

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>PROCESSO</b>    | - A. I. N.º 217359.0002/20-4  |
| <b>RECORRENTES</b> | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO S.A.                          |
| <b>RECORRIDOS</b>  | - ATACADÃO S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL                          |
| <b>RECURSOS</b>    | - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0072-01/22-VD |
| <b>ORIGEM</b>      | - DAT SUL / IFEP SUL  |
| <b>PUBLICAÇÃO</b>  | - INTERNET: 22/02/2024  |

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0006-12/24-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Valor reduzido em razão das alegações e provas documentais apensadas na peça de defesa, acolhidas quando da revisão fiscal determinada pela JJF. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0072-01/22-VD, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito original exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do mesmo diploma legal, impetrado pelo sujeito passivo contra a aludida Decisão, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 06/04/2020 para exigir o valor de R\$ 334.754,07, inerente aos meses de abril a julho e setembro a dezembro de 2015, sob acusação de que o contribuinte efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, inerente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 37.529,03, após rejeitar a preliminar de nulidade, diante das seguintes razões de mérito:

### VOTO

[...]

*No mérito, é imputado ao autuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.*

*O autuado negou o cometimento da infração e apontou diversas inconsistências no levantamento elaborado pelo autuante, a exemplo de: (i) produtos não alcançados pela hipótese de recolhimento de ICMS por antecipação; (ii) produtos adquiridos para uso e consumo do autuado; (iii) operações cujo ICMS por antecipação já se mostrava recolhido; (iv) erro na classificação de produto, que estaria sujeito à antecipação do ICMS.*

*O autuante, na sua informação fiscal, reconheceu que em virtude de alterações sucessivas na legislação (§ 2º do artigo 332 do RICMS/2012), se equivocou na parametrização do sistema para definição da data de ocorrência do fato gerador da infração em exame.*

*Considerando que no período fiscalizado (01/01/2015 a 31/12/2015), não houve alteração na legislação, ou seja, de acordo com as disposições contidas no § 2º, do art. 332 do RICMS/2012, deveriam ser consideradas as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte para definição da data de ocorrência do fato gerador; o colegiado desta 1ª JJF converteu o presente processo em diligência à IFEP SUL, para que o autuante elaborasse novo levantamento, desta feita, considerando como data de ocorrência, as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte.*

*Foi requerido ainda, que o preposto fiscal verificasse as inconsistências alegadas pelo impugnante às fls. 15/16 de sua peça defensiva, manifestando-se a respeito, e fazendo os ajustes necessários, se cabível.*

*Em cumprimento ao determinado por esta JJF, o autuante refez a parametrização no sistema de auditoria SIAF, conforme as disposições contidas no § 2º, do art. 332 do RICMS/2012.*

*Ao mesmo tempo procedeu a correção das inconsistências apontadas na defesa, às fls. 15/16, excluindo do cálculo os itens ali indicados e relacionados às fls. 136 a 144, ou seja, retirou da autuação as mercadorias que*

*não estavam sujeitas à antecipação do imposto, ou cujo imposto já havia sido recolhido.*

*Constatou que o atuante realizou as retificações necessárias, e corrigiu a parametrização do sistema de auditoria, o que culminou com a redução do valor de ICMS devido por antecipação para o montante de R\$ 37.529,03, conforme demonstrativos às fls. 146 a 170 e constantes da mídia à fl. 173.*

*O autuado, cientificado da diligência, alegou que apesar da substancial redução ainda persistiam inconsistências, apresentando planilha às fls. 179 a 199 (frente e verso), e que o autuante passou a exigir imposto relativo a mercadorias que não fizeram parte da cobrança inicial do A.I.: FR Babysec Ultra Jumbinho M 8x20, FR Babysec Ultra Jumbinho P 8x22 e Diamante Negro 4DSx12UNx150G (fl. 177- verso).*

*Entretanto, razão não assiste ao autuado, uma vez que as alegações constantes da planilha acostada pelo contribuinte, foram todas consideradas pelo autuante quando da revisão fiscal, inclusive a relativa à alteração do DAE nº 1501914181, pago em 15/04/2015, que modificou o período de referência de 03/2015, para 04/2015.*

*Registro, que em função dessas retificações, o saldo remanescente de R\$ 37.529,03, inclusive, apenas engloba operações com datas de ocorrência em outubro e novembro de 2015.*

*Ressalto que também não prospera a reclamação do impugnante de que os produtos FR Babysec Ultra Jumbinho M 8x20, FR Babysec Ultra Jumbinho P 8x22 e Diamante Negro 4DSx12UNx150G, não faziam parte do levantamento inicial, tendo em vista que os demonstrativos originais do A.I. (mídia à fl. 09), comprovam justamente o contrário.*

*Destarte, não havendo amparo para o pedido de realização de uma segunda diligência formulado pelo autuado, diante do que dispõe o art. 147, I, "a" e "b" do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), considero que a que foi realizada sanou todas as inconsistências, sendo o saldo remanescente apurado, subsistente.*

*Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo (...)*

Por fim, a JJF concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no montante de R\$ 37.529,03, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 244 a 250 dos autos, após síntese processual, o recorrente pretende que a Decisão “*a quo*”, seja anulada na parte que julgou procedente para fins de efetivação do seu pleito de nova realização de diligência que conduziria à busca da verdade material, para fins de corroboração do quanto alegado pelo apelante, suficientes para a desconstituição do ICMS pretendido, oportunidade que requer a realização de diligência complementar, diante dos erros de fato verificados eis que, inobstante a substancial redução de quase 90% da exação, melhor sorte não resta ao saldo remanescente, conforme amostragem a seguir:

- *FR BABYSEC ULTRA JUMBINHO M 8X20, COD ITEM 9581 – NCM 96190000*, por não constar do levantamento originário e o ICMS já ter sido recolhido sob regime de substituição tributária, nada mais sendo devido, já que o imposto foi destacado na NF-e de entrada;
- *FR BABYSEC ULTRA JUMBINHO P 8X22, COD ITEM 9580 – NCM 96190000*, idem do item anterior;
- *DIAMANTE NEGRO 4DSX12UNX150G, COD ITEM 76223008518*, pois o valor fora recolhido na apuração 06/2015 (entrada – antecipação), mas mantido indevidamente na nova parametrização do Auto de Infração, cuja diligência manteve expressamente apenas as referências de outubro e novembro de 2015;
- *FRANGO ESPECIAL NAVIDAD, COD ITEM 98223 – NCM 02071200*, pois o valor fora recolhido na apuração 11/2015 (entrada – antecipação), porém, não considerado para fins de sua exclusão, eis que o ICMS consta como devido;
- *BISC DUCHEN RECH 135G CHOCOLATE[UNI], COD ITEM 966665 – NCM 19053100*, pois foi realizado o recolhimento do ICMS, conforme IN 28/2015, cuja pauta se relaciona a cálculo por kg, justificando o ICMS no montante, correto, recolhido.

Assim, o recorrente aduz que ainda são várias as inconsistências do valor remanescente apurado através da diligência, sobre a qual se fundou a Decisão recorrida que, não somente desconsiderou situações desconstitutivas da pretensão impositiva de operações que remanesceram no Auto de Infração, como também inseriu indevidamente operações que nem mesmo constavam do demonstrativo originário, inovando, nesse particular, a cobrança fiscal, cuja insubsistência, a teor do art. 142 do CTN, então resta de tudo e por tudo evidente.

Por fim, protesta por realização de nova e complementar diligência, caso os autos não retornem ao juízo “*a quo*”, e, ratificando a documentação já juntada na defesa, aguarda seja insubsistente a parte mantida, cancelando-se integralmente a exação, por meio do provimento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

**VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo, estabelecimento sob Inscrição Estadual nº 78.417.719, de parte do débito original exigido no lançamento de ofício, em montante superior a R\$ 200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo autuado no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, cuja acusação é de ter o contribuinte efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 334.754,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, inerente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de abril a julho e setembro a dezembro de 2015, tendo a Decisão recorrida julgado subsistente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$ 37.529,03, relativo aos meses de outubro e novembro de 2015.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores originais exigidos foram reformados em razão das alegações e provas documentais apensadas na peça de defesa, às fls. 12 a 110 dos autos, diante da conversão em diligência do PAF pela JJF para o autuante proceder aos ajustes necessários, considerando:

- (i) datas das entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte, como ocorrência;
- (ii) as inconsistências alegadas pelo defendante às fls. 15 e 16 dos autos, a exemplo de: aquisições de mercadorias com imposto por substituição tributária já destacado nos documentos fiscais; charque e jerked beef são mercadorias excepcionadas da regra da ST, conforme item 34 do Anexo I, etc.

Em consequência, após as devidas análises documentais, restou comprovado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação nos meses de outubro e novembro/2015, nos valores respectivos de: R\$ 27.496,75 e R\$ 10.032,28, perfazendo o montante de R\$ 37.529,03, conforme apurado às fls. 133 a 174 dos autos, cuja importância foi acolhida pela JJF para julgar subsistente em parte o Auto de Infração, do que concordo.

Diante de tais considerações, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Inerente ao Recurso Voluntário, inicialmente, nos termos do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF, indefiro o pedido do recorrente para a realização de nova diligência fiscal, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, como também por destinar a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No que se refere à alegação recursal de ter havido cerceamento de defesa por ter a JJF negado diligência complementar que, segundo o apelante, iria desconstituir o ICMS remanescente, temos a ressaltar que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, conforme suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas.

Portanto, não gera cerceamento de defesa nem ofende o devido processo legal o indeferimento pela JJF dos pedidos de diligência e perícia, quando devidamente justificada, conforme ocorrerá, até mesmo porque já havia sido realizada uma diligência anterior, da qual se manifestou o contribuinte e, nesta oportunidade, poderia ter trazido aos autos quaisquer provas que entendesse necessárias ao deslinde da controvérsia residual, especialmente, quando se encontram em seu poder.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, na parte que julgou procedente, para fins de efetivação do seu pleito de nova realização de diligência.

Quanto às razões de mérito, o apelante aduz que no saldo remanescente de R\$ 37.529,03 existem cobranças indevidas, do que, **por amostragem**, cita cinco itens que entende não caber a exigência.

Contudo, conforme já mencionado, em decorrência das alegações e provas documentais apensadas na peça de defesa, o PAF foi convertido em diligência no sentido de que:

- 1- *Requisitar que o autuante elabore novo levantamento, desta feita, considerando como data de ocorrência, as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento do contribuinte;*
- 2- *O autuante deve, ainda, verificar as inconsistências alegadas pelo impugnante às fls. 15/16 de sua peça defensiva, manifestando-se a respeito, e fazendo os ajustes necessários, se cabível;*
- 3- *Após as providências acima mencionadas, a IFEP SUL deve dar ciência ao autuado da nova informação produzida, fornecendo-lhe cópia também das planilhas e do novo demonstrativo de débito porventura juntados pela referida informação, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, possa se manifestar;*
- 4- *Caso o sujeito passivo se manifeste, o PAF deverá ser encaminhado para que seja produzida uma nova informação fiscal;*
- 5- *Depois das etapas acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para que se prossiga no julgamento.*

Em consequência, após as devidas análises documentais, comprovou-se o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, nos meses de outubro e novembro de 2015, perfazendo o total de R\$ 37.529,03, conforme depurou-se às fls. 133 a 174 dos autos, tendo o sujeito passivo se insurgido do resultado, às fls. 176 a 202 dos autos, cujas razões postas são as mesmas contidas na peça recursal, das quais a autoridade autuante as repele sob o argumento de que a nova parametrização corrigiu as inconsistências apontadas pelo apelante, sendo inclusive reconhecido por ele em sua manifestação, mantendo o valor residual de R\$ 37.529,03, cuja importância foi acolhida pela JJF para julgar subsistente em parte o Auto de Infração.

Diante destas considerações e coincidência de razões postas, tanto na manifestação da diligência, quando na peça recursal, inconcebível a afirmação do recorrente de que se tratam de “... situações, colhidas de forma aleatória e por AMOSTRAGEM, pela Recorrente, já bem representando, por aqui, a precariedade, com todo o respeito, do remanescente do vertente auto de infração”. Tais alegações ficam entendidas como suas razões recursais plenas e exaustivas, de cujas análises passamos a fazer:

- Quanto ao item *FR BABYSEC ULTRA JUMBINHO M 8X20, COD ITEM 9581 – NCM 96190000*, o recorrente alega não constar do levantamento originário e o ICMS já ter sido recolhido sob regime de substituição tributária, nada mais sendo devido, já que o imposto foi destacado na NF-e de entrada.

Porém, tal mercadoria consta às fls. 52 e 61 do levantamento original, ínsito no CD às fls. 09 dos autos, assim como consta do levantamento que resultou no valor remanescente, conforme fls. 158 e 168 dos autos, consoante Notas Fiscais-e nºs 414921, de 30/09/2015 e 423169, de 30/10/2015. Por outro lado, o apelante não logrou êxito em comprovar e nem se desincumbiu do ônus da prova acerca de sua alegação de que “*além de o ICMS já ter sido recolhido sob regime de substituição tributária*” (fl. 249). Item não elidido.

- Igualmente, no que diz respeito ao item *FR BABYSEC ULTRA JUMBINHO P 8X22, COD ITEM 9580 – NCM 96190000*, alega não constar do levantamento originário e o ICMS já ter sido recolhido sob regime de substituição tributária, nada mais sendo devido, já que o imposto foi destacado na NF-e de entrada.

Tal mercadoria consta às fls. 42 e 61 do levantamento original, ínsito no CD às fls. 09 dos autos, assim como consta do levantamento que resultou no valor remanescente, conforme fls. 148 e 168 dos autos, consoante Notas Fiscais-e nºs 415432, de 01/10/2015 e 423169, de 30/10/2015. Por outro lado, o apelante não logrou êxito em comprovar e nem se desincumbiu do ônus da prova

acerca de sua alegação de que “*além de o ICMS já ter sido recolhido sob regime de substituição tributária*” (fl. 249). Item não elidido.

- Inerente ao item *DIAMANTE NEGRO 4DSX12UNX150G*, COD ITEM 76223008518, o recorrente alega que o valor foi recolhido na apuração 06/2015 (entrada – antecipação), mas mantido indevidamente na nova parametrização do Auto de Infração, cuja diligência manteve expressamente apenas as referências de outubro e novembro de 2015.

Como se pode verificar, às fls. 165 dos autos, a exigência da antecipação do ICMS de R\$ 539,56 deste item, contida no valor remanescente de R\$ 37.529,03, diz respeito à **Nota Fiscal-e nº 82733, de 24/10/2015**, sendo descabida a alegação de que o valor foi recolhido na apuração de 06/2015, pois, o valor residual refere-se às competências de outubro e novembro de 2015. Item não elidido.

- No tocante ao item *FRANGO ESPECIAL NAVIDAD*, COD ITEM 98223 – NCM 02071200, alega o apelante que o valor foi recolhido na apuração 11/2015 (entrada – antecipação), mas não considerado para exclusão.

Efetivamente, às fls. 161 dos autos, consta a aquisição deste item, à época sujeito à antecipação do ICMS, conforme Nota Fiscal-e nº 992662, de 13/11/2015. Porém não se sustenta a alegação recursal de que o valor recolhido a título de antecipação do ICMS não foi deduzido para efeito de apuração do ICMS devido. À fl. 146 dos autos, consta que, para a competência de 11/2015, a antecipação do ICMS apurada na auditoria foi de R\$ 140.275,45, que deduzida de R\$ 130.243,17, recolhido pelo contribuinte, resultou na antecipação do ICMS devida de R\$ 10.032,28 para o mês de novembro de 2015. Item não elidido.

- Por fim, quanto ao item *BISC DUCHEN RECH 135G CHOCOLATE[UNI]*, COD ITEM 966665 – NCM 19053100, o recorrente limita-se a alegar que foi realizado o recolhimento do ICMS, conforme Instrução Normativa nº 28/2015, cuja pauta se relaciona a cálculo por kg, justificando o ICMS no montante, correto, recolhido, o que não restou comprovado conforme demonstrado às fls. 160 e 162 dos autos, relativo às Notas Fiscais-e nºs: 5354, de 12/11/2015 e 5604, de 18/11/2015, não se desonerando do ônus da prova acerca de sua alegação, apontando cálculos diversos do apurado. Item não elidido.

Diante de tais considerações, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Do exposto, NÃO DOU PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 217359.0002/20-4, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.529,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS