

**A. I. Nº** - 269358.0004/21-9  
**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 0098-04/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.

**a)** OPERAÇÃO DE VENDA. Excluídos os valores referentes a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e aquelas adquiridas para comercialização e posteriormente destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Item subsistente parcialmente. **b)** DOAÇÃO E BONIFICAÇÃO. Item não contestado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2021, refere-se à exigência de ICMS no valor total de R\$ 235.423,88, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 222.726,22.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 12.697,66.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 172 a 222, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação. Após transcrever o teor das acusações afirma que vários erros são encontrados no presente PAF, conforme detalhamentos a seguir:

##### **Infração 01 – Anexo I**

**PRODUTOS QUE SÃO ISENTOS:**

Produtos que possuem previsão legal de ISENÇÃO, sendo indevida a cobrança por parte do Fisco em suas saídas, no caso, preservativos (Base Legal: Item 9.24 do Anexo I do RICMS/BA).

**PRODUTOS QUE SÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO LEGALMENTE PERMITIDAS):**

Afirma que vários produtos são listados nestas infrações, como se as saídas tivessem que ser tributadas. Ocorre que são produtos enquadrados na Substituição Tributária, tendo suas saídas subsequentes à sua aquisição SEM TRIBUTAÇÃO. Portanto é indevida a cobrança da tributação nas saídas, que ora ocorre no presente Processo Administrativo Fiscal. São elas:

**ABSORVENTES** (Base Legal: Item 9.24 do Anexo I do RICMS/BA)

**ÁGUA P/BATERIA** (Base Legal: Item 1.1 do Anexo I do RICMS/BA)

**BICO PARA MAMADEIRA** (Base Legal: Item 9.20 do Anexo I do RICMS/BA)

**ESCOVA DENTAL** (Base Legal: Item 9.26 do Anexo I do RICMS/BA)

**CREME DENTAL – DENTIFRÍCIOS** (Base Legal: Item 9.17 do Anexo I do RICMS/BA)

**FIO DENTAL** (Base Legal: Item 9.18 do Anexo I do RICMS/BA):

**FRALDAS** (Base Legal: Itens 9.22 e 9.22.1 do Anexo I do RICMS/BA):

**PIZZA** (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA)

**SALGADINHOS DIVERSOS** (Base Legal: Item 11.9 do Anexo I do RICMS/BA):

Indica às fls. 127 a 137 a relação das operações questionadas.


**4. MERCADORIAS DE CONSUMO/EMBALAGENS (não destinadas a vendas) – CAIXA DE PIZZA:**

Assevera que em verdade se tratam de itens para consumo. São notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sem prejuízos ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

**5. MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS – CFOP 5949:**

Da mesma forma as notas fiscais emitidas com CFOP 5949 (Outras Saídas) se tratam de itens para consumo interno, **emitidas para o próprio estabelecimento**, sem prejuízos ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

Também percebe-se no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES que há a clara informação de que se trata de “PRODUTO PARA USO E CONSUMO NO CD”, CD este que é o estabelecimento ora defendente, e ao mesmo tempo emitente da NF-e.

<b>IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE</b> <b>DALNORDE COM. IMPORT. E EXPORT. DE ALIMENTOS LTDA. - MEIRA 14</b> RUA A QUADRA B LOTE 07 DO DISTRITO INDUSTRIAL, *- IGUAPE 45658-460 ILHEUS - BA (73) 3222-8989		<b>DANFE</b> DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA 0-ENTRADA 1-SAÍDA <b>542.188</b> <b>SÉRIE 1</b> <b>FOLHA 1/1</b>		 CHAVE DE ACESSO 2918 0204 2597 5700 1470 5500 1000 5421 8814 6249 2848 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e <a href="http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal">www.nfe.fazenda.gov.br/portal</a> ou no site da Sefaz Autorizadora							
NATURIZA DA OPERAÇÃO <b>OUTRAS SAIDAS NAO ESPECIFICADAS</b>				PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO <b>129180010399389 02/02/2018 09:25:43</b>							
INSCRIÇÃO ESTADUAL <b>013608561</b>		INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT.		CNPJ <b>04.259.757/0014-70</b>							
<b>DESTINATÁRIO</b> NOME / RAZÃO SOCIAL <b>DALNORDE COM. IMP. E EXP. DE ALIMENTOS LTDA</b> ENDEREÇO <b>R A QUADRA B LOTE 07 DO DIST INDUSTRIAL, *</b> MUNICÍPIO <b>ILHEUS</b>				CNPJ <b>04.259.757/0014-70</b> DATA DA EMISSÃO <b>02/02/2018</b> CEP <b>45650-000</b> DATA DA SAÍDA <b>02/02/2018</b> HORA DA SAÍDA <b>09:23:08</b>							
U.F. <b>BA</b>		BAIRRO / DISTRITO <b>IGUAPE</b> FONE / FAX <b>(73) 3222-8973</b>		INSCRIÇÃO ESTADUAL <b>13.608.561</b>							
<b>CÁLCULO DO IMPOSTO</b> BASE CÁLC ICMS <b>0,00</b> VALOR ICMS <b>0,00</b> BASE CÁLC ICMS ST <b>0,00</b> VALOR ICMS ST <b>0,00</b> TOTAL DOS PRODUTOS <b>112,16</b> VALOR FRETE <b>0,00</b> VALOR SEGURO <b>0,00</b> VALOR DESCONTO <b>0,00</b> OUTRAS DESP <b>0,00</b> VALOR IPT <b>0,00</b> TOTAL DA NOTA <b>112,16</b>											
<b>TRANSPORTADOR / VOLUMES TRANSPORTADOS</b> NOME / RAZÃO SOCIAL <b>O MESMO</b> ENDEREÇO <b>0-Remetente</b> MUNICÍPIO <b>0-Remetente</b> QUANTIDADE <b>1</b> ESPÉCIE <b>VOLUME</b> MARCA <b>0-Remetente</b> NUMERAÇÃO <b>0-Remetente</b> PESO BRUTO <b>0-Remetente</b> PESO LÍQUIDO <b>0-Remetente</b>											
<b>DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS</b>											
CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	CST	CFOP	UNID	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	BLCÁLC ICMS	VALOR ICMS	ALIQ ICMS
27915.0	PAPEL HIG CARINHO PLUS NEUTRO C/4UN 60 REF: 16X4X60MT 1 FD %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896330810556	48181000	041	5949	UND	16	2,09	33,44	0,00	0,00	
73325.0	SACO LIXO FORT CONDOMINIO PCT 100L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896078481035	30232190	041	5949	UN	5	9,14	45,70	0,00	0,00	
256513.0	SACO LIXO FORT CONDOMINIO PCT 200L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896078481400	30232190	041	5949	UN	2	8,66	17,32	0,00	0,00	
275633.0	SACO LIXO TEIU PCT 15L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896394804569	30232190	041	5949	UN	3	1,33	6,65	0,00	0,00	
275651.0	SACO LIXO TEIU PCT 30L REF: 25X1UN 0 CX %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896394804583	30232190	041	5949	UN	3	1,81	9,05	0,00	0,00	
<b>DADOS ADICIONAIS</b> INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES CLE: 158135-DALNORDE 14 VEND: 1 ROTA: 001#OBS: PRODUTO PARA USO E CONSUMO DO CD IGUAPE. ATT: RITA SILVA						RESERVADO AO FISCO					
DANFE View   danfeview.com.br											
Gerado em 25/02/2018 às 17:57 pelo USUÁRIO: Plon   www.ankids.com.br											
RECEBIMOS DE DALNORDE COM. IMPORT. E EXPORT. DE ALIMENTOS LTDA. OS PRODUTOS E/OU SERVIÇOS CONSTANTES DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA Nº 542.188. EMISSÃO: 02/02/2018 VALOR TOTAL: 112,16 DESTINATÁRIO: DALNORDE COM. IMP. E EXP. DE ALIMENTOS LTDA. - R A QUADRA B LOTE 07 DO DIST INDUSTRIAL, *- IGUAPE, 45650-000 ILHEUS-BA										<b>NF-e</b> <b>542.188</b> <b>SÉRIE 1</b>	
DATA DO RECEBIMENTO		IDENTIFICAÇÃO E ASSINATURA DO RECEBEDOR									

Através de cópia do DANFE a seguir, como amostra/exemplo, dentre as inúmeras notas listadas, percebe-se que são notas fiscais emitidas para a própria empresa, para o próprio estabelecimento.

Em sendo Transferência Interna, informa que o CONSEF já editou Súmula no sentido de que nestas operações não há incidência do ICMS.

Sendo assim, solicita a retirada dos itens listados sob o CFOP 5949, que relacionou, onde se percebe ainda que o CNPJ destinatário das notas é o mesmo da defendente, qual seja, o de número 04.259.757/0014-70.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligências para se comprovar o erro do Fisco, tendo em vista que as mercadorias listadas devem ser excluídas do levantamento, com a consequente IMPROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

Reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja reconhecida a IMPROCEDÊNCIA do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 172 a 222 e após transcrever o inteiro teor da defesa passa a se manifestar dizendo que o autuado cinge-se a alguns produtos e operações que entende ou sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária ou, ainda, isentas ou não-tributáveis e passa a fazer as seguintes análises:

1. PRODUTOS QUE SERIAM ISENTOS:
2. PRESERVATIVOS:

Conforme se constata o lançamento considerou tributável 115 operações de saída do produto “preservativo” (item de nota fiscal) consideradas isentas pelo Estabelecimento. Entretanto, da análise fiscal destas operações constatou que não houve o cumprimento de uma condição essencial para o exercício da isenção pretendida: o abatimento do valor dispensado do seu preço respectivo, nos termos previstos no Artigo 264, Inciso XXIII, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, **desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal** (Conv. ICMS 116/98). (destacamos).*

Deste modo, revela-se improcedente o argumento defensivo e procedente a ação fiscal, neste particular.

2. PRODUTOS QUE SÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAIDAS):

- 2.1) ABSORVENTES HIGIÊNICOS:

Observa-se que as operações de saída do produto “absorvente higiênico” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (02/01/2019 a 12/04/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

Deste modo, revela-se improcedente o argumento defensivo e procedente a ação fiscal, neste particular.

- 2.2) ÁGUA PARA BATERIA DE AUMOMÓVEL:

O produto “água para bateria” não figura entre os enquadrados na sistemática de substituição tributária em vigor na Bahia nos anos de 2018 e 2019 (vide Anexo I, ao RICMS/BA em vigor), conforme alega a Defesa. São tributáveis, portanto, as operações a ele relacionadas, elencadas no

Anexo I do Auto de Infração lavrado.

2.3) BICO PARA MAMADEIRA:

Observa-se que as operações de saída do produto “bico para mamadeira” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (18/01/2019 a 03/08/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.4) ESCOVA DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “escova dental” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 06/09/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.5) CREME DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “creme dental” ou “dentifrício” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 20/11/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.6) FIO DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “fio dental” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (10/01/2019 a 10/06/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.7) FRALDA DESCARTÁVEL:

Observa-se que as operações de saída do produto “fralda descartável” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (02/01/2019 a 01/08/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.8) PIZZA (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA):

Neste caso a razão está com a Defesa. Realmente o produto “pizza” que figura no demonstrativo Anexo I, dele não deveria figurar, uma vez que integra o rol dos produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária tanto no ano de 2018 (item 11.28.1) quanto no ano de 2019 (item 11.18.1). Deste modo, é devida sua exclusão do referido lançamento, uma vez que não se submete à sistemática de apuração normal de que trata a infração lançada.

2.9) SALGADINHOS DIVERSOS (Base Legal: Item 11.9 do Anexo I do RICMS/BA):

Observa-se que as operações de saída do produto “salgadinho” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 05/07/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.10) MERCADORIAS DE CONSUMO/EMBALAGENS (não destinadas a vendas) – CAIXA DE PIZZA:

Neste caso a alegação da Defesa é de que se tratam de itens para consumo e que são notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sem prejuízo ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

Diz ser inverídico o argumento defensivo. As operações relativas ao produto “caixa de pizza”

presentes no demonstrativo Anexo I são de venda a Estabelecimento diverso e não transferências destinadas ao próprio ou outro Estabelecimento da empresa, como afirmado. Todas as operações alcançadas têm como destinatário a empresa SOUTO DIAS COMERCIO IMPORTACAO E EXP, CNPJ nº 13.781.692/0001-02.

#### 2.11) MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS – CFOP 5949:

Neste caso a alegação é de que todas as operações identificadas no demonstrativo Anexo I pelo CFOP 5949 (à exceção apenas das NF-e nºs 684568, 578455 e 578455) são relativas a transferência para consumo no próprio Estabelecimento, sobre as quais não deve incidir o ICMS em razão da Súmula 08 do CONSEF.

Frisa que inicialmente é necessário destacar que a ação fiscal não desconhece a Súmula 08 do CONSEF, tendo procurado aplicá-la integralmente no desenvolvimento desta auditoria fiscal. É de se destacar que não figura no demonstrativo Anexo I qualquer operação identificada com os CFOP's 5557 (transf. de material de uso ou consumo) nem 5152 (Transf. de merc. adq. ou rec. de terceiros). Tais CFOP's são normalmente utilizados pelo Estabelecimento autuado para identificar operações de transferência para consumo ou para comercialização. São conhecidos e aplicados pelo Estabelecimento em operações da espécie, tidas como normais por esta Fiscalização. Entretanto, outra é a situação destas operações mal identificadas com o CFOP 5949, todas com mercadorias tributáveis e destinadas, à exceção de 3 notas fiscais, ao próprio estabelecimento autuado, sem nenhuma justificativa plausível. Tais operações, ao sentir desta Fiscalização, têm o objetivo de ocultar a percepção do fato gerador do ICMS ou, no mínimo dificultar seu controle fiscal, sendo altamente improvável que de fato se destinaram ao próprio Estabelecimento autuado.

Desse modo, entende que não é o caso de aplicação da Súmula 08 do CONSEF e sim de incidência normal do ICMS. São tributáveis tais operações e, portanto, procedente a ação fiscal.

Em conclusão, pugna pelo julgamento procedente da ação fiscal, à exceção apenas do produto “PIZZA”, que deve ser excluído do demonstrativo Anexo I, cuja incidência por substituição tributária é clara e evidente.

Opina pela exclusão do produto “PIZZA” elencado no demonstrativo Anexo I ao presente Auto de Infração.

Considerando que o sujeito passivo não foi cientificado acerca da Informação Fiscal, que resultou na elaboração de novos demonstrativos alterando o valor originalmente devido, decidiu esta Junta de Julgamento Fiscal na sessão suplementar realizada em 29 de outubro de 2021, pela conversão do processo em diligência para que a Inspeção intimasse o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia da Informação Fiscal, e seus anexos, fls. 172 a 223, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre ela se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado foi solicitado que o auditor fiscal fosse cientificado, a fim de prestar nova Informação Fiscal.

O autuado ao ser cientificado se manifesta às fls.230 a 233 dizendo concordar com a devida retirada do produto PIZZA, acatado pela Fiscalização, momento em que reitera as demais alegações trazidas em sede de Defesa Inicial, em especial às seguintes considerações, com esclarecimentos adicionais:

#### MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA – CFOP 5949:

O Auditor Fiscal não aceitou os argumentos e provas trazidos na defesa inicial, momento em que protesta pela exclusão dos itens que foram movimentados apenas internamente dentro do próprio estabelecimento autuado, pois são, de fato, transferências internas, haja vista que não houve transmissão de propriedade.

Os argumentos trazidos pelo autuante, para não acatar a retirada destes itens, se atém, principalmente, ao fato de que foi utilizado o CFOP 5949, que significa “Outra saída de mercadoria

ou prestação de serviço não especificado”, ao invés de utilizar CFOP específico de transferências.

Informa que mesmo não tendo sido utilizado o CFOP específico de transferência, a operação de fato não caracterizou transferência de propriedade, não saiu nem mesmo do estabelecimento, pois foram emitidas para o próprio CNPJ autuado (04.259.757/0014-70), como se observa dos autos.

Através de cópia do DANFE que copia, fica mais uma vez demonstrado, como amostra/exemplo, dentre as inúmeras notas listadas, que são notas fiscais emitidas para a própria empresa, para o próprio estabelecimento. Portanto, diferente do afirmado pelo autuante em sua peça informativa, de que não houve “justificativa plausível” para a utilização do CFOP 5949, reforça que no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES das notas fiscais em questão há a clara informação de que se trata de “PRODUTO PARA USO E CONSUMO NO CD”, CD este que é o estabelecimento ora defendente, e ao mesmo tempo emitente da NF-e.

O autuante se manifesta às fls. 241 e informa reiterar a Informação Fiscal prestada às fls.172/222, à exceção do item 2.11 (Mercadorias de consumo interno em transferência entre estabelecimento – CFOP 5949). É que as novas alegações da defesa trouxeram quanto a este item razões objetivas para alterar o entendimento adotado no lançamento.

Reitera também que em relação ao item PIZZA (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA), a defendente está com razão pois realmente o produto “pizza” que figura no demonstrativo Anexo I, dele não deveria figurar, uma vez que integra o rol dos produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária tanto no ano de 2018 (item 11.28.1) quanto no ano de 2019 (item 11.18.1).

Deste modo, é devida sua exclusão do referido lançamento, uma vez que não se submete à sistemática de apuração normal de que trata a infração lançada.

Opina, portanto, salvo melhor entendimento, também pela exclusão do produto “PIZZA” elencado no demonstrativo Anexo I ao presente Auto de Infração e elabora demonstrativos analíticos às fls. 250 a 302 e apresenta demonstrativo de debito alterando o valor da infração 01 para R\$ 96.886,77.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Rebeca Brandão de Jesus, OAB/BA nº 58.327, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O presente Auto de infração é composto de duas infrações, ambas decorrentes da falta de recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que o Anexo I respalda a exigência relativa à infração, 01 e o anexo II (saídas a título de doação e bonificação) à infração 02.

Na apresentação da defesa, o sujeito passivo, apesar de solicitar a improcedência do Auto de Infração, somente se reporta às operações relacionadas no “anexo I”, que como visto, diz respeito à infração 01, assim sendo, julgo inteiramente procedente à infração 02, por inexistência de lide.

Inicialmente, no que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente no “Anexo I” mercadorias isentas e tributadas no regime de substituição tributária, e apresenta relação das notas fiscais que estariam enquadradas naquelas condições.

Das várias mercadorias objeto da autuação, o auditor fiscal, na informação fiscal mantém a autuação para as seguintes:

PRESERVATIVOS: A Defendente alega que o referido produto goza da isenção prevista no Artigo 264, Inciso XXIII, do RICMAS/BA. Contudo, após uma análise da legislação o autuante observou

que não houve o cumprimento de uma condição essencial para o exercício da isenção pretendida: o abatimento do valor dispensado do seu preço respectivo, nos termos previstos no citado dispositivo legal:

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98) (destacamos).*

Acompanho a informação do autuante, por não restar comprovado pelo defendente a condição estabelecida na legislação posta.

Com relação aos produtos ABSORVENTES HIGIÊNICOS; ÁGUA PARA BATERIA DE AUMOMÓVEL; BICO PARA MAMADEIRA; ESCOVA DENTAL; CREME DENTAL; FIO DENTAL; FRALDA DESCARTÁVEL e PIZZA, a autuada alega que estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, portanto, as saídas não poderiam ser tributadas.

Com exceção do item “Pizza”, de acordo com informações prestadas pelo autuante, com o que concordo, os demais possuíam tributação normal, pois à época dos fatos geradores (exercícios de 2018 e 2019), não mais estavam inseridos no Anexo I do RICMS/BA.

No que tange às mercadorias de consumo/embalagens - Caixa de pizza, o impugnante argui que se trata de notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sendo que o autuante ao prestar a Informação Fiscal informou que na verdade todas as operações objeto da presente exigência foram destinadas às vendas, e têm como destinatário a empresa Souto Dias Comercio Importação e Exp. CNPJ nº13.781.692/0001-02, fato não contestado pelo defendente ao tomar conhecimento da Informação Fiscal, razão pela qual, ficam mantidas na autuação.

Com relação às MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS-CFOP 5949, o defendente, com base na Súmula nº 08 deste CONSEF, alega que não deveria incidir o ICMS por não ter havido transferência de titularidade, nem venda.

O autuante inicialmente não acatou o argumento defensivo, sob o argumento de que o CFOP utilizado pela autuada não se referia a transferência, entretanto, posteriormente concordou com a autuada, tendo em vista que no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” inseridos nos documentos fiscais questionados, restou comprovado que de fato são notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento autuado IE 013608561, comprovando que foram destinadas ao seu próprio consumo, não devendo sofrer tributação.

Concordo com as exclusões efetuadas pelo autuante, não pelo fato alegado pelo sujeito passivo ao se reportar à Súmula 08 do CONSEF, pois não se trata de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, e sim por se tratar de operações referentes a mercadorias que inicialmente foram adquiridas para comercialização, e posteriormente foram utilizadas como uso e consumo do estabelecimento.

Nesta situação, deverá ser emitida Nota Fiscal sem destaque do valor do imposto, como procedeu o autuado, devendo ser estornado eventual crédito do imposto, escriturado por ocasião da entrada, conforme previsto no art. 312, inciso III do RICMS/BA, cuja redação transcrevo:

*“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;”*

Em conclusão, acompanho o entendimento do autuante, conforme a fundamentação de cada item acima colocada, sendo que devem ser excluídas as parcelas relativas as saídas no item “PIZZA”, por estar sujeita ao regime de substituição tributária, e as notas fiscais com CFOP 5949, por se referir a operações que inicialmente foram adquiridas para comercialização e posteriormente foram destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, restando o ICMS a recolher desta infração, conforme o demonstrativo de débito à fl. 250 elaborado pelo autuante, no valor de R\$

96.886,77.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 109.584,43, sendo R\$ 96.886,77 relativo à infração 01, e R\$ 12.697,66 da infração 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0004/21-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o recolhimento do imposto de **R\$ 109.584,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR



**A. I. Nº** - 269358.0004/21-9  
**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 0098-04/22-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.

**a)** OPERAÇÃO DE VENDA. Excluídos os valores referentes a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e aquelas adquiridas para comercialização e posteriormente destinadas ao consumo do próprio estabelecimento. Item subsistente parcialmente. **b)** DOAÇÃO E BONIFICAÇÃO. Item não contestado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2021, refere-se à exigência de ICMS no valor total de R\$ 235.423,88, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 222.726,22.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 12.697,66.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 172 a 222, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação. Após transcrever o teor das acusações afirma que vários erros são encontrados no presente PAF, conforme detalhamentos a seguir:

##### **Infração 01 – Anexo I**

**PRODUTOS QUE SÃO ISENTOS:**

Produtos que possuem previsão legal de ISENÇÃO, sendo indevida a cobrança por parte do Fisco em suas saídas, no caso, preservativos (Base Legal: Item 9.24 do Anexo I do RICMS/BA).

**PRODUTOS QUE SÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO LEGALMENTE PERMITIDAS):**

Afirma que vários produtos são listados nestas infrações, como se as saídas tivessem que ser tributadas. Ocorre que são produtos enquadrados na Substituição Tributária, tendo suas saídas subsequentes à sua aquisição SEM TRIBUTAÇÃO. Portanto é indevida a cobrança da tributação nas saídas, que ora ocorre no presente Processo Administrativo Fiscal. São elas:

**ABSORVENTES** (Base Legal: Item 9.24 do Anexo I do RICMS/BA)

**ÁGUA P/BATERIA** (Base Legal: Item 1.1 do Anexo I do RICMS/BA)

**BICO PARA MAMADEIRA** (Base Legal: Item 9.20 do Anexo I do RICMS/BA)

**ESCOVA DENTAL** (Base Legal: Item 9.26 do Anexo I do RICMS/BA)

**CREME DENTAL – DENTIFRÍCIOS** (Base Legal: Item 9.17 do Anexo I do RICMS/BA)

**FIO DENTAL** (Base Legal: Item 9.18 do Anexo I do RICMS/BA):

**FRALDAS** (Base Legal: Itens 9.22 e 9.22.1 do Anexo I do RICMS/BA):

**PIZZA** (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA)

**SALGADINHOS DIVERSOS** (Base Legal: Item 11.9 do Anexo I do RICMS/BA):

Indica às fls. 127 a 137 a relação das operações questionadas.


**4. MERCADORIAS DE CONSUMO/EMBALAGENS (não destinadas a vendas) – CAIXA DE PIZZA:**

Assevera que em verdade se tratam de itens para consumo. São notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sem prejuízos ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

**5. MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS – CFOP 5949:**

Da mesma forma as notas fiscais emitidas com CFOP 5949 (Outras Saídas) se tratam de itens para consumo interno, **emitidas para o próprio estabelecimento**, sem prejuízos ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

Também percebe-se no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES que há a clara informação de que se trata de “PRODUTO PARA USO E CONSUMO NO CD”, CD este que é o estabelecimento ora defendente, e ao mesmo tempo emitente da NF-e.

<b>IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE</b> <b>DALNORDE COM. IMPORT. E EXPORT. DE ALIMENTOS LTDA. - MEIRA 14</b> RUA A QUADRA B LOTE 07 DO DISTRITO INDUSTRIAL, *- IGUAPE 45658-460 ILHEUS - BA (73) 3222-8989		<b>DANFE</b> DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA 0-ENTRADA 1-SAÍDA <b>542.188</b> <b>SÉRIE 1</b> <b>FOLHA 1/1</b>		 CHAVE DE ACESSO 2918 0204 2597 5700 1470 5500 1000 5421 8814 6249 2848 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e <a href="http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal">www.nfe.fazenda.gov.br/portal</a> ou no site da Sefaz Autorizadora							
NATURIZA DA OPERAÇÃO <b>OUTRAS SAIDAS NAO ESPECIFICADAS</b>				PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO <b>129180010399389 02/02/2018 09:25:43</b>							
INSCRIÇÃO ESTADUAL <b>013608561</b>		INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT.		CNPJ <b>04.259.757/0014-70</b>							
<b>DESTINATÁRIO</b> NOME / RAZÃO SOCIAL <b>DALNORDE COM. IMP. E EXP. DE ALIMENTOS LTDA</b> ENDEREÇO <b>R A QUADRA B LOTE 07 DO DIST INDUSTRIAL, *</b> MUNICÍPIO <b>ILHEUS</b>				CNPJ <b>04.259.757/0014-70</b> DATA DA EMISSÃO <b>02/02/2018</b> CEP <b>45650-000</b> DATA DA SAÍDA <b>02/02/2018</b> HORA DA SAÍDA <b>09:23:08</b>							
BAIRRO / DISTRITO <b>IGUAPE</b> FONE / FAX <b>(73) 3222-8973</b>		UF <b>BA</b>		INSCRIÇÃO ESTADUAL <b>13.608.561</b>							
<b>CÁLCULO DO IMPOSTO</b> BASE CÁLC ICMS <b>0,00</b> VALOR ICMS <b>0,00</b> BASE CÁLC ICMS ST <b>0,00</b> VALOR ICMS ST <b>0,00</b> TOTAL DOS PRODUTOS <b>112,16</b> VALOR FRETE <b>0,00</b> VALOR SEGURO <b>0,00</b> VALOR DESCONTO <b>0,00</b> OUTRAS DESP <b>0,00</b> VALOR IPT <b>0,00</b> TOTAL DA NOTA <b>112,16</b>											
<b>TRANSPORTADOR / VOLUMES TRANSPORTADOS</b> NOME / RAZÃO SOCIAL <b>O MESMO</b> ENDEREÇO <b>0-Remetente</b> MUNICÍPIO <b>0-Remetente</b> QUANTIDADE <b>1</b> ESPÉCIE <b>VOLUME</b> MARCA <b>0-Remetente</b> NUMERAÇÃO <b>0-Remetente</b> PESO BRUTO <b>0-Remetente</b> PESO LÍQUIDO <b>0-Remetente</b>											
<b>DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS</b>											
CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	CST	CFOP	UNID	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	BLCÁLC ICMS	VALOR ICMS	ALIQ ICMS
27915.0	PAPEL HIG CARINHO PLUS NEUTRO C/4UN 60 REF: 16X4X60MT 1 FD %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896330810556	48181000	041	5949	UND	16	2,09	33,44	0,00	0,00	
73325.0	SACO LIXO FORT CONDOMINIO PCT 100L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896078481035	30232190	041	5949	UN	5	9,14	45,70	0,00	0,00	
256513.0	SACO LIXO FORT CONDOMINIO PCT 200L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896078481400	30232190	041	5949	UN	2	8,66	17,32	0,00	0,00	
275633.0	SACO LIXO TEIU PCT 15L REF: 25X1UN 0 SC %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896394804569	30232190	041	5949	UN	3	1,33	6,65	0,00	0,00	
275651.0	SACO LIXO TEIU PCT 30L REF: 25X1UN 0 CX %DES: 0.0 LEG: Cód. Barras: 7896394804583	30232190	041	5949	UN	3	1,81	9,05	0,00	0,00	
<b>DADOS ADICIONAIS</b> INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES CLE: 158135-DALNORDE 14 VEND: 1 ROTA: 001#OBS: PRODUTO PARA USO E CONSUMO DO CD IGUAPE. ATT: RITA SILVA						RESERVADO AO FISCO					
DANFE View   danfeview.com.br											
Gerado em 25/02/2018 às 17:57 pelo USUÁRIO: Plon   www.ankids.com.br											
RECEBIMOS DE DALNORDE COM. IMPORT. E EXPORT. DE ALIMENTOS LTDA. OS PRODUTOS E/OU SERVIÇOS CONSTANTES DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA Nº 542.188. EMISSÃO: 02/02/2018 VALOR TOTAL: 112,16 DESTINATÁRIO: DALNORDE COM. IMP. E EXP. DE ALIMENTOS LTDA. - R A QUADRA B LOTE 07 DO DIST INDUSTRIAL, *- IGUAPE, 45650-000 ILHEUS-BA										<b>NF-e</b> <b>542.188</b> <b>SÉRIE 1</b>	
DATA DO RECEBIMENTO		IDENTIFICAÇÃO E ASSINATURA DO RECEBEDOR									

Através de cópia do DANFE a seguir, como amostra/exemplo, dentre as inúmeras notas listadas, percebe-se que são notas fiscais emitidas para a própria empresa, para o próprio estabelecimento.

Em sendo Transferência Interna, informa que o CONSEF já editou Súmula no sentido de que nestas operações não há incidência do ICMS.

Sendo assim, solicita a retirada dos itens listados sob o CFOP 5949, que relacionou, onde se percebe ainda que o CNPJ destinatário das notas é o mesmo da defendente, qual seja, o de número 04.259.757/0014-70.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligências para se comprovar o erro do Fisco, tendo em vista que as mercadorias listadas devem ser excluídas do levantamento, com a consequente IMPROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

Reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja reconhecida a IMPROCEDÊNCIA do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 172 a 222 e após transcrever o inteiro teor da defesa passa a se manifestar dizendo que o autuado cinge-se a alguns produtos e operações que entende ou sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária ou, ainda, isentas ou não-tributáveis e passa a fazer as seguintes análises:

1. PRODUTOS QUE SERIAM ISENTOS:
2. PRESERVATIVOS:

Conforme se constata o lançamento considerou tributável 115 operações de saída do produto “preservativo” (item de nota fiscal) consideradas isentas pelo Estabelecimento. Entretanto, da análise fiscal destas operações constatou que não houve o cumprimento de uma condição essencial para o exercício da isenção pretendida: o abatimento do valor dispensado do seu preço respectivo, nos termos previstos no Artigo 264, Inciso XXIII, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, **desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal** (Conv. ICMS 116/98). (destacamos).*

Deste modo, revela-se improcedente o argumento defensivo e procedente a ação fiscal, neste particular.

2. PRODUTOS QUE SÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS):

- 2.1) ABSORVENTES HIGIÊNICOS:

Observa-se que as operações de saída do produto “absorvente higiênico” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (02/01/2019 a 12/04/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

Deste modo, revela-se improcedente o argumento defensivo e procedente a ação fiscal, neste particular.

- 2.2) ÁGUA PARA BATERIA DE AUMOMÓVEL:

O produto “água para bateria” não figura entre os enquadrados na sistemática de substituição tributária em vigor na Bahia nos anos de 2018 e 2019 (vide Anexo I, ao RICMS/BA em vigor), conforme alega a Defesa. São tributáveis, portanto, as operações a ele relacionadas, elencadas no

Anexo I do Auto de Infração lavrado.

2.3) BICO PARA MAMADEIRA:

Observa-se que as operações de saída do produto “bico para mamadeira” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (18/01/2019 a 03/08/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.4) ESCOVA DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “escova dental” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 06/09/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.5) CREME DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “creme dental” ou “dentifrício” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 20/11/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.6) FIO DENTAL:

Observa-se que as operações de saída do produto “fio dental” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (10/01/2019 a 10/06/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.7) FRALDA DESCARTÁVEL:

Observa-se que as operações de saída do produto “fralda descartável” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (02/01/2019 a 01/08/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.8) PIZZA (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA):

Neste caso a razão está com a Defesa. Realmente o produto “pizza” que figura no demonstrativo Anexo I, dele não deveria figurar, uma vez que integra o rol dos produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária tanto no ano de 2018 (item 11.28.1) quanto no ano de 2019 (item 11.18.1). Deste modo, é devida sua exclusão do referido lançamento, uma vez que não se submete à sistemática de apuração normal de que trata a infração lançada.

2.9) SALGADINHOS DIVERSOS (Base Legal: Item 11.9 do Anexo I do RICMS/BA):

Observa-se que as operações de saída do produto “salgadinho” abrangidas no lançamento ocorreram no ano de 2019 (03/01/2019 a 05/07/2019). Ora, tal produto, que figurava entre os enquadrados na ST até o ano de 2018, não figura mais a partir de 01/01/2019, conforme se constata no Anexo I ao RICMS/BA vigente neste período. Portanto, sua tributação é normal no período indicado no Anexo I do Auto de Infração.

2.10) MERCADORIAS DE CONSUMO/EMBALAGENS (não destinadas a vendas) – CAIXA DE PIZZA:

Neste caso a alegação da Defesa é de que se tratam de itens para consumo e que são notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sem prejuízo ao Estado, pois não houve transferência de propriedade, nem venda.

Diz ser inverídico o argumento defensivo. As operações relativas ao produto “caixa de pizza”

presentes no demonstrativo Anexo I são de venda a Estabelecimento diverso e não transferências destinadas ao próprio ou outro Estabelecimento da empresa, como afirmado. Todas as operações alcançadas têm como destinatário a empresa SOUTO DIAS COMERCIO IMPORTACAO E EXP, CNPJ nº 13.781.692/0001-02.

#### 2.11) MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS – CFOP 5949:

Neste caso a alegação é de que todas as operações identificadas no demonstrativo Anexo I pelo CFOP 5949 (à exceção apenas das NF-e nºs 684568, 578455 e 578455) são relativas a transferência para consumo no próprio Estabelecimento, sobre as quais não deve incidir o ICMS em razão da Súmula 08 do CONSEF.

Frisa que inicialmente é necessário destacar que a ação fiscal não desconhece a Súmula 08 do CONSEF, tendo procurado aplicá-la integralmente no desenvolvimento desta auditoria fiscal. É de se destacar que não figura no demonstrativo Anexo I qualquer operação identificada com os CFOP's 5557 (transf. de material de uso ou consumo) nem 5152 (Transf. de merc. adq. ou rec. de terceiros). Tais CFOP's são normalmente utilizados pelo Estabelecimento autuado para identificar operações de transferência para consumo ou para comercialização. São conhecidos e aplicados pelo Estabelecimento em operações da espécie, tidas como normais por esta Fiscalização. Entretanto, outra é a situação destas operações mal identificadas com o CFOP 5949, todas com mercadorias tributáveis e destinadas, à exceção de 3 notas fiscais, ao próprio estabelecimento autuado, sem nenhuma justificativa plausível. Tais operações, ao sentir desta Fiscalização, têm o objetivo de ocultar a percepção do fato gerador do ICMS ou, no mínimo dificultar seu controle fiscal, sendo altamente improvável que de fato se destinaram ao próprio Estabelecimento autuado.

Desse modo, entende que não é o caso de aplicação da Súmula 08 do CONSEF e sim de incidência normal do ICMS. São tributáveis tais operações e, portanto, procedente a ação fiscal.

Em conclusão, pugna pelo julgamento procedente da ação fiscal, à exceção apenas do produto “PIZZA”, que deve ser excluído do demonstrativo Anexo I, cuja incidência por substituição tributária é clara e evidente.

Opina pela exclusão do produto “PIZZA” elencado no demonstrativo Anexo I ao presente Auto de Infração.

Considerando que o sujeito passivo não foi cientificado acerca da Informação Fiscal, que resultou na elaboração de novos demonstrativos alterando o valor originalmente devido, decidiu esta Junta de Julgamento Fiscal na sessão suplementar realizada em 29 de outubro de 2021, pela conversão do processo em diligência para que a Inspeção intimasse o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia da Informação Fiscal, e seus anexos, fls. 172 a 223, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre ela se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado foi solicitado que o auditor fiscal fosse cientificado, a fim de prestar nova Informação Fiscal.

O autuado ao ser cientificado se manifesta às fls.230 a 233 dizendo concordar com a devida retirada do produto PIZZA, acatado pela Fiscalização, momento em que reitera as demais alegações trazidas em sede de Defesa Inicial, em especial às seguintes considerações, com esclarecimentos adicionais:

#### MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA – CFOP 5949:

O Auditor Fiscal não aceitou os argumentos e provas trazidos na defesa inicial, momento em que protesta pela exclusão dos itens que foram movimentados apenas internamente dentro do próprio estabelecimento autuado, pois são, de fato, transferências internas, haja vista que não houve transmissão de propriedade.

Os argumentos trazidos pelo autuante, para não acatar a retirada destes itens, se atém, principalmente, ao fato de que foi utilizado o CFOP 5949, que significa “Outra saída de mercadoria

ou prestação de serviço não especificado”, ao invés de utilizar CFOP específico de transferências.

Informa que mesmo não tendo sido utilizado o CFOP específico de transferência, a operação de fato não caracterizou transferência de propriedade, não saiu nem mesmo do estabelecimento, pois foram emitidas para o próprio CNPJ autuado (04.259.757/0014-70), como se observa dos autos.

Através de cópia do DANFE que copia, fica mais uma vez demonstrado, como amostra/exemplo, dentre as inúmeras notas listadas, que são notas fiscais emitidas para a própria empresa, para o próprio estabelecimento. Portanto, diferente do afirmado pelo autuante em sua peça informativa, de que não houve “justificativa plausível” para a utilização do CFOP 5949, reforça que no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES das notas fiscais em questão há a clara informação de que se trata de “PRODUTO PARA USO E CONSUMO NO CD”, CD este que é o estabelecimento ora defendente, e ao mesmo tempo emitente da NF-e.

O autuante se manifesta às fls. 241 e informa reiterar a Informação Fiscal prestada às fls.172/222, à exceção do item 2.11 (Mercadorias de consumo interno em transferência entre estabelecimento – CFOP 5949). É que as novas alegações da defesa trouxeram quanto a este item razões objetivas para alterar o entendimento adotado no lançamento.

Reitera também que em relação ao item PIZZA (Base Legal: Item 11.28.1 do Anexo I do RICMS/BA), a defendente está com razão pois realmente o produto “pizza” que figura no demonstrativo Anexo I, dele não deveria figurar, uma vez que integra o rol dos produtos enquadrados na sistemática de substituição tributária tanto no ano de 2018 (item 11.28.1) quanto no ano de 2019 (item 11.18.1).

Deste modo, é devida sua exclusão do referido lançamento, uma vez que não se submete à sistemática de apuração normal de que trata a infração lançada.

Opina, portanto, salvo melhor entendimento, também pela exclusão do produto “PIZZA” elencado no demonstrativo Anexo I ao presente Auto de Infração e elabora demonstrativos analíticos às fls. 250 a 302 e apresenta demonstrativo de debito alterando o valor da infração 01 para R\$ 96.886,77.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Rebeca Brandão de Jesus, OAB/BA nº 58.327, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O presente Auto de infração é composto de duas infrações, ambas decorrentes da falta de recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que o Anexo I respalda a exigência relativa à infração, 01 e o anexo II (saídas a título de doação e bonificação) à infração 02.

Na apresentação da defesa, o sujeito passivo, apesar de solicitar a improcedência do Auto de Infração, somente se reporta às operações relacionadas no “anexo I”, que como visto, diz respeito à infração 01, assim sendo, julgo inteiramente procedente à infração 02, por inexistência de lide.

Inicialmente, no que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente no “Anexo I” mercadorias isentas e tributadas no regime de substituição tributária, e apresenta relação das notas fiscais que estariam enquadradas naquelas condições.

Das várias mercadorias objeto da autuação, o auditor fiscal, na informação fiscal mantém a autuação para as seguintes:

PRESERVATIVOS: A Defendente alega que o referido produto goza da isenção prevista no Artigo 264, Inciso XXIII, do RICMAS/BA. Contudo, após uma análise da legislação o autuante observou

que não houve o cumprimento de uma condição essencial para o exercício da isenção pretendida: o abatimento do valor dispensado do seu preço respectivo, nos termos previstos no citado dispositivo legal:

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98) (destacamos).*

Acompanho a informação do autuante, por não restar comprovado pelo defendente a condição estabelecida na legislação posta.

Com relação aos produtos ABSORVENTES HIGIÊNICOS; ÁGUA PARA BATERIA DE AUMOMÓVEL; BICO PARA MAMADEIRA; ESCOVA DENTAL; CREME DENTAL; FIO DENTAL; FRALDA DESCARTÁVEL e PIZZA, a autuada alega que estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, portanto, as saídas não poderiam ser tributadas.

Com exceção do item “Pizza”, de acordo com informações prestadas pelo autuante, com o que concordo, os demais possuíam tributação normal, pois à época dos fatos geradores (exercícios de 2018 e 2019), não mais estavam inseridos no Anexo I do RICMS/BA.

No que tange às mercadorias de consumo/embalagens - Caixa de pizza, o impugnante argui que se trata de notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento, sendo que o autuante ao prestar a Informação Fiscal informou que na verdade todas as operações objeto da presente exigência foram destinadas às vendas, e têm como destinatário a empresa Souto Dias Comercio Importação e Exp. CNPJ nº13.781.692/0001-02, fato não contestado pelo defendente ao tomar conhecimento da Informação Fiscal, razão pela qual, ficam mantidas na autuação.

Com relação às MERCADORIAS DE CONSUMO INTERNO EM TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS-CFOP 5949, o defendente, com base na Súmula nº 08 deste CONSEF, alega que não deveria incidir o ICMS por não ter havido transferência de titularidade, nem venda.

O autuante inicialmente não acatou o argumento defensivo, sob o argumento de que o CFOP utilizado pela autuada não se referia a transferência, entretanto, posteriormente concordou com a autuada, tendo em vista que no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” inseridos nos documentos fiscais questionados, restou comprovado que de fato são notas fiscais emitidas para o próprio estabelecimento autuado IE 013608561, comprovando que foram destinadas ao seu próprio consumo, não devendo sofrer tributação.

Concordo com as exclusões efetuadas pelo autuante, não pelo fato alegado pelo sujeito passivo ao se reportar à Súmula 08 do CONSEF, pois não se trata de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, e sim por se tratar de operações referentes a mercadorias que inicialmente foram adquiridas para comercialização, e posteriormente foram utilizadas como uso e consumo do estabelecimento.

Nesta situação, deverá ser emitida Nota Fiscal sem destaque do valor do imposto, como procedeu o autuado, devendo ser estornado eventual crédito do imposto, escriturado por ocasião da entrada, conforme previsto no art. 312, inciso III do RICMS/BA, cuja redação transcrevo:

*“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;”*

Em conclusão, acompanho o entendimento do autuante, conforme a fundamentação de cada item acima colocada, sendo que devem ser excluídas as parcelas relativas as saídas no item “PIZZA”, por estar sujeita ao regime de substituição tributária, e as notas fiscais com CFOP 5949, por se referir a operações que inicialmente foram adquiridas para comercialização e posteriormente foram destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, restando o ICMS a recolher desta infração, conforme o demonstrativo de débito à fl. 250 elaborado pelo autuante, no valor de R\$

96.886,77.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 109.584,43, sendo R\$ 96.886,77 relativo à infração 01, e R\$ 12.697,66 da infração 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0004/21-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o recolhimento do imposto de **R\$ 109.584,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR