

**PROCESSO** - A. I. N° 206900.0091/15-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PEPSICO DO BRASIL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0216-01/16  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 31/08/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0263-12/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. A exigência fiscal aponta precisamente os mesmos valores recolhidos pelo autuado atinente ao período objeto da autuação. Por certo que se o contribuinte recolheu o imposto devido utilizando o código de receita erroneamente, isto, por si só, não pode implicar em descumprimento de uma obrigação principal para exigência novamente do imposto já recolhido. Certamente que se houve o recolhimento com a indicação do código de receita equivocado, cabe, no caso, adotar os procedimentos necessários para correção do equívoco junto ao órgão competente da SEFAZ/BA, jamais a exigência de imposto já recolhido. Infração insubstancial. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Alegação defensiva de que a devolução de compras de matérias primas relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento têm efeito neutro no regime, portanto, em ambos os casos o registro da saída é forma de neutralizar o impacto do crédito fiscal, na entrada, no cálculo do benefício procede. Efetivamente, o débito do imposto referente às saídas por devolução de compras de matérias primas relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento tem como finalidade essencial anular os respectivos créditos fiscais da entrada apropriados pelo autuado no Programa DESENVOLVE. Caso o autuado não procedesse dessa forma, os créditos fiscais referentes à entrada das mercadorias devolvidas e perecidas repercutiriam no cálculo do benefício. Os documentos de arrecadação e os recibos de entrega da DMA original e da DMA retificadora, trazidos pelo impugnante, comprovam que descreve exigência fiscal referente ao mês de julho de 2014. Infração insubstancial. 3. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. b) CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 4. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recursos de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0216-01/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206900.0091/15-2, lavrado em 30/09/2015, para reclamar créditos tributários no valor histórico de R\$850.192,65, em decorrência de cinco infrações distintas, descritas da forma a seguir, apenas naquilo que representa o objeto do recurso de ofício.

*INFRAÇÃO 01: 03.01.01 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.571,67, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte recolheu a menos o imposto devido referente às suas operações, conforme levantamento da Conta Corrente do ICMS e demonstrativo dos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS – EFD anexo, referente aos períodos de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, nos valores de R\$12.937,56 e R\$25.634,11, respectivamente. Anexo A;*

*INFRAÇÃO 02: 03.08.04 - Recolheu a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos meses de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$361.184,98, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte lançou na conta corrente do ICMS parcelas indevidas a título de valores incentivados do Programa DESENVOLVE, em razão de ter calculado as mesmas em desacordo com a legislação em vigor, contrariando inclusive as orientações da Instrução Normativa DAT nº 27/09, tudo em conformidade com os DEMONSTRATIVOS DE APURAÇÃO MENSAL DO DESENVOLVE anexado. Anexo B;*

*INFRAÇÃO 03: 01.03.12 - Utilizou crédito fiscal do ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro e fevereiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$281.797,99, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte incluiu no CIAP – Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente, materiais, equipamentos e bens diversos incorporados ao estabelecimento, sendo estes materiais utilizados na construção ou modernização de sua planta industrial, portanto, incorporados a sua estrutura por acessão física nos termos do inciso VII do art. 310 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12. Anexo C;*

...  
*INFRAÇÃO 05: 02.04.03 - Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de março a dezembro de 2012, fevereiro a novembro de 2013, fevereiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$133.788,01, acrescido da multa de 60%.*

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 18/11/2016 (fls. 410 a 423) e decidiu pela procedência em parte do lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

### VOTO:

*O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu a infração 4, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos. Impugnou as demais infrações.*

*Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante, referente à infração 2, por não lhe permitir a identificação precisa da acusação e respectiva fundamentação fática.*

*A análise dos elementos acostados aos autos permite concluir que não pode prosperar a pretensão defensiva.*

*Especificamente em relação à infração 2, o seu enunciado é claro ao descrever: Recolheu a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.*

*Vale observar que não vislumbro que a autuação tenha sido genérica conforme aduzido pelo impugnante. Mesmo que a tipificação fosse genérica - o que não é o caso - os demais elementos atinentes a este item da*

autuação, permitem plenamente o exercício do direito de defesa e do contraditório, registre-se, conforme muito bem exercido pelo impugnante, conforme será visto na apreciação do mérito deste item da autuação.

Também não prospera a argumentação defensiva de que houve arbitramento, haja vista que o levantamento levado a efeito pela Fiscalização foi fundamentado na própria escrituração fiscal digital – EFD do autuado.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida atinente à infração 2, haja vista a inocorrência do aludido cerceamento do direito de ampla defesa, portanto, qualquer prejuízo ao contribuinte capaz de inquinar de nulidade o lançamento, consonante previsto no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que tange a pedido de realização de diligência/perícia, considero que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para formação do meu convencimento sobre a solução da lide, razão pela qual, indefiro-o, com fulcro no artigo 147, I, “a”, II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, no que concerne à infração 1, verifico que o autuado sustenta que inexistem as diferenças apontadas pelos autuantes. Diz que os documentos apresentados demonstram que os valores recolhidos de R\$12.937,56 e R\$25.634,11, correspondem aos valores apurados e declarados em seus registros de apuração do ICMS.

Vejo também que os autuantes contestam o argumento defensivo. Dizem que os recolhimentos dos referidos valores foram efetuados com o código de receita 2167-ICMS PROGRAMA DESENVOLVE. Entendem que tais valores somente poderão ser considerados como dedução dos valores devidos das parcelas incentivadas do Programa DESENVOLVE sob o qual o contribuinte está submetido na forma do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, haja vista que, ao concordarem com as razões do autuado estariam dando quitação aos pagamentos referentes a operações normais, não incentivadas, e também as operações incentivadas.

Passo a analisar.

A meu ver, não procede à alegação da Fiscalização. A exigência fiscal aponta os valores de R\$12.937,56 e R\$25.634,11, precisamente os mesmos valores recolhidos pelo autuado atinente ao período objeto da autuação.

Por certo que se o contribuinte recolheu o imposto devido utilizando o código de receita erroneamente, isto, por si só, não pode implicar em descumprimento de uma obrigação principal para exigência novamente do imposto já recolhido.

Evidentemente que se houve o recolhimento com a indicação do código de receita equivocado, cabe adotar os procedimentos necessários para correção do equívoco junto ao órgão competente da SEFAZ/BA, jamais a exigência do imposto já recolhido.

Diante disso, este item da autuação é insubstancial.

No que tange à infração 2, observo que o impugnante alega que somente após a comparação entre a apuração feita pela Fiscalização e aquela que realizou foi possível identificar que tais divergências consistem em: a) devolução de matéria prima (CFOP 5.201 e 6.201); e b) baixa por perecimento (CFOP 5949 e 6949).

Assevera que não há equívoco na composição do saldo devedor adotado como base de cálculo para apuração do incentivo porque as matérias primas estão relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento devem ter efeito neutro no regime, portanto, em ambos os casos o registro da saída é forma de neutralizar o impacto do crédito fiscal, na entrada, no cálculo do regime.

Alega que, caso contrário, se teria a redução do incentivo pela manutenção do crédito como redutor do saldo devedor do imposto porque este foi considerado na parcela incentivada do saldo devedor.

Observa que este é o espírito do art. 1º da Instrução Normativa DAT nº 27/2009 que regulamenta o cálculo do saldo devedor do benefício de modo a se atingir a parcela do imposto vinculada ao investimento constante do projeto aprovado.

Aduz que, desse modo, se apenas a devolução do insumo não vinculado ao projeto aprovado é que deve ser excluída do cálculo entende-se a contrário que o insumo vinculado ao projeto deve compor o saldo devedor.

No que tange às outras saídas incluídas no cálculo observa que decorrem de baixa por perecimento e remessa para destruição de insumos e produtos acabados (CFOP 5949 e 6949).

Afirma que também neste caso, os produtos subjacentes às operações são fabricados na planta industrial da empresa, dessa forma, submetidos ao incentivo do Programa DESENVOLVE.

Assinala que a aquisição das matérias primas e insumos gerou o respectivo crédito que impacta o saldo devedor de forma válida e repercute na parcela incentivada do imposto a pagar.

Diz que, desse modo, quando da baixa da mercadoria por perecimento ou remessa para destruição seu efeito deve ser registrado na apuração do incentivo sob pena de desequilíbrio por conta da manutenção do respectivo

crédito na composição da base.

A análise da acusação fiscal e das razões defensivas atinentes a este item da autuação permite concluir que assiste razão ao impugnante. Isto porque, conforme acertadamente aduzido pelo autuado, a devolução de compras de matérias primas relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento, de fato, devem ter efeito neutro no regime, portanto, em ambos os casos o registro da saída é forma de neutralizar o impacto do crédito fiscal, na entrada, no cálculo do regime.

Vale dizer que o débito do imposto referente às saídas por devolução de compras de matérias primas relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento, essencialmente, tem como finalidade anular os respectivos créditos fiscais da entrada apropriados pelo autuado no DESENVOLVE. Observe-se que, caso o autuado não tivesse procedido dessa forma, os créditos fiscais referentes à entrada das mercadorias devolvidas e perecidas repercutiriam no cálculo do DESENVOLVE.

No que tange à exigência atinente ao mês de julho de 2014, no valor de R\$201.224,68, verifico que o impugnante alega que, além das saídas por devolução de compras de matérias primas relacionadas ao projeto incentivado e as baixas por perecimento, a Fiscalização desconsiderou a reapuração e recolhimento adicional de ICMS que realizou.

Esclarece que na apuração original de julho de 2014 chegou a um valor devido de apenas R\$1.220,11, sendo que este foi o valor inicialmente recolhido, conforme comprovante constante da pasta “ICMS NORMAL – Guia e Comprovante” e que foi considerado na apuração pela Fiscalização no documento anexo ao Auto de Infração denominado “B-05 2014 07”, restando claro que os autuantes consideraram apenas o recolhimento inicial de R\$1.220,11.

Ressalta que na reapuração chegou a um novo valor devido de R\$178.598,64 e recolheu em guia específica a diferença de R\$177.378,53. Alega que este recolhimento não foi considerado pela Fiscalização. Registra que o comprovante de recolhimento dessa diferença está na pasta “ICMS Normal Complementar – Guias e Comprovante”, fls. 222/223. Informa que em atendimento à legislação, também procedeu à retificação da DMA do período, conforme recibos de entrega da DMA original e da DMA retificadora, fls. 226 a 229.

Observo que os autuantes não acatam a argumentação defensiva. Afirmam que conforme informado no Registro Fiscal da Apuração do ICMS – Operações Próprias da EFD o valor devido final é de R\$1.220,11, valor este, utilizado para o cálculo dos valores devidos e dos benefícios oferecidos pelo Programa DESENVOLVE. Observam que nos registros da SEFAZ/BA não consta qualquer pedido de retificação da EFD para alterar os valores informados pelo autuado.

Certamente que caberia ao autuado providenciar na forma exigida pelo RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, a retificação da EFD, conforme aduzido pelos autuantes.

Entretanto, verifica-se que, materialmente, o autuado adotou procedimentos no intuito de cumprir a obrigação principal de apurar o imposto efetivamente devido, registre-se, antes do início da ação fiscal. Assim é que, procedeu a reapuração do imposto tendo encontrado o valor de ICMS devido de R\$178.598,64. Como na apuração original apurara erroneamente como devido o ICMS no valor de R\$1.220,11, valor este que recolhera, efetuou o recolhimento da diferença no valor de R\$177.378,53.

Relevante consignar que os elementos comprobatórios da apuração e recolhimento do imposto devido, foram trazidos pelo autuado na defesa, conforme se verifica nos documentos de arrecadação acostados às fls. 222 a 225, e retificação da DMA do período, conforme recibos de entrega da DMA original e da DMA retificadora, acostados às fls. 226 a 229. Desse modo, também descabe a exigência referente ao mês de julho de 2014.

Diante do exposto, esta infariação é insubstancial.

No que concerne à infração 3, verifica-se que o próprio autuado não desconhece que é vedado o crédito fiscal do ICMS referente às entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas à construção de imóveis por acessão física. Isso fica claro quando diz que o art. 310, inciso VII, do RICMS/2012, Decreto nº. 13.870/12, veda o aproveitamento de crédito de ICMS relativo a tijolos, telhas, janelas, portas ou outros materiais de construção civil integrados ao prédio de forma a perderem sua natureza e “incorporarem-se permanentemente ao solo (...) de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano”, inclusive reportando-se à jurisprudência deste CONSEF, invocando e reproduzindo, neste sentido, o voto proferido no Acórdão CJF nº 0288-11/08.

Na mesma linha de entendimento seguem os autuantes. Ou seja, sabem que é vedado o crédito fiscal do ICMS referente às entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas à construção de imóveis por acessão física.

A controvérsia surge quando o autuado diz que a interpretação da Fiscalização sobre a natureza e função dos bens objetos da glosa do crédito fiscal está equivocada, pois, correspondem a partes de máquinas e equipamentos que integram o processo produtivo e de comercialização dos seus produtos. Alega que em nenhum momento a Fiscalização contesta que tais equipamentos e máquinas são integrantes ou relacionados ao processo produtivo. Sustenta que o fato de serem fixados no imóvel não os desqualifica como bens do ativo

imobilizado e tampouco os transforma em materiais de construção que se incorporam ao imóvel por ação física.

Os autuantes contestam a argumentação defensiva. Dizem que no anexo C, apensado às fls. 55 a 122, foram listadas todas as entradas de mercadorias em que o próprio contribuinte informa através da descrição do produto onde estas foram aplicadas. Observam que se constata que em sua totalidade as mercadorias foram destinadas à construção da infraestrutura e ou, de partes do sistema construtivo metálico de sua unidade fabril.

Na Informação Fiscal os autuantes dizem que na defesa o autuado apresenta cópias de diversas notas fiscais que entendem poderiam ser retiradas da relação inicial, uma vez que, apesar da descrição inicial dada pelo contribuinte às mercadorias, alguns destes itens de fato se referem a equipamentos móveis, razão pela qual, decidem alterar os demonstrativos iniciais para a retirada destes itens.

O que se constata da análise do Anexo C - Demonstrativo dos Créditos Excluídos do CIAP - acostado aos autos às fls. 55 a 122, é que inexistente a descrição específica das mercadorias/bens objeto da glosa do crédito fiscal. Na realidade, consta no campo "DESCRÍÇÃO" do referido demonstrativo, de forma genérica, "PEÇAS PARA INFRAESTRUTURA", "PARTE DE SISTEMA CONSTRUTIVO METALICO", "ESTRUTURA PREMOLDADA" , não sendo possível identificar-se no levantamento quais são as partes e peças que o autuado entende como passíveis de creditamento e a Fiscalização entende como passíveis de glosa.

E tanto é assim que os próprios autuantes na Informação Fiscal, consignaram que, apesar da descrição inicial dada pelo contribuinte às mercadorias, alguns destes itens de fato se referem a equipamentos móveis.

Por certo que a descrição genérica adotada pelo autuado e utilizada no levantamento fiscal realizado pelos autuantes não traz a necessária e indispensável segurança e certeza quanto à imputação, até mesmo para permitir ao órgão julgador formar o seu convencimento sobre a decisão da lide.

Assim sendo, diante da inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, este item da autuação é nulo.

Conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetir os atos, a salvo de falhas. Infração nula.

Quanto à infração 4, observo que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. Assim sendo, este item da autuação é subsistente, cabendo homologação do pagamento efetuado pelo autuado.

No que diz respeito à infração 5, constato que assiste razão ao autuado. Efetivamente a existência de Regime Especial - vigente à época de ocorrência dos fatos - permitindo ao fornecedor das refeições o pagamento do imposto diferido, nos termos do Regime Especial concedido por meio do Parecer GETRI 358/1992, elide a autuação.

A alegação dos autuantes de que o RICMS/BA, no art. 286, inciso VII § 2º, I, determina o exato momento do encerramento do diferimento, atribuindo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido ao adquirente de refeições quando destinadas ao consumo por parte dos seus empregados se apresenta correta, contudo, no presente caso, desde que não existisse o referido Regime Especial ou, mesmo que existindo o Regime Especial, o fornecedor das refeições não recolhesse o ICMS na forma estabelecida.

Observo que o impugnante consignou que, em face da fiscalização e da autuação sofrida, solicitou ao fornecedor de refeições a apresentação dos comprovantes de recolhimento do ICMS sobre as operações mencionadas que anexou aos autos, fato este não contestado pelos autuantes.

Diante disso, este item da autuação é insubstancial.

Quanto à constitucionalidade das multas impostas arguidas pelo impugnante, cumpre consignar que é vedada a este órgão julgador administrativo a sua apreciação, consoante o art. 167, I, do RPAF/99.

Por derradeiro, no que tange ao pedido do impugnante para que sejam as intimações e publicações decorrentes do presente processo feitas em nome de Ricardo Azevedo Sette, OAB/SP 138.486, sob pena de nulidade, saliento que nada obsta que o pedido seja atendido, contudo, o não atendimento não implica em nulidade, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o débito é o seguinte:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	38.571,67	0,00	-----	IMPROCEDENTE
02	361.184,98	0,00	-----	IMPROCEDENTE
03	281.797,99	0,00	-----	NULA
04	34.850,00	34.850,00	60%	RECONHECIDA
05	133.788,01	0,00	-----	IMPROCEDENTE
Total	<b>850.192,65</b>	<b>34.850,00</b>		

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a 1<sup>a</sup> JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

Cientificado do teor da decisão, em 06/02/2017, o sujeito passivo não se manifestou.

## VOTO

Observo que a decisão da 1<sup>a</sup> JJF (Acórdão Nº 0216-01/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$850.192,65 para R\$34.850,00, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o recurso de ofício.

Quanto ao mérito, verifico que a Decisão de piso julgou improcedentes as infrações 1, 2 e, ao tempo em que decretou a nulidade da Infração 03, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 1, a acusação fiscal foi “*Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto ...*”. A empresa opôs-se ao lançamento, alegando que já havia efetuado o pagamento do imposto ora exigido, conforme comprovantes que anexa às folhas 218/219. Em sua informação fiscal, os autuantes não acolheram as alegações defensivas ao argumento de que os recolhimentos realizados possuem o código de receita 2167-ICMS PROGRAMA DESENVOLVE. A 1<sup>a</sup> JJF julgou improcedente a exigência fiscal, pois entendeu que o imposto já havia sido quitado.

Examinando os comprovantes de pagamento do imposto anexados pelo sujeito passivo, é possível constatar que o contribuinte já havia recolhido o montante exigido de R\$12.937,76 (relativo ao mês de dezembro de 2012), conforme se pode depreender do exame da cópia à folha 218, recolhido em benefício do Estado da Bahia. O mesmo se deu em relação ao montante exigido de R\$25.634,11, cujo comprovante se encontra à folha 219.

A despeito do erro no código de receita (2167), quando deveria ter sido informado o código de receita 0806 (normal indústrial), tais valores referem-se, de forma inequívoca ao imposto apurado no conta corrente da empresa, nos meses referidos, já que inexiste apuração de débito de ICMS-DESENVOLVE ao qual se pudesse vincular tais receitas.

Não merece reparo, portanto, a Decisão recorrida.

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal é “*Recolheu a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE ...*”.

O sujeito passivo alega que as diferenças exigidas pela fiscalização referem-se a “devolução de matéria-prima (CFOP’s 5.201 e 6.201) e a baixa por perecimento (CFOP’s 5.949 e 6.949), cujos valores defende que não devem ser excluídos do saldo devedor passível de incentivo (SDPI). Quanto ao mês de julho de 2014, a empresa afirma que efetuou um recolhimento complementar que não foi considerado pelos autuantes.

Os autuantes não acolheram as alegações defensivas, tendo argumentado que não tem sentido conceder benefício fiscal sobre parcelas destruídas ou sujeitas a perecimento. Quanto ao recolhimento complementar, afirmam inexistir registro de tais recolhimentos.

A 1<sup>a</sup> JJF atribuiu razão ao sujeito passivo, pois entendeu que as operações de “devolução de matéria-prima” e “baixa por perecimento” devem, efetivamente, fazer parte da apuração do saldo devedor passível de incentivo. Quanto ao recolhimento complementar, entendeu a decisão de piso restar comprovada a quitação do tributo.

Quanto às operações de “devolução de matéria-prima” e “baixa por perecimento”, entendo que assiste razão ao contribuinte, pois somente devem ser expurgadas do cálculo do saldo devedor incentivado aquelas parcelas que não estejam vinculadas ao projeto aprovado pelo Desenvolve. Sendo assim, não se devem excluir os débitos e créditos relacionados às matérias primas vinculadas à atividade industrial contemplada pelo benefício fiscal, independentemente de qual

seja a natureza desta movimentação, pois as baixas por perecimento resultaram em um débito fiscal que propiciou uma elevação do saldo devedor no mês respectivo. Considerando que tais matérias-primas estão vinculadas à atividade industrial, é justo que seja feito o débito para compensar o creditamento da entrada, zerando o efeito no saldo a pagar, em conformidade com o que prevê o ato concessivo do benefício fiscal. Esse mesmo raciocínio se aplica às devoluções desses itens, pois tal débito resultará em recolhimento que deve ser dilatado.

Quanto ao recolhimento complementar, o exame dos comprovantes às folhas 222/223 evidencia que o sujeito passivo quitou, efetivamente, de forma extemporânea o imposto recalculado posteriormente.

Não merece reparo, portanto, a Decisão recorrida neste ponto.

Quanto à Infração 3, a acusação fiscal é “*Utilizou crédito fiscal do ICMS relativo à entrada de bem do ativo immobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação ...*”. O sujeito passivo alega que as mercadorias autuadas são máquinas adquiridas para uso em seu parque fabril. Anexa foto à folha 177.

Os autuantes acolheram parcialmente as alegações defensivas e excluíram vários itens dos demonstrativos de débito, reduzindo o valor lançado para R\$260.060,69, conforme folhas 360/398. A 1ª JJF entendeu ser nulo o lançamento neste ponto, ao fundamento de que o demonstrativo de débito não contém a descrição das mercadorias que estão sendo objeto de glosa.

Examinando o demonstrativo de débito relativo à infração em análise (folhas 56/109), é possível notar que, no campo destinado à descrição das mercadorias, foi adotado o histórico padrão “PEÇAS PARA INFRAESTRUTURA” na quase totalidade das operações cujos créditos foram glosados. Tais informações decorrem, certamente, do sistema utilizado pela empresa, o qual deve fornecer informações inespecíficas para tais aquisições. Caberia aos autuantes, todavia, intimar o sujeito passivo para que este pudesse esclarecer a que bens se referem tais documentos fiscais, descrevendo e identificando o seu uso. Não foi, contudo, o que aconteceu.

Da forma como se encontra o presente lançamento, não é possível identificar a natureza dos bens adquiridos, cujo imposto incidente foi objeto de glosa, não restando outro caminho senão promover a anulação do lançamento. Assim, mantenho a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 5, a acusação fiscal é “*Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, ...*”. O sujeito passivo alega que não há tributo a ser exigido, pois a sua quitação se deu pela vendedora, nos termos do Parecer DITRI 358/1992.

Os autuantes não acolhem as alegações defensivas, tendo se limitado a fazer a indicação da legislação, não tecendo qualquer comentário acerca do regime especial citado pela defesa. A 1ª JJF reconheceu a existência do Regime Especial citado, tendo, em consequência, acolhido as razões defensivas e julgado improcedente o auto de infração.

Examinando o demonstrativo de débito acostado pelos autuantes, às folhas 130/132, é possível notar que as operações autuadas se referem, todas, a aquisições de refeições à empresa GR S/A, conforme se lê no campo denominado “NOME”, integrante da planilha citada. Tal empresa é a mesma pessoa jurídica beneficiária do regime especial aprovado mediante o Parecer DITRI 3461/2001, cuja cópia se encontra às folhas 270/271.

Embora não tenha alterado a sujeição passiva, em decorrência do regime especial acima aludido, a empresa GR S/A obteve o “direito” de recolher o imposto incidente nas operações de fornecimento de refeições, por ela efetuados, conforme se depreende da leitura de trecho abaixo reproduzido.

“... *O regime especial deferido pela Administração Tributária deste Estado permite à GR S/A. o recolhimento do imposto nos fornecimentos de refeições por ela efetuados, sendo que, no caso de verificação, pela fiscalização, do não recolhimento do imposto pela mesma a exigência do imposto recairá sobre o adquirente das refeições, salientando que tal procedimento ensejará provação de cassação do referido regime especial.*”

Assim, considerando que a empresa fornecedora de refeições emite o documento fiscal próprio, faz o destaque do imposto e promove o seu recolhimento, somente caberia à responsabilização do adquirente na hipótese de comprovação do desatendimento do regime especial citado, o que não ocorreu.

Entendo, portanto, que é improcedente a exigência fiscal contida na infração em análise.

Assim, NEGOU PROVIMENTO ao presente recurso.

### **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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206900.0091/15-2**, lavrado contra **PEPSICO DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.850,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de repetir os atos, a salvo de falhas, quanto à Infração 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS