

A. I. Nº - 269358.0002/21-6
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/22-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO DO ESTABELECIMENTO e DE BENS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado pelo sujeito passivo que tais aquisições se destinavam à comercialização, tendo em vista operar no ramo de supermercado. A exigência fiscal tomou por base apenas as aquisições classificadas pelo próprio autuado em sua EFD com os CFOPs sob os códigos 2551 - Compra bem para o Ativo Imobilizado e 2556 - Compra material para uso ou consumo, cujas aquisições foram registradas sem crédito do imposto, confirmando não se tratarem de mercadorias para comercialização. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 28/03/2021, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 462.761,86, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. O estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados ao ativo fixo e/ou a uso e consumo, omitindo-se do pagamento do ICMS-DIFAL, prática que viola o disposto na lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96 e Regulamento respectivo). O demonstrativo Anexo I, relaciona por item as operações objeto desta tributação, integrando o presente lançamento em todos os seus termos”*.

O autuado, por intermédio de sua Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 68 a 78, onde, após tecer considerações preliminares acerca da tempestividade da peça defensiva, ingressou nas razões de Direito, destacando a existência de vários erros de natureza material, encontrados no lançamento, aos quais, disse que iria se referir adiante.

Sustentou que na peça fiscal não há nenhuma prova e nem esclarecimento por parte do autuante, de que as mercadorias objeto do presente lançamento são destinadas ao Ativo Fixo ou para uso/consumo por parte da empresa.

Citou que é uma das maiores redes de supermercado da região sul deste Estado, tendo um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros.

Em seguida, a partir da fl. 70 até a fl. 77, listou os produtos que são comercializados pelo seu estabelecimento e que, ao seu entender, deverão ser retirados do levantamento fiscal.

Solicitou a realização de diligência para efeito de comprovação do erro do autuante e concluiu pugnando pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, apresentou a Informação Fiscal de fls. 93 a 108, onde, inicialmente, reproduziu o inteiro teor da peça defensiva, e, em seguida, passou a contestar os argumentos defensivos, sustentando que ao analisá-los não verificou razões suficientes para infirmar o lançamento nem reduzir os valores lançados.

Disse que destituída de provas ou de argumentos convincentes, a defesa cinge-se a afirmar que o estabelecimento se constitui numa das maiores redes de supermercado da região sul do Estado, tendo um leque variado de produtos, desde produtos alimentícios, passando por produtos de panificação, limpeza, informática, produtos de higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros. Neste sentido, lista produtos que são comercializados pela empresa e que, no seu entender, devem ser retirados do levantamento fiscal.

Observou que constatou durante os trabalhos de auditoria fiscal que o autuado, no período de 2018 / 2019, não obstante possuir registradas diversas operações sujeitas a DIFAL, só adimpliu sua obrigação fiscal nos meses de novembro e dezembro de 2019, períodos que obviamente não integram o lançamento, dizendo existir, portanto, uma omissão persistente no cumprimento desta espécie de obrigação tributária.

Pontuou que diferentemente do que afirma o autuado, o lançamento exhibe sim, fortes elementos comprobatórios, uma vez que lista as operações sujeitas por espécie de bens, baseando-se nos CFOPs informados na sua escrituração fiscal digital, procedendo-se, deste modo, à apuração conjunta da DIFAL uso e consumo e Ativo Permanente, seguindo a mesma sistemática adotada pelo autuado nos dois recolhimentos realizados.

Destacou que os únicos CFOPs considerados no demonstrativo Anexo I foram os códigos 2551 (Compra bem para o Ativo Imobilizado) e 2556 (Compra material para uso ou consumo) e nada mais, sendo esta codificação de operações realizada pelo próprio estabelecimento autuado, afirmando que a defesa está em franca contradição com a sua própria Escrituração Fiscal Digital, considerando que aí está a prova, não sendo o Fisco que codificou e praticou tais operações e sim o próprio autuado.

Citou que definidas as operações sujeitas a DIFAL e constatado o não cumprimento da obrigação fiscal não restou alternativa senão lançar o imposto devido, cuja sistemática de cálculo adotada é a albergada pela Administração Tributária, devidamente explicitada no demonstrativo Anexo I.

Concluiu observando que, não constatando nos argumentos defensivos elementos suficientes para infirmá-lo, pugnou pela Procedência do Auto de Infração.

Em 30 de novembro de 2021 o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem nos termos abaixo:

“O Auto de Infração em referência foi expedido para reclamar o valor de R\$462.761,86 a título de falta de pagamento de ICMS referente a diferença entre alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao Ativo Fixo e/ou para consumo próprio pelo autuado.

Em sua defesa o autuado alegou que tendo em vista a atividade que exerce no ramo de supermercados, comercializa um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros.

Neste sentido apresentou extensa lista de produtos que são comercializados em seu estabelecimento, fls. 70 a 77, solicitando que sejam excluídos da autuação.

Considerando que o autuante, em sua informação fiscal, não enfrentou objetivamente esta questão, decidiu esta 4ª JJF, em sessão de Pauta Suplementar, pela conversão do presente PAF em diligência para que o autuante examine os produtos listados pelo autuado em sua peça defensiva, e, caso confirmados que se tratam de produtos para comercialização, sejam excluídos da autuação, sendo elaborado novo demonstrativo de débito.

Em seguida, deverá ser cientificado o autuado do resultado da diligência, fazendo entrega ao mesmo da presente solicitação juntamente com o resultado da diligência, com os novos demonstrativos que forem elaborados, sendo concedido ao mesmo o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação.

Ocorrendo manifestação pelo autuado, o autuante também deverá se pronunciar.

Após o atendimento o PAF deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da sua instrução e posterior julgamento”.

Em atendimento, o autuante, em 01/02/22, intimou o autuado através do DT-e, fl. 115, onde destacou inicialmente que a exigência do ICMS/Difal incorreu sobre aquisições de bens registrados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sob os CFOPs 2556 – Compra de material para uso ou consumo próprio, 2551 – Compra para o Ativo Imobilizado e 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, solicitando ao mesmo para *“contestar objetivamente o lançamento efetuado, indicando quais operações específicas constam do lançamento como sujeitas ao DIFAL não debitada que na verdade foram adquiridas para comercialização e qual a causa do seu registro na EFD com os CFOPs 2556, 2551 e 2552 e não com os CFOPs próprios de mercadorias adquiridas para revenda”*.

Consta, ainda, na intimação citada: *“Para tanto, reelabora-se e anexa-se a esta intimação o demonstrativo Anexo I, com a inserção de coluna indicativa do CFOP informada na EFD para a operação de entrada correspondente ao lado da CFOP da operação informada na nota fiscal de venda pelo Estabelecimento vendedor, tendo em vista melhor adequar e elucidar a ação defensiva, se porventura este fato não ficou devidamente compreendido quando da apresentação do resultado da auditoria realizada, inclusive com remessa do demonstrativo para análise prévia antes da lavratura do Auto de Infração sob análise”*.

Em resposta, o autuado se manifestou às fls. 117 a 127, pontuando que em relação à Informação Fiscal, esclarece que, embora as mercadorias listadas pelo autuante no demonstrativo tenham o CFOP de aquisições de Ativo Fixo ou consumo, tal fato foi fruto de erro do seu sistema, o que ocasionou o equívoco.

Entretanto, se percebe, pela descrição das mercadorias, que se tratam de mercadorias para comercialização, consoante já esclarecido na defesa inicial, reafirmando que as operações constantes do presente lançamento não são fato gerador da Difal exigida.

Reforçou a alegação de que se tratam de mercadorias para comercialização, reiterando os termos da defesa anterior, reproduzindo à fls. 118 a 126 a lista dos produtos que considera que devem ser retirados do levantamento fiscal.

Concluiu pugnando pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou de acordo com o constante às fls. 139 a 158, onde reproduziu os termos da defesa inicial apresentada pelo autuado, assim como a informação fiscal anterior, para, em seguida, ingressar especificamente no que denominou como *“reanálise em diligência”*.

Neste sentido consignou que houve por bem este Conselho de Fazenda Estadual baixar o processo em diligência, tendo em vista que o autuado alegou em defesa que exerce atividade no ramo de supermercados, comercializando um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros, tendo o autuado apresentado extensa lista de produtos que são comercializados em seu estabelecimento, fls. 70 a 77, solicitando que sejam excluídos da autuação.

Disse que procedeu a reanálise determinada da lista dos bens objeto da tributação e não constatou razão objetiva para a reelaboração do demonstrativo Anexo I, pontuando que intimou o autuado para que enfrentasse objetivamente a imputação, indicando quais os produtos constam na referida lista que foram destinados à comercialização e explicasse também objetivamente por que foram registrados na EFD com CFOP indicativo de tratar-se de bens destinados a uso / consumo, reelaborando o mesmo demonstrativo Anexo I, com destaque para o CFOP utilizado especificamente no registro fiscal de cada operação de entrada dos produtos ali elencados.

Disse que, em resposta, o autuado continuou afirmando de forma genérica tratar-se de produtos destinados à comercialização, abstendo-se de nomeá-los objetivamente, e que, também genericamente e sem maiores explicações, afirmou que a utilização dos CFOP's 2556, 2551 e 2552 se deu por erro de escrituração no seu sistema de registro fiscal.

Neste sentido, observou que o autuado, diante de uma imputação objetiva, labora com afirmação genérica, em franca contradição com o disposto no artigo 123, § 1º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em nada provando a afirmação genérica de que se trata de bens também comercializados pelo estabelecimento e que receberam a codificação errada no seu sistema de registro fiscal.

Esclareceu que o estabelecimento auditado se constitui em uma central distribuidora atacadista de uma rede de supermercados que atua na região sul do Estado, que segundo os registros cadastrais da SEFAZ/BA, já foi integrado por 14 estabelecimentos e, atualmente, possui 9 estabelecimentos ativos, tendo como atividade econômica principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, sendo que as compras de mercadorias para comercialização, de bens de uso e consumo e ativo imobilizado é exercida por este estabelecimento, que distribui para comercialização ou consumo em toda a rede.

Acrescentou que o fato de bens utilizados como uso e consumo e Ativo Imobilizado também serem objeto de comercialização na rede de estabelecimentos integrada pelo estabelecimento autuado nada diz de per si, pois é perfeitamente compatível comprar para comercializar e comprar para usar, sendo que esta destinação tem impacto na definição da tributação a que o item se submeterá, sujeitando-se ao ICMS-DIFAL ou a incidência do ICMS NORMAL na saída, cuja definição é exercida pela empresa no momento do seu registro fiscal, momento este que se codifica a sua destinação.

Observou que foi justamente baseado nesta destinação indicada pelo estabelecimento autuado que formulou a presente imputação fiscal, haja vista, que não constatou no período abrangido pelo demonstrativo Anexo I qualquer débito relativo à DIFAL quanto às operações registradas como seu fato gerador, citando que o volume de produtos abrangidos pela autuação se justifica pela quantidade de estabelecimentos suprida pelo estabelecimento autuado e pela ausência total de débito de DIFAL em 21 dos 24 meses auditados.

Outro aspecto que entende que deve ser considerado é que no registro fiscal destas operações vocacionadas pelo próprio estabelecimento autuado a uso e consumo e ativo imobilizado não houve o creditamento do ICMS destacado, numa indicação segura de que sua aquisição não visou a comercialização e sim, o seu emprego em uso e consumo ou ativação.

Concluiu pugnando pela procedência integral do lançamento.

VOTO

A acusação que versa nestes autos para efeito de exigência de ICMS-Difal na ordem de R\$ 462.761,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “F” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. O estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados ao ativo fixo e/ou a uso e consumo, omitindo-se do pagamento do ICMS-DIFAL, prática que viola o disposto na lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96 e Regulamento respectivo). O demonstrativo Anexo I, relaciona por item as operações objeto desta tributação, integrando o presente lançamento em todos os seus termos”*.

Em sua defesa, o autuado argumentou que na peça fiscal não há nenhuma prova nem esclarecimento por parte do autuante, de que as mercadorias objeto do presente lançamento são destinadas ao Ativo Fixo ou para uso/consumo por parte da empresa, e que é uma das maiores redes de supermercado da região sul deste Estado, tendo um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros, apresentando uma vasta lista de produtos que são comercializados e que se encontram inseridos no levantamento fiscal.

O autuante manteve a autuação ao argumento de que o lançamento exhibe fortes elementos comprobatórios, uma vez que lista as operações sujeitas por espécie de bens, baseando-se nos CFOPs informados na escrituração fiscal digital do autuado, procedendo-se deste modo a apuração conjunta da DIFAL uso e consumo e da DIFAL Ativo Permanente, seguindo a mesma sistemática adotada pelo autuado nos dois recolhimentos realizados.

Destacou que os únicos CFOPs considerados no demonstrativo Anexo I foram os códigos 2551 (Compra bem para o Ativo Imobilizado) e 2556 (Compra material para uso ou consumo), e nada mais, sendo esta codificação de operações realizada pelo próprio estabelecimento autuado, afirmando que a defesa está em franca contradição com sua própria Escrituração Fiscal Digital, considerando que aí está a prova, não sendo o Fisco que codificou e praticou tais operações e sim o próprio autuado.

O processo foi convertido em diligência, no sentido de que o autuante examinasse se os produtos listados pelo autuado em sua peça defensiva, e caso confirmado que se tratam de produtos para comercialização, fossem excluídos da autuação, com elaboração de novo demonstrativo de débito.

Em atendimento, o autuante, em 01/02/22 intimou o autuado através do DT-e, fl. 115, onde destacou inicialmente que a exigência do ICMS/Difal incorreu sobre aquisições de bens registrados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sob os CFOPs 2556 – Compra de material para uso ou consumo próprio, 2551 – Compra para o Ativo Imobilizado e 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, solicitando ao mesmo para *“contestar objetivamente o lançamento efetuado, indicando quais operações específicas constam do lançamento como sujeitas ao DIFAL não debitada que na verdade foram adquiridas para comercialização e qual a causa do seu registro na EFD com os CFOPs 2556, 2551 e 2552 e não com os CFOPs próprios de mercadorias adquiridas para revenda”*.

Em resposta, o autuado se manifestou às fls. 117 a 127, pontuando que em relação à Informação Fiscal, esclarece que embora as mercadorias listadas pelo autuante no demonstrativo tenham o CFOP de aquisições de Ativo Fixo ou consumo, tal fato foi fruto de erro do seu sistema, o que ocasionou o equívoco, reafirmando que as operações constantes do presente lançamento não são fato gerador da Difal exigida.

O autuante se pronunciou destacando que o autuado alegou que exerce atividade no ramo de supermercados, comercializando um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros, tendo o autuado apresentado extensa lista de produtos que são comercializados em seu estabelecimento, fls. 70 a 77, solicitando que sejam excluídos da autuação.

Disse que procedeu a reanálise determinada da lista dos bens objeto da tributação e não constatou razão objetiva para a reelaboração do demonstrativo Anexo I, pontuando que intimou o autuado para que enfrentasse objetivamente a imputação, indicando quais os produtos constam na referida lista que foram destinados à comercialização, e explicasse também, objetivamente, por que foram registrados na EFD com CFOP indicativo de tratar-se de bens destinados a uso e consumo.

Pontuou que como resposta, o autuado continuou afirmando de forma genérica tratar-se de produtos destinados à comercialização, abstendo-se de nomeá-los objetivamente, e que também genericamente e sem maiores explicações, afirma que a utilização dos CFOP's 2556, 2551 e 2552, deu-se por erro de escrituração no seu sistema de registro fiscal.

Esclareceu que o estabelecimento auditado se constitui em uma central distribuidora atacadista de uma rede de supermercados que atua na região sul do Estado, que segundo os registros cadastrais da SEFAZ/BA, já foi integrado por 14 estabelecimentos, e atualmente possui 9 estabelecimentos ativos, tendo como atividade econômica principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, sendo que as compras de mercadorias para comercialização de

bens de uso e consumo e ativo imobilizado é exercida por este estabelecimento, que distribui para comercialização ou consumo em toda a rede.

Acrescentou que o fato de bens utilizados como uso e consumo e ativo imobilizado também serem objeto de comercialização na rede de estabelecimentos integrada pelo estabelecimento autuado nada diz de per si, pois é perfeitamente compatível comprar para comercializar e comprar para usar, sendo que esta destinação tem impacto na definição da tributação a que o item se submeterá, sujeitando-se ao ICMS-DIFAL ou à incidência do ICMS NORMAL na saída, cuja definição é exercida pela empresa no momento do seu registro fiscal, momento este que se codifica a sua destinação.

Observou que foi justamente baseado nesta destinação indicada pelo estabelecimento autuado, que formulou a presente imputação fiscal, haja vista que não constatou no período abrangido pelo demonstrativo Anexo I, qualquer débito relativo à DIFAL quanto às operações registradas como seu fato gerador, citando que o volume de produtos abrangidos pela autuação se justifica pela quantidade de estabelecimentos suprida pelo estabelecimento autuado e pela ausência total de débito de DIFAL em 21 dos 24 meses auditados, destacando ainda, que no registro fiscal destas operações vocacionadas pelo próprio estabelecimento autuado a uso e consumo e ativo imobilizado, não houve o creditamento do ICMS destacado, numa indicação segura de que sua aquisição não visou a comercialização, e sim o seu emprego em uso e consumo ou ativação.

Após a síntese dos fatos acima narrados, passo a decidir em relação ao mérito da autuação, posto que não houve questionamento relacionado aos aspectos formais do lançamento, que atende ao estabelecido no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Ressalto que a diligência requerida foi atendida, cujo resultado aferido considero suficiente para formação da minha convicção como julgador.

Não se tem dúvida de que grande parte dos materiais objeto da autuação também são comercializados pelo estabelecimento do autuado, sendo que tais aquisições, segundo informação trazida pelo autuante, são efetuadas pelo mesmo e distribuídas aos demais estabelecimentos filiais.

A questão central deste lançamento, reside no fato de que o próprio autuado adquiriu diversos produtos que os registrou na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sob os CFOPs 2556 – Compra de material para uso ou consumo próprio, 2551 – Compra para o Ativo Imobilizado e 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, inclusive não utilizando os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais relacionados a estas operações.

Desta maneira, foi o próprio autuado que classificou tais operações como para Ativo Fixo e/ou consumo próprio, justificando apenas que tal fato aconteceu por erro do seu sistema, não apresentando nada mais de forma concreta e objetiva que justificasse seu argumento.

Observo que o dito “*erro de sistema*” alegado pela defesa ocorreu durante 21 (vinte e um) dos 24 (vinte e quatro) meses alcançados pela ação fiscal, o que ao meu ver não se justifica, pois tal fato não pode passar despercebido por tão longo período.

Desta forma, entendo que apesar da nomenclatura de diversos dos produtos incluídos na autuação também serem objeto de comercialização, segundo o autuado, considero que este não comprovou que tais aquisições se destinaram exclusivamente à comercialização, razão pela qual, e tendo em vista que o próprio autuado classificou tais aquisições para fim de imobilização (Ativo Fixo) e uso ou consumo próprio, **vejo que não poderia o autuante interpretar de forma diversa, pois se assim o fizesse, estaria desclassificando a escrita fiscal do autuado.**

Por fim, apesar do autuante se referir no corpo da intimação que considerou em seu levantamento operações com o CFOP 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, não localizei nos demonstrativos elaborados pelo mesmo, Anexo I, qualquer operação relacionada a este CFOP, portanto, neste sentido, nada a ser excluído. Também, pelo fato do autuado não ter contestado os

cálculos elaborados pelo autuante, concluo votando pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração no valor de R\$ 462.761,86.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269358.0002/21-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 462.761,86**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR