

**A. I. Nº** - 269358.0012/19-0  
**AUTUADO** - BARRY CALLEBAUT BRASIL IND. E COM. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** -INTERNET – 05.03.2020

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0019-04/20**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Nas notas fiscais que embasaram as operações com CFOP's 5910 e 6152, o defendente comprova o pagamento devido antes da ação fiscal. Nas notas fiscais eletrônicas que embasaram as operações com CFOP 5152, o defendente comprova que estão abarcadas pelo o Incidente de Uniformização expedido pela Procuradoria Geral do Estado, de n.º 2016.169506-0, com o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular, absorvido pela Súmula nº 8 deste Conselho de Fazenda. As notas fiscais que embasaram as operações com CFOP's 5927 e 6151, o defendente reconhece a autuação. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/06/2019, exige o valor de R\$1.992.277,46, inerente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos e documentos às fls. 7 a 25 dos autos, e CD/Mídia de fl. 26, em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses outubro a dezembro de 2015, janeiro, março, abril maio, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme demonstrativos de fls. 7 a 13 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 26. Lançado ICMS no valor de R\$1.442.189,53, com enquadramento nos art.(s) 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96, e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II alínea “a”, do mesmo diploma legal

Às fls. 30 a 45 dos autos, a BARRY CALLEBAULT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rodovia Ilhéus Uruçuca, Km 03, S/N, Iguape, CEP 45.658-335, Ilhéus, Bahia, inscrita no CNPJ sob o n. 33.163.908/0070-05, com Inscrição Estadual sob o nº 030.932.076, tendo tomado ciência em 12 de julho de 2019, da lavratura do auto de infração de numeração em epígrafe (doc. 01), vem, por intermédio de sua procuradora, constituída mediante instrumento particular de mandato anexo (doc. 02), com fulcro no art. 123 do Decreto n.º 7.629/1999, apresentar impugnação contra os termos da exigência fiscal em comento, em vista dos fatos e fundamentos, que a seguir passo a expor:

##### **1. DOS FATOS.**

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, dedicada, dentre outras atividades, à fabricação e à comercialização de chocolates e de produtos derivados de cacau, bem como dos seus subprodutos; revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ICMS.

Tendo sido alvo de atividade fiscalizadora, que teve por objetivo averiguar a lisura dos procedimentos fiscais por ela adotados nos anos de 2015 e 2016, aduz que foi surpreendida pela lavratura do auto de infração em referência, que aponta o cometimento de suposta infração à legislação de regência do ICMS, que destaca.

Observa que, ao analisar detidamente a infração capitulada pela fiscalização, imbuída da boa-fé que lhe é peculiar, reconheceu a procedência parcial da autuação fiscal em apreço e promoveu o recolhimento de parcela dos valores lançados, exclusivamente em relação às operações com os CFOP'S 5927 e 6151, conforme diz atestar o DAE – Documento de Arrecadação Estadual, acostado aos autos, devidamente acompanhado do comprovante de transação bancária, cujos valores históricos restam discriminados a seguir, por CFOP e por competência (doc. 03):

AI nº 26935800012/19-0		
Infração 01		
CFOP	Competência	Principal
5927	set/15	194.345,74
5927	nov/15	48.707,81
6151	jul/16	75.533,93
6151	set/16	24.939,85
Total		343.527,33

Delineados os contornos da autuação em tela, diz que passará a demonstrar, excluindo-se a parcela já reconhecida e quitada, o lançamento não merece prosperar, tendo em vista que, em linhas gerais:

*I Em relação às operações internas de transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros – CFOP 5152, a autuação fiscal encontra-se eivada pelo vício insanável da nulidade, por carecer da imprescindível subsunção dos fatos descritos à conduta e à norma jurídica apontadas como infringidas;*

*II As operações com CFOP 5152, que ensejaram a autuação ora combatida, ao contrário do quanto afirmado pela fiscalização, estavam efetivamente amparadas pelo instituto do diferimento – embora não por aquele previsto no art. 2º, II do Decreto nº 8.205/2002 – de que trata o art. 286, inciso LXV do RICMS, cuja vigência se estendeu de 08/2014 até 05/2018 e para o qual a Impugnante se encontrava devidamente habilitada (doc. 04);*

*III Ainda que se cogitasse, por mera hipótese, que a fundamentação acima exposta não teria o condão de afastar a exigência ora rechaçada, cumpre observar que as operações de saída com CFOP 5152 referem-se a transferências internas entre estabelecimentos da Impugnante, que sequer ensejam o fato gerador do ICMS;*

*IV No que tange às NFs indicadas no anexo I, que embasaram operações com CFOP'S 5910 e 6152, embora a Autuada tenha incorrido em erro de cálculo do imposto destacado para menos ou na ausência de seu destaque, logo em seguida, emitiu competentes notas fiscais complementares com o lançamento da diferença do imposto devido, encontrando-se, portanto, extinto o crédito tributário por pagamento nos termos do art. 156, I do CTN.*

## **2. DA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DOS FATOS SUPOSTAMENTE ENSEJADORES DA INFRAÇÃO À CONDUTA EMENTADA E À NORMA JURÍDICA APONTADA COMO FUNDAMENTO LEGAL**

Diz que se está exigindo ICMS supostamente recolhido a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Para fins de enquadramento legal, registra que o autuante aponta como violadas as normas dos arts. 15, 16 e 16-A da Lei Estadual n.º 7.014/96, que dispõem sobre as alíquotas do ICMS, lançando, por

consequente, os valores que, supostamente, não foram recolhidos, acrescidos da multa de 60% prevista no art.42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96.

Diz que, conforme sinalizado acima, o preposto fazendário, ao detalhar as operações com CFOP 5152 que ensejaram a autuação ora rechaçada, em momento algum, refere-se ao pagamento do ICMS a menor em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação pertinente.

Na realidade diz observar que a fiscalização aponta uma determinada infração e correlata legislação infringida, levando à inferência quanto ao cometimento de erro na aplicação da alíquota, o que, contudo, não se encontra refletido nem no detalhamento alusivo às operações com CFOP 5152, nem no demonstrativo Anexo I, que, por sua vez, induzem à exigência de todo o imposto, já que aparentemente, na visão do fiscal autuante, tais operações não estariam beneficiadas pelo diferimento então considerado pela empresa Autuada.

Como se vê, registra que não há subsunção dos fatos detalhados pela fiscalização à capitulação da infração, nem à norma tida como violada, o que diz tornar o lançamento fiscal imprestável para a finalidade à qual se destina - consubstanciar a exigência de crédito tributário e a aplicação da penalidade – pois não há elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração que se argui ter sido cometida.

Neste contexto, diz que, embora seja impositivo que a lavratura de um Auto de Infração seja promovida de forma clara e precisa, devendo conter obrigatoriamente, dentre outras informações, a indicação do dispositivo legal em perfeita consonância com o evento ensejador da exigência fiscal, fato é que, no caso concreto, está diante de capitulação legal que não guarda a mínima coerência com os fatos que supostamente ensejaram a infração, afigurando-se imperiosa a declaração de nulidade o auto de infração neste particular.

Todavia, na hipótese de não serem acatados os argumentos ora expendidos, por eventual revés do absurdo, o que não se espera, há de se verificar que, da análise do mérito, a acusação não encontrará melhor sorte, conforme passa a demonstrar, em estrito respeito ao princípio da eventualidade.

**3. DA DESCABIDA ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DIFERIMENTO NAS SAÍDAS INTERNAS DE CACAU EM AMÊNDOA (CFOP 5152), EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO NORMATIVA PROMOVIDA PELO DECRETO Nº 16.983/16 NO INCISO II DO ART. 2º DO DECRETO Nº 8.205/02.**

Sustenta que, a despeito da patente inconsistência observada entre a capitulação legal da infração e a descrição dos fatos relacionados às operações com CFOP 5152, que acaba por ensejar a nulidade acima evidenciada, nota-se que nos detalhamentos da autuação vinculadas ao CFOP 5152, o preposto fazendário aponta que promoveu operações de saída com produto tributável (cacau em amêndoas originárias de Ghana) supostamente valendo-se do instituto do diferimento, que, a partir de 01/09/2016, passou a ser aplicável apenas a operações com produtos agrícolas produzidos no Estado da Bahia, conforme artigo 2º, Inciso II, do Decreto nº 8.205/2002.

De fato, o inciso II do artigo 2º, do Decreto nº 8.205/2002, invocado pelo fiscal autuante, foi alterado pelo Decreto nº 16.983, com produção de efeitos a partir de 01/09/2016, de modo que, a partir de então, o diferimento ali previsto passou a ser aplicável tão somente aos insumos produzidos ou extraídos no Estado da Bahia.

*Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:*

*(...)*

*II - às operações internas referentes ao fornecimento de insumos “in natura” de origem agropecuária e extrativa mineral, desde que produzidos ou extraídos neste Estado e indicados em Resolução do Conselho do Programa, a contribuintes habilitados ao DESENVOLVE, para o momento da saída subsequente dos produtos resultantes da industrialização;*

Diz ocorrer que, diferentemente do que conjecturou o fiscal autuante, o diferimento do lançamento do ICMS gozado nas operações respaldas pelos documentos fiscais indicados no Anexo I com CFOP 5152 (doc. 05) não se pautou no dispositivo acima citado, mas, sim, no quanto

disposto no artigo 286, inciso LXV do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, o qual estava em pleno vigor nas competências em que promovidos os lançamentos, conforme abaixo apontado:

AI nº 26935800012/19-0		
Infração 01 - CFOP 5152		
CFOP	Competência	Principal
5152	31/10/16	771.549,15
5152	30/11/16	567.230,93
5152	31/12/16	284.228,21
Total		1.623.008,29

Assim, diz que, vê-se que, se olvidou o preposto fiscal da disposição regulamentar vigente à época dos fatos que ensejaram a autuação (no período compreendido entre 10/2016 e 12/2016), a qual textualmente conferia o diferimento do ICMS especificamente nas saídas internas de cacau em amêndoas, conforme se infere da redação do inciso LXV, acrescentado ao artigo 286 do RICMS/BA pelo Decreto nº 15.371/14:

*Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:*

*(...)*

*LXV - nas saídas internas de cacau em amêndoas;*

*(...)*

*§ 1º Não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com o regime de diferimento.*

*§ 2º As hipóteses de diferimento previstas neste artigo encerram na saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização, exceto em relação às hipóteses a seguir indicadas, cujo encerramento ocorrerá na entrada dos produtos no estabelecimento*

*(...)*

Ressalta que esse dispositivo só veio a ser revogado em 05/2018, com a edição do Decreto nº 18.406/18, permanecendo em vigor, portanto, durante todo o período abarcado pela combatida autuação fiscal.

Da análise do dispositivo regulamentar em destaque, diz que revela incontestável o diferimento do lançamento do imposto nas saídas internas de cacau amêndoas, para a saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização, hipótese em que, inclusive, não é permitido o destaque do imposto nos documentos fiscais correlatos.

Assim diz que resta claro portanto que, nos estritos termos da previsão legal aqui tratada, para que se configurasse a hipótese de diferimento nas saídas de cacau em amêndoas somente se exigia que estas fossem realizadas dentro do próprio Estado.

Assim diz que não há dúvidas quanto à aplicabilidade do benefício do diferimento em relação a cada uma das operações de transferências embasadas pelas aludidas notas fiscais e, por consequência, quanto à inexigibilidade do imposto lançado neste particular.

Todavia diz que, considerando a mais remota hipótese de essa douta Turma julgadora não vir a perfilhar do entendimento supra, cumpre demonstrar que, ainda assim, não merece acolhida o lançamento ora combatido, por se referirem a operações de transferências internas de mercadorias para outro estabelecimento de sua titularidade, de modo que sequer caracterizam a ocorrência de fato gerador do imposto.

#### **4. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA PRÓPRIA IMPUGNANTE SITUADOS NO ESTADO DA BAHIA.**

Conforme já exposto, a partir da análise isolada das notas fiscais constantes do levantamento elaborado pela Fiscalização (Anexo I) com CFOP 5152, verifica-se que todas as operações autuadas se referem a remessas de cacau em amêndoas realizadas entre o estabelecimento da ora Impugnante, sediada em Ilhéus/BA e seu estabelecimento localizado no Município de Itabuna/BA.

Diz que, também, por esta perspectiva, a autuação em tela não merece prosperar, uma vez que, representa, em verdade, mera circulação física de mercadorias, não tendo se operado, portanto, o fato gerador do ICMS, que somente se implementa com a circulação econômica ou jurídica do bem, conforme a Impugnante passa a demonstrar.

Após trazer aos autos aspectos constitucionais relacionados a circulação de mercadorias ( art. 155, CF/88), bem como considerações de estudiosos do direito, diz verificar que, conforme estabelece a Constituição Federal, a hipótese de incidência do ICMS só ocorre com a implementação de um negócio jurídico mercantil, com intuito nitidamente lucrativo, através do qual se transmita a propriedade de uma mercadoria a um terceiro, mediante a cobrança de um determinado preço.

Diz que, a simples remessa de um bem de um estabelecimento para outro, pertencente ao mesmo titular, ainda que situados em Estados diversos, não configura circulação jurídica, posto que: (i) inexistente transferência de titularidade dos direitos de disposição sobre o bem móvel; (ii) o ato de deslocamento do bem entre unidades da mesma pessoa jurídica não possui caráter mercantil e, ainda; (iii) o bem transportado/deslocado não pode ser considerado mercadoria.

Nesta perspectiva, destaca que, atento às ilegalidades que permeiam tal exigência, o E. Superior Tribunal de Justiça - STJ mediante a edição da Súmula n.º 166/96 e, mais recentemente, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.125.133/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, pelo regime dos recursos repetitivos, reiterou e pacificou o entendimento segundo o qual nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não há transferência de propriedade nem muito menos a finalidade de obtenção de lucro que pressupõe o efetivo ato de mercancia, que destaca.

Diz que, da mesma forma, a mais alta Corte do País, o Supremo Tribunal Federal – STF, corrobora o posicionamento ora sustentado. Destaca síntese de algumas ementas de decisões que entende relacionar a tal entendimento.

Nessa esteira, conclui que a transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, ambos pertencentes ao mesmo contribuinte, não constitui fato imponible do ICMS; não fazendo nascer, portanto, a obrigação de pagar o imposto.

Registra, pela sua importância ao caso concreto, em relação às transferências internas - tais como todas aquelas registradas sob CFOP 5152, listadas no Anexo I da Autuação – a própria Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização n.º PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que *“não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”*.

Diante disto, diz que não pode subsistir a pretensão do Fisco Estadual de exigir da Impugnante o ICMS sobre transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro pertencente ao mesmo contribuinte, tendo em vista que tais operações sequer caracterizam a ocorrência de fato gerador do imposto.

##### **5. DA COMPROVAÇÃO DA EXTINÇÃO INTEGRAL DO ICMS LANÇADO NAS OPERAÇÕES COM CFOP 5910 E 6152 - APONTADO COMO RECOLHIDO A MENOR PELA FISCALIZAÇÃO**

Registra que, de acordo com o quanto explicitado na peça fiscal acusatória em testilha: (i) em relação às operações de saídas com CFOP 5910, o imposto devido foi calculado à alíquota de 17%, quando deveria sê-lo pela alíquota de 18%; e (ii) o estabelecimento autuado praticou operações de saídas interestaduais de produtos tributados, sob o CFOP 6152, sem aplicação da alíquota devida de 12%.

Diz que, como os lançamentos vinculados ao CFOP 5152, os acima versados, referentes a operações com CFOP'S 5910 e 6152, também não devem prevalecer, tendo em vista que em relação todas as notas fiscais a seguir listadas emitiu competentes notas fiscais complementares com o lançamento exatamente da diferença do imposto devido, já devidamente recolhida, conforme é possível se extrair do demonstrativo abaixo, dos documentos fiscais e dos respectivos Livros Registros de Saídas nas quais foram devidamente registradas (doc. 06 e doc. 07):

AI nº 26935800012/19-0						
Infração 01						
CFOP	NF	Data de Emissão da NF	Principal	NF Complementar	Data de Emissão da NFC	Valor do ICMS
5910	37916	16/03/16	0,40	38163	23/03/16	0,40
5910	37917	16/03/16	0,17	38164	23/03/16	0,17
6152	33379	04/09/15	5.900,96	33382	04/09/15	5.900,96
6152	33686	17/09/15	2.809,98	33687	17/09/15	2.809,98
6152	34198	09/10/15	4.729,26	34200	09/10/15	4.729,26
6152	35758	29/12/15	3.965,13	35760	29/12/15	3.965,14
6152	36571	25/01/16	5.057,52	36579	25/01/16	5.057,52
6152	38752	20/04/16	511,40	38805	20/04/16	511,40
6152	41743	25/08/16	105,00	41824	30/08/16	105,00
6152	39264	16/05/16	2.557,02	39302	17/05/16	2.557,02
6152	42347	26/09/16	105,00	42348	26/09/16	105,00
<b>Total</b>			<b>25.741,84</b>			<b>25.741,84</b>

Dessa forma, diz que não pode prosperar a pretensão da fiscalização de exigir o ICMS supostamente devido nas operações embasadas pelas NF'S acima indicadas, sob pena de restar caracterizado o enriquecimento ilícito do Estado, que estaria arrecadando duas vezes o imposto incidente sobre uma mesma operação.

Neste contexto, pontua que o lançamento fiscal não procede, uma vez que o crédito tributário que se pretendeu constituir já se encontra extinto em virtude do pagamento, conforme preceitua o art. 156, I, do CTN.

#### 6. DOS PEDIDOS.

Preliminarmente, no que tange à parcela da autuação cuja procedência restou reconhecida, exclusivamente em relação às operações com os CFOP'S 5927 e 6151, pugna que esta D. Junta de Julgamento promova a competente homologação e consequente extinção dos correlatos créditos tributários devidamente recolhidos.

Diante das razões acima expendidas, requer a Impugnante sejam acolhidos os argumentos de defesa para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração em relação às operações com CFOP 5152, por não haver subsunção dos fatos descritos pela fiscalização à capitulação da infração, nem à norma tida como violada.

Outrossim, na remota hipótese de a preliminar de nulidade não ser acolhida por esse Ilustre Julgador, o que não se espera, pugna a Impugnante que o Auto de Infração ora guerreado seja julgado improcedente em relação à totalidade dos lançamentos vinculados às operações com CFOP'S 5152, 5910 e 6152, pelas razões sobejamente expostas nos itens precedentes.

Pugna a Impugnante, ademais, pela realização de diligência fiscal para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, bem como pela juntada posterior de documentos, caso assim entenda necessário essa Ilustre Junta de Julgamento e/ou o fiscal diligente designado para o feito.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 223/238 dos autos, após descrever resumidamente os termos da defesa, assim se posiciona:

Diz que merece prosperar, em parte, os argumentos defensivos. Inicialmente afirma que o presente lançamento não padece das nulidades apontadas pela Defesa, uma vez que ausentes as hipóteses que servem a tal fim previstas no Artigo 18 do RPAF/BAHIA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Destaca que, quanto às operações objeto da autuação relativas ao CFOP 5152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) não há a alegada nulidade por inexistir carência de subsunção dos fatos descritos à conduta observada em face das normas jurídicas apontadas como infringidas. Tanto é verdade que não existe imprecisão ou ambiguidade na evidenciação dos fatos, que a Defesa entendeu perfeitamente a matéria posta e realizou o contraditório com

precisão e maestria. Ademais, é ilustrativo e vem de longe o princípio de que “*não há nulidade sem prejuízo*”.

Registra que quando da realização da auditoria fiscal observou-se a prática de alíquota zero para operações de transferência interna de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa que no seu entender são tributadas normalmente nos exatos termos previstos na CF/88, Artigo 155, I, “b”; Lei Complementar 87/96, Artigos 2º, 3º e 11, § 3º, Inciso II; Lei Estadual nº 7.014/96, Artigos 2º, 3º, 4º, inciso I e 14, § 1º, que estão em vigor.

Em seguida, traçando algumas contrarrazões às considerações de defesa quanto a não incidência do ICMS em operações de transferências de mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular, registra que, independente do seu entendimento pessoal a respeito da incidência do ICMS em operações de transferência interna entre estabelecimento de uma mesma empresa, diz que é necessário aderir ao pragmatismo do CONSEF sobre a matéria, exposto na Súmula nº 8, publicada no DOE de **08/10/2019**, que reflete certamente a inviabilidade da execução judicial da cobrança em face dos entendimentos jurisprudenciais prevalentes ainda que por via concreta e não abstrata, como seria de se esperar, quanto a constitucionalidade desta incidência.

Diz que, tal Súmula, aliás, é coerente com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 sobre o mesmo tema. Eis a redação

*SÚMULA CONSEF Nº 8º:*

*“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.*

Neste contexto, diz que, aplicando tal entendimento, opina pela improcedência da ação fiscal no que se refere ao CFOP 5152 (*Transferência interna de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*).

No que tange os CFOP’s 5910 e 6152, diz comprovar a Defesa, que anteriormente à realização da auditoria fiscal já adotara o procedimento saneador nos mesmos meses de apuração, extinguindo o crédito tributário aqui lançado, fato amplamente comprovado pelos documentos de fls. 176/219. Diante desses fatos, nada mais resta senão opinar pela improcedência do lançamento neste particular.

Diz, então, que não há razão para o deferimento do pedido de diligência realizado, uma vez dirimida toda a matéria posta a apreciação.

Em razão do exposto pugna pela procedência do lançamento quanto aos CFOP’s 5927 e 6151, para os quais houve resignação e cujo crédito tributário envolvido acha-se recolhido conforme os documentos de fl. 73; e improcedência quanto aos valores referentes aos CFOP’s 5910 e 6152, para os quais houve comprovação da extinção do crédito tributário devido anteriormente à ação fiscal e ao CFOP 5152 pela razão exposta.

Vê-se às fls. 140/241 “*Relatórios de Pagamento do PAF*” extraído do Sistema SIGAT, relativo a parte reconhecida do Auto de Infração, em tela.

**VOTO**

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir o débito no montante de R\$1.992.277,46, sob a acusação de ter recolhido a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos de fls. 7 a 13 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 26, com enquadramento nos art.(s) 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96, mais multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que constam os dispositivos legais tidos como infringidos pelas as acusações imputadas, e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, conforme se pode observar às fls.7 a 26 dos autos, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, por

meio eletrônico, através DTE, consoante os comprovantes às fls. 27 a 28 dos autos, inexistindo qualquer cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, cujo direito foi exercido de modo pleno, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, acatando em parte a imputação, com a apresentação de razões de mérito em relação ao valor não reconhecido, as quais foram acolhidas pelo autuante quando da sua informação fiscal, que manifestou o ajuste do débito exigido ao valor arguido pelo defendente, dado o acolhimento integral das alegações de mérito da defesa.

O contribuinte suscita a nulidade do Auto de Infração em tela, por ausência de subsunção dos fatos ensejadores da infração cometida, em face das normas jurídicas apontadas como infringidas. Trata-se, na realidade, de Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) regularmente escrituradas, que embasaram operações com CFOP's 5152 (*"Transferências internas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros"*), 6151 (*"Transferências interestadual de mercadorias produção própria"*), 6152 (*"Transferências interestadual de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros"*) e 5910 (*"Remessa em bonificação, doação ou brinde"*), bem assim 5927 (*"Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração"*), em que o autuante, entendendo que o sujeito passivo aplicara alíquotas diversas da sua compreensão como a devida, enquadrou as operações como uma conduta do defendente, que subsume as normas legais constituídas apontadas no Auto de Infração, e, como bem destacou o autuante, em sede de informação, não existe imprecisão na evidenciação dos fatos, vez que o sujeito passivo entendeu perfeitamente a matéria posta e realizou o contraditório com precisão. Não vejo, portanto, restar razão ao defendente em arguição de nulidade.

Antes de adentrar no mérito da autuação, vejo que o defendente pugna pela realização de diligência para constatação dos fatos alegados, todavia na forma do artigo 147, inc. I, "a" do RPAF, indefiro tal pedido por considerar os elementos suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, mesmo porque, todas as alegações do autuado foram atendidas pelo autuante em sede de Informação Fiscal.

No mérito, ao analisar a infração capitulada pela fiscalização, o sujeito passivo diz reconhecer a procedência parcial da autuação fiscal em tela, quanto às operações com os CFOP's 5927 e 6151, cujos valores históricos restam discriminados a seguir, por CFOP e por competência:

AIIM nº 269358.0012/19-0 – Infração 1		
CFOP	Competência	Principal
5927	Set/15	194.345,74
5927	Nov/15	48.707,81
6151	Jul/16	75.533,93
6151	Set/16	24.939,85
Total		343.527,33

No que tange às Notas Fiscais Eletrônicas (NFE), indicadas no demonstrativo e débito da autuação, que embasaram as operações com CFOP's 5910 (*"Remessa em bonificação, doação ou brinde"*), e 6152 (*"Transferências interestadual de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros"*), explica o sujeito passivo, embora tenha incorrido em erro de cálculo do imposto destacado para menos ou na ausência de seu destaque, logo em seguida à ocorrência dos fatos geradores, emitiu competentes notas fiscais complementares com o lançamento da diferença do imposto devido.

Por sua vez, no que tange às Notas Fiscais Eletrônicas (NFE), indicadas no demonstrativo e débito da autuação, que embasaram as operações com CFOP 5152 (*"Transferências internas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros"*), pontua o Contribuinte Autuado, ao contrário do entendimento da fiscalização, estavam efetivamente amparadas pelo instituto do diferimento não pela disposição prevista no art. 2º, II do Decreto nº 8.205/2002, e sim pela disposição do art. 286, inciso LXV do RICMS/BA, cuja vigência se estendeu de 08/2014, até 05/2018, e para o qual diz que se encontrava devidamente habilitada (doc. 04);

Ainda no que tange às Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) indicadas no demonstrativo e débito da autuação, que embasaram as operações com 5152 (*"Transferências internas de mercadorias*



*adquiridas ou recebidas de terceiros*”, consigna o Contribuinte Autuado, que as operações de saídas referem-se a transferências internas entre seus próprios estabelecimentos, estando abarcado pelo o Incidente de Uniformização expedido pela Procuradoria Geral do Estado, de n.º 2016.169506-0, com o entendimento de que “*não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”

Sejam as considerações de mérito, no que tange às Notas Fiscais Eletrônicas (NFE), indicadas no demonstrativo e débito da autuação, que embasaram as operações com CFOP’s 5910 (“*Remessa em bonificação, doação ou brinde*”), e 6152 (“*Transferências interestadual de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros*”), sejam as que embasaram as operações com CFOP 5152 (“*Transferências internas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros*”, o Auditor Fiscal autuante, em sede de Informação Fiscal, manifesta pela improcedência da autuação.

Relativamente aos valores referentes aos CFOP’s 5910 e 6152, aduz que o defendente comprova o pagamento anteriormente à ação fiscal; quanto aos valores referentes ao CFOP 5152, pela razão exposta na defesa, de que essas operações estão, de fato, abarcadas pelo o Incidente de Uniformização expedido pela Procuradoria Geral do Estado de n.º 2016.169506-0, com o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Tal entendimento foi absorvido na Súmula nº 8, deste Conselho de Fazenda.

Em razão do exposto, não vendo nada que desabone o entendimento do Auditor Fiscal autuante em acatar as considerações de defesa, quanto aos valores referentes aos CFOP’s 5910, 6152 e 5152, associado à resignação do sujeito passivo quantos valores dos créditos reclamados, referentes aos CFOP’s 5927 e 6151, voto pela subsistência parcial do presente lançamento fiscal.

Em sendo assim, o lançamento fiscal deve ser alterado do valor de R\$1.992.277,46, para o valor de R\$343.527,33, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr.	Data Venc.	Valor Histórico– R\$
30/09/2015	09/10/2015	193.345,74
30/11/2015	09/12/2015	48.707,81
31/07/2016	09/08/2016	75.533,93
30/09/2016	09/10/2016	24.939,85
<b>Total da Infração 1</b>		<b>342.527,33</b>

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0012/19-0**, lavrado contra **BARRY CALLEBAUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, no valor de **R\$342.527,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2020

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA