

**A. I. Nº** - 211329.0107/16-3  
**AUTUADO** - CEREALISTA IRMÃOS ALMEIDA LTDA. - ME  
**AUTUANTES** - ALEXINALDO DA SILVA LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 04.07.2017

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0105-02/17

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Item reconhecido. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo constante do documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no próprio documento. Razões de defesa elidem em parte a acusação fiscal. O defendente apresenta documentações que comprova a não realização da operação de aquisição de mercadorias, consubstanciado no §16 do art.89, do RICMS/BA, com queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/07/2016, exige crédito tributário no valor de R\$32.526,27, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

**INFRAÇÃO 1 - 07.21.03:** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$860,68, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos meses de abril, outubro de 2013 e setembro de 2014, na forma dos demonstrativos de fls. 13/14 dos autos, com enquadramento no art. 12-A, da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, com multa tipificada no artigo 31, inc. II, alia “d” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 2 - 07.21.03:** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$32.665,59, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativo aos meses de fevereiro, março, maio, julho e setembro de 2013; abril de 2014; e março de 2016 na forma dos demonstrativos de fls. 15/16 dos autos, com enquadramento no art. 12-A, da Lei

7.014/96, c/c art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, com multa tipificada no artigo 31, inc. II, alia “d” da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 44 a 47, alegando, dentre outras considerações, que na relação constante do Arquivo Eletrônico das compras autuadas pela Fiscalização, existem compras não realizadas pela impugnante e, pelo fato de não existirem, não são passíveis de tributação pelo ICMS.

Diz que, no arquivo eletrônico onde consta a relação das compras, há uma nota de compra de filtros (fl. 54) não realizada pela impugnante, que não é de seu conhecimento, que não consta nos seus registros financeiros e cujas mercadorias não foram recebidas pela impugnante, conforme relatório explicativo anexo, e, inclusive, não são produtos comercializados por esta.

Observa que a Nota Fiscal n. 1756/SP, emitida em 17 de Março de 2016, pela empresa SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, CNPJ 09.658.297/0001-51, referente às mercadorias FILTRO POROSO 120/380/23,90MM; FILTRO POROSO 150/500/23,90MM; FILTRO STD 120/300/24,1 OMM, nos valores de R\$61.900,80; R\$58.398,72 e R\$87.595,20, respectivamente, perfazendo um total de R\$270.263,14, foi emitida de forma fraudulenta, pois não realizou a referida compra e, sequer, comercializa esses produtos em seu estabelecimento, como também não os recebeu.

Observa, ainda, que o valor da referida Nota Fiscal destoa das notas de compra ordinariamente realizadas. Por outro lado, diz que valor de R\$270.263,14 é incompatível com a capacidade econômica da empresa autuada e, ainda, foge aos valores de compras, também, comumente realizadas.

Acrescenta que, por não ter recebido alguns produtos que alicerçam o Auto de Infração, jamais poderia ter conhecimento do motivo delas terem sido emitidas.

Por conta disso, por meio do seu Representante Legal, ao ter ciência da autuação e constatando a presença da nota de compra que não foi realizada por sua empresa e nem recebida as mercadorias, compareceu à DELEGACIA DE CRIMES ECONÔMICOS E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (DECECAP) e comunicou a ocorrência do delito, registrando o BOLETIM DE OCORRÊNCIA (número DECECAP SSA-BO-16-00191), que diz anexar (fls. 52/53), solicitando a adoção das providências cabíveis.

Ainda assim, apesar de excessivamente difícil de ser produzido o fato negativo em análise, o sócio gerente representante da impugnante entrou em contato com o fornecedor identificado na nota fiscal (SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA.), a fim de que esta fosse devolvida, uma vez que fora emitida indevidamente.

Ato contínuo, a SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA., empresa que emitiu a nota de compra fraudulentamente em nome da CEREALISTA IRMÃOS ALMEIDA LTDA - ME, ao ter ciência inclusive da Notícia Criminis contra a empresa, emitiu, em 05/08/2016, uma NOTA FISCAL DE DEVOLUÇÃO (DEV REF NF:000001756 DE 17.03.16 (fls. 54/55); CHAVE origem:35160309658297000151550010000017561000017569) 05 (cinco) meses após a emissão da nota de compra fraudulenta (ocorrida em 17/03/2016), conforme cópia à fl. 55 dos autos, mas a empresa impugnante já tinha sido fiscalizada e autuada indevidamente.

Desta forma, diz que fez o recolhimento do imposto e multa por meio do DAE em anexo, procedendo à exclusão das notas fiscais referentes aos CFOP's 6102 e 6101 e realizando, assim, o recolhimento do valor remanescente constante no Auto de Infração, o que ensejou a alteração do valor da infração de R\$33.526,27 para R\$4.995,16.

Isto posto, diz que é incabível, então, o Auto de Infração, pelo motivo de o fato gerador não sustentar a autuação na sua totalidade, devendo ser excluída a compra não realizada pela impugnante, o que conduzirá à improcedência parcial da autuação, cobrando-se apenas o valor remanescente.

Por essas razões, pede que as alegações devem ser acolhidas, extinguindo-se o presente PAF em parte, cobrando-se o valor remanescente, que diz ter sido pago, vez que se encontra em situação

desigual, ante a dificuldade ou impossibilidade de provar a inexistência da operação que originou o débito.

Ainda em sua defesa, traz considerações de direito, que a seguir passo a destacar: diz que a legislação do ICMS, especificamente quando trata da emissão de notas fiscais eletrônicas, busca preservar o adquirente das mercadorias, por meio da constituição de diversos mecanismos que permitam a verificação da utilização indevida dos seus dados para acobertar operações.

Destaca que, a partir de 01/01/2015, foi acrescentado ao Art. 89, do RICMS, o § 16 que estabelece:

*§ 16 O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento "desconhecimento da operação"~ (Grifos acrescidos)*

Neste sentido diz que esse foi o procedimento adotado pelo impugnante, exatamente como orienta a legislação infralegal, registrando o Boletim de Ocorrência, cuja cópia segue em anexo, por conta do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, o que enseja, então, o afastamento da presunção legal de entrada de mercadoria no estabelecimento e, conseqüentemente, refuta o fato gerador e a incidência do referido imposto.

Acrescente-se, ainda, que a emissão pelo remetente, da nota fiscal de devolução de venda, enseja a anulação dos efeitos fiscais e jurídicos da operação que, embora tenham sido registrada, não se concretizou.

Ante o exposto, requer seja desconstituído parcialmente o crédito tributário, excluindo-se da autuação a nota fiscal de compra emitida fraudulentamente e conseqüente arquivamento parcial do presente PAF, bem como de seus reflexos tributários, sendo devido apenas o valor remanescente, que, inclusive, já fora quitado, o que deverá ensejar a baixa da cobrança do referido crédito tributário em nome da empresa impugnante.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 99/100, após algumas considerações, traça comentário de impugnação sobre os dois destaques da defesa, que a seguir passo a expor:

Em relação ao desconhecimento do defendente quanto a NF-e de compra de filtros à fl. 54 dos autos, diz que ao autuado não subsiste razão alguma em solicitar que seja desconsiderada a NF-e nº 1.756 para efeito de cálculo do ICMS devido.

Destaca que, embora lamentável a situação descrita, o autuado, em conformidade com o que preceitua o Art. 89, § 17 do RICMS/BA, está obrigado a verificar regulamente todas as notas emitidas com destino ao seu estabelecimento e em casos como este em tela, fica igualmente obrigado a registrar o evento "desconhecimento da operação", no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), no prazo de até 70 dias contados da data de emissão.

Diz que o § 17 foi acrescentado ao Art. 89 do RICMS/BA pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE 27/11/15, com efeitos a partir de 01/01/16, logo, em plena vigência quando da ocorrência da situação alegada, que destaca:

*"§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento "desconhecimento da operação" no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado."*

Também, aduz que, não subsiste razão ao autuado, a proposição de que a empresa SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA emitiu uma nota fiscal de devolução das mercadorias. Diz que, foi emitido a NF-e nº 2.031 (folha nº 55), de 05/08/2016, cuja natureza da operação são outras entradas, CFOP 2.949 (2.949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado). Tão pouco enseja a "anulação dos efeitos fiscais e jurídicos da operação". Destaca que, não é razoável pretender que um documento emitido em 05/08/16, após a lavratura de Auto de Infração,

em 31/07/2017; mesmo que se tratasse de nota fiscal de devolução, tenha repercussão sobre fato gerador ocorrido em março de 2016.

Por fim, diz que, respeitosamente, protesta junto ao prestigiado CONSEF, na figura dos seus Julgadores, pela justeza e total procedência do Auto de Infração nº 211329.0107/15-3, lavrado em 31/07/2016, onde, à luz do seu entendimento, aduz que resta sobejamente comprovado que é devido e fundamentado o montante do ICMS reclamado no presente PAF.

Vê-se às fls. 104/105 relatório “*Detalhes de Pagamento PAF*”, extraído do Sistema SIGAT da SEFAZ/BA, demonstrando haver pagamento de valores, relativo ao Auto de Infração nº 11329.0107/16-3, em tela.

## VOTO

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário no valor total de R\$ 36.526,27, relativo às duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo a primeira por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional no valor de R\$860,68 e a segunda por ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial no valor de R\$32.665,59, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, respaldadas pelos demonstrativos de fls. 13/14 (Infração 01) fls. 15/16 (Infração 03) dos autos, com enquadramento no art. 12-A, da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, tendo o defendente combatido parcialmente os valores exigidos na autuação, mais especificamente os valores exigidos na segunda infração 02, relativo ao recolhimento da antecipação parcial decorrente da NF-e nº 1.756, de emissão do fornecedor SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, estabelecido em São Paulo, por desconhecer sua emissão.

Sendo assim, a contenda se restringe apenas à parte da Infração 02, especificamente ao ICMS antecipação parcial relativo à nota fiscal nº 1.756, ora impugnado, vez que os demais lançamentos foram reconhecidos, inclusive com o seu recolhimento aos Cofres Público do Estado da Bahia, conforme se pode observar do demonstrativo “*Detalhes de Pagamento do PAF*”, extraído do Sistema SIGAT, acostado às fls.104/105 dos autos.

Da análise da alegação de defesa, às fls. 44/47 dos autos, de que as mercadorias constantes na referida nota fiscal nº 1.756 (fl. 54) não chegaram ao seu destino, que seria o seu estabelecimento Av. Oscar Pontes, 419, Calçada, CEP: 40.410-560, Salvador, Bahia, devido ao fato de não ter realizado a referida compra de filtros, que, sequer, comercializa tais produtos; vê-se, de forma robusta, prova documental acostada aos autos, tratar-se de erro de emissão de Nota Fiscal da empresa SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, CNPJ/MF 09.658.297/0001-51, estabelecida no Estado de São Paulo em nome da autuada CEREALISTA IRMÃO ALMEIDA LTDA-ME, CNPJ/MF 32.680.753/0001-81, estabelecida no Estado da Bahia.

Em sede de informação fiscal, o d. Fiscal Autuante, em que pese lamentar o fato, diz que o autuado, em conformidade com o que preceitua o § 17 do art.89, do RICMS/BA, está obrigado a verificar regulamente todas as notas emitidas com destino ao seu estabelecimento e em casos como este em tela, está obrigado a registrar o evento “desconhecimento da operação”, no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), o que não o fez.

Sobre tal descumprimento de obrigação acessória não há discordância entre as partes, o fato é que a legislação do ICMS do Estado da Bahia, traz, de forma prudencial, em respeito ao princípio da verdade material intrínseco do processo administrativo fiscal a orientação disposta no §16 do citado artigo, que o contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “*desconhecimento da operação*”, como é o caso objeto em análise.

Como tal, a defendente, após tomar conhecimento do Auto de Infração em tela, ato contínuo, o representante legal, Sr. Jeziel Duarte de Almeida, compareceu à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP), prestou o depoimento de ter sido vítima de fraude, estando o referido em tramitação, conforme Boletim de Ocorrência acostado aos autos às fl. 52, na forma da Certidão emitida pela Polícia Civil do Estado a Bahia.

Aliás, foi após tomar ciência de tal ocorrência é que a empresa SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, CNPJ/MF 09.658.297/0001-51, estabelecida no Estado de São Paulo, reconhecendo o equívoco cometido, emitiu de imediato a NF-e de entrada nº 2.031 (fl. 55) em 05/08/2016, 3(três) dias depois do delito registrado em 03/08/2016, dando entrada "*fictícia*" de ajuste em seu estabelecimento das mesmas mercadorias que supostamente teriam sido vendidas a empresa defendente CEREALISTA IRMÃO ALMEIDA LTDA-ME, CNPJ/MF 32.680.753/0001-81, estabelecida no Estado da Bahia, objeto da presente autuação.

Por outro lado, em fase de instrução, a defendente apensa aos autos considerações adicionais dos termos da defesa, relacionados a evolução da queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública acima destacada, onde se vê, no Termo de Declarações da última audiência do Inquérito nº 069/2017, datado de 21/06/2017, acostada aos autos às fls. 117/118 dos autos, relativo ao B.O nº 16-00191, ainda não conclusivo, objeto da presente autuação; a clara evidência de que de fato a operação de venda decorrente da NF-e nº 1.756, de emissão do fornecedor SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, estabelecido em São Paulo, não fora concretizada e decorreu de erro de um funcionário que, por equívoco, teria digitado o CNPJ/MF da empresa defendente CEREALISTA IRMÃO ALMEIDA LTDA-ME, estabelecida no Estado da Bahia.

Vejo, também, nos argumentos de defesa a declaração expressa de que não pratica venda de "*filtros*", os produtos registrados no documento fiscal da autuação, onde em nenhum momento, em sede de informação fiscal, fora contra-argumentado pelo d. Agente Fiscal, o que reforça a assertiva do entendimento de que de fato a operação, em análise, não se realizou.

Logo, entendo insubsistente a cobrança do ICMS antecipação parcial no valor de R\$29.274,29 relativo a NF-e nº 1.756, de emissão do fornecedor SAF IND. E COM. DE FILTROS LTDA, em 17/03/2016, estabelecido em São Paulo, constante do demonstrativo de débito da infração 02 à fl.65 dos autos, vez que a operação não se concretizou.

Em sendo assim o valor do lançamento, com data de ocorrência 31/03/2016, de R\$29.999,80 deve ser alterado para o valor de R\$725,51, decorrente da exclusão do ICMS antecipação parcial no valor de R\$29.274,29, relativo a suposta operação de circulação de mercadoria abarcada pela NF-e nº 1.756, objeto em análise. Desta forma, resta procedente em parte a Infração 02 no valor de R\$3.391,30.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restar procedente a infração 01 no valor de R\$860,68 e procedente em parte a infração 02 no valor de R\$3.391,30, devendo ser homologados os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **211329.0107/16-3**, lavrado contra **CEREALISTA IRMÃOS ALMEIDA LTDA.-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.251,98**, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de julho de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR