

A. I. Nº - 298958.0042/17-0
AUTUADO - CENCONSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.08.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.

a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 1 insubsistente. Comprovado que o contribuinte procedeu, em sua escrita fiscal os estornos dos créditos considerados indevidos. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 2. c) SAÍDAS SUBSEQUENTES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 3. Infrações revisadas pelo autuante. Exclusão da exigência fiscal das operações de devolução e das entradas de produtos sujeitos à tributação normal. d) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. Infração 4. Exclusão do valor autuado das operações em que foi comprovada a devolução das mercadorias (CFOP 1202). Não acolhida a tese defensiva de aplicabilidade às operações autuadas, do entendimento firmado na Súmula 166 do STJ. Infrações parcialmente mantidas. 2. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 5. Retirada da autuação as operações com produtos em que o ICMS já se encontrava recolhido pelo regime de ST, ocorrido em etapa anterior de circulação. Mantidas as demais ocorrências. Item parcialmente subsistente. b) RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração 6 – item não impugnado pelo sujeito passivo. Infração 7. Excluída dessa exigência fiscal as operações de saídas internas de mercadorias em transferência. Item parcialmente subsistente. c) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES PARA USO E CONSUMO. Infração 8 – item não impugnado pelo sujeito passivo. 3. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS. a) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Infração 9 parcialmente subsistente. b) OPERAÇÃO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração 10 parcialmente subsistente. Exclusão dos documentos em que houve comprovação dos registros na escrita fiscal. Indeferido pedido de remessa dos autos para a realização de novas diligências. Remessa do PAF para homologação dos valores recolhidos pelo contribuinte, com os benefícios da Lei nº 14.016/18 (Concilia Bahia). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 12/12/2017, para exigir crédito tributário com ICMS e

multas, por descumprimento de obrigação acessória no valor principal de R\$321.227,06, contendo as seguintes imputações fiscais:

INFRAÇÃO 1 (01.02.02) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, julho, setembro e outubro de 2013. Valor exigido: R\$8.740,17. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 (01.02.06) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$76.031,84. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 3 (01.02.26) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$9.770,30. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 4 (01.02.41) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$2.761,38. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 5 (02.01.03) – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de 2014. Valor exigido: R\$165.920,15. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 6 (03.01.01) – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Fato gerador ocorrido no mês de julho de 2014. Valor exigido: R\$2.158,76. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 7 (03.02.0) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Fato gerador ocorrido nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$42.036,57. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 8 (06.02.01) – 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 a consumo do estabelecimento. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2013. Valor exigido: R\$3.065,62. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 9 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$4.571,52, com penalidade prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 10 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Valor exigido: R\$6.170,76, com penalidade prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96;

O contribuinte foi notificado ao Auto de Infração em 21/12/2017, e ingressou com impugnação administrativa em 19/02/2018, fls. 29/57, em petição subscrita por advogado, devidamente habilitado, conforme instrumentos de procura anexados às fls. 59/61.

Após fazer uma síntese das infrações que lhe foram imputadas e ressaltar a tempestividade da presente peça impugnatória a defesa passou a apresentar as suas teses no sentido de demonstrar a improcedência do Auto de Infração.

Preliminarmente discorreu que em relação às infrações 2, 3, 4, 5 e 7 a fiscalização está a exigir ICMS sobre operações de transferências internas de mercadorias entre seus estabelecimentos comerciais. Em relação a essas operações sustenta a incorrência de fato gerador do imposto por inexistir ato de mercancia.

Em sua síntese preliminar de que algumas infrações exigem imposto em supostas vendas de mercadorias para outros contribuintes do ICMS, explica que o autuado não realiza operações de venda para Contribuintes localizados no Estado da Bahia, mas tão somente opera transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica com atividades nesse Estado, não sendo sequer exigível o ICMS nessas operações.

Sustenta no presente caso a ausência de circulação de mercadoria, requisito imprescindível para ensejar a incidência do ICMS, razão pela qual inexistiu o fato gerador da exação, tendo como pressuposto inafastável para a incidência do ICMS, que ocorre somente quando há a transferência da propriedade da mercadoria de uma pessoa jurídica para outra, sob qualquer título jurídico (compra e venda, doação, permuta e etc.), sendo irrelevante, para fins de ICMS, a mera circulação física ou econômica das mercadorias dentro do mesmo contribuinte.

Sobre o tema fez transcrição na inicial defensiva de trechos de doutrina de diversos tributaristas, entre eles Paulo de Barros Carvalho, Geralda Ataliba, Roque Antonio Carrazza, Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari.

Reforçando o raciocínio exposto a defesa ressalta que a jurisprudência pátria, por intermédio de reiteradas manifestações do Eg. Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastaram a fundamentação que serviu de base para a autuação ora combatida e que em razão da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria, o Tribunal editou a Súmula 166, consagrando o entendimento de que a mera saída de um bem do contribuinte para outro estabelecimento de sua titularidade não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS. Ressaltou, na sequência, que tal entendimento continua sendo reiteradamente aplicado pelo STJ inclusive em função do acórdão em sede de Recurso Repetitivo – REsp. nº 1.125.133/SP – Relator Ministro Luiz Fux, cuja ementa foi integralmente transcrita na peça impugnatória (fls. 41/45).

Dando prosseguimento às razões de defesa, passa o contribuinte a abordar uma a uma as infrações que lhe foram imputadas.

Infração 1: Explica que ao analisar o livro Registro de Apuração do ICMS do período autuado, encontrou o estorno do valor integral exigido na autuação, conforme demonstrado na planilha constante do CD anexo à inicial (doc. 03 – fl. 72). Pede que seja declarada a improcedência dessa imputação fiscal.

Infração 2: Afirma que o equívoco da fiscalização foi ter incluído na autuação produtos que não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme planilha constante do CD (Doc. 03 da peça de defesa), além de não ter sido observado que a exigência fiscal recaiu sobre operações de transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos da empresa (entre suas filiais), não sujeitas à incidência do ICMS. Outra inconsistência do lançamento, segundo a defesa, resultou da fiscalização não ter observado a existência de notas de devolução e de notas com crédito indevido relacionadas a notas fiscais com débito indevido, que se anulam.

Infração 3: Pontuou que a fiscalização não observou que o contribuinte procedeu aos estornos de créditos no seu livro de Apuração do ICMS, conforme demonstrado na planilha encartada no CD (doc. 03, da peça de defesa). Ademais, a exigência também recaiu de forma indevida sobre operações de transferências internas, fora do campo de incidência do imposto. Deixou de ser observado ainda a existência de notas de devolução e de notas fiscais com crédito indevido relacionadas a notas fiscais com débito indevido, que se anulam.

Infração 4 – Também nesta infração afirmou que a fiscalização exigiu imposto sobre operações de transferências internas entre seus estabelecimentos e que não foi observada a existência de notas fiscais de devolução e de notas fiscais com crédito indevido relacionadas a notas fiscais

com débito indevido, que se anulam (Doc. 03 da peça de defesa).

Infração 5 – Neste item a defesa afirmou que foram indevidamente incluídos na autuação produtos que integram o regime de substituição tributária (salgados industrializados), conforme detalhado na planilha constante do CD (doc. 03 da peça de defesa). Também nesta infração não foi observada a não incidência do ICMS nas transferências internas entre seus estabelecimentos e deixaram de ser consideradas as devoluções e as saídas sem débito e compras sem crédito que se anulam.

Infração 7 – A defesa destaca que neste item do A.I. a fiscalização deixou de observar que as operações autuadas se referiam a saídas internas por transferência não sujeitas à incidência do ICMS, conforme planilha constante do CD anexo (Doc. 3, da peça de defesa).

Infrações 9 e 10 – A impugnante, em relação a essas ocorrências, relacionadas a falta de escrituração de notas fiscais no livro de Entradas de Mercadorias, apontou que a fiscalização deixou se considerar na auditoria fiscal a comprovação de registro dos documentos fiscais, conforme demonstrado na planilha que integra o CD anexo (Doc. 03 da peça de defesa).

Em seguida, a defesa ressaltou a necessidade de conversão do processo em diligência, no sentido de se determinar uma ampla revisão dos levantamentos fiscais, a partir das planilhas anexadas na inicial defensiva, considerando a prevalência, no processo administrativo, do princípio da busca da verdade material. Pede que essa revisão seja preferencialmente encaminhada para a ASTEC ou para auditor fiscal que não tenha participado da fiscalização que gerou o presente Auto de Infração. Formulou quesitos cujo conteúdo se encontra reproduzido às fls. 55/56 dos autos.

Prestada a informação fiscal pelo autuante, em 14/03/18, peça processual juntada às fls. 76/88. O autuante iniciou sua intervenção no PAF fazendo uma síntese das razões articuladas na peça de defesa e passou em seguida a abordar, ponto a ponto, as questões suscitadas pelo contribuinte, infração a infração.

INFRAÇÃO 1 – Reconheceu a procedência das alegações defensivas, após identificar que o contribuinte havia efetuado, antes da ação fiscal, os estornos dos créditos lançados no Auto de Infração.

INFRAÇÃO 2 – Acatou parte das razões apresentadas na peça de defesa. Identificou estornos de créditos, realizados antes da ação fiscal, nos meses de julho/13 (R\$552,58); agosto/13 (R\$561,23); setembro/13 (R\$879,32); outubro/13 (R\$463,13); novembro/13 (R\$779,95); dezembro/13 (R\$900,63); janeiro/14 (R\$987,71); julho/14 (R\$384,41); agosto/14 (R\$365,24); setembro/14 (R\$249,97); outubro/14 (R\$326,85); e novembro (R\$53,43). Reconheceu também procedentes as alegações no tocante à exclusão dos produtos repelentes de uso tópico, café descafeinado SACHET 50g, café solúvel e massas semiprontas recheadas. Em relação aos argumentos relacionados à Súmula 166 pontuou que a infração decorreu de apropriação indevida de créditos fiscais, com saídas subsequentes não mais tributadas. Considerando que houve efetiva apropriação desses créditos na escrita fiscal, não elidira a infração o fato das mercadorias terem ingressado no estabelecimento empresarial através de operações de transferências entre suas filiais. Caberia, no caso, para afastar a infração, que o contribuinte procedesse aos estornos dos créditos indevidamente registrados. Informou em seguida, que revisou a planilha de apuração do imposto, reduzindo essa infração para o montante de R\$66.758,02.

INFRAÇÃO 3 – Também neste item o autuante reconheceu a procedência de parte das alegações defensivas. Identificados estornos de créditos, anteriores à ação fiscal, nos seguintes valores e meses: janeiro/13: R\$1.070,64; fevereiro/13: R\$1.498,74; março/13: R\$1.922,89; abril/13: R\$1.276,90; maio/13: R\$163,69; junho/13: R\$516,93; e, julho/13: R\$190,23. Em relação à invocação defensiva da Súmula 166, desenvolveu os mesmos argumentos utilizados na apreciação da Infração 02. Conclui afirmado que esse item da autuação deve ser reduzido para a cifra de R\$3.180,28.

INFRAÇÃO 4 – Manteve sem alteração os valores lançados neste item do A.I. e em relação à invocação defensiva da Súmula 166 desenvolveu os mesmos argumentos utilizados na apreciação

das infrações anteriores.

INFRAÇÃO 5 – Reconheceu ser procedente parte das alegações defensivas, procedendo a exclusão das planilhas de débito dos produtos Batata Plus Vita Ondulada Original 50g e Batata Pringles Pring 167. Em decorrência o valor do ICMS desse item foi reduzido para R\$163.868,24.

INFRAÇÃO 6 – Em relação a este item não houve contestação na peça de defesa, sendo mantida a cobrança no valor originalmente lançado.

INFRAÇÃO 7 - Manteve sem alteração os valores lançados neste item do A.I. e em relação à invocação defensiva da Súmula 166 desenvolveu os mesmos argumentos utilizados na apreciação das infrações anteriores.

INFRAÇÃO 8 - Em relação a este item não houve contestação na peça de defesa, sendo mantida a cobrança no valor originalmente lançado.

INFRAÇÕES 9 E 10 – Foi reconhecida na peça informativa parte das alegações da defendante através da comprovação de registro das notas fiscais de aquisição listadas às fls. 86/87, reduzindo-se essas infrações para os valores, respectivamente, de R\$2.588,15 e R\$5.474,14.

Diante do acatamento parcial das alegações da autuada, relativamente às Infrações 01, 02, 03, 05, 09 e 10, procedeu-se ao refazimento dos Demonstrativos de Débito, com redução do valor reclamado, de R\$321.227,06 para R\$291.841,08.

Após ser notificado acerca da revisão operada na fase de informação fiscal, o contribuinte ingressa nova petição nos autos (fls. 100/119), protocolada em 28/03/18. Reiterou, nessa oportunidade, os argumentos de não observância na autuação de que o ICMS não incide nas operações de transferências internas realizadas entre seus estabelecimentos filiais, questão que foi pacificada na jurisprudência após a edição da Súmula 166. Em seguida, fez observar que o autuante reconheceu as razões expostas na peça de defesa, mas que não se pronunciou acerca das notas fiscais de devolução relativamente às infrações 02, 03, 04 e 05. No tocante à Infração 05 declarou ainda que não foram efetuadas as exclusões das cobranças sobre produtos que já se encontravam com o imposto recolhido através do regime de substituição tributária (ICMS-ST).

Distribuído o PAF para esta 5ª JJF, na relatoria da Conselheira Teresa Cristina Dias Carvalho, foi o mesmo convertido em diligência, conforme Termo apensado às fls. 124/126 dos autos.

Em petição acostada às fls. 130/131, firmada em 06/02/19, o contribuinte vem aos autos para declarar que em razão da instituição do Programa Concilia Bahia, através da Lei nº 14.016/2018, que anistiou parcelas de multas e juros dos créditos tributários, resolveu efetuar o pagamento de parte dos débitos lançados no presente Auto de Infração, conforme planilha em que apresenta o detalhamento das parcelas reconhecidas: **Infração 02: R\$59.327,68; Infração 03: R\$684,43; Infração 05: R\$145.056,41; Infração 06: R\$2.158,76; Infração 07: R\$41.787,90; e, Infração 08: R\$3.065,62. Total reconhecido: R\$252.080,80.** Posteriormente foi anexado DAE para fins de comprovação do pagamento das parcelas reconhecidas (doc. Fls. 132/133).

Em nova informação fiscal, prestada pelo autuante em 25/09/2019 (fls. 138/148), em cumprimento da diligência determinada pela então relatora deste processo, foram mantidas as alterações já processadas no informativo anterior, sem novas modificações de valores.

Em nova intervenção nos autos, fls. 165/171, datada de 04/03/18, firmada por advogado, o contribuinte consignou que o parecer elaborado na diligência apresentou conteúdo idêntico ao da primeira informação fiscal, deixando de ser analisada de forma clara e precisa as provas e alegações trazidas pela impugnante na inicial defensiva, especialmente no que tange às infrações 02, 03, 04, 05 e 07. Após observar que efetuou o pagamento parcial de parte infrações ainda contestadas, abrangendo os itens 02, 03, 05 e 07, disse que em relação a essas imputações a revisão deixou de considerar as devoluções de vendas ocorridas no período, cujo crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência fiscal, não gerando nenhum prejuízo para o erário público. Afirmou ainda remanescer valores nas citadas infrações nos

seguintes valores, após a dedução das parcelas já reconhecidas: Infração 02: R\$ 7.430,34; Infração 03: R\$ 2.445,85; Infração 04: o valor total lançado, no importe de R\$ 2.761,38; Infração 05: R\$ 18.811,83; Infração 07: R\$ 248,67. Acrescentou que na infração 05 os valores remanescentes estão relacionados a cobrança do ICMS sobre mercadorias que estavam à época da ação fiscal incluídas no regime de substituição tributária (ST), operações de devolução não consideradas que anularam os créditos considerados indevidos e a inocorrência de fato gerador do ICMS nessas operações de transferências entre seus estabelecimentos comerciais. Observou que na intervenção anterior o autuante procedeu à exclusão somente das operações com os produtos Batata Plus Vita Ondulada Original 50g e Batata Pringles Pring 167. Todavia, deixaram de ser consideradas as operações com os produtos listados na tabela juntada à fl. 169 dos autos, que segundo a defesa lista um rol de mercadorias que fazem parte do regime da antecipação tributária total, ocasião em que indicou os respectivos enquadramentos no Anexo I do Regulamento do ICMS (RICMS). Pede que o PAF seja convertido em nova diligência, visando ao exame das provas que foram anexadas pela defendant. Requer ao final que seja dado integral provimento às razões apresentadas nas manifestações defensivas.

O processo é novamente convertido em diligência, pelo colegiado da 5ª JJF, conforme Termo juntado à fl. 199 dos autos, com determinação de retorno do PAF novamente ao autuante para que este enfrentasse os argumentos apresentados pelo contribuinte em sua Manifestação.

O autuante, em nova informação fiscal, datada de 26/08/19, peça processual juntada às fls. 203/210, dos autos, dando cumprimento à última diligência determinada por esta 5ª JJF, apresentou as suas razões, abordando no Parecer Técnico as infrações em que ainda remanesçam valores contestados pelo contribuinte.

INFRAÇÃO 2 – Acatou parte das razões apresentadas na peça de defesa. Reiterou o argumento de inaplicabilidade ao caso da Súmula 166. Procedeu ao refazimento das planilhas relacionadas a este item da autuação levando em consideração os montantes estornados e os produtos excluídos, remanescendo o débito no valor de R\$64.214,75, conforme planilha reproduzida no CD anexo (fl. 212).

INFRAÇÃO 3 – Também neste item o autuante reconheceu a procedência de parte das alegações defensivas. Em relação à invocação defensiva da Súmula 166 desenvolveu os mesmos argumentos utilizados na apreciação da Infração 02. Procedeu ao refazimento das planilhas relacionadas a este item da autuação levando em consideração os montantes estornados e os produtos excluídos, remanescendo o débito no valor de R\$3.114,00, conforme planilha reproduzida no CD anexo (fl. 212).

INFRAÇÃO 4 – Refez as planilhas de apuração do imposto, acatando as alegações defensivas quanto às devoluções (CFOP 1202), tendo sido as mesmas excluídas da autuação. Em relação à invocação defensiva da Súmula 166 desenvolveu os mesmos argumentos utilizados na apreciação das infrações anteriores. Remanesceu neste item crédito tributário no valor de R\$2.756,54, conforme planilha reproduzida no CD anexo (fl. 212).

INFRAÇÃO 5 – Reconheceu ser procedente parte das alegações defensivas, procedendo a exclusão das planilhas de débito de mercadorias que se encontravam inseridas no regime da ST, conforme Demonstrativo mais amplo, inserido no CD anexo (fl. 212). Pontou ainda que nessa infração inexistem nas planilhas de débito operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do contribuinte. Excluídos os valores cobrados indevidamente, restou crédito tributário, neste item, em favor da Fazenda Pública, no montante de R\$161.826,19.

INFRAÇÃO 7 – Após análise das planilhas de débito, o autuante afirma ter verificado a existência de operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do contribuinte e informa que procedeu à exclusão das mesmas, reduzindo o débito para o montante de R\$41.787,90, conforme Demonstrativo reproduzido no CD anexo (fl. 212).

Pede ao final, que seja declarada a PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, nos valores apurados nessa última informação fiscal, no importe principal de R\$163.868,24.

Após ser notificado acerca da revisão operada pelo autuante, o contribuinte ingressa nova petição nos autos (fls. 224/226), protocolada em 04/09/19, subscrita por advogado. Inicialmente, observou que o auditor fiscal reconheceu as alegações defensivas no tocante às infrações 02 a 04 e procedeu à exclusão das operações de devolução de mercadorias. No que tange à Infração 05, declarou que o trabalho restou incompleto, haja vista que algumas mercadorias não foram excluídas do levantamento fiscal. A título de exemplo, citou os produtos: IOGURTE DANONINHO CFREMOSO 600g; IOGURTE NESTLÉ NINHO SOLEIL FRUIT 250G; IOGURTE ACTIVIA POLPA MOR 100G; REPELENTE OFF SPRAY 200ML e SEQUILHO LA DE CASA GOMA 200G. Além dessas mercadorias, foram mantidas na exigência fiscal os produtos **touca para banho, esponja para banho e café solúvel**, também inseridas no rol das mercadorias enquadradas no regime da ST, à época da ocorrência dos fatos geradores descritos no Auto de Infração.

Pede, ao final, que seja revisto o lançamento no que se refere especificadamente aos valores remanescentes da Infração 05.

Em relação à infração 07, a defesa declarou que na revisão fiscal foram acatadas as razões trazidas pela impugnante na peça de defesa, excluindo-se as parcelas improcedentes da autuação.

Nova Informação Fiscal, prestada pelo autuante, peça processual anexada às fls. 231/234, observa-se, incialmente, que a defesa se insurge apenas, em sua última Manifestação, quanto aos valores remanescentes da Infração 05. Passa a discorrer acerca de cada um dos produtos objeto da irresignação empresarial:

1 – IOGURTE DANONINHO CREMOSO 600g – NCM 04039000 – o produto não é iogurte e sim bebida láctea, segundo a sua classificação na NCM, não estando enquadrado no regime de substituição tributária.

2 – IOGURTE NESTLÉ NINHO SOLEIL FRUIT 250G – NCM 04039000 - o produto não é iogurte e sim bebida láctea, segundo a sua classificação na NCM, não estando enquadrado no regime de substituição tributária.

3 - IOGURTE ACTIVIA POLPA MOR 100G – NCM 04039000 - o produto não é iogurte e sim bebida láctea, segundo a sua classificação na NCM, não estando enquadrado no regime de substituição tributária.

4 - REPELENTE OFF SPRAY 200ML – trata-se de repelente de uso tópico, produto não enquadrado no regime de substituição tributária.

5 - SEQUILHO LA DE CASA GOMA 200G – produto fabricado a base de goma, e não a base de farinha de trigo, não estando sujeito ao regime de substituição tributária;

6 – TOUCA PARA BANHO – produto tributado pelo ICMS não submetido ao regime de substituição tributária.

7 – ESPONJA DE BANHO - produto tributado pelo ICMS não submetido ao regime de substituição tributária.

8 – CAFÉ SOLÚVEL - produto tributado pelo ICMS não submetido ao regime de substituição tributária.

Pede ao final que esse item da autuação seja mantido nos valores apurados na última revisão do feito, no importe de R\$163.868,24.

Em 14/01/2020 o PAF foi redistribuído para este Relator em razão da aposentadoria da Julgadora Teresa Cristina Dias Carvalho.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/12/2017, é composto de 10 (dez) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão. O contribuinte foi cientificado do lançamento em 21/12/2017 e o período autuado abrangeu os fatos geradores ocorridos no intervalo temporal entre janeiro de 2013 e dezembro de 2014.

Inicialmente, rejeito o pedido de remessa dos autos para realização de novas diligências fiscais. O presente processo, após a apresentação da defesa, foi submetido a duas revisões fiscais, por determinação deste colegiado de julgamento, ocasião em que foram feitos ajustes no levantamento fiscal, em atendimento aos reclamados do contribuinte, no tocante às infrações 01, 02, 03, 04, 07, 09 e 10. Remanesceu em discussão, após a última revisão fiscal, os valores residuais da Infração 05, que envolvem a tributação pelo ICMS, de operações com mercadorias que no entendimento da defesa, estão enquadradas no regime da substituição tributária (ST), submetidas ao recolhimento do imposto de forma antecipada. Por sua vez, a fiscalização interpretou que essas operações alcançavam mercadorias do regime normal de tributação, procedendo ao lançamento dos valores não recolhidos através deste Auto de Infração. Portanto, a lide, após o acerto do débito nas duas diligências determinadas por este órgão julgador, está concentrada em torno dessa questão, que será decidida quando do exame de mérito da infração 05.

Cabe detalhar, doravante, as razões que justificaram as exclusões e reduções operadas nas infrações 01, 02, 03, 04, 07, 09 e 10.

A Infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento. O autuante, na fase de informação fiscal, reconheceu a procedência das alegações defensivas, tendo identificado os estornos de crédito efetuados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS (LRA), nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, julho, setembro e outubro de 2013, conforme se encontra atestado documentalmente na mídia digital, anexada à fl. 72 dos autos (doc. 03 da peça impugnatória). Em decorrência da exclusão processada pelo autuante, a partir da prova documental colacionada pela defesa, julgo o item 01 improcedente em sua totalidade.

As Infrações 02 e 03 serão analisadas em conjunto. Essas ocorrências contemplam, respectivamente, a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a i) mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária; e, ii) mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Na peça defensiva, a defesa afirmou que o autuante deixou de observar que nestes itens algumas operações foram objeto de estorno no livro de Apuração do ICMS, e que houve a desconsideração das devoluções ocorridas no período alcançado pelo lançamento. Ainda na Infração 02, foi indevidamente inserida na composição do débito, operações com os produtos café solúvel, massas recheadas e repelentes, todos submetidos ao regime de tributação normal, com direito à apropriação dos correspondentes créditos fiscais. Anexada pela defendant planilha Excel, em mídia digital, visando comprovar suas alegações (CD anexo, doc. 3, fl. 72.).

Nas revisões fiscais, o autuante procedeu à exclusão: i) dos valores em que restou comprovado os lançamentos dos estornos de créditos efetuados antes da ação fiscal; ii) das operações de devolução com o desfazimento dos valores indevidamente apropriados e; ii) dos valores relacionados aos produtos indevidamente inseridos na composição do débito. As referidas infrações foram reduzidas para as seguintes cifras: **Infração 02: R\$64.214,75; Infração 03: R\$3.114,00.** Na fase de defesa o contribuinte efetuou o pagamento parcial dessas ocorrências, nos montantes, respectivamente de **R\$59.327,68** e **R\$684,43.** Julgo os itens 02 e 03 do A.I. procedentes em parte, em conformidade com os valores apurados nas revisões fiscais efetuadas pelo autuante, devendo o contribuinte proceder ao pagamento dos valores residuais ali apurados.

Na infração 04, a exigência fiscal recaiu sobre a utilização indevida de crédito fiscal em razão de destaque a maior nos documentos fiscais. O referido item foi também revisado pelo autuante que procedeu à exclusão dos valores em que o contribuinte comprovou as devoluções das mercadorias, através de notas fiscais emitidas com o CFOP 1202, anulando os créditos indevidamente apropriados. Exigência reduzida para a cifra de **R\$2.756,54.** Julgo, este item também procedente em parte.

A defesa pede ainda, que seja aplicada ao caso, nas infrações cujas entradas de mercadorias tiveram origem em transferências, as disposições da Súmula 166 do STJ, que afasta a

possibilidade de ocorrência de fato gerador do ICMS no simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Observo, entretanto, que nas infrações que decorreram da apropriação de créditos indevidos, a evocação da Súmula 166 do STJ é inadequada para elidir essas cobranças. As acusações fiscais que compuseram os itens 02, 03 e 04 deste A.I., envolveram, respectivamente, o uso indevido de créditos de ICMS sobre as entradas de mercadorias do regime da ST, de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução ou isenção do imposto, e operações com destaque a maior do imposto nos correspondentes documentos fiscais. Nessas circunstâncias, independentemente da origem dos produtos, se interna ou interestadual, a autuada se apropriou de tais créditos. O remédio jurídico-fiscal adequado, para afastar essas acusações, seria a comprovação dos competentes estornos de crédito. Em relação às operações em que houve comprovação desses estornos, procedeu-se à exclusão dos valores indevidamente cobrados. As parcelas remanescentes devem ser mantidas, em conformidade com o que foi apurado nas revisões fiscais.

A Infração 07 contém a acusação de recolhimento a menor do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Após a exclusão das operações de transferências internas, promovidas entre os estabelecimentos do contribuinte, que não submetem mais à tributação do ICMS, conforme entendimento hoje já pacificado pelo Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0, a planilha de débito dessa ocorrência foi revisada, em conformidade com o que foi postulado pelo contribuinte na peça de defesa. Infração reduzida para a cifra de **R\$41.787,90**. Na fase de defesa, o contribuinte procedeu o pagamento dessa infração, nos valores apurados na última revisão fiscal (doc. fls. 130 a 133). Item procedente em parte.

As infrações 06 e 08, abarcaram, respectivamente as seguintes imputações: a) recolhimento a menor do ICMS em razão do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado pelo contribuinte; e, b) falta de recolhimento do ICMS-DIFAL nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento. Ambas as ocorrências não foram impugnadas pelo sujeito passivo. Ainda na fase de defesa o sujeito passivo procedeu à quitação integral dos valores relacionados a esses itens, nos valores, respectivamente, de **R\$2.158,76** e **R\$3.065,62** (doc. fls. 130/133).

As INFRAÇÕES 09 e 10, estão relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias. Na infração 09 o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Na Infração 10 a ocorrência envolveu a entrada sem registro de mercadorias não sujeitas à tributação. Ambas as infrações foram revisadas pelo autuante, tomando por base a relação de documentos fiscais através da qual o contribuinte demonstrou a existência de registros na sua escrita fiscal.

Restou comprovada na Infração 09 a escrituração das notas fiscais (documentos auxiliares) nºs 715098, 2270038, 786276, 786428, 786128, 31924, 845564, 849147, 1000345, 1003503, 682000, 570379, 1931135, 176088, 1931142, 570380, 568502, 845565, 568497, 568501, 568515, 568519, 569683, 569684, 568522, 568513, 175935, 176089, 1931139, 568496, 568512, 681997, 569679, 569680, 1931146, 568524, 568499, 568500, 568505, 568507, 568509, 568510, 568511, 568514, 568517, 568520, 568523, 568525, 202794, 568498, 568516, 569682, 681996, 568503, 568504, 568518, 2846, 568521, 570264, 32747, 216997, 570262, 569678, 1003877, 570378, 185703, 175957, 568508, 569681, 568506, 176090, 570381, 216992, 1000344, 175962, 1003505, 176091, 999361, 216996, 570375, e 1001169, remanescendo nessa ocorrência o débito no montante de **R\$2.588,15**.

Já em relação à Infração 10 foram comprovadas a escrituração das notas fiscais (documentos auxiliares) nºs 25398, 25244, 27142, 27125, 28136, 30067, 30646, 30754, 30391, 30392, 30740, 30836, 30422, 30993, 31494, 31231, 32444, 321114, 33606, 33605, 35651, 38695, 15, 23825, 24142, 15012, 1056215, 1058648, 2316201, 2316198, 2316197, 74384, 2316196, 570263, 2316199, 24775, 1058650, 2316195, 1931126, 2316200, 962, 29351, 570377, 26868 e 570376, de forma que o débito fiscal deste item foi reduzido para a cifra de **R\$5.474,14**.

Infrações 09 e 10 mantidas parcialmente, nos valores apurados na revisão fiscal, após a exclusão das notas fiscais em que houve comprovação de registro na escrita do contribuinte.

A Infração 05, que totalizou a exigência de R\$165.920,15, está relacionada à falta de recolhimento do ICMS, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis. Em relação a este item o contribuinte, ainda na fase de defesa, efetuou o pagamento parcial dessa ocorrência, no montante de R\$145.056,41, conforme documentado às fls. 130/133 dos autos. O autuante reconheceu ser procedente parte das alegações defensivas, procedendo a exclusão das planilhas de débito dos produtos Batata Plus Vita Ondulada Original 50g e Batata Pringles Pring 167. Em decorrência, reduziu o débito apurado para a cifra de R\$163.868,24. Remanesceu em discussão, neste item, as operações com outros produtos, que na interpretação da defesa, também estavam submetidos ao regime da substituição, com fase de tributação já encerrada. A irresignação defensiva alcançou as saídas de iogurtes, inseticidas (repelentes), salgadinhos industrializados, buchas e toucas para banho e café solúvel (itens 21, 25.10, 33.1, 25.13 e 38, do Anexo 01 do RICMS/12).

Em relação às operações de saídas que a autuada descreveu como “iogurtes”, verifico que na verdade trata-se de operações com leite fermentado (bebidas lácteas), cuja NCM 04039000 não se encontrava à época inserida no regime da ST. Já o produto identificado como inseticida, trata-se de operações com aparelhos inseticidas elétricos, submetido ao regime de tributação normal. Quanto ao produto “sequilho”, enquadrado na categoria de “salgadinhos industrializados”, verifico, a partir da NCM 19059090 relacionada ao mesmo, que esta mercadoria não fazia parte do rol dos produtos que estavam submetidos ao regime de substituição tributária (ST). De fato, a NCM indicada para o produto “salgadinho industrializado” não integra o rol de produtos da ST, listados no Anexo I do RICMS/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, submetendo-se, portanto, ao regime de tributação normal. O mesmo se aplica aos produtos touca para banho, esponja de banho e café solúvel, que sequer integram o rol de produtos descritos no Anexo I do Regulamento do ICMS de 2012.

Importante consignar, em acréscimo às razões acima expostas, que o contribuinte não trouxe aos autos prova documental de que as citadas mercadorias já se encontravam com o imposto pago, de forma antecipada, seja por ação dos fornecedores ou através de recolhimento processado pelo próprio autuado. Fica mantida a Infração 05, nos valores apurados na última revisão fiscal, no importe de **R\$161.826,19**, devendo ser homologada a quantia já recolhida pelo sujeito passivo, no importe de **R\$145.056,41**. Item MANTIDO EM PARTE.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a composição descrita na planilha abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	8.740,17	0,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	76.031,84	64.214,76	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	9.770,30	3.114,00	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	2.761,38	2.756,54	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	165.920,15	161.826,19	60%
06	NÃO IMPUGNADA/PROCEDENTE	2.158,76	2.158,77	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	42.036,57	41.787,90	60%
08	NÃO IMPUGNADA/PROCEDENTE	3.065,62	3.065,62	60%
09	PROCEDENTE EM PARTE	4.571,52	2.588,15	-----
10	PROCEDENTE EM PARTE	6.170,76	5.474,14	-----
TOTAL		321.227,06	286.986,07	

Deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente, os valores recolhidos pelo sujeito passivo relacionados às infrações 02, 03, 05, 06, 07 e 08, no importe principal de R\$252.080,80, com os benefícios da Lei nº 14.016/18 (Concilia Bahia), conforme se encontra documentado às fls. 130/133 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0042/17-0**, lavrado contra **CENCONSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$278.923,78**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.062,29**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Os valores recolhidos pelo contribuinte em relação às infrações 02, 03, 05, 06, 07 e 08, com os benefícios da Lei nº 14.016/18 (Concilia Bahia), deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente da Inspetoria Fazendária de origem do processo (IFEP NORTE).

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 18 de junho de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR