

PROCESSO	- A. I. N° 207185.0004/18-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INSTRUMENTAL SÃO JORGE EIRELI
RECORRIDOS	- INSTRUMENTAL SÃO JORGE EIRELI e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJJ n° 0059-05/24-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAS COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17.07.2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0129-11/25-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DILIGÊNCIA PREJUDICADA. ASSUNÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA. Considerando que a diligência realizada nos autos atestou que somente é possível apurar o débito referente a algumas competências do lançamento, cabe dar provimento parcial ao recurso para reduzir o lançamento para o valor apurado em diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de ofício interpostos em face do Acórdão n° 0059-05/24-VD proferido pela 5ª JJJ deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 11/06/2018 no valor histórico de R\$ 496.539,52, abordando a seguinte infração:

Infração 01 – 03.02.05 – Recolheu a menor ICMS em virtude de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário agitado na contestação ressalta prejudicado. É que, segundo o previsto no art. 151, III, do CTN, de comando auto-aplicável, a suspensão é automática: a interposição de defesa administrativa por parte do contribuinte já faz disparar a suspensão da exigência estatal. Qualquer norma estadual que diga o contrário não pode prosperar na ordem jurídica.

Preliminarmente, o sujeito passivo persegue a nulidade das notificações, considerando que os levantamentos fiscais deveriam apontar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, verificando-se todos os produtos vendidos pelo contribuinte, dado que quase a totalidade dos produtos possuem tratamento tributário diferenciado, seja pela incidência de isenção, seja pela redução da base imponível.

De certo modo, conforme se vê no CD apensado aos autos à fl. 43, a fiscalização produziu demonstrativo em que se vê a relação dos documentos fiscais de saída e, em face da diferença entre o valor da operação e da base de cálculo considerada para o ICMS, pode ser visto também o tratamento tributário diferenciado o qual se submeteram as mercadorias. Logo, por este viés defensivo, a nulidade não prospera.

Ainda a título preliminar, a impugnante sustentou que a infração, os dispositivos legais supostamente violados e os que dão suporte aos juros e correção monetária exigidos, a falta de intimação concedendo prazo para pagamento da autuação ou para impugná-la, a ausência de assinatura do autuante e do autuado e a falta na indicação da repartição aonde correrá o processo retiraram a clareza e precisão da cobrança, impedindo o livre exercício do direito de defesa.

Nada disto, entretanto, ocorreu. Segundo se pode colher do PAF sob apreciação, a irregularidade se mostra bem caracterizada, o enquadramento legal está bem conformado, o autuante assina o lançamento e o contribuinte dele toma ciência, o termo de intimação da lavratura à fl. 48 indica a unidade fazendária de origem da ação fiscal e o prazo para impugnação ou pagamento do crédito tributário. Tanto é que o sujeito passivo oferta defesa circunstanciada, apresentando os motivos da sua inquietude. Também por este viés a nulidade por cerceamento defensivo merece ser afastada.

Por fim, dentro da sede preliminar, embora o argumento seja muito mais de mérito, a impugnante pediu que fossem aproveitados os créditos fiscais decorrentes da antecipação parcial cobrada em outro auto de infração (nº 207185/0005/18-3). Acontece que tais créditos não podem ser usados porque não foram pagos à época das

aquisições, exatamente o motivo pelo qual foi lavrado o lançamento de ofício mencionado. **Alegação empresarial inadmitida.**

Dito isso, consigne-se que a defesa foi ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Indefere-se qualquer pedido explícito ou implícito de diligência e/ou perícia adicionais, posto restarem presentes, nos autos, os elementos instrutórios suficientes para o desate da questão, sobretudo após o cumprimento das diligências solicitadas.

A postulação estatal reside no fato do contribuinte ter pago a menor ICMS, em função de erro na determinação da base de cálculo adotada em saídas regularmente escrituradas.

O que se vê nos autos é que o autuante examinou as notas fiscais de saídas e de recebimentos, computou os débitos e créditos fiscais respectivos, abateu os valores de imposto pagos antes da ação fiscal e cobrou a diferença entre o que apurou e o contribuinte recolheu.

No mérito, a impugnante acusa o autuante de ter ignorado atuar a empresa no atacado de medicamentos e drogas de uso humano e no atacado de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar, laboratorial, produtos odontológicos, de higiene, limpeza e conservação domiciliar, dentre outras ligadas à saúde, mencionadas no seu CNPJ. Neste trilho, o Conv. ICMS 01/99, concessivo de isenções de ICMS nas operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, acabou sendo desconsiderado pela fiscalização.

Entendeu a 5ª JJF baixar o processo em diligência no intuito de serem adotadas as providências contidas no despacho de fls. 385 a 390, inteiro teor transrito no relatório.

Auditor estranho ao feito, ao atender o despacho colegiado referido, procedeu à revisão fiscal e prestou informativo às fls. 396 a 401, através do qual respondeu a quase todos os questionamentos da 5ª JJF e apontou, em síntese, vale a pena repetir, o seguinte:

Os arquivos eletrônicos da EFD de janeiro a julho de 2016 foram retificados.

Apontou que o autuante considerou indevidamente operações isentas, inobservando o Conv. ICMS 01/99. Dentro do possível, fez a revisão fiscal corrigindo este equívoco.

Apontou que o autuante considerou indevidamente operações sujeitas à substituição tributária, previstas no Anexo 1 do RICMS-BA. Dentro do possível, fez a revisão fiscal corrigindo este equívoco.

Apontou que o autuante considerou indevidamente operações com mercadorias adquiridas para uso e consumo, CFOP 2556. Dentro do possível, fez a revisão fiscal corrigindo este equívoco.

Apontou que o autuante não deu o devido tratamento às operações contratadas com fornecedores instalados na Bahia. Levou isto em consideração na revisão fiscal.

Apontou que na autuação não há que se considerar créditos tributários cobrados em outros lançamentos de ofício, pois as exigências ali formalizadas não guardam conexão com o PAF ora sob julgamento.

Realçou que as EFDs foram apresentadas “em branco” (sic.), de agosto de 2016 a dezembro de 2017, não sendo possível validar créditos e débitos fiscais neste lapso de tempo.

Destacou a inautenticidade dos demonstrativos do conta-corrente e dos registros de inventário, por estarem desconformes com a EFD.

E, por último, assinalou ser desimportante neste processo a opção ao Simples Nacional feita pela empresa INSTRUMEDI - INSTRUMENTOS MEDICO HOSPITALARES EIRELI, CNPJ 15.712.615/0001-18, visto tal fato só ter ocorrido em 01.01.2018, fora do período afetado pela autuação.

Com base nestas verificações, o auditor fiscal estranho ao feito apresentou planilhas que deram suporte aos resultados da diligência, à luz dos “documentos fiscais que serviram de lastro para os débitos quantificados nesta diligência” (sic.), redundando no seguinte demonstrativo de débito mensal:

Mês	BC ICMS	Aliq	ICMS devido
01/16	24.187,06	17%	4.111,80
02/16	16.347,53	18%	2.779,08
03/16	56.770,44	18%	10.218,68

Entretanto, no que tange a agosto de 2016 em diante, em face de terem ocorrido algumas retificações das EFDs e de atualmente estas se encontrarem zeradas para o período mencionado, a análise feita pelo revisor fiscal se mostra prejudicada, visto que não será possível aferir com base nas EFDs as operações mercantis realizadas pela empresa que pudessem redundar em obrigações de pagar o imposto.

De qualquer modo, é possível identificar problemas nos levantamentos fiscais decorrentes originalmente do auto de infração, a saber:

O levantamento fiscal original partiu de notas fiscais de saída sem discriminação dos itens comercializados, NCM e regime jurídico tributário ao qual se submeteram (isenção, redução de base de cálculo, alíquota aplicável, tributação normal etc.). Não há indicação consistente do número da chave de acesso de cada uma delas.

Inexiste no levantamento fiscal original a relação dos ECFs e os valores consolidados por notas fiscais de consumidor e respectivas alíquotas que dessem mais subsídios para a determinação das saídas.

O levantamento fiscal original partiu de notas fiscais de recebimento sem discriminação dos itens comercializados, NCM, CFOP e regime jurídico tributário ao qual se submeteram (isenção, redução de base de cálculo, alíquota aplicável, tributação normal etc.), no sentido de saber se permitem ou não permitem o uso dos créditos fiscais respectivos.

No levantamento fiscal original, particularmente quanto à planilha eletrônica (inserida no CD de fl. 43) que aponta as bases de cálculo separadas por alíquotas, o somatório delas resultante não corresponde ao valor do imposto cobrado.

O levantamento fiscal original deixou de considerar operações com saídas isentas, já submetidas à tributação antecipada, entradas direcionadas para uso e consumo ou integração no ativo fixo. Neste caso, em face das EFDs estarem zeradas, não foi possível ao auditor estranho ao feito realizar qualquer revisão fiscal, o que traz vacilos na determinação quantitativa da infração.

Sem embargo destes problemas, fato é que a impugnante, em atendimento à diligência determinada à fl. 312, ingressou com manifestação admitindo dever ICMS dentro do período autuado, não nos montantes lançados originalmente no auto de infração, mas nas quantias indicadas em demonstrativos por ela próprio elaborados, separados por exercício e mês a mês, nos totais de R\$ 78.741,19, para 2016, e R\$ 228.854,95 para 2017, conforme se colhe dos arquivos eletrônicos em pdf inseridos no CD de fl. 381-A.

Logo, a autuada assumiu a dívida qualitativa, temporal e quantitativamente.

Nestes termos, em face dos problemas atrás delatados, tais cifras devem ser consideradas como corretas para fins de liquidação, aqui repetidas abaixo como demonstrativo mensal de débito, retiradas dos demonstrativos atrás referenciados, produzidos pelo próprio contribuinte:

DEMONSTRATIVO DE RESUMO DO CONTA-CORRENTE DE ICMS E

Contribuinte= INSTRUMENTAL S. JORGE EIRELI CNPJ= 34.254.532/0001-77
 Período de= 01/01 A 31/12 Inscrição Estadual= 025.669.291
 Finalidade= Apurar Diferença de ICMS Conta-Corrente

DETALHAMENTO DO MAPA FISCAL EM 2016

MÊS/ANO	CRÉDITO	OUTROS CRÉDITOS				TOTAL DE CRÉDITOS	DÉBITO	OUTROS DÉBITOS		TOTAL DE DÉBITOS	I
		Crédito do Imposto	Ant. Parciais / Autos Infrações Pagos	Estorno Débitos	Utilização Créditos ICMS Inventário Mercadorias P/ Mudança Regime			Débito do Imposto	Diversos	Estorno Créditos	
2016											
Janeiro	2.062,98	0,00	0,00	27.000,00	0,00	29.062,98	30.229,21	0,00	0,00	30.229,21	
Fevereiro	2.689,75	2.266,64	0,00	1.000,00	81,31	6.037,70	6.207,17	0,00	0,00	6.207,17	
Março	10.236,96	0,00	0,00	2.100,00	93,56	12.430,52	12.454,91	0,00	0,00	12.454,91	
Abril	3.543,91	599,62	0,00	3.100,00	91,13	7.334,66	7.967,00	0,00	0,00	7.967,00	

DEMONSTRATIVO DE RESUMO DO CONTA-CORRENTE DE ICMS E

Contribuinte= INSTRUMENTAL S. JORGE EIRELI CNPJ= 34.254.532/0001-77
 Período de= 01/01 A 31/12 Inscrição Estadual= 025.669.291
 Finalidade= Apurar Diferença de ICMS Conta-Corrente

DETALHAMENTO DO MAPA FISCAL EM 2017

MÊS/ANO	CRÉDITO	OUTROS CRÉDITOS				TOTAL DE CRÉDITOS	DÉBITO	OUTROS DÉBITOS		TOTAL DE DÉBITOS	V. RE
		Crédito do Imposto	Ant. Parciais / Autos Infrações Pagos	Estorno Débitos	Saldo Credor Período Anterior			Débito do Imposto	Diversos	Estorno Créditos	
2017											
Janeiro	6.642,07	0,00	0,00	0,00	0,00	6.642,07	32.856,41	0,00	0,00	32.856,41	
Fevereiro	3.485,39	0,00	0,00	0,00	0,00	3.485,39	15.654,55	0,00	0,00	15.654,55	
Março	5.761,20	0,00	0,00	0,00	0,00	5.761,20	25.509,14	0,00	0,00	25.509,14	
Abril	13.817,45	1.689,93	0,00	0,00	0,00	15.507,38	23.609,48	0,00	0,00	23.609,48	

Irregularidade procedente em parte.

Respeitante ao pedido subsidiário de exclusão ou redução de juros e multa para níveis suportáveis da capacidade contributiva, sob pena de haver enriquecimento ilícito do Estado, razão não assiste à impugnante. Efetivamente, os juros possuem previsão na lei e não podem ser extirpados ou diminuídos pelo Colegiado. Do mesmo modo, a penalidade pecuniária; tal consectário tem previsão no art. 42 da Lei 7.014/96 e não cabe a este Conselho aferi-lo para saber se fere qualquer princípio constitucional. **Pleito rejeitado.**

Isto posto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no monte histórico de R\$ 307.596,14, mais consectários, devendo ser observados os demonstrativos de débito mensal retro transcritos, separados por mês e por ano.

A JJF interpôs Recurso de Ofício.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminamente, suscita a nulidade da autuação porque a fiscalização deveria relacionar todas as notas fiscais no demonstrativo, como requisito indispensável para configurar a infração, discriminando uma a uma e verificando todos os produtos vendidos pela recorrente, haja vista que possuem tratamento diferenciado, devendo a base de cálculo ser específica em razão do gozo de isenção de ICMS e redução da base de cálculo de quase a totalidade dos produtos vendidos.

Aponta que tem como atividade principal o comércio varejista e atacadista de materiais para uso médico, hospitalar e de laboratório, possuindo tratamento tributário especial, sendo que parte dos produtos que comercializa usufruem de isenção fiscal do ICMS, o que teria sido negligenciado pela fiscalização, agravando todo o auto.

Diz que a fiscalização auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais descritos, verificando-se que a falta de discriminação dos produtos nas notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro da fiscalização, o que eiva de nulidade a autuação.

No mérito, questiona as multas e juros aplicados, que seriam reveladores da integral incapacidade de pagamento, tanto pelo patrimônio empresarial como pelo patrimônio pessoal, enfatizando o efeito de confisco vedado pela Constituição Federal.

Ao final, pede realização de nova diligência, pontuando que o trabalho realizado pelo auditor estranho ao feito confirma com detalhes os erros já apontados pela defesa, porém, o acórdão recorrido desconsiderou o relatório apresentado em diligência fiscal.

Requer, por fim, que seja considerado o resultado da diligência por auditor estranho ao feito; a nulidade do débito tributário referente a mercadorias isentas e incluídas na substituição tributária; a improcedência total da autuação por conter vícios de nulidades.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitar-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Entendo que o Recurso Voluntário deve ser provido em parte e o Recurso de Ofício rejeitado. O acórdão recorrido elenca uma série de problemas que afetam a higidez do lançamento, exceto em relação à parte que foi depurada na diligência realizada na primeira instância.

Com efeito, a despeito da JJF considerar que a recorrente reconheceu parte da dívida “[...] qualitativa, temporal e quantitativamente [...]”, entendo que não cabe manter a autuação no valor extraído dos documentos apresentados nos autos pelo próprio sujeito passivo porque, de acordo com o art. 142 do CTN, “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento [...]*” de maneira que, para assegurar a certeza, liquidez e segurança do crédito tributário, é requisito imprescindível que a autoridade administrativa possa “[...] verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Além disso, observo que o próprio acórdão é contundente o suficiente para demonstrar a insegurança de grande parte da autuação, conforme se comprehende do trecho que transcrevo abaixo:

“[...] Entretanto, no que tange a agosto de 2016 em diante, em face de terem ocorrido algumas retificações das EFDs e de atualmente estas se encontrarem zeradas para o período mencionado, a análise feita pelo revisor fiscal se mostra prejudicada, visto que não será possível aferir com base nas EFDs as operações mercantis realizadas pela empresa que pudessem redundar em obrigações de pagar o imposto.

De qualquer modo, é possível identificar problemas nos levantamentos fiscais decorrentes originalmente do auto de infração, a saber:

O levantamento fiscal original partiu de notas fiscais de saída sem discriminação dos itens comercializados, NCM e regime jurídico tributário ao qual se submeteram (isenção, redução de base de cálculo, alíquota aplicável, tributação normal etc.). Não há indicação consistente do número da chave de acesso de cada uma delas.

Inexiste no levantamento fiscal original a relação dos ECFs e os valores consolidados por notas fiscais de consumidor e respectivas alíquotas que dessem mais subsídios para a determinação das saídas.

O levantamento fiscal original partiu de notas fiscais de recebimento sem discriminação dos itens comercializados, NCM, CFOP e regime jurídico tributário ao qual se submeteram (isenção, redução de base de cálculo, alíquota aplicável, tributação normal etc.), no sentido de saber se permitem ou não permitem o uso dos créditos fiscais respectivos.

No levantamento fiscal original, particularmente quanto à planilha eletrônica (inserida no CD de fl. 43) que aponta as bases de cálculo separadas por alíquotas, o somatório delas resultante não corresponde ao valor do imposto cobrado.

O levantamento fiscal original deixou de considerar operações com saídas isentas, já submetidas à tributação antecipada, entradas direcionadas para uso e consumo ou integração no ativo fixo. Neste caso, em face das EFDs estarem zeradas, não foi possível ao auditor estranho ao feito realizar qualquer revisão fiscal, o que traz vacilos na determinação quantitativa da infração. [...]”

Diante de tais afirmações, não encontro razoabilidade na manutenção do lançamento em relação a períodos em que a própria Administração Tributária reconhece a incapacidade de aferir o montante tributável, fiando-se tão somente em documento juntado nos autos pelo contribuinte. Aliás, também entendo que a recorrente não admitiu expressamente o débito, tanto que opôs Recurso Voluntário contra a decisão de primeiro grau.

Pelo contrário, a única menção às planilhas, na petição de “emenda à impugnação” que as acostou aos autos, surge no pedido de “[...] Declaração final de não incidência do tributo em questão conforme planilhas em anexos [...]” e que não pode ser interpretado como confissão de dívida ou declaração de débito, a meu ver.

Consequentemente, considerando que a diligência realizada nos autos atesta expressamente – e o acórdão recorrido reforça – a impossibilidade técnica de se determinar a matéria tributável, para além das competências de janeiro, fevereiro e março de 2016, em relação às quais a recorrente também não trouxe elementos capazes de afastar a exigência, não vejo como manter a autuação referente às demais competências.

E, pelo mesmo motivo, penso que deve ser Negado Provimento ao Recurso de Ofício.

Por este motivo, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para acolher o pedido subsidiário e reduzir o lançamento para o montante apurado na diligência de fls. 396-402, que transcrevo aqui o referido demonstrativo:

OCORRÊNCIA	VL HISTÓRICO	VL JULGADO-JJF	VL JULGADO-CJF
Jan/2016	26.918,69	0,00	4.111,80
Fev/2016	3.254,39	0,00	2.779,08
Mar/2016	2.102,43	0,00	10.218,68
Abr/2016	3.733,42	0,00	0,00
Mai/2016	23.279,17	0,00	0,00
Jun/2016	8.806,91	0,00	0,00
Jul/2016	37.282,77	0,00	0,00
Ago/2016	30.121,00	13.107,98	0,00
Set/2016	24.481,92	21.320,04	0,00
Out/2016	19.010,51	17.013,40	0,00

Nov/2016	13.204,71	11.111,28	0,00
Dez/2016	18.763,17	16.188,49	0,00
Jan/2017	26.205,34	26.214,34	0,00
Fev/2017	12.226,42	12.169,16	0,00
Mar/2017	19.611,09	19.747,94	0,00
Abr/2017	10.405,60	8.102,10	0,00
Mai/2017	17.915,67	15.940,48	0,00
Jun/2017	14.986,45	14.335,75	0,00
Jul/2017	21.617,21	21.617,21	0,00
Ago/2017	11.189,05	11.189,05	0,00
Set/2017	23.353,02	19.525,37	0,00
Out/2017	43.004,48	26.845,10	0,00
Nov/2017	27.083,22	18.549,08	0,00
Dez/2017	57.982,88	34.619,37	0,00
Total	496.539,52	307.596,14	17.109,56

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0004/18-7, lavrado contra **INSTRUMENTAL SÃO JORGE EIRELI**, devendo ser intimado recorrente para pagar o imposto no valor de **R\$ 17.109,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS