

**PROCESSO** - A. I. N° 019195.0021/15-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SUESBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0013-03/24-VD  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 19.08.2024

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0182-11/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS. Após realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, restou comprovado o recolhimento de parte dos valores exigidos. Infração subsiste parcialmente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE RECEITAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NÃO REGISTRADAS. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Diligência realizada por Auditor Fiscal da ASTEC/CONSEF, gerou PARECER/ASTEC nº 26/2023, concluindo pela improcedência destas irregularidades. Infrações insubsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Tratam os autos de Recurso de Ofício interposto em razão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, através do Acórdão 3ª JJF nº 0013-03/24-VD, ter julgado Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, que constituiu o crédito tributário no valor histórico de R\$ 195.375,28, em decorrência de cinco infrações, descritas a seguir:

**Infração 01 - 07.01.02:** Recolheu a menos o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$ 12.321,42, acrescido da multa de 60%;

**Infração 02 - 07.15.01:** Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, no valor de R\$ 1.024,92, acrescido da multa de 60%;

**Infração 03 - 07.15.02:** Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, no valor de R\$ 120.906,38, acrescido da multa de 60%;

**Infração 04 - 05.05.01:** Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no valor de R\$ 42.527,33 acrescido da multa de 100%;

**Infração 05 - 06.01.01:** 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 ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 18.595,23, acrescido da multa de 60%.

A 3ª JJF apreciou a lide em 30/01/2024, conforme o acórdão, fls. 1.898 a 1.910, quando decidiu pela Procedência Parcial do lançamento, em decisão unânime.

O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

**VOTO:**

*Preliminarmente, foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, visto que não teria recebido a integralidade os arquivos contendo o levantamento fiscal de todas as infrações.*

*Este argumento foi superado, visto que este vício foi saneado pelo próprio Autuante, que decidiu rever todas as planilhas demonstrativas e reenviá-las ao contribuinte, reabrindo o prazo de defesa.*

Observo que os erros cometidos pelo Autuante não podem ser aproveitados como arguição de nulidade, conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/99, reproduzido a seguir, in verbis:

Art. 18. (...)

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias, para sobre eles se manifestar, querendo.

Sendo assim, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa.

Ademais, em busca da verdade material, esta 3ª JJF, deliberou, em pauta suplementar, pela conversão do PAF em várias diligências e que resultou na comprovação dos equívocos apontados pelo defendente.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18, RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, em ação fiscal foram apuradas as seguintes irregularidades: recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, infração **01**; falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, infração **02**; recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, infração **03**; omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, infração **04**; falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, infração **05**.

O defendente na sua peça impugnativa rebateu objetivamente, todas as infrações.

Sobre a infração 01, disse que todas as notas fiscais relacionadas, pelo Autuante estavam com o imposto ICMS ST devidamente recolhido. E para comprovar este fato, juntou a este PAF, planilhas mensais do ICMS-ST, demonstrando os respectivos DAEs, conforme fls. 12/55.

Quanto às infrações nº 02 e nº 03, afirmou que na planilha da fiscalização, “Demonstrativo 2 – Antecipação Parcial”, foi observado os seguintes equívocos: notas fiscais com mercadorias isentas, mercadorias cuja alíquota interna é de 7%, produtos que foram adquiridos para uso e consumo e/ou para o ativo imobilizado da empresa. Além disso, para o cálculo do imposto, o fiscal usou para lhe imputar o crédito, algumas alíquotas reduzidas conforme decreto 14.213/2012, sendo que as empresas fornecedoras não possuem benefício fiscal no Estado de origem, ES, conforme fls. 57 a 61. Portanto, a alíquota aplicável para cálculo da antecipação parcial e ST, seria de 12%. Elaborou planilha demonstrativa registrando estes fatos.

Sobre a infração 05, cobrança do ICMS DIFAL, elaborou planilha apontando que no levantamento fiscal se relacionava notas fiscais cujos valores a título de ICMS DIFAL, encontravam-se devidamente escriturados no livro de Registro de Apuração do ICMS da empresa, em cada mês, no SPED fiscal.

Quanto à infração 04, disse que na planilha elaborada pelo Auditor Fiscal “Demonstrativo T - Presunção de Omissão de Receitas”, estariam relacionadas notas fiscais de entradas que, conforme demonstrativo que elabora e cópias das notas fiscais “casadas” que apresenta, estes documentos não foram registrados, porquanto o próprio fornecedor fez a operação de anulação da operação, conforme anexo fls. 305 a 709.

Acrescentou que existem algumas notas fiscais de CFOP: 5.927 – Perdas, roubo ou deterioração de mercadorias, fls. 711 a 776 e de 5.949 – Outras saídas, fls. 777 a 1270, que se referem a notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, sendo perdas de mercadorias e uso e consumo de material de limpeza e alimentação. Essas notas fiscais estariam devidamente registradas no livro de Saídas da empresa. Apontou também, no levantamento fiscal, notas fiscais específicas de devoluções de mercadorias, cujas operações são de entradas do próprio fornecedor.

Considerando a persistência das controvérsias, após inúmeras diligências, esta 3ª JJF decidiu converter o presente PAF em mais uma diligência a ASTEC/CONSEF, fls. 1848/1849. Determinou que Auditor Fiscal designado, apreciasse os termos da defesa, juntamente com os elementos trazidos aos autos pelo defendente, que afirmou comprovariam sua tese, conforme documentos acostados e respectivo CD-mídia digital, fls. 1.619 a 1.843.

A diligência foi esclarecedora, realizada de forma minuciosa e detalhada pelo Auditor Fiscal Alex Williams Monteiro de Brito, gerando o Parecer Técnico ASTEC/CONSEF nº 26/2023, fls. 1851/1877, que chegou as seguintes conclusões:

#### Infração 01

Nos demonstrativos do fiscal do autuante, em 24/10/2017, ajustados pelo auditor fiscal que prestou a informação fls. 1576-1586, ainda permaneciam no cálculo do ICMS ST, produtos nos quais não incidem a substituição tributária, ou seja, eles não constam no Anexo 1 do RICMS/2012.

Além de existirem produtos que não estavam sujeito a tributação do ICMS ST, foram adquiridos itens, para uso e consumo/imobilizado e encontrados produtos com NF devoluções de vendas (outras entradas) emitidas pelo próprio fornecedor cancelando a operação.

Da análise realizada, concluiu que a infração 01, remanesce o valor de R\$ 113,77 conforme planilha contida no CD que contém os elementos da diligência.

#### Infração 02

Nesta infração, após procedidas as devidas correções ficou reduzida a R\$ 268,53 e se refere a nota fiscal 357590 de 13/12/2014 emitida pelo fornecedor (saída). Entretanto, diz que examinando a citada nota fiscal constatou tratar-se de “cancelamentos” da nota fiscal emitida pelo próprio fornecedor, conforme a de nº 14.908 com a natureza de operação “outras entradas” de igual valor e com os mesmos itens da NF 357590. Ressaltando que a NF 14.908 emitida pelo fornecedor faz referência nas “Informações Complementares”, figura 02, à NF 357590, como “Mercadoria não Entregue”, indicando, por parte do fornecedor, a não realização da operação de venda. Restou zerada esta irregularidade.

#### Infração 03

De mesma forma que a infração anteriormente analisada, no Demonstrativo 2 Antecipação Parcial Geral (Analítico), contido em CD anexo à fl. 1354, elaborado pelo autuado, a infração 03, após procedidas as devidas correções, ficou reduzida a R\$ 3.226,72 e se refere a uma única NF 16.808 de 29/10/2013, figura 03. No entanto, o Autuado comprovou, o registro do ICMS DIFAL no valor de R\$ 5.098,03 na apuração do ICMS, figura 05, o que incluiu o valor da referida nota fiscal, em sua composição, do valor referente ao DIFAL da NF 16.808. Portanto, o valor da infração restou zerado.

#### Infração 04

Após o exame e análise conforme os itens “A”, “B” e “C” do Parecer, para esta infração, foi constatado que se tratava de notas fiscais, em situação de “lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, “uso e consumo de material de limpeza” e/ou “devoluções realizadas pelo próprio fornecedor”. Portanto valores zerados nesta infração.

#### Infração 05

De acordo com o apresentado na diligência, figuras 11 e 12, as notas fiscais nº 63555, 36539, 36540, 36541, 36542, 36543 e 36545, objetos da autuação (Infração 05), foram todas escrituradas no livro de Entradas do contribuinte e o valor de ajuste a débito do DIFAL registrado no livro Registro de Apuração do ICMS. O valor total das notas fiscais remanescentes, no levantamento ajustado pelo Autuante, e que estão discriminadas, memória de cálculo, na peça de defesa fl. 301 e 302 foram todas verificadas/examinadas - Análise Exaustiva. Ao final, concluiu também, pela insubsistência desta infração.

Analizando os elementos que emergem do contraditório, especialmente o Parecer Técnico exarado pela ASTEC/CONSEF, PT nº 0026/2023, fls. 1851/1877, acolho as conclusões ali expendidas, considerando que se encontram em consonância com os livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e pela legislação de regência.

Dessa forma, a infração 01 subsiste parcialmente no valor de R\$ 113,77 e as demais infrações, 02, 03, 04 e 05 declaro descaracterizadas conforme Parecer Técnico mencionado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$ 200.000,00, a 3ª JfF interpôs o presente Recurso de Ofício com base no art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

## **VOTO**

Observe inicialmente que a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$ 195.375,28, para R\$ 113,77, em valores históricos, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para apreciação em segunda instância, restando cabível o presente recurso nos termos do art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.



Preliminarmente a Recorrente, contribuinte do ICMS que explora a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, arguiu nulidade do lançamento que restou superada pela ação do próprio autuante com a reabertura do prazo de defesa.

As infrações imputadas ao contribuinte versam sobre: *(i)* recolhimento a menos do ICMS-ST; *(ii)* falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial; *(iii)* recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial; *(iv)* omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada através de entradas não registradas.

A autuação foi impugnada de forma objetiva com apresentação de vasta documentação probatória, fato que motivou a realização da primeira diligência desenvolvida por Fiscal estranho ao feito em 24/10/2017, reduzindo o valor das infrações.

Ainda insatisfeito com o resultado da diligência, a autuada retornou aos autos contestando pontos que ao seu entender não foram tratados, resultando na conversão do processo em mais uma diligência pelos membros da 3ª JF, desta vez dirigida a Assessoria Técnica deste CONSEF, que realizou novos procedimentos, cujas conclusões foram expostas no Parecer ASTEC/CONSEF nº 050/2018, reduzindo mais ainda o valor das exações.

Tendo em vista, que após a última diligência, ainda restarem questões arguidas e não esclarecidas, nova diligência à ASTEC/CONSEF foi determinada e concluída com a emissão de novo Parecer ASTEC nº 026/2023, no qual o Fiscal estranho ao feito, analisou toda a documentação e dirimiu todas as dúvidas levantadas pela defesa, até então persistentes entre os julgadores, concluindo que somente restou parcialmente subsistente a infração 01 no montante de R\$ 113,77.

Instada a se manifestar a autuada declarou concordar com o resultado da diligência.

A decisão da 3ª JF acatou na sua inteireza o Parecer da ASTEC/CONSEF nº 026/2023, que se debruçou sobre questões fáticas, comprovadas mediante a vasta documentação anexada aos autos e registradas na escrita fiscal do contribuinte, conforme atestou o Fiscal da ASTEC. Portanto, correta a decisão da JF.

Assim, a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente fundamentada nas provas, atestadas por diversas diligências realizadas no curso processual no intuito de aperfeiçoar o lançamento, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 019195.0021/15-6, lavrado contra **SUESBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, no valor de **R\$ 113,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrido, desta decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para a homologação do valor já recolhido.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 19 de julho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS