

PROCESSO - A. I. Nº 179856.0021/17-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - NTR – GESTORA DE COZINHAS INDUSTRIAIS, RESTAURANTES E BUFFET LTDA. (NUTRE GESTÃO E SERVIÇOS) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0072-05/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Tendo o contribuinte registrado 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 legislação afasta a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento. Razão de defesa elide a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se os autos de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF em face do Acórdão nº 0072-05/18, que concluiu pela total Improcedência da autuação, ao acompanhar as razões de defesa e documentos (fls. 09 a 56), e também a manifestação lavrada por Auditor estranho ao feito, nas informações prestadas às fls. 59 a 60. O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2017, exigira ICMS no valor de R\$71.805,91, inerente aos meses de abril, maio e julho de 2016, consoante demonstrativos às fls. 5 e 5-A, em razão da constatação da seguinte irregularidade (infração única): *07.21.03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS parcial, 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.*

O autuado, às fls. 9 a 13 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, na qual aduz em síntese que a autuação adviria de remessas de mercadorias jamais realizadas pela impugnante, desconhecidas, jamais solicitadas ou recebidas, estranhas a seus registros financeiros, decorrentes de notas fiscais “emitidas de forma fraudulenta, pois a impugnante não realizou a referida compra, assim como não as recebeu”, e destoantes das notas de compras ordinariamente realizadas pela impugnante.

O valor apresentado na base de cálculo, aduziu, é incompatível com a sua capacidade econômica, fugindo dos valores de compras comumente realizadas pela impugnante. Destacou, ainda, que compareceu à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP) e comunicou a ocorrência de delito, registrando o Boletim de Ocorrência nº 117-00137, anexo às fls. 16 a 17 dos autos.

Preposto fiscal estranho ao feito, ao prestar a informação fiscal às fls. 59 e 60 dos autos, aduz que se trata de empresa que concentra maior parte de suas compras em fornecedores inscritos no Estado da Bahia, embora constem outras aquisições originárias de outras unidades da federação, cujo evento de “desconhecimento da operação” não fora lançado pelo autuado no sistema de notas eletrônicas em época própria, consoante art. 89 do RICMS/BA. Mesmo assim, o autuado apresenta lavratura de termo de ocorrência policial reclamando que não fizera as aquisições de tais mercadorias, a fim de eximir-se do pagamento da autuação, cuja queixa perante a polícia mostra-se como uma peça que impulsionará uma investigação policial, porém não dotada de caráter conclusivo, logo, não atesta a veracidade dos fatos apontados.

Contudo, o agente fiscal salienta constar na legislação dispositivo que prevê a possibilidade de o contribuinte proceder lavratura de boletim policial para eximir-se da responsabilidade fiscal, no caso de não ter feito o registro no site das notas eletrônicas do desconhecimento da compra,

consoante preceitua o § 16 do art. 89 do RICMS/BA. Assim, diante dos fatos apresentados, sugeriu a acolhida do pleito do defendente e a declaração da improcedência da autuação.

A 5ª JF, por sua vez, acolheu os argumentos de defesa (fls. 9 a 13), corroborados pela informação fiscal (fls. 59 e 60), adotou o entendimento de que o § 16, do art. 89 do RICMS/BA exige de qualquer responsabilidade o contribuinte que, muito embora não haja lançado em sua escrita fiscal o evento “desconhecimento da operação”, tenha efetuado o adequado registro de ocorrência policial pelo uso indevido do nome da empresa. Entendeu-se, ainda, que pelo contexto e circunstâncias apresentadas pelo impugnante, “os referidos documentos auxiliares não têm força para provar, de modo inequívoco, as operações mercantis que ensejariam a legítima cobrança do imposto por antecipação tributária parcial, afastando a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, servindo apenas como provas indiciárias, necessitando de provas complementares para fundamentar a exigência fiscal, razão de se considerar insubsistente a exigência tributária.”. A Decisão unânime foi objeto de Recurso Voluntário.

Anunciado o julgamento do recurso, o Sr. Conselheiro Presidente pediu vistas dos autos na sessão de 09/06/2019, retomando o julgamento no dia 04/06/2019. Nessa sessão, o Sr. Conselheiro Presidente ponderou que (a) a empresa autuada somente efetuou o registro da ocorrência policial após o início da ação fiscal; (b) entretanto, consultando os sistemas informatizados da SEFAZ/BA, constatou-se que as ocorrências que resultaram na lavratura do auto de infração são efetivamente atípicas, discrepantes das operações usualmente adotadas pela empresa, a tudo induzir que as mesmas não foram recebidas pelo estabelecimento da autuada.

VOTO

O Recurso *ex officio* é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF), por isso dele conheço.

O lançamento de ofício ora em reexame imputa ao sujeito passivo o débito no valor de R\$71.805,91, sob a acusação de que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições interestaduais de mercadorias inerentes às NF-e n os 7542011; 1715, 1716, 649 e 7967338, relativas à aquisição de 2.445,50 sacas de feijão carioca, consoante demonstrativo e DANFE às fls. 5; 41 a 44 e 48 dos autos.

Com efeito, há de se manter a dúvida razoável adotada pela 5ª JF de que as operações mercantis a ensejar a operação tenham efetivamente ocorrido. As circunstâncias são evidentes, pois as operações são atípicas, e foram veementemente negadas pela autuada, sendo objeto de competente registro de ocorrência perante a autoridade policial.

É certo que o registro de ocorrência policial não é prova inequívoca do aduzido “uso indevido do nome empresarial”, mas há de se julgar plausível a argumentação. Não há dúvida acerca da negativa do fato da realização da operação de circulação de mercadoria, e não há dúvida de que o contribuinte recusou tal operação, de forma tão veemente a ponto de dirigir-se à Autoridade Policial e declarar o seu desconhecimento da operação.

É verdade que esta Câmara tem construído o entendimento de manter as autuações em situações semelhantes, quando restar constatado que a extemporaneidade do comparecimento do contribuinte perante a Autoridade Policial (ou seja, após o início da ação fiscal, ainda que antes da lavratura do auto de infração). Entende-se que nessa hipótese há de se afastar a espontaneidade que geraria a dúvida razoável.

Todavia, a diligência do fiscal diligente constatou que a quantidade de mercadoria é absolutamente incompatível com o porte do contribuinte e sua atividade. Ademais, a pesquisa efetuada pelo Sr. Conselheiro Presidente, além de corroborar a atividade do auditor estranho ao feito, constata que nenhum dos sócios da empresa contribuinte participa de empresa registrada neste Estado e tenha atividade compatível com o volume dessa atividade.

Também é certo que o RICMS/BA, art. 89, § 16, emprega à comunicação adequada à Autoridade Policial competente para a lavratura de boletim de ocorrência, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, o efeito 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” no sistema de notas eletrônicas, em época própria.

Dito de outro modo, se o remetente emite nota fiscal eletrônica, há uma presunção de envio da mercadoria; se o destinatário, contribuinte, não registra “desconhecimento de mercadoria”, há presunção *juris tantum* de recebimento; mas se o contribuinte deixa de registrar o “desconhecimento de mercadoria”, e apresenta *notitia criminis* perante a Autoridade Policial competente, afasta-se a presunção de recebimento da mercadoria. Por conseguinte, afasta-se a ocorrência do fato gerador do ICMS, ressalvada a hipótese de demonstração inequívoca de tal recebimento por parte do preposto da Autoridade Tributária.

De rigor, contudo, há de se examinar se, ao deixar de efetuar o registro de “desconhecimento da mercadoria” no sistema de notas eletrônicas, em época própria, embora efetivando o registro da ocorrência policial, o sujeito passivo restaria incurso em qualquer infração dentre as capitulada no art. 42, inciso XIII-A do COTEB, com sua redação da pela Lei nº 13.461, de 10.12.2015. Não vislumbro. Ademais, caberia neste caso à Autoridade Tributária aferir tal cometimento, e não à essa instância revisória. De resto, feriria a razoabilidade admitir-se que o contribuinte foi plausivelmente lesado, com o uso indevido de seu nome empresarial, e ainda imputar-se-lhe penalidade.

Enfim, constato que em situações semelhantes, esta Câmara de Julgamento Fiscal houve por bem afastar a autuação sem perquirir pelo cometimento de infração por descumprimento de obrigação acessória, no acórdão assim ementado:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0292-12/17 EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESAS EPP E ME. Refeito os cálculos, eliminando os valores correspondentes as notas fiscais apresentadas em sede recursal com as devidas manifestações de “desconhecimento das operações”, reduzindo os valores. Infração 1 subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Em relação infração 2 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS DE 1%. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Refeito os cálculos, reduzindo os valores correspondentes as notas fiscais apresentadas em sede recursal em relação às manifestações de “desconhecimento das operações”. Infrações subsistentes em parte. Modificada a Decisão recorrida. 3. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. SAÍDAS INTERNAS NÃO LANÇADAS NA EFD. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime. (Internet em 21/09/2017)

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantida a Improcedência do Auto de Infração em sua integralidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **179856.0021/17-9**, lavrado contra **NTR – GESTORA DE COZINHAS INDUSTRIAIS, RESTAURANTES E BUFFET LTDA. (NUTRE GESTÃO E SERVIÇOS) - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS