

**PROCESSO** - A. I. N° 206958.0006/18-0  
**RECORRENTE** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5º JJF n° 0008-05/21- VD  
**ORIGEM** - INFAS ITABUNA (COSTA DO CACAU)  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/09/2021

**2ª CJF DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0202-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Após exclusão feita pelo autuante, nas razões, a recorrente trouxe algumas notas fiscais, a título de amostragem, afirmando que os referidos itens ainda permanecem exigíveis, como BEBIDAS ALCOÓLICAS, EXCETO CERVEJA E CHOP, conclui-se, que o referido item foi excluído do Anexo I do RICMS/BA, conforme revogação expressa do Decreto n° 16.987/16, ou seja, as bebidas quentes passaram a ser tributadas, não sendo mais submetidas às regras da substituição tributária. Na análise dos itens listados, verifica-se que o fiscal autuante relacionou os itens “excluídos” de bebidas quentes (até set/2016), misturas para bolos (de 11/2017 a 12/2017), operações com CFOP sob n.º 5926 (saída para formação de kits), operações com CFOP sob n.º 5949 com filme PVC e stretch manueal e embalagem a vácuo, cujo novo valor exigível, passou a ser reduzido no patamar menor do que julgado na JJF. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade, em face de erro do local da autuação, falta de discriminação das notas fiscais, emitentes e valores, não recebimento do termo de início de fiscalização, formato inadequado das memórias de cálculo, inclusão na cobrança de operações já tributadas em fases anteriores e inclusão na cobrança de operações “intributáveis”. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVER EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 5ª JJF N° 0008-05/21-VD, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 14/09/2018, para exigir o valor de R\$475.535,38, afora penalidades, pelo cometimento da seguinte infração:

***Infração 01 – 02.01.03:***

*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

*O lançamento abrange os fatos geradores atinentes aos meses de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.*

*Deu-se o enquadramento legal pelos arts. 2º, I, e 32, ambos da Lei n° 7.014/96, c/c o art. 332, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei atrás mencionada.*

***Complemento:***

*Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$475.535,40, relativo às saídas de produtos tributados como não tributados, ocorrentes em todos os meses do período fiscalizado, identificadas, tais saídas, nos documentos de CUPOM FISCAL, NOTA FISCAL, NOTA FISCAL ELETRÔNICA E NOTA FISCAL DE CONSUMIDOS*

*ELETRÔNICA, gerados a partir dos arquivos SIAF\_04259757000589 gerados pela SEFAZ/DPF/GEAFI, todos emitidos pela empresa, tudo conforme o demonstrativo próprio, anexo. Esclarecemos que todos os dados foram obtidos nas EFDs, através dos arquivos EFD\_Itens Saída ICMS 2016 e 2017 gerados pelo sistema SIAF, por linha analítica de item, com vínculo à chave de acesso de cada documento, e diretamente das NFC-e recebidas, não havendo a tributação pertinente nos casos arrolados neste demonstrativo. Registre-se ainda que os arquivos EFD agrupam os itens comercializados por cupom fiscal por totais mensais, demonstrando os valores da comercialização e da tributação distintamente. Estes demonstrativos estão gravados na mídia cd que integra o presente auto de infração. No corpo do auto estão apenas as fls. inicial e final de cada demonstrativo, por economia de papel e impressão, vez que adicionaria milhares de fls. talvez inócuamente.*

A 5<sup>a</sup> JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente em Parte o presente Auto de Infração.

### **VOTO**

*Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.*

*Três dias antes do advento do prazo fatal, defesa foi ofertada dentro do lapso regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.*

*Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória é contador com poderes passados em procuraçao para assinar a contestação, consoante se extraí dos documentos de fls. 34 e 35.*

*Vamos às preliminares levantadas.*

*Alega-se nulidade do auto de infração, porque a sua lavratura deveria ter ocorrido no local do estabelecimento e não na repartição fazendária.*

*Ocorre, que inexiste impedimento para se efetuar o lançamento fora das dependências da autuada. Ao contrário, há previsão para assim se proceder, segundo art. 15, II, "a" do RPAF-BA. O que se exige, é que o contribuinte tome verdadeiramente ciência das razões acusatórias e tenha condições de produzir defesa, tal qual aconteceu neste PAF.*

*Dispõe a autuada da possibilidade de fazer o recolhimento do crédito tributário a qualquer momento, inclusive da multa, esta perdendo redução à medida em que a discussão administrativa avança de fase processual.*

#### **Pelo afastamento desta questão preliminar.**

*Alega-se também a nulidade, pelo caminho de faltar no processo discriminação das notas fiscais, emitentes e respectivos valores. Não é assim que se verifica nos autos. A mídia acostada à fl. 12 retrata muito bem todos os elementos informativos necessários para conhecimento das operações mercantis. Tal questão, por se confundir com o mérito será desdobrada adiante.*

#### **Pela improcedência também desta preliminar.**

*Outrossim, carece de fundamento a argumentação feita posteriormente, no libelo de fls. 120 a 124, alegando-se formato inadequado dos demonstrativos fiscais. Verifica-se constar no CD de fl. 114 arquivos em excell que bem delineiam as operações alcançadas pelo fisco, naquela altura já revisadas em função do acatamento parcial das alegações empresariais. Seu conteúdo se revela claro e inteligível, de compreensão plena e manipulação fácil para selecionar e filtrar os dados das notas fiscais.*

#### **Arguição preliminar igualmente afastada.**

*Destarte, com o saneamento feito nas diligências produzidas, fez-se respeitar neste PAF, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.*

*No mérito, os argumentos esgrimidos pelo deficiente são assaz abrangentes, sem uma contradita específica, acompanhada de comprovação consistente que traduza enfrentamento real dos motivos da cobrança.*

*Vamos agora a eles.*

*Como disse o autuante, o direito ao crédito fiscal foi respeitado, e sua compensação está de acordo com a escrituração efetuada pelo sujeito passivo. Logo, o mecanismo da não cumulatividade foi observado.*

*Sobre a carência de provas produzidas, nota-se exatamente o oposto no compulsar do processo. Os arquivos eletrônicos que acompanharam o auto de infração apontam elementos instrutórios com dados suficientes para reconhecer o que se está exigindo da deficiente. Neles constam planilhas em que se vê número do documento fiscal, data de expedição, descrição do item, código respectivo, valor do cupom fiscal e imposto não debitado, dados extraídos da escrituração fiscal digital oficial e que não foram contestados fundamentadamente pela empresa. As demais ponderações ofertadas debaixo deste tópico não guardam a menor correlação com o que*

está sendo reclamado. Ponderações como omissão de saídas, levantamento de estoques, venda de mercadorias sem documentação fiscal, falhas de sistema, prova produzida ilicitamente e extratos bancários de terceiros aqui não têm o menor cabimento. Enfim, as operações comerciais estão sobejamente demonstradas nos levantamentos apensos em mídia digital, dos quais preferiu o contribuinte silenciar, mesmo tendo uma segunda oportunidade para fazê-lo.

Neste particular, o único ponto condizente com a lide é o fato do autuante ter considerado tributadas operações com produtos isentos, circunstância já retificada nos autos, o que fez cair o débito, num primeiro montante, para R\$474.121,08, quantia só questionada pelo estabelecimento autuado quando atravessou o manifesto de fls. 120 a 124, oportunidade em que houve ataques específicos para operações afetadas que, no seu entender, estavam com a tributação já encerrada.

A fiscalização dissecou os pontos defensivos ali agitados, de modo que sob esta ótica será feita a apreciação.

No tocante às bebidas quentes, a auditoria acolheu a tese defensiva, e retirou tais itens dos fatos geradores realizados de janeiro a setembro de 2016. Só restaram aquelas notas fiscais emitidas depois deste último mês, época em que tais produtos deixaram de ser tributados antecipadamente. A recalcitrância defensiva apontada à fl. 122 não pode prosperar, pois o fisco excluiu sim as operações com vinho, vodka, whisky e outras bebidas alcoólicas, só as mantendo naquele período em que o ICMS antecipado não mais passou a ser exigido.

Respeitante às “misturas para bolo”, também a auditoria concordou com a empresa, fatos imponíveis entre 10.11.2017 e 31.12.2017, retirando os valores da cobrança original.

No que atine ao “amendoim descascado Yoki 500g”, entendeu o fisco tratar-se de produto de origem vegetal, classificado na NCM 1202.42.00, sendo errada a alusão à NCM 2008.11.00, relativa a “preparações de produtos hortícolas”. Razão assiste à postulação fiscal, pois a NCM aplicável – 1202.42.00 – não está debaixo do regime da tributação antecipada.

Referente às pilhas, desde 2015, tais baterias não mais estavam na substituição tributária (ST), por força do Dec. 15.807/14. Mantida a cobrança pela via da tributação normal, sistema de débitos e créditos fiscais.

No que tange às “balas Dori”, estão elas posicionadas corretamente nas NCMs 1704.90.20 (com açúcar) e 2106.90.60 (sem açúcar) ambas não referenciadas no Anexo 1 do RICMS-BA. Exigência pertinente.

No que se reporta às transações sob o CFOP 5926, a auditoria acabou acatando as arguições da impugnante, e retirou do recálculo da dívida constituída.

No que toca às operações marcadas pelo CFOP 5949, a título de outras saídas, não há provas de que as mercadorias ali acobertadas foram tiradas de circulação para serem usadas internamente, apesar da autuada ter algumas oportunidades processuais de apresentar evidências neste sentido. De acordo com a exclusão dos itens “filme pvc”, “strecht manual” e “embalagem a vácuo”, nitidamente destinados a acondicionamento, sendo retirados da infração.

Os demais produtos referenciados na última manifestação defensiva, não guardam correlação com o valor reclamado.

Com a redução inicial, mais as exclusões procedidas depois da segunda revisão fiscal, o valor exigível caiu para R\$407.967,84, montante que não contou com a contestação numérica da parte da deficiente. A procedência parcial irá neste sentido.

Sobre a confiscatoriedade da multa, a cobrança seguiu os ditames previstos no art. 42, II, “a” da Lei Instituidora do ICMS, não sendo permitido a este Colegiado examinar arguições de constitucionalidade, consoante determina o art. 167, I do RPAF-BA. Inexiste parâmetro legal para limitar a multa máxima ao lucro auferido pela pessoa jurídica. Tal barreira, só poderia ser imaginada no âmbito do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Isto posto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o presente auto de infração, no montante de R\$407.967,84, mais multa de 60%.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário.

Preliminarmente suscita nulidade do lançamento, por entender que o PAF não está revestido de todos os requisitos necessários para sua validade jurídica. Diz que houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Sinaliza para vícios existentes, dentre eles a grave falta de um documento essencial e que este dano é de tal monta que fere de morte a validade do ato administrativo. Cita trecho da Teoria das Nulidades amplamente defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles.

Salienta que no presente Processo Administrativo Fiscal o ilustre autuante no afã de desenvolver

seu mister, supriu direitos fundamentos do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna (art. 5º, LIV da C.F.). O Princípio do Devido Processo Legal é assegurado a todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.

Aduz que a recorrente não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada. Alega que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início e Fiscalização e não sabe se há este Termos na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos. Transcreve art. 26 do RPAF e decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acordão nº 0030-03/21 que considerou nulo o lançamento fiscal por falta de intimação ou termo de início.

Destaca para as lições de Alberto Xavier (*in* “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2 ed., pág. 124).

Suscita ainda nulidade do procedimento fiscal o fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. Afirma que o formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, pois da forma que estão postos fica a empresa sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu Direito de Defesa. Salienta que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defendant importar os dados de forma integral e analisá-los de forma automatizada e rápida.

O demonstrativo anexado ao Auto de Infração possui 519 páginas. Humanamente impossível analisar de forma correta de forma manual como está posto. E pior, não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, o que comprova que foi incorretamente formatado o relatório no sistema da SEFAZ.

Menciona que no Auto de Infração em comento só foi apresentado um resumo de apuração mensal sem informar analiticamente, por NF quais operações tiveram a suposta irregularidade de utilização de alíquota diversa. Traz posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre violação de princípios.

Conclui que as formas instrumentais do processo possuem o condão de garantir o contraditório, a ampla defesa, a segurança jurídica e, consequentemente, uma justa prestação jurisdicional a todos que necessitem. Traz entendimento da 3ª Junta de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, no Acordão nº 0037-03/12.

Aponta que não rechaça o formato PDF, pois o mesmo tem um bom *design* de apresentação, além de ter garantida a sua integridade, mas o que vemos pedindo, ao mínimo, é que fossem apresentados, também (em paralelo), em planilha EXCEL. Pois, por conseguinte, a empresa poderia analisar a integralidade dos itens que foram objeto da presente autuação.

No mérito aponta para erros claros na acusação da fiscalização de que a empresa recolheu imposto à menor, por entender que itens foram indevidamente considerados tributáveis, o que levou o nobre Auditor Fiscal a lançar de forma equivocada.

Lista itens cuja fase de tributação encontravam-se encerrada, apesar de em sua Informação Fiscal alegar que excluiu:

- Vinho;
- Tequila;
- Aguardente;
- Bacardi;

- Linguiça;
- Bolo;
- Lombo suíno;
- Sobrecoxa de frango;
- Empanado frango sadia 100g;
- Amendoim juparana branco 500g.

No caso específico das bebidas alcoólicas que saiu da substituição tributária em 30/09/2016, diversas NF'S continuam a constar na autuação apesar do Autuante e os julgadores de piso informarem que foram retiradas do demonstrativo.

Traz exemplos de bebidas que continuam no famigerado demonstrativo acostado pelo Autuante, em sede de informação fiscal, cuja saídas ocorreram anteriores a 30/09/2016.

MÊS	DT EMISS	ESP	MOD	DOC	UF	CFOP	ORIG	BA	CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO ITEM	VC	DEBITADO
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	52658	BACARDI CARTA DE OURO 980ML	77,97	20,27
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	5,39	1,40
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	53433	VINHO PERGOLA TINTO SUAVE 4600ML	132,54	34,46
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	201827	VINHO CHALISE ROSE SUAVE 750ML	6,84	1,78
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	201858	VINHO CANCAO MORANGO 750ML	23,97	6,23
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	285504	VINHO ARG TRVENTO TRIB CAB SAUV 750ML	41,74	10,85
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	285803	VINHO CHI CARTA VIEJA TTO CARMN 750ML	22,49	5,85
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	285827	VINHO CHI CAR VIEJA BRAN SAUV BL 750ML	22,49	5,85
2	29/02/2016	CF	NI	1602	BA	5405	0	26	52658	BACARDI CARTA DE OURO 980ML	51,98	13,51
2	29/02/2016	CF	NI	1602	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	37,73	9,81
2	29/02/2016	CF	NI	1602	BA	5405	0	26	53433	VINHO PERGOLA TINTO SUAVE 4600ML	176,72	45,95
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	289205	AGUARD OLD CESAR 88 LIMAO 900ML	39,56	10,29
2	29/02/2016	CF	NI	1602	BA	5405	0	26	112802	AGUARD STAINGUER 750ML	18,99	4,94
1	31/01/2016	CF	NI	1601	BA	5405	0	26	89067	TEQUILA JOSE CUERVO OURO ESPECIAL 750ML	96,39	25,06

Menciona que além do autuante não fornecer o demonstrativo de forma editável, afirma que excluiu, a JJF em seu relatório, apesar do Autuado, incansavelmente, demonstrar que existem diversas notas fiscais que não foram excluídas do lançamento. Repise-se que as notas apontadas são exemplificativas, já que não possuímos o demonstrativo de forma editável, e que o Colendo Conselho deverá converter o PAF em diligência para que sejam excluídas na integra as mercadorias cuja fase de tributação encontram-se encerrada.

Note-se que no caso do produto bolo, se quer os julgadores de piso analisaram a matéria apesar das alegações da Defendente. Declara que o item bolo está submetido ao regime da substituição tributária, não havendo que se falar em lançamento por recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista para as mercadorias.

No caso de lombo suíno, sobrecoxa de frango, empanado frango sadia 100g, linguiça de vários tipos e outros produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, também não podem permanecer no lançamento pois expressamente constam no Anexo I do RICMS como mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Em relação ao amendoim, o item 11.10.1 do Anexo I do RICMS é claro ao incluir amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg na substituição tributária.

Ressalta que inúmeras Notas Fiscais contidas no Relatório base do Auto de Infração são emitidas para simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, sem tributação, com o CFOP's 5152 e 5409 (Transferência Interna), em que não há prejuízo econômico/financeiro para o Estado, haja vista que a Loja que recebe esta mercadoria, está dentro do próprio Estado.

Menciona que já é sabido no âmbito deste CONSEF que este tipo de Operação não tem impacto na apuração geral do ICMS na empresa como um todo. Vários julgamentos já vêm sendo realizados com este entendimento. Traz Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0. Requer a empresa que sejam excluídas do levantamento as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias, como o CFOP's 5152 e 5409.

Traz alguns exemplos de Acórdãos que tratam da matéria.

Grande parte das notas fiscais listadas no demonstrativo se referem à Transferências Internas de mercadorias, quando não houve Circulação Econômica, mas pelo já aqui relatado, em virtude de o demonstrativo ter sido apresentado apenas em PDF, impossibilita-se qualquer totalização, o que enseja neste momento a empresa requerer que seja autorizada Diligência no sentido de se apresentar o levantamento em EXCEL e que já se determine a exclusão das notas fiscais de Transferências Internas, corroborando com o bom entendimento do Princípio da Economia Processual, já que se trata de tema pacificado no âmbito do CONSEF e PGE, concluindo pela NÃO incidência do ICMS nestas operações. Isto posto, a CJF deverá diligenciar para retirar do corpo do lançamento as operações com fase de tributação encerrada.

Aponta também para diversas operações não sujeitas ao imposto e que foram incluídas indevidamente no Auto de Infração em apreço, devendo serem expurgadas do lançamento. As operações com CFOP 5949, outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, incluídas indevidamente no lançamento, são na verdade operações de consumo interno, com a emissão da respectiva nota fiscal, que não representou um negócio jurídico, muito menos a circulação das mercadorias. Logo, não ocorrendo o fato gerador do imposto.

Chama a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não incide ICMS sobre operações onde não ocorre o negócio jurídico está sintetizada no RE 267.599-AgR-ED, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 30.04.2010 e AI 693.714-AgRJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 21.08.2009.

Friza para julgamento da ADC 49 sob o rito de Repercussão Geral, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) que preveem a ocorrência de fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. Neste diapasão, tributável é as operações em apreço, tendo esta Egrégia Câmara a obrigatoriedade de afastar do lançamento em comento as operações com CFOPs 5949.

Registra que não quantificou as exclusões citada alhures, haja visto que não nos foi apresentado os demonstrativos de forma editável (excel), cerceando o direito de defesa da autuada.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta a Peticionária pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Ressalto para as diligências e Informações Fiscais ocorridas em fase impugnatória a saber:

1. O fiscal autuante em sua 1ª Informação Fiscal, fls. 38/40, rechaça os argumentos de nulidade, admitindo, contudo, para a exigência indevida do ICMS de itens considerados “isentos”, apresentando demonstrativo com os itens excluídos (iogurtes, presunto cozido, queijo mussarela, mistura para bolo, mistura para pão, leite, lava louça...) passando a ser exigido o valor de R\$ 474.121,08.
2. A 5ª JJF converteu o PAF em diligência à Infaz de Origem, fls. 52/53, objetivando sanar os vícios identificados, abrindo novo prazo para o contribuinte. Foi acostado à fl. 58 nova Mídia com os demonstrativos elaborados pelo autuante.
3. Nova diligência foi elaborada, às fls 101/102, considerando que a autuada trouxe em sua manifestação novos elementos de defesa, acostando documentos e argumentando que itens e operações não tributáveis permanecem sendo exigidos no presente lançamento. Foi demandado que o fiscal autuante prestasse Informação Fiscal Complementar à vista da inovação defensiva às fls. 62 a 86 do PAF.
4. O Fiscal autuante às fls. 106/114 acosta Nova Informação Fiscal. Nesta oportunidade foi acatada a exclusão das bebidas quentes (até set/2016), misturas para bolos (de 11/2017 a 12/2017), operações 5926 (formação de kits), operações 5949 com filme PVC e stretch manueal e embalagem a vácuo, por considerá-los itens de uso e consumo. Novo valor exigível R\$ 407.967,84, conforme mídia à fl.114.

Não foram acatados: amendoim descascado yoki 500g, por entender que o ítem em questão é cru. Pilha Eveready, bala dori, parte das saídas 5949 para consumo interno por ausência do estorno equivalente na escrituração fiscal.

Fez a sustentação oral na sessão de julgamento a advogada Rebeca brandão de Jesus.

Este é o relatório.

## VOTO

O presente Recurso Voluntário visa reformar a decisão proferida pelo órgão julgador de origem, que concluiu pela Procedência Parcial da infração única lançada na autuação. A referida infração encerra a exigência de ICMS, em razão de a recorrente ter supostamente praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O presente Auto de Infração sinaliza para operações cuja tributação foi encontrada zerada nos arquivos SPED/EFD, apresentados pela recorrente.

Preliminarmente, suscita a recorrente a nulidade da infração, por entender que não foi sequer científica do início da Ação Fiscal. Diz que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início e Fiscalização, e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Afirma ainda, que não foi intimada a apresentar livros ou documentos, e traz decisão da 3ª JJF, ACÓRDÃO N° 0030-03/21, que considerou nulo o lançamento fiscal por falta de intimação ou Termo de Início.

O art. 26, inciso III do nosso RPAF, diz que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da ação fiscal: *"III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização"*. Neste sentido, se observada a fl. 06 do PAF, pode ser constatada a 1ª Intimação para apresentação de informações em meio magnético, sendo certo afirmar que contribuinte foi cientificado no dia 16/07/2018.

Ademais, e conforme acima relatado, o presente PAF foi convertido em diligência, e naquela oportunidade os vícios formais identificados foram devidamente sanados. Ou seja, a referida diligência foi destinada a esclarecer e complementar a instrução do processo, tendo as falhas e omissões formais identificadas pela Junta de Julgamento sido devidamente superadas.

Isto posto, não há como dar guarida às alegações recursais, no tocante à impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, pois os erros inicialmente cometidos pela autoridade administrativa foram sanados, tendo o crédito tributário sido efetivamente constituído.

A matéria tributável consta devidamente determinada, assim como o sujeito passivo identificado. Consta sinalizado o respectivo enquadramento legal, tudo em absoluta consonância ao devido processo legal.

Vale ainda frisar, que a ementa da decisão desse CONSEF, trazida na peça recursal, não se aplica ao presente Auto de Infração, se analisadas as peculiaridades deste PAF.

Às fls. 07 a 19 do PAF, constam presentes os demonstrativos de suporte de todas as infrações. Além dos anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD à fl.10 dos autos, entregues em mãos à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração. Não obstante, foram também disponibilizados a ora recorrente, à fl.114, a mídia com os demonstrativos elaborados, em atendimento a diligência elaborada pela 5ª JJF.

Os dados constantes na referida mídia, estão em formato excel e permitem claramente o exercício do contraditório.

Constam, pois, presentes todos os pressupostos de validação do processo legal, e, portanto, não vislumbra a ocorrência de vício que pudesse macular a integralidade da autuação. Isto porque a infração, o infrator e o montante devido estão devidamente caracterizados e foram bem entendidos pelo recorrente, como demonstra a própria defesa inicial, manifestação e o Recurso ora apreciado.

Não constato, portanto, qualquer dos pressupostos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a recorrente reitera suas teses de defesa, apontando que a fiscalização indevidamente incluiu como tributadas operações que se encontravam com fase de tributação encerrada. Discorre quanto a itens que permanecem no lançamento, não obstante mencionar o fiscal autuante ter excluído: vinho, tequila, aguardente, Bacardi, linguiça, preparações para bolo, lombo suíno, sobrecoxa de frango, empanado frango sadia 100g e amendoim juparana branco 500g.

Traz algumas notas fiscais, a título de amostragem, afirmando que referido itens ainda permanecem exigíveis.

Se observadas as alterações vinculadas ao item “2.0” BEBIDAS ALCOÓLICAS, EXCETO CERVEJA E CHOP, é possível concluir que referido item foi excluída do Anexo I do RICMS/BA, conforme revogação expressa disposta no Decreto nº 16.987, de 24/08/16, com efeitos a partir de 01/10/16.

Ou seja, a partir de 1º de outubro, as bebidas quentes passaram a ser tributados, não sendo mais submetidas às regras da substituição tributária.

Afirma a recorrente, que permanecem, contudo, exigidos no presente lançamento, listando algumas operações.

Da análise dos itens acima mencionados e listados pela recorrente, saliento que os mesmos constam inseridos na parte “descarte def complem” da mídia anexa à fl.114. Ou seja, o fiscal autuante relacionou os itens “excluídos” na referida aba, fazendo as exclusões, conforme resumo abaixo:

COBRANÇA ORIGINAL	<b>475.535,38</b>
DESC CFE INF FISCAL	<b>1.414,30</b>
REMANESCENTE 1	<b>474.121,08</b>
DESCARTE	<b>66.153,24</b>
REMANESCENTE 2	<b>407.967,84</b>

O “DESC. DEF COMP” revela as exclusões realizadas pelo Fiscal Autuante em sua primeira Informação Fiscal, procedendo com a exclusão inicial de itens considerados não tributados pelo ICMS, nas operações de saída da recorrente. O “DESCARTE” de maior valor, refere-se às demais exclusões realizadas, após diligência realizada pela 5ª JJF, estando ali os itens bebidas quentes (até set/2016), misturas para bolos (de 11/2017 a 12/2017), operações com CFOP sob nº 5926 (saída para formação de kits), operações com CFOP sob nº 5949 com filme PVC e stretch manual e embalagem a vácuo, cujo novo valor exigível passou a ser de R\$ 407.967,84.

O fiscal autuante fez constar na aba “DESCARTE DEF COMPLEM”, 4 totalizadores das exclusões realizadas a saber:

1 Total	Bebidas	MOTIVO: PERÍODO SOB ANTECIPAÇÃO TOTAL	172.394,71	46.546,57
2 Total	Mistura bolos	MOTIVO: PERÍODO SOB ANTECIPAÇÃO TOTAL	22.882,62	4.118,87
3 Total	CFOP 5926	MOTIVO: SAÍDAS PARA AGREGAÇÃO DE KITS	71.863,83	12.362,62
4 Total	CFOP 5949	MOTIVO: ITENS DE EMBALAGENS DE USO INTERNO	17.376,00	3.125,18

Não obstante as exclusões acima realizadas, constato que, por lapso, foram mantidos no lançamento alguns itens de bebidas quentes (vinhos), cujo período, de fato, ainda estava sujeito à substituição tributária. Excluo, portanto, os itens mencionados, conforme abaixo:

31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	5,39	1,40
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	53433	VINHO PERGOLA TINTO SUAVE 4600ML	132,54	34,46
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	201827	VINHO CHALISE ROSE SUAVE 750ML	6,84	1,78
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	201858	VINHO CANCAO MORANGO 750ML	23,97	6,23
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	219778	VINHO CHI CARTA VIEJA TTO CABER SAUV 750ML	112,45	29,24
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	219785	VINHO CHI CARTA VIEJA GRAN RESER CAB TT 750	37,99	9,88
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	269438	VINHO ARG TRIVENTO MERLOT MALBEC ROSE 750ML	18,79	4,89
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	283234	VINHO MENDUCO TORRANTE 750ML	14,42	3,75
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	285504	VINHO ARG TRIVENTO TRIBU CABERNET SAUV 750ML	41,74	10,85
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	285803	VINHO CHI CARTA VIEJA TTO CARMENERE 750ML	22,49	5,85
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	285827	VINHO CHI CARTA VIEJA BRANCO SAUV BLAN 750ML	22,49	5,85
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	288982	VINHO CHI ALTO VUELO RESERVA CHARDONNA 750ML	34,89	9,07
31/01/2016	CF	NI	1	1601	BA	5405	0	26	289272	VINHO SALTON CLASSIC CAB SAUV KIT +2TACA 750M	31,19	8,11
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	37,73	9,81
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	53433	VINHO PERGOLA TINTO SUAVE 4600ML	176,72	45,95
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	89210	VINHO CANCAO BRANCO SECO 2L	22,99	5,98
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	269438	VINHO ARG TRIVENTO MERLOT MALBEC ROSE 750ML	18,79	4,89
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	283234	VINHO MENDUCO TORRANTE 750ML	14,42	3,75
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	283239	VINHO MENDUCO CABERNET 750ML	7,98	2,07
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	283242	VINHO CHI CASA CREBAR SAUV BLANC 750ML	19,59	5,09
29/02/2016	CF	NI	1	1602	BA	5405	0	26	285827	VINHO CARTA VIEJA BRANCO SAUV BLANC 750ML	67,47	17,54
09/03/2016	CF	NI	1	1603	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	16,17	4,20
31/03/2016	CF	NI	1	1603	BA	5405	0	26	52993	VINHO NATAL TINTO FRISANTE 660ML	10,78	2,80
31/05/2016	CF	NI	1	1605	BA	5405	0	26	286499	VINHO CHI APALT RESERVADO SAUV BLANC 750ML	51,18	13,31
31/08/2016	CF	NI	1	1608	BA	5405	0	26	52696	VINHO POR MESSIAS TINTO 750ML	20,89	5,43
											969,90	252,17

Insiste a recorrente, contudo, afirmando que o autuante retirou do lançamento apenas as operações que lhe parecem convenientes, cerceando o direito de defesa do contribuinte. Aduz que no caso dos itens lombo suíno, sobrecoxa de frango, empanado frango sadia 100g, diz a recorrente que são produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino e, portanto, não podem permanecer no lançamento por serem considerados mercadorias da ST.

Quanto ao referido tópico, e conforme disposto no inciso II, do artigo 271 do nosso ordenamento legal, é certa a dispensa do lançamento e o pagamento do ICMS dos produtos comestíveis, resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal, bem como as operações internas subsequentes.

Entendo, contudo, que os itens comercializados pela recorrente, já foram submetidos a processos industriais, a exemplo “PRESUNTO COZIDO SADIA SCAPA GORD KG”. Ou seja, a dispensa do recolhimento do ICMS, é aplicada aos insumos e não para os produtos deles decorrentes, industrializados.

Reclama ainda a recorrente, que constam presentes no lançamento, operações com CFOP 5949, que deveriam ser consideradas tributáveis pelo ICMS.

Conforme bem esclarecido pelo fiscal autuante, não há nos autos elementos capazes de elidir a totalidade exigida para a referida operação 5949. Em parte das saídas vinculadas ao CFOP 5949, há o registro do crédito do ICMS pela sua entrada, não tendo sido identificados ou apontados pela recorrente os estornos fiscais correspondentes. Caso os itens tenham sido utilizados para uso interno da empresa, deveria, pois, o contribuinte estornar o crédito decorrente da sua entrada, o que não se vê nos autos.

No caso do amendoim, afirma a recorrente estar enquadrado no item 11.10.1 do Anexo I do RICMS/BA. Observo, contudo, que consta inserido na substituição tributária o item Amendoim, enquadrado na NCM 2008.11 no item 11.11.0 (Produtos Alimentícios - Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg).

Isto posto, entendo que o item lançado é o amendoim cru, para refeições, não podendo ser classificado no contexto de “aperitivos” usualmente denominado de “snack”, que, de fato, são salgados industrializados enquadrados na substituição tributária.

Não obstante as contestações acima, importante, pois, a reanálise do voto da decisão de piso. Vejamos, pois, trecho do voto condutor da referida decisão: *“a auditoria acolheu a tese defensiva, e retirou tais itens dos fatos geradores realizados de janeiro a setembro de 2016. Só restaram aquelas notas fiscais emitidas depois deste último mês, época em que tais produtos deixaram de ser tributados antecipadamente. A recalcitrância defensiva apontada à fl. 122 não pode prosperar, pois o fisco excluiu sim as operações com vinho, vodka, whisky e outras bebidas alcoólicas, só as mantendo naquele período em que o ICMS antecipado não mais passou a ser exigido. Respeitante às “misturas para bolo”, também a auditoria concordou com a empresa, fatos imponíveis entre 10.11.2017 e 31.12.2017, retirando os valores da cobrança original. No que*

atine ao “amendoim descascado Yoki 500g”, entendeu o fisco tratar-se de produto de origem vegetal, classificado na NCM 1202.42.00, sendo errada a alusão à NCM 2008.11.00, relativa a “preparações de produtos hortícolas”. Razão assiste à postulação fiscal, pois a NCM aplicável – 1202.42.00 – não está debaixo do regime da tributação antecipada. ... No que toca às operações marcadas pelo CFOP 5949, a título de outras saídas, não há provas de que as mercadorias ali acobertadas foram tiradas de circulação para serem usadas internamente, apesar da autuada ter algumas oportunidades processuais de apresentar evidências neste sentido. De acordo com a exclusão dos itens “filme pvc”, “strecht manual” e “embalagem a vácuo”, nitidamente destinados a acondicionamento, sendo retirados da infração”.

A maior parte das teses defensivas foram devidamente tratadas pela decisão de piso, conforme se observa pelo trecho do voto acima transcrito, com exceção das operações 5152 e 5409.

Menciona ainda a recorrente em sua peça recursal, que há operações de mera transferência interna entre estabelecimentos da mesma empresa, e requer sejam excluídas as referidas operações com o CFOP 5152 e 5409 (transferências de mercadorias tributadas e sujeitas ao regime da substituição tributária, respectivamente).

Por último, e em relação aos argumentos acima relativos às transferências realizadas, concordo com as razões defensivas, haja vista que deve ser observada a hipótese de não incidência do ICMS, em conformidade com a Súmula nº 166 do STJ.

A Súmula nº 166 do STJ é perfeitamente aplicável às operações internas subsequentes entre os estabelecimentos da mesma empresa, conforme sinaliza os códigos de atividades dispostos em suas notas fiscais lançadas sob CFOP: 5152 e 5409, cujas exigências abaixo são inaplicáveis:

1	12/01/2016	NF	1	1	10164	BA	5409	0	17	81078	ACUCAR VIDA REFINADO PO 1KG	240,00	40,80
<b>1 Total</b>												240,00	40,80
2	17/02/2016	NF	1	1	10379	BA	5409	0	17	38898	DESENG BRILUX SPRAY 500ML	39,72	6,75
<b>2 Total</b>												75,43	12,82
3	23/03/2016	NF	1	1	10469	BA	5409	0	18	241724	FILTRO DE PAPEL REF 103 TRES CORACOES 1UN	8,76	1,58
<b>3 Total</b>												2.229,57	401,32
4	22/04/2016	NF	1	1	10539	BA	5409	0	18	512	BLANQUET PERU LIGHT SADIA GRANDE	0,90	0,16
<b>4 Total</b>												21,26	3,83
5	31/05/2016	NF	1	1	8916	BA	5409	0	18	287572	LIMPA VIDRO AZULIM SPRAY 500ML	8,04	1,45
<b>5 Total</b>												120,91	21,76
6	21/06/2016	NF	1	1	9125	BA	5409	0	18	287543	DOCE BANANINHA PARAIBUNA C/ACUCAR 36G	18,00	3,24
<b>6 Total</b>												122,13	21,98
7	29/07/2016	NF	1	1	9456	BA	5409	0	18	14014	PILHA DURACELL ALCALINA AAA C/4UN	60,90	10,96
<b>7 Total</b>												161,31	29,04
8	26/08/2016	NF	1	1	9712	BA	5409	0	18	286651	LIMP TEIU PERF DOCE SONHO 1LT	4,92	0,89
<b>8 Total</b>												577,45	103,94
9	30/09/2016	NF	1	1	10033	BA	5409	0	18	214155	AMAC CARNE C/TEMPERO YOKI 1KG	13,06	2,35
<b>9 Total</b>												1.579,66	284,34
10	31/10/2016	NF	1	1	10304	BA	5409	0	27	258197	VINHO BRA SAINT GERMAIN BLANC DE BLANCS 750ML	29,52	7,97
<b>10 Total</b>												967,66	245,62
11	30/11/2016	NF	1	1	10637	BA	5409	0	18	217521	NAFTALINA Q ODOR 30G	7,10	1,28
<b>11 Total</b>												1.439,50	309,66
12	28/12/2016	NF	1	1	10979	BA	5409	0	18	2493	ACUCAR UNIAO GLACUCAR 500G	6,92	1,25
<b>12 Total</b>												1.530,73	333,40
1	31/01/2017	NF	1	1	11367	BA	5409	0	18	289817	DESOD SPRAY LEITE ROSAS 90ML	8,82	1,59
<b>1 Total</b>												669,94	128,12
2	24/02/2017	NF	1	1	11661	BA	5409	0	18	83843	FILME PVC TRANSP FORT LAR 28X30M	9,20	1,66
<b>2 Total</b>												392,61	70,67
3	31/03/2017	NF	1	1	12095	BA	5409	0	18	106733	FILME FORT POLYESTER ASSA 45X5.0	28,30	5,09
<b>3 Total</b>												873,65	160,16
4	27/04/2017	NF	1	1	12415	BA	5409	0	18	283080	SABAO PASTA ATOL NEUTRO 500G	8,12	1,46
<b>4 Total</b>												1.275,80	229,64
5	31/05/2017	NF	1	1	12787	BA	5409	0	18	291892	TACA NADIR GALLANT CHAMP 180ML	31,90	5,74
<b>5 Total</b>												580,69	104,52
6	29/06/2017	NF	1	1	13119	BA	5409	0	18	14090	PILHA DURACELL ALCALINA AA C/2UN	46,60	8,39
<b>6 Total</b>												510,38	91,87
7	31/07/2017	NF	1	1	13477	BA	5409	0	18	291169	ALCOOL GEL MIL NEUTRO 450G	12,75	2,30
<b>7 Total</b>												272,31	49,02
8	23/08/2017	NF	1	1	13747	BA	5409	0	18	38072	CERA POLITRIZ INCOLOR LIQUIDA 750ML	8,60	1,55
<b>8 Total</b>												321,24	57,82
9	29/09/2017	NF	1	1	14198	BA	5409	0	18	38966	DESENT PIAS RALOS DIABO VERDE GRAN 300G	69,00	12,42
<b>9 Total</b>												596,59	104,94
10	31/10/2017	NF	1	1	14531	BA	5409	0	18	237079	LUSTRA MOVEIS BRIO LAVANDA 200ML	12,30	2,21
<b>10 Total</b>												414,02	74,52

11	23/11/2017	NF	1	1	14826	BA	5409	0	18	290607	GRANOLA MAE TERRA LIGHT SACHE 250G	4,22	0,76
<b>11 Total</b>												818,96	149,83
12	01/12/2017	NF	1	1	14952	BA	5409	0	18	2011	MORTADELA PIF PAF FLIP KG	4,08	0,73
<b>12 Total</b>												4,08	0,73
<b>Total Geral</b>												<b>15.795,88</b>	<b>3.030,37</b>

Por amostragem, e considerando que na planilha anexa não consta as chaves de acesso das notas fiscais lançadas, verifico, pelas outras mídias anexas, e a título de amostragem, que a Nota Fiscal nº 14613, chave de acesso: 29171104259757000589650020000019321000026487, CFOP 5152, de 08/11/2017, estão vinculadas às operações dentro do Estado da Bahia.

Concordo, portanto, com as razões defensivas que invocam a Súmula nº 166 e Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0, por entender que as transferências realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa, não se configuraram fatos geradores para fins de cobrança do ICMS no lançamento em comento.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que o Auto de Infração seja PARCIALMENTE PROCEDENTE, remanescedo o valor devido de R\$404.685,30.

Este é o voto.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0006/18-0**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$404.685,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS