma foi apresentada para protocolo no prazo de sessenta dias contados da intimação do contribuinte acerca da lavratura do auto de infração.

Preliminarmente assegura que o Auto de Infração está eivado de nulidade absoluta, o que torna imperioso o seu cancelamento, por flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Traz a posição doutrinária e jurisprudencial, e ante a inobservância do devido processo legal, conclui que o fisco se baseou em meras presunções da ausência de escrituração para autuar o impugnante, o que não se admite, conforme a doutrina pátria: “presunção não é fato gerador de qualquer tributo. O princípio da estrita legalidade impede que assim seja considerada. O mesmo se diga em relação ao princípio da tipicidade fechada e o da reserva absoluta da lei formal. Nesse sentido os lançamentos de tributos com base em presunções hominis ou indícios, (ressalvados os indícios veementes quando proporcionam certeza quanto aos fatos), sempre que ocorrer incerteza quanto aos fatos, não se compatibilizam com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. As presunções legais relativas podem ser adotadas pelo legislador desde que sejam estabelecidas no âmbito da competência tributária respectiva.”

Assim, indispensável a declaração da nulidade do Auto de Infração, procedendo-se ao seu cancelamento, haja vista a inobservância do devido processo legal.

No mérito contesta as infrações 01 e 03, ao tempo em que detalha os motivos pelos quais improcede a alegação do fisco de ausência de escrituração das notas fiscais acima listadas.

*4.1.1 – Das notas fiscais nºs 135481, 030381, 122850, 313098, 313107, 313108, 019378, 019422, 407527, 433544, 124924 – Existência de escrituração*

Depreende-se do levantamento realizado pela impugnante, que grande parte das notas fiscais apontadas pela fiscalização foram devidamente escrituradas pela impugnante, conforme se comprova pelo livro de Registro de Entradas (doc. anexo). É este o caso da notas fiscais de nº. 135481, 030381, 122850, 313098, 313107, 313108, 019378, 019422, 407527, 433544, 124924.

Portanto, não pode prevalecer a imputação fiscal de ausência de escrituração de aludidos documentos fiscais.

*4.1.2 – Da nota fiscal nº. 117973 - Auta Sul Comércio & Distribuidora de Alimentos Ltda.*

No que se refere à nota fiscal nº. 117973, emitida por Auta Sul Comércio & Distribuidora de Alimentos Ltda. (CNPJ/MF nº. 01.163.632/0001-39), cumpre dizer que a impugnante não tem conhecimento de sua origem, mesmo porque aludida empresa não consta no seu cadastro de fornecedores, razão pela qual o documento fiscal em questão não foi escriturado.

*4.1.3 – Da nota fiscal nº. 004124 - Sobesa Indústria de Alimentos Santanense Ltda.*

Quanto à nota fiscal de nº. 004124, emitida por Sobesa Indústria de Alimentos Santanense Ltda. (CNPJ/MF nº. 15.880.529/0001-14), cumpre observar que ocorreu erro por parte da emitente da nota fiscal, uma vez que, em que pese ter a operação outro destinatário, FOI EQUIVOCADAMENTE INCLUÍDO NO DOCUMENTO FISCAL O CNPJ DA IMPUGNANTE (05.207.680/0003-02).

Com efeito, tal qual faz prova a documentação anexa, a operação teve por destinatário PEDRO BRANDÃO VIEIRA (CNPJ nº. 01.761.553/0001-20), e não a impugnante, consoante e-mail do fornecedor, que transcreve.

Uma vez constatado o erro pelo fornecedor, este enviou carta de correção e regularizou a situação, o que resta comprovado pela documentação anexa à presente defesa.

De tal maneira, não há que se falar em cometimento de infração pela ausência de escrituração da nota fiscal nº. 004124, porquanto a impugnante não fez parte da mencionada operação.

*4.1.4 – Da nota fiscal nº. 125595 - Gonçalves & Tortola S/A*

No caso da nota fiscal de nº. 125595, emitida por Gonçalves & Tortola S/A (CNPJ/MF nº. 85.070.068/0001-08), que foi listada em duplicidade no auto de infração, trata-se de documento fiscal recusado pela impugnante.

Note-se que as mercadorias foram refaturadas na nota fiscal de nº. 125855, conforme explicado na cadeia de e-mails anexa à presente defesa.

Por esse motivo, também não pode subsistir a acusação fiscal pela ausência de escrituração fiscal da nota nº. 125595.

*4.1.5 – Da nota fiscal nº. 001129 - Laticínios Rodrigues Ltda.*

Quanto à nota fiscal de devolução de mercadoria nº. 001129, relativa à pessoa jurídica Laticínios Rodrigues Ltda. (CNPJ/MF nº. 09.339.207/0001-60), importa dizer que aludido documento fiscal foi inutilizado, ao que se seguiu a emissão da nota fiscal de nº. 1130, conforme documentação anexa.

Desse modo, tendo sido inutilizada a nota fiscal, consequência lógica é a desnecessidade de sua escrituração, pelo que não prospera a acusação fiscal.

*4.1.6 – Da nota fiscal nº. 017666 - Cerealista Brilho do Horizonte Ltda.*

No caso da nota fiscal nº. 017666, emitida por Cerealista Brilho do Horizonte Ltda. (CNPJ/MF nº. 34.358.069/0001-03), esta não foi escriturada pela impugnante por nela constar erro quanto à sua razão social, conforme fazem prova os documentos anexos.

Note-se que, neste caso, a impugnante enviou mercadorias à Cerealista Brilho do Horizonte Ltda. com lastro na nota fiscal de nº. 357853. Contudo, estas mercadorias foram devolvidas à impugnante por meio da nota fiscal de nº. 017666 (listada no auto de infração).

Havia, porém, equívoco na nota fiscal de devolução nº. 017666, eis que nela constava a antiga razão social da impugnante “Atende Logística S/A”, ao invés da atual: “Atende Distribuidora S/A”.

Por este motivo, a impugnante recusou a mencionada nota fiscal, deixando de escriturá-la. Então, a Cerealista Brilho do Horizonte Ltda. procedeu à emissão de nova nota fiscal de devolução para a impugnante (NF nº. 17745), esta devidamente escriturada. Nesse sentido a declaração do fornecedor, que transcreve.

Desta forma, improcedente a acusação fiscal, eis que justificada a ausência de escrituração da nota fiscal de nº. 017666.

#### 4.1.7 – Das notas fiscais nº. 043273 e 047569 - Agrícola Jandelle S/A

Por sua vez, as mercadorias remetidas à impugnante pela pessoa jurídica Agrícola Jandelle S/A (CNPJ/MF sob o nº. 74.101.569/0003-41), com lastro nas notas fiscais de nºs 043273 e 047569, não foram aceitas pela empresa. Por esta razão, a impugnante procedeu à sua devolução para o fornecedor por meio das notas fiscais de nº. 043097 e 047548.

Quando da entrada das mercadorias devolvidas no estabelecimento do fornecedor, este emitiu as notas fiscais de retorno de nºs 043276 e 047867, conforme se verifica do e-mail anexo.

Logo, não há que se falar em cometimento de infração por ausência de escrituração dessas notas fiscais.

Quanto à infração 03, a fiscalização sustenta que a impugnante teria dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro em sua escrita fiscal, mas com a merecida vênia, também esta infração não pode prosperar.

No que concerne à nota fiscal de nº. 006259, emitida por Mauricea Alimentos do Nordeste Ltda. (CNPJ/MF nº. 12.819.074/0005-67), cabe notar que esta diz respeito a uma operação em que ocorreu devolução de mercadorias por parte da impugnante, tal qual faz prova a documentação anexa.

Na hipótese, a devolução das mercadorias se comprova pela nota fiscal de nº. 00161, emitida pelo fornecedor, e pelo histórico de e-mails, documentos anexos à defesa, o que explica o motivo da ausência de escrituração da nota fiscal nº. 006259.

Por sua vez, quanto à nota fiscal de venda nº. 070452, emitida por Gujão Alimentos Ltda. (CNPJ/MF nº. 34.149.823/0004-48), ocorreu a desistência do pedido por parte da impugnante, tendo sido por esta recusada a nota fiscal em questão (docs. anexos).

Desse modo, foi emitida nota fiscal de devolução de mercadoria nº. 0070812 pelo fornecedor, o que justifica, portanto, a ausência de escrituração do documento fiscal pela impugnante.

No que tange à nota fiscal nº. 000301, emitida por Supermercado Santos 2000 Ltda. (CNPJ/MF nº. 86.895.059/0001-00), trata-se de nota fiscal de devolução de mercadoria emitida contra a impugnante.

Porém, aludida nota fiscal foi recusada pela impugnante, eis que o documento fiscal continha erro quanto à sua razão social (constava a antiga razão social “Atende Logística S/A”, quando deveria constar “Atende Distribuidora S/A”).

Desse modo, conforme declaração do supermercado anexa, foi por este emitida a nota de devolução de mercadoria nº. 318, com a razão social corrigida (doc. anexo), a qual se encontra devidamente escriturada.

No que diz respeito às outras notas fiscais relacionadas às Infrações de nº. 01 e 03, a impugnante informa que está verificando, junto aos emitentes dos documentos fiscais, a que se referem as operações.

Por se tratarem, em sua maioria, de operações que ocorreram há mais de 3 (três) anos atrás, certo é que a localização e precisa identificação dos documentos fiscais é um procedimento que demanda tempo maior que o exíguo prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação de defesa, pelo que tão logo obtiver acesso às informações/documentos pertinentes, procederá à sua juntada nos autos do processo administrativo fiscal.

Diante de todo o exposto, espera e requer, a impugnante, seja reconhecida a nulidade do auto de infração apontada.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1755 a 1759, e em preliminar concorda com a tempestividade da apresentação da peça de defesa, ao tempo em que ressalta que possui o hábito de no transcorrer ou no final da fiscalização mostrar o seu resultado para que o contribuinte possa dirimir dúvidas ou possíveis inconsistências existentes. Contudo, com relação a este contribuinte ficou impossibilitado em razão da empresa fiscalizada, com matriz em outro Estado da Federação, ter fechado a sua filial da Bahia, sita em Vitória da Conquista, e não deixou nenhum representante legal habilitado para o atendimento das demandas da fiscalização. Assim, as intimações e as solicitações foram feitas, com dificuldade, através de e-mails e telefonemas, com difícil retorno. Contudo, ao final do trabalho foi remetido ao contribuinte, para o endereço do Estado de Minas Gerais, as cópias do Auto de Infração, juntamente com todos os demonstrativos desenvolvidos no curso da fiscalização. Assim, não tem como aceitar a alegação de violação ou cerceamento ao direito do contraditório e da ampla defesa.

Após a análise do conteúdo da defesa, e dos documentos juntados ao processo, conclui com base nas informações e nos esclarecimentos prestados pelo contribuinte, que o sistema utilizado no curso da fiscalização, para a realização dos cruzamentos das notas fiscais eletrônicas, capturadas no sistema Web/Sefaz, com os livros de entrada do contribuinte, demonstrou inconsistências ao considerar, em alguns casos, notas fiscais registradas nos livros fiscais como não registradas. Salienta que a ocorrência das inconsistências resultou nas distorções, somente agora detectadas, na apuração dos resultados das infrações 01 e 03 do Auto de Infração. Constatou ainda outras situações que também induziram a erros, agora esclarecidos, como no caso em que alguns fornecedores emitiram notas fiscais de vendas, e, por algum motivo, os pedidos não foram finalizados, e os próprios fornecedores efetuavam a regularização, mediante a emissão de notas fiscais de devolução, e não informavam ao seu cliente, no caso, o autuado. Elabora planilha relativa à infração 01, com as observações devidas, e opina por acatar as justificativas da defesa, exceto quanto às notas fiscais da infração 01, nº<sup>os</sup> 117973, 338482, 010872, 027622, 283670, 283698, 408523, 408524, e 01003. O valor exigido passa a ser de R\$19.126,92.

Mantém a infração 02 na sua íntegra, do que resulta o valor do ICMS de R\$1.020,42, não tendo sido contestada pelo sujeito passivo.

Respeitante à infração 03, aduz que as notas fiscais de nº<sup>os</sup> 019981, 164837, 000301, e 001648 devem permanecer na autuação. As demais foram excluídas, do que resultou a infração no valor de R\$869,53, consoante a planilha de fl. 1758.

O contribuinte ciente da informação fiscal, cuja cópia recebeu, inclusive dos demonstrativos anexos, não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto 7.629/99), encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Não restou comprovado ter havido qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, nesse sentido o autuante esclareceu, na informação fiscal quanto à impossibilidade de um contato mais próximo com a sociedade empresária para dirimir eventuais dúvidas, haja vista a empresa fiscalizada, com matriz em outro Estado da Federação, ter fechado a sua filial da Bahia, situada em Vitória da Conquista, e não deixou nenhum representante legal habilitado para o atendimento das demandas da fiscalização. Assim, as intimações e as solicitações foram feitas, com dificuldade, através de e-mails e telefonemas, com difícil retorno. Contudo, ao final do trabalho foi remetido ao contribuinte, para o endereço do Estado de Minas Gerais, as cópias do Auto de Infração, juntamente com todos os demonstrativos desenvolvidos no curso da fiscalização. Assim, não tem acolho a preliminar trazida pelo defendant, ao tempo em que ingresso na apreciação do mérito da autuação.

A infração 01 decorreu da falta de registro de documentos fiscais, nos respectivos livros fiscais, quando foi aplicada a multa no percentual de 10% do valor comercial das mercadorias. Após ter apreciado as razões de defesa, o autuante constatou a ocorrência de situações que também induziram a erros, esclarecidos na peça de defesa, como no caso em que alguns fornecedores emitiram notas fiscais de vendas, e, por algum motivo, os pedidos não foram finalizados, e os próprios fornecedores efetuavam a regularização, mediante a emissão de notas fiscais de devolução, e não informavam ao seu cliente, no caso, o autuado. Em razão das correções, elabora planilha relativa à infração 01, com as observações devidas, e opina por acatar as justificativas da defesa, exceto quanto às notas fiscais da infração 01, nºs 117973, 338482, 010872, 027622, 283670, 283698, 408523, 408524, e 01003. Conclui o autuante, que o valor da multa exigida passa a ser de R\$19.126,92.

Concordo com as correções efetuadas pelo autuante, contudo, por dever de ofício, aplico o princípio da retroatividade benigna, prevista no Art. 106, I, do CTN, devendo a multa ser no percentual de 1%, consoante a penalidade prevista no mesmo dispositivo legal, com a modificação efetuada pela Lei 13.461 de 10/12/2015:

*IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Dessa forma a infração assume o valor da multa em R\$1.912,69. Infração procedente com correção da multa aplicada, conforme demonstrativo de fl. 1760.

A infração 02 decorreu da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento.

Constato que a infração não foi contestada, fica mantida no valor original de R\$1.020,42.

A infração 03 exige multa no percentual de 1% sobre o valor das mercadorias não tributadas, e não registradas na escrita fiscal do sujeito passivo.

O autuante acata em parte as razões da defesa, e pontua na informação fiscal que somente as notas fiscais que devem permanecer na autuação, são as de nºs 019981, 164837, 000301, e 001648. As demais foram excluídas, do que resultou a infração no valor de R\$869,53, consoante a planilha de fl. 1758. Concordo com o resultado das correções. Infração procedente em parte no valor de R\$869,53, conforme demonstrativo de fl. 1761.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 206984.0001/15-9 lavrado contra **ATENDE DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.020,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.782,22**, previstas no art. 42, IX e XI da supracitada Lei mais os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR