

**PROCESSO** - A. I. N.º 088502.0008/13-9

**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

**RECORRIDOS** - ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

**RECURSOS** - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0113-05/16

**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA

**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/06/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0184-12/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Correta a exoneração do débito em razão da especificidade do produto. Mantida a Decisão. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Redução do débito exigido após revisão fiscal, quanto ao exercício de 2011. Reconhecida a nulidade, quanto ao exercício de 2012. Mantida a Decisão. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Revisão fiscal comprovou a procedência das razões de defesa. Razões recursais acolhidas diante dos documentos comprobatórios. Infração parcialmente elidida Modificada a Decisão. Infração parcialmente elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Exoneração parcial decorrente da adequação da penalidade mais branda. Mantida a Decisão. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Redução do valor após revisão fiscal e decorrente dos documentos probatórios apensados à defesa. Mantida a Decisão. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0113-05/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$175.462,56, em razão da constatação de nove irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1, 4, 5, 7 e 8, e objeto do Recurso Voluntário a exação 5, as quais são descritas a seguir:

*Infração 1 – Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$2.056,31 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril/11 a setembro/12, “AO USAR O BENEFÍCIO INDEVIDO DO DEC. 7466/98, COM DESCONTO INFERIOR ÀQUELE CONSTANTE DO REFERIDO DECRETO”;*

*Infração 4 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$13.020,33, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2011 e 2012;*

*Infração 5 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 122.078,60, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a fevereiro, abril a julho, e setembro a dezembro de 2011, e janeiro a dezembro de 2012;*

*Infração 7 – Multa no valor de R\$824,97, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio a outubro, e dezembro de 2011, e janeiro a fevereiro, abril, junho a agosto e dezembro de 2012;*

*Infração 8 - Efetuou o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, no valor de R\$29.142,39, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de dezembro de 2011, janeiro, abril e julho de 2012;*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$16.928,29, após ressaltar que o contribuinte não se opôs ao lançamento das exações 2, 3, 6, 7 e 9, que são procedentes.

Quanto à infração 1, relativa à acusação de recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a JJF anuiu ao autuante que acatou a alegação de defesa de que as operações se referem a saídas internas de milho, as quais gozam de tratamento tributário de 7%, conforme art. 16, I, "a", da Lei n. 7.014/96, julgando a infração improcedente.

Inerente à infração 4, após a realização de diligência para inclusão das operações com CFOP 5927, a JJF concluiu pela procedência parcial no valor de R\$29,86, relativo ao exercício de 2011, e pela nulidade da exigência relativa ao exercício de 2012, por constatar que, quando da revisão, foram inseridos os códigos de mercadoria "61755", "65727", "65728" e "65729", os quais não foram objeto do lançamento original, razão de considerar maculada a exigência fiscal remanescente de R\$427,49, relativa ao exercício de 2012.

No tocante à infração 5, a JJF concluiu pela procedência da exação sob a seguinte fundamentação:

*Quanto à Infração 05, a acusação fiscal consiste em “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização ...”. O sujeito passivo contestou o lançamento, apontando diversas inconsistências, conforme se pode extrair da leitura de trecho da sua peça defensiva à folha 565, abaixo reproduzido.*

*“De maneira clara e objetiva passa-se a expor os equívocos contidos no levantamento fiscal que resultaram na indevida constituição do crédito tributário: 1) consideração da alíquota interna de 17%, quando o Impugnante tem suas saídas submetidas ao benefício do Decreto nº. 7.799/2000, conforme Termo de Acordo anexo, impondo-se a substituição da alíquota interna nos demonstrativos fiscais de 17% para 10%; 2) consideração da alíquota interna de 17% relativamente ao cálculo da antecipação parcial pela aquisição de milho de pipoca, cuja alíquota interna nas operações subsequentes é 7%; 3) cobrança da antecipação parcial relativamente a aquisições com alíquota interestadual de 12%, improcedentes em função da carga tributária de 10% nas saídas subsequentes; 4) inclusão de itens em regime de substituição tributária; 5) inclusão de notas fiscais que não correspondem a mercadorias recebidas no estabelecimento da Impugnante.”*

*Em sua informação fiscal, o autuante informa que acatou todas as alegações da defesa, tendo, contudo, remanescido valores, conforme folha 599, em trecho abaixo destacado.*

*“Infração 05: Este autuante acatou todas as alegações da defesa, retirando das planilhas tudo o que foi solicitado, inclusive, a diminuição da carga tributária de 17% para 10%, como deveria ser, remanescendo, entretanto, valores que deverão ser recolhidos, a despeito da grande diminuição no valor histórico da infração.”*

Assim, o valor do débito foi reduzido para R\$8.909,86.

*O sujeito passivo, em manifestação às folhas 625 a 626, volta a se insurgir contra o levantamento fiscal, apontando diversas inconsistências, devidamente especificadas.*

*Em nova informação fiscal, o autuante volta a acatar as alegações da autuada, reduzindo o valor do débito para R\$3.017,13 (abril/12, fl. 605) e R\$1.387,57 (dezembro/12, fl. 608). Afirma restar R\$2.706,09, negando, contudo, o cômputo dos recolhimentos alegados, conforme explicações em trecho que reproduzo abaixo.*

*“... Todavia, analisando pormenoradamente as mesmas, constatamos que apenas os meses de abril e dezembro devem ser computados para efeito de cobrança do ICMS devido, já que os demais devem ser retirados do total antes aferido. Assim, esta infração fica com o valor total de R\$2.706,09. E, no tocante ao*

*não ter computado o valor do recolhimento do mês de dezembro de 2012 na planilha, foi, simplesmente, porque tal valor, conforme DAES de pagamento às fls 18, 19 e 20, deste PAF, inexiste. Necessário se faz que o contribuinte comprove tal recolhimento, já que até o mês de junho de 2013 não constava do sistema de arrecadação da SEFAZ.”*

*Em nova manifestação, a autuada volta a se insurgir, alegando a cobrança indevida de itens sujeitos ao regime de ST, além do fato de ter pago o imposto relativo à competência 12/2012, conforme folha 656.*

*Após mais algumas manifestações, de parte a parte, com equívocos e correções, o autuante refez os demonstrativos de débito, chegando a um valor total da Infração 05 no montante de R\$4.064,17, relativos às competências de abr/12 (R\$1.959,06), mai/12 (R\$170,49) e dez/12 (R\$3.893,68), conforme folhas 737 a 749.*

*Em sua última manifestação, a empresa alega que a NF 779.002 não deveria ter sido computada no levantamento, pois suas mercadorias foram devolvidas mediante a NF 24.120. Alega, também, que o pagamento de dezembro/2012 não foi computado.*

*A controvérsia restringe-se, portanto, à nota fiscal citada e ao pagamento relativo a dezembro de 2012.*

*Quanto à NF 779.002, não assiste razão à autuada, pois não há correlação entre os CFOP's da NF 779.002 e o da 24.120, o que é revelador de que a operação não foi desfeita, pelo menos essa é a conclusão a que se pode chegar a partir das provas acostadas ao processo.*

*Quanto ao pagamento relativo à competência de dezembro/2012, o exame do Extrato “Relação de DAEs – Ano 2013” acostado ao processo (folha 20) nos permite chegar à conclusão de que o valor de R\$2.158,61 se encontra registrado na Sefaz/BA sob o código de receita 1.145 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), diferentemente do que alega o sujeito passivo. Assim, entendo que deve prevalecer a codificação conforme registro de recolhimento junto à rede bancária e registro no Sistema de Contabilização da Receita Pública Estadual, não se prestando, portanto, o DAE citado para dar quitação aos valores exigidos na Infração 05, pertinentes à Antecipação Parcial.*

*Assim, tenho a Infração 05 como procedente em parte, no montante de R\$6.023,23, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.*

MÊS/ANO	VALOR	MULTA
abr/12	R\$1.959,06	60%
mai/12	R\$ 170,49	60%
dez/12	R\$3.893,68	60%
<b>TOTAL</b>	<b>R\$6.023,23</b>	

Em relação à infração 8, a JJF concluiu pela procedência parcial no valor de R\$2.452,74, em razão anuir ao autuante que acolheu as razões de defesa, cuja importância foi objeto de pagamento pelo contribuinte.

Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração no montante de R\$16.928,29, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 802 a 808 dos autos, restrito à infração 5, o recorrente reitera que a Nota Fiscal nº 779.002 não poderia ter sido incluída na cobrança porque as mercadorias nela elencadas sequer chegaram a ser recebidas, conforme Nota Fiscal nº 24.120, emitida pela fornecedora, cujos documentos fiscais foram juntados à impugnação como prova da relação entre as mercadorias constantes de ambas, o que, segundo o recorrente, se pode aferir a partir da observância de identidade entre o emitente da primeira e o destinatário da segunda, a descrição das mercadorias e a natureza da nota, não havendo que se falar em identidade de CFOP's até porque, tratando-se de operações distintas, natural que estes sejam diversos.

O recorrente salienta que o CFOP da Nota Fiscal de nº 24.120 foi “2904”, ou seja, trata-se de um retorno de remessa para venda fora do estabelecimento, classificando-se neste código as entradas em retorno de mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento e não comercializadas.

Assim, segundo o apelante, não há dúvidas que não houve a entrada das respectivas mercadorias no seu estabelecimento e que verificando a referida nota poderá ser constatada a referência à Nota Fiscal originária nº. 779.002.

Em relação ao pagamento efetuado em dezembro de 2012, no importe de R\$2.158,61, tendo a JJF concluído não ser possível sua exclusão sob o argumento de que teria sido recolhido sob o

código 1145 (antecipação tributária), o recorrente alega que, embora, por um equívoco, tenha ocorrido, inicialmente, o pagamento sob o referido código, ao perceber tal situação, o “estornou”, de imediato, efetuando, em seguida, o pagamento da antecipação parcial, sob o código 2175, conforme extratos que anexa.

Por fim, o recorrente requer que sejam acolhidas as razões recursais, excluindo-se da cobrança o imposto relativo à Nota Fiscal nº 779.002, bem como abatendo-se o valor do pagamento efetuado na competência de dezembro de 2012 a título de ICMS antecipação parcial.

Na assentada do julgamento o Conselheiro Luiz Alberto Amaral Oliveira, nos termos do art. 40, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, se declara impedido da análise do processo, por ter participado do julgamento em instância inferior.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos exigidos nas exações 1, 4, 5, 7 e 8, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, inerente à exação 5 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo próprio autuante, em decorrência das razões de defesa apresentadas, cujas alegações do sujeito passivo foram também acolhidas pelo órgão julgador, de cujo resultado comungo, tendo em vista as provas documentais examinadas nos autos pelo autuante, o qual reconheceu a procedência de grande parte das alegações de defesa, a exemplo:

1. da alíquota de 7% nas operações internas de milho, quanto à infração 1;
2. a revisão fiscal na auditoria de estoque, incluindo as operações documentadas de perdas, roubos e extravios, em relação ao exercício de 2011, e considerando nula a exigência remanescente de R\$427,49, referente ao exercício de 2012, por inserir diversos novos códigos de mercadoria que não foram objeto do lançamento original, no que diz respeito à infração 4;
3. diminuição da carga tributária de 17% para 10%, decorrente do benefício do Decreto nº 7.799/00, inerente à infração 5;
4. adequação da multa para 1% pelas entradas de mercadorias sujeitas a tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, referente à infração 7, e
5. correção de diversas inconsistências relativas à infração 8.

Assim, entendo correta a Decisão e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, restritas à infração 5, o recorrente comprova documentalmente sua alegação de que as mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 779.002, às fls. 813 a 816 dos autos, foram devolvidas mediante a Nota Fiscal nº 24.120, às fls. 809 a 812 dos autos, na qual no campo “Informações Complementares” consta a informação de “RETORNO REF A NOTA FISCAL: 779002...”, além da identidade entre o emitente e destinatário, descrição das mercadorias, valores, etc., o que implica na exclusão do valor de R\$1.728,96 [diferença da carga tributária de 10% (Decreto nº 7.799/00) e 7% sobre a base de cálculo de R\$57.632,08] do ICMS antecipação parcial no mês de abril/12 de R\$1.959,06 (fl. 742), o que resulta no valor de R\$230,10 para o aludido mês de abril/12.

No tocante à conclusão da JJF de que não seria possível a consideração do pagamento efetuado em dezembro de 2012, no valor de R\$2.158,61, por ter sido efetuado sob o código 1145 (antecipação tributária), o recorrente apensa extrato, à fl. 817 dos autos, comprovando a correção do pagamento para o código de receita 2175, relativo ao pagamento da antecipação parcial.

Em consequência, após corrigir o valor de dezembro/2012 do ICMS antecipação parcial de R\$3.893,68, considerado na Decisão recorrida (fl. 789), para R\$1.934,62 (fl. 749), cuja diferença de R\$1.959,06 decorre possivelmente do valor de abril/12 (fl. 742), somado em duplicidade na Decisão da JJF, e deste valor de R\$1.934,62 deduzir o ICMS recolhido de R\$2.158,61, nada resulta a se exigir no mês de dezembro/12, sendo subsistente em parte a infração 5, no valor de R\$400,59, sendo R\$230,10 relativo ao mês de abril/12 e R\$170,49, ao mês de maio/12.

Assim, diante destas considerações e das provas documentais, dou provimento ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, quanto à exação 5, a qual subsiste parcialmente no valor de R\$400,59.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte no valor de R\$11.305,65, após redução da infração 5 de R\$6.023,23 para R\$400,59.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 088502.0008/13-9, lavrado contra ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$10.719,45, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.689,59 e 100% sobre R\$29,86, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de R\$586,20, previstas nos incisos IX e XI, da citada Lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS