

PROCESSO	- A. I. N° 298965.0009/22-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
RECORRIDOS	- DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF n° 0064-05/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/07/2024

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0205-12/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. **a)** MERCADORIAS BONIFICADAS. É tributada a saída de brindes e bonificações. Excluídas as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente; **b)** BRINDES E BONIFICAÇÕES. É tributada a saída de brindes e bonificações. Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular. Excluídas as mercadorias isentas e enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. Reconhecida a decadência em parte do período autuado. Nulidades não acolhidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário previstos no art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 422.239,71, em razão das seguintes imputações:

*Infração 01 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017 a 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 40.157,86, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

*Consta que se trata de operações com mercadorias bonificadas, debitadas a menor.*

*Infração 02 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017 a 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 382.081,85, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O Autuado apresentou **Defesa** (fls. 16 a 29). Suscitou a nulidade da autuação por ausência de motivação, cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, por não ter sido descrito adequadamente os fatos supostamente ilícitos que lhe são imputados, já que foram lavrados 4 (quatro) Autos de Infração e 2 (duas) Notificações Fiscais diferentes para o mesmo período fiscalizado, exercícios de 2017 a 2019, com infrações que se repetem, demonstrativos confusos com nomenclatura diversa da capitulação legal da infração e indicação de documentos que não correspondem à infração capitulada.

Disse que as mercadorias BEBIDA MISTA SMIRNOFF LEMONS e VODKA SMIRNOFF ICE, constantes no demonstrativo da Infração 01, são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, item 3.17, NCM 2208.9, bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, assim como os produtos com as NCM 3307.20.10, 1904.10.00, 3305.10.00, 1101.00.10, 1902.19.00 e 8212.10.20 se encontravam no rol de produtos submetidos à substituição tributária à época dos fatos geradores. Reconheceu a procedência parcial da Infração 01 no valor de R\$ 339,88.

Afirmou que, em relação à Infração 02, verificou o não cabimento da cobrança do ICMS por se tratar de mercadorias objeto de substituição tributária, remessa para merchandising, amostra grátil, devolução, isenção e reclassificação fiscal, conforme planilha que disse ter anexado. Relatou que:

- a) as mercadorias BEBIDA MISTA SMIRNOFF LEMONS e VODKA SMIRNOFF ICE, são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, item 3.17, NCM 2208.9, bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%;
- b) os produtos com as NCM 1904.10.00, 3306.10.00, 9608.20.00, 2008.19.00, 1902.11.00, 3305.10.00, 1101.00.10, 1905.40.00, 1905.32.00, 1905.31.00, 1905.20.90, 1902.19.00, 1806.31.10, 2208.90.00, 1104.19.00 e 8212.10.20 se encontravam no rol de produtos submetidos à substituição tributária à época dos fatos geradores;
- c) foram indevidamente incluídas no demonstrativo mercadorias referentes a remessa para merchandising, com entrada não destinada a revenda, operação que não incide ICMS conforme o Art. 3º, XVII, item 9 do RICMS/12;
- d) outras mercadorias relacionadas foram objeto de devolução para o fornecedor;
- e) foram apontadas notas com CFOP 5.926, de reclassificação fiscal, e CFOP 5.949, que se refere ao estorno de reclassificações;
- f) foi cobrado ICMS de produtos isentos, conforme Convênios ICMS nº 224/17 e 59/98, tais como os produtos SAL SUPERSAL MOÍDO EX FI IOD PJCESTA 1KG, NCM 2501.00.20, e FARINHA MAND BAHIANA COPIOB PJ CESTA 1KG, NCM 1106.20.00;
- g) foi efetuada a cobrança de ICMS para a operação de retorno de "PALETES" referente à NF 94.134, conforme isenção do Convênio ICMS nº 04/99 e Art. 265, LVII, do RICMS/12.

Reconheceu a procedência parcial da Infração 02 no valor de R\$ 9.315,79, conforme parecer contábil que anexou.

Requeru que seja reconhecida e declarada a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências do período de 01/01 a 31/09/2017, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, sejam parcialmente anuladas as Infrações 01 e 02, na medida em que pagou corretamente o ICMS de alguns produtos, conforme comprovante de pagamento do DAE que disse ter anexado.

Auditor estranho ao feito apresentou **Informação Fiscal** (fls. 51 e 52). Requeru que o julgamento seja pela procedência do Auto de Infração.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

**VOTO**

*Incialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.*

*No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexiste óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.*

*Registro que não foram anexadas novas provas após a apresentação da Defesa, exceto as planilhas e DANFEs encaminhados após o início do julgamento.*

*Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, "a", e II, "b", do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.*

*Consoante os termos do Art. 147, I, "a" do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação.*

*Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra as acusações de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que a Infração 01 se refere a remessas em bonificação, com a utilização do CFOP 5.910, e a Infração 02 às demais saídas, todas ocorridas nos exercícios de 2017 a 2019.*

*Os demonstrativos apresentam de forma cristalina a infração, indicando o número do documento fiscal, CNPJ do destinatário, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, item da nota fiscal, código, NCM, descrição, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.*

*Neste diapasão, são infundadas as alegações de nulidade por ausência de motivação, cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, já que foram descritos adequadamente os fatos ilícitos que lhe são imputados.*

*O procedimento de lavratura de diversos Autos de Infração, ao contrário do argumento do Autuado, foi criado para facilitar o exercício da Defesa, e corresponde ao comando normativo previsto no Art. 40 do RPAF/99, transscrito abaixo:*

*"Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.*

*Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes."*

*Verifiquei, mediante consulta ao sistema SIGAT, que foram lavrados 3 (três) Autos de Infração e 2 (duas) Notificações Fiscais contra este estabelecimento, relativas a este período, e que as Infrações constantes dos demais PAFs não se confundem nem se repetem em relação às Infrações 01 e 02, ora analisadas neste PAF, conforme se vê abaixo:*

**1. Auto de Infração nº 298965.0006/22-4:**

*Infração 01 – 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.*

*Infração 02 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária.*

*Infração 03 – 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.*

**2. Auto de Infração nº 298965.0008/22-7:**

*Infração 01 – 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*

**3. Notificação Fiscal nº 298965.0011/22-8:**

*Infração 02 - 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.*

**4. Notificação Fiscal nº 298965.0012/22-4:**

*Infração 01 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*Ante ao exposto, afasto as nulidades suscitadas.*

*Quanto à alegação de decadência quinquenal, constato que assiste razão parcial ao Autuado, visto que as infrações são relativas a notas fiscais escrituradas e foi efetuada arrecadação no regime normal em todos os meses do exercício de 2017, entretanto esta só pode ser reconhecida em relação ao período de janeiro a junho de 2017, já que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 22/07/2022 (fl. 04).*

*A posterior entrega dos arquivos magnéticos não recebidos anteriormente somente tem o condão de reabrir o prazo para interposição de Defesa, não ampliando o período de decadência, conforme já decidido no Acórdão CJF nº 0368-12/22, do qual fui o Relator do Voto Vencedor.*

*No mérito, em relação à Infração 01, o Autuado afirmou que foram indevidamente incluídas no demonstrativo mercadorias referentes a remessa para merchandising, com entrada não destinada a revenda, operação que entende não incidir ICMS conforme o Art. 3º, XVII, item 9, do RICMS/BA, que tiveram erro na informação do CFOP 5.910, quando o correto era o CFOP 6.949.*

*Entretanto, as operações de remessa de brindes (chamadas pelo Autuado de remessa para merchandising) são tributadas e o dispositivo indicado na Defesa não existe, logo, conforme dispõe o Art. 143 do RPAF/99, "a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de*

*legitimidade da autuação fiscal”.*

*Também alegou que foram equivocadamente incluídas no levantamento produtos enquadrados no regime de substituição tributária, classificadas nas seguintes posições NCM, as quais passo a analisar:*

*NCM 1101.00.10: Assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto FARINHA TRIGO RENATA TIPO1 01KG (6 NFs - 12/2018), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 11.12.0 do Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 1902.19.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto MASSA LASANHA D BENTA DIR FORNO 200G (4 NFs - 09 a 12/2019), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto é pré-cozido, não se coadunando com a descrição do item 11.7 do Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 1904.10.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto GRANOLA VITTA CROC ORIG 200G (13 NFs - 07, 08, 10 e 11/2017), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto não é obtido por expansão ou torrefação, é basicamente um mix de cereais, frutas secas e oleaginosas, não se coadunando com a descrição do item 11.8 do Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 2208.90.00: Assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275ML (50 NFs - 07 a 09/2017), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, relacionado no item 3.17 do Anexo I do RICMS/12, conforme já decidido nos Acórdãos CJF nº 0318-11/21, 0350-11/22 e 0023-11/23;*

*NCM 3305.10.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto SHAMPOO (4 NFs – 09 e 11/2017 e 03 e 09/2018), não relacionado a nenhum produto enquadrado no regime de substituição tributária, já que não elencado no Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 3307.20.10: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto DESODORANTE (2 NFs - 09/2017 e 06/2018), não relacionado a nenhum produto enquadrado no regime de substituição tributária, já que não elencado no Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 8212.10.20: Assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto LAMINA SUPERMAX PLATINUM 20X05UN (2 NFs - 12/2019), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 9-A - 1 do Anexo I do RICMS/12.*

*Diante do exposto, reputo parcialmente subsistente a Infração 01, no valor de R\$ 33.683,87, conforme demonstrativo abaixo:*

<i>Data Ocorrência</i>	<i>Valor Auto de Infração</i>	<i>Valor 5ª JJF</i>
31/01/2017	785,09	-
28/02/2017	731,53	-
31/03/2017	1.629,76	-
30/04/2017	1.267,28	-
31/05/2017	1.171,19	-
30/06/2017	478,98	-
31/07/2017	498,36	385,48
31/08/2017	1.007,96	984,14
30/09/2017	369,79	153,00
31/10/2017	484,80	484,80
30/11/2017	269,06	269,06
31/12/2017	71,29	71,29
31/01/2018	534,91	534,91
28/02/2018	131,76	131,76
31/03/2018	448,43	448,43
30/04/2018	1.735,39	1.735,39
31/05/2018	1.133,05	1.133,05
30/06/2018	1.355,91	1.355,91
31/07/2018	1.151,98	1.151,98
31/08/2018	756,96	756,96
30/09/2018	533,44	533,44
31/10/2018	266,27	266,27
30/11/2018	1.473,74	1.473,74
31/12/2018	1.745,34	1.698,85
31/01/2019	552,87	552,87
28/02/2019	509,83	509,83
31/03/2019	771,45	771,45
30/04/2019	1.995,18	1.995,18
31/05/2019	2.800,58	2.800,58
30/06/2019	878,15	878,15

31/07/2019	824,77	824,77
31/08/2019	3.094,56	3.094,56
30/09/2019	4.613,48	4.613,48
31/10/2019	1.875,48	1.875,48
30/11/2019	1.875,33	1.875,33
31/12/2019	333,91	323,73
<b>Valor Total</b>	<b>40.157,86</b>	<b>33.683,87</b>

No tocante à Infração 02, assiste razão ao Autuado em relação aos seguintes argumentos:

- a) foram indevidamente elencadas as notas fiscais com CFOP 5.926, de reclassificação fiscal, e CFOP 5.949, que se refere ao estorno de reclassificações, emitidas para o próprio Autuado, além de outras notas fiscais de transferência interna, quando efetivamente não incide o imposto, conforme Súmula nº 08 deste CONSEF;
- b) foi indevidamente efetuada a cobrança de ICMS nas operações relativas à movimentação de “PALETES”, não tributadas, conforme extensa jurisprudência deste CONSEF;
- c) foi indevidamente exigido ICMS de produtos isentos, conforme Convênios ICMS nº 224/17 e 59/98, tais como o produto SAL SUPERSAL MOÍDO EX FI IOD PJCESTA 1KG, NCM 2501.00.20 (2 NFs – 09 e 11/2019), e FARINHA MAND BAHIANA COPIOB PJ CESTA 1KG, NCM 1106.20.00 (1 NF - 09/2019), devendo ser excluídos os valores de R\$ 9,43, no mês 09/2019, e R\$ 1,30, no mês 11/2019;
- d) foi indevidamente exigido ICMS de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, tais como FARINHA TRIGO RENATA TIPO1 01KG, NCM 1101.00.10 (3 NF – 09 e 10/2018 e 11/2019), VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275ML, NCM 2208.90.00 (210 NF – 07 a 09/2017), e LÂMINA SUPERMAX PLATINUM 20X05UN, NCM 8212.10.20 (15 NF – 12/2019), já explicitados na análise da Infração 01, bem como dos produtos classificados nas seguintes posições NCM:

NCM 1806.31.10: o produto BOMBOM GAROTO SORTIDO 355G está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 11.2 do Anexo I do RICMS/12, mas a única nota fiscal se refere a uma transferência interna, já excluída (07/2018);

NCM 1905.32.00: o produto CHOC BIS LACTA AO LEITE 126G está enquadrado no regime de substituição tributária (2 NFs – 12/2019), conforme o item 11.15 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 1905.40.00: o produto TORRADA FORTALEZA TRAD PJ CESTA 142G está enquadrado no regime de substituição tributária (1 NF – 12/2019), conforme o item 11.16 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 1905.20.90: o produto MINIBOLO RENATA DIVERTIX PJ CESTA está enquadrado no regime de substituição tributária (3 NFs – 12/2019), conforme o item 11.9 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 2008.19.00: o produto CASTANHA DE CAJU está enquadrado no regime de substituição tributária somente no exercício de 2018 (3 NFs – 7, 8 e 11/2018), conforme o item 11.11.0 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 3306.10.00: o produto CREME DENTAL está enquadrado no regime de substituição tributária (110 NFs – 12/2018 e 01/2019), conforme o item 11.2 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 9608.20.00: o produto MARCADOR BIC está enquadrado no regime de substituição tributária (1 NF – 06/2018), conforme o item 11.2 do Anexo I do RICMS/12.

Não assiste razão ao Autuado em relação às operações de devoluções e de remessa de brindes (chamadas pelo Autuado de remessa para merchandising), que são normalmente tributadas, assim como em relação aos produtos classificados nas seguintes posições NCM:

NCM 1905.31.00: o produto BISC VITARELLA TREL RECH MORANGO 130G não está enquadrado no regime de substituição tributária (1 NF – 04/2019), por ser recheado, não se coadunando com as descrições dos itens 11.11 a 11.13 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 1902.11.00 e 1902.19.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com estes NCM o produto MASSA PARA LASANHA (267 NFs - 01 a 03 e 05 a 12/2018 e 08 a 12/2019), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto é pré-cozido, não se coadunando com a descrição do item 11.7 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 1104.19.00 e 1904.10.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com estes NCM o produto GRANOLA (736 NFs – 07 a 12/2017 e 01/2019), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto não é obtido por expansão ou torrefação, é basicamente um mix de cereais, frutas secas e oleaginosas, não se coadunando com a descrição do item 11.8 do Anexo I do RICMS/12;

NCM 3305.10.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto SHAMPOO (15 NFs – 12/2017 e 02, 03 e 09/2018), não relacionado a nenhum produto enquadrado no regime de substituição tributária, já que não elencado no Anexo I do RICMS/12.

*Dante do exposto, repto parcialmente subsistente a Infração 02, no valor de R\$ 20.303,30, conforme demonstrativo abaixo:*

<i>Data Ocorrência</i>	<i>Valor Auto de Infração</i>	<i>Valor 5ª JJF</i>
31/01/2017	14.470,13	-
28/02/2017	9.788,17	-
31/03/2017	18.727,46	-
30/04/2017	33.919,58	-
31/05/2017	11.696,46	-
30/06/2017	9.228,36	-
31/07/2017	2.928,40	1.018,29
31/08/2017	6.415,15	1.217,42
30/09/2017	13.781,77	794,45
31/10/2017	9.220,86	1.689,49
30/11/2017	10.006,53	1.384,65
31/12/2017	1.745,37	1.273,12
31/01/2018	704,02	187,14
28/02/2018	4.791,78	93,01
31/03/2018	1.431,50	133,36
30/04/2018	17.176,33	94,87
31/05/2018	6.537,44	193,98
30/06/2018	6.997,82	305,44
31/07/2018	8.084,24	829,07
31/08/2018	5.564,20	174,28
30/09/2018	486,71	416,25
31/10/2018	1.458,15	30,39
30/11/2018	5.599,58	67,96
31/12/2018	45.580,22	60,93
31/01/2019	47.672,50	5.745,74
28/02/2019	7.087,77	-
31/03/2019	2.372,66	41,55
30/04/2019	785,14	23,81
31/05/2019	7.241,63	1.388,75
30/06/2019	7.313,60	-
31/07/2019	2.159,99	705,64
31/08/2019	798,36	111,29
30/09/2019	1.062,10	304,24
31/10/2019	9.822,72	159,02
30/11/2019	29.311,87	1.552,19
31/12/2019	20.113,28	306,97
<b>Valor Total</b>	<b>382.081,85</b>	<b>20.303,30</b>

*Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 53.987,17.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, devido a desoneração ter atingindo o valor regulamentar.

O advogado do contribuinte apresenta inconformismo às fls. 79/99, que discorre sobre a tempestividade desta peça, reproduz as infrações, verificou as referidas reduções feitas pela decisão recorrida, relatou os fatos da decisão de piso (reproduzindo a ementa e a resolução) e passa a trazer os argumentos recursais:

**INFRAÇÃO 01. DEIXOU DE RECOLHER ICMS EM RAZAO DE TER PRATICADO OPERAÇOES TRIBUTAVEIS COMO NÃO TRIBUTAVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS.**

Explica que ao analisar a descrição das mercadorias discriminadas nos demonstrativos, verifica-se o não cabimento da cobrança do ICMS, por se tratar de mercadorias objeto de substituição tributária e de remessa para merchandising. Esclarece que ao verificar as planilhas elaboradas pelo fiscal, vislumbra-se operações com o CFOP 5.910- Remessa em bonificação, doação ou brinde, mercadorias adquiridas para distribuição direta a consumidor final, conforme quadro exposto na fl. 88.

Reproduz os artigos 388 e 389 do RICMS/2012 exteriorizando a dispensa do destaque do ICMS nas referidas operações e diz que as operações com CFOP 5.910, representa operação que dispensa o destaque do ICMS, laborando em erro o Autuante na capituloção fiscal, ou seja, Falta de

recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações regularmente escrituradas com doação/bonificação como não tributáveis.

Sustenta que resta indevido a cobrança de ICMS em relação aos demonstrativos do autuante por ter incluído mercadorias em operações de CFOP 5.910 (planilhas em anexo) decorrentes de aquisição de brindes para distribuição direta a consumidor final.

No tocante ao demonstrativo apresentado pelo fiscal incluindo indevidamente produtos enquadrados no regime de substituição tributária, verifica que a JJF acatou os argumentos da RECORRENTE referente aos produtos NCM 1101.00.10 FARINHA DE TRIGO RENATA TIPO1 01 KG (6 NFS-12/2018), NCM 2208.90.00 VODKA SMIRNOFF ICE RED LN (50 NFS- 07, 08, 09,10 E 11/2017), NCM 8212.10.20 LAMINA SUPERMAX PLATINUM 20X05UN (2 NFS- 12/2019). Assim, as mercadorias BEBIDA MISTA SMIRNOFF LEMONS, VODKA SMIRNOFF ICE são mercadorias sujeitas a substituição tributária, conforme Decreto 16.987/2016, item 3.17, NCM 2208.9 - BEBIDA REFRESCANTE COM TEOR ALCOOLICO INFERIOR A 8%.

Salienta que, conforme já salientado em sede de Impugnação, os produtos listados no mencionado documento fiscal, de NCM 33072010, 19041000, 11010010,19021900 e 82121020, se encontravam à época dos fatos geradores inseridos no rol de produtos submetidos à substituição tributária, sendo indevida, pois, a cobrança de ICMS no auto de infração a eles referentes.

Registra que em atenção aos produtos NCM 1902.19.00 MASSA LASANHA D BENTA DIR FORNO 200 e 1904.10.00 GRANOLA VITTA CROC ORIG 200 G, os próprios fornecedores tratavam como sendo submetidos ao regime de substituição tributária, conforme notas de fls. 92/94 e, pontua que o ICMS referente a tais mercadorias foi devidamente pago na aquisição de tais produtos pelo regime de substituição tributária e caso seja desconsiderado nesse julgamento irá acarretar um *bis in idem*.

Menciona que os produtos com NCM 3305.10.00 e 3307.20.10 foram reconhecidos como devidos e incluídos no pagamento do DAE, conforme planilha da Recorrente. Afirma que fora anexado ao processo parecer contábil e planilhas a fim de demonstrar a procedência parcial da infração em questão.

Finaliza afirmando que resta insubstancial, devendo dessa forma ser reconhecido a improcedência parcial da infração 01 pela autoridade fiscal no valor de R\$ 339,88 conforme notas e planilhas anexas.

#### **INFRAÇÃO 02. DEIXOU DE RECOLHER ICMS EM RAZAO DE TER PRATICADO OPERAÇOES TRIBUTAVEIS COMO NÃO TRIBUTAVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS.**

Explica que ao analisar a descrição das mercadorias discriminadas nos demonstrativos, verifica-se o não cabimento da cobrança do ICMS, por se tratar de mercadorias objeto de substituição tributária, de remessa para merchandising, de amostra grátis, de devolução para fornecedor, de isenção, de reclassificação fiscal conforme planilha anexada. E que, no tocante ao demonstrativo apresentado pelo fiscal, foi acatado no julgamento que as mercadorias BEBIDA MISTA SMIRNOFF LEMONS, VODKA SMIRNOFF ICE são mercadorias sujeitas a substituição tributária, conforme Decreto 16.987/2016 item 3.17, NCM 2208.9- BEBIDA REFRESCANTE COM TEOR ALCOOLICO INFERIOR A 8%.

Menciona que os produtos listados no mencionado documento fiscal, de NCM, 82121020, 33061000, 96082000, 20081900, 11010010, 19054000, 19053200, 19052090, 18063110, 22089000, e 82121020, se encontravam à época dos fatos geradores inseridos no rol de produtos submetidos à substituição tributária, sendo indevida, pois, a cobrança de ICMS no auto de infração a eles referentes.

Registra que em atenção aos produtos NCM 1902.19.00 MASSA LASANHA, 1902.11.00 MASSA LASANHA e 1104.19.00 GRANOLA e 1904.10.00 GRANOLA, os próprios fornecedores tratavam como sendo submetidos ao regime de substituição tributária, conforme exemplificado na infração 01. E que os produtos com NCM 1905.31.00 e 3305.10.00 foram reconhecidos como devidos e incluídos no pagamento do DAE, conforme planilha da Recorrente, entendendo a primeira instância que as operações de remessa de brindes (chamadas pelo Autuado de remessa para merchandising) são

tributadas.

Esclarece que ao verificar as planilhas elaboradas pelo fiscal, vislumbra-se operações com o CFOP 5.910- Remessa em bonificação, doação ou brinde, mercadorias adquiridas para distribuição direta a consumidor final. Sustenta que resta indevido a cobrança de ICMS em relação aos demonstrativos do autuante por ter incluído mercadorias em operações de CFOP 5.910 (planilhas em anexo) decorrentes de aquisição de brindes para distribuição direta a consumidor final.

Aponta outras mercadorias relacionadas no lançamento fiscal foram objeto de devolução para o fornecedor conforme nota de origem, o que pode ser observado nas notas fiscais e informações complementares no demonstrativo da Recorrente em anexo.

Informa que foram acatadas no julgamento da 5 JJF exclusão das notas com CFOP 5.926- notas de reclassificação fiscal e CFOP 5.949 que se refere ao estorno de algumas reclassificações conforme descrições nas informações complementares da planilha da defesa, que não estão sujeitas à incidência do ICMS, pela ausência de fator gerador.

Afirma que foi também devidamente excluído no julgamento da 5JJF a cobrança de ICMS para produtos isentos, conforme Convênios ICMS 224/17 e 59/98, tais como SAL SUPERSAL MOIDO EX FI IOD PJCESTA 1KG NCM 25010020 E FARINHA MAND BAHIANA COPIOB PJ CESTA 1KG, NCM 11062000, assim como a cobrança de ICMS para a operação de retorno de “paletes”, referente a Nota Fiscal nº 94134, conforme isenção do Convenio ICMS 04/99 e inciso LVII, do art. 265 do RICMS/BA. Dessa forma, tais produtos relacionados no demonstrativo pela autoridade fiscal não são passíveis de cobrança de ICMS, sendo descabida a fundamentação legal do fiscal autuante nos termos do Art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Anexa ao processo planilhas a fim de demonstrar a improcedência parcial da infração em questão, onde informa haver ajustado o demonstrativo fiscal elaborado pela autoridade autuante. Sustenta restar insubstancial, devendo dessa forma ser reconhecido a improcedência parcial da infração 02 pela autoridade fiscal, no valor de R\$ 9.315,79 conforme parecer contábil e planilhas em anexo

Por fim, requer, inicialmente, a conversão do julgamento em diligências, sobretudo para juntada de documentos em poder de terceiros, perícias etc. e, que:

- Seja reconhecida e declarada a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências no auto de infração do período 01/01 a 21/09/2017 e a nulidade do processo por cerceamento de
- Seja parcialmente ANULADA a infração nº 01 e 02 na medida em que a Recorrente na medida que pagou corretamente ICMS de alguns produtos, e que reconheça o valor pago parcial das infrações conforme comprovante de pagamento do DAE em anexo;
- As intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de BRUNO ROBERIO GARCIA MELO LOPES DE ARAUJO, OAB/BA 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44.075-085 – Feira de Santana (BA) – Tel.: (75) 3221-1560, sob pena de nulidade processual.

Registro o impedimento do Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva, tendo sido substituído pelo Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente e Recurso de Ofício interposto pela JJF, a fim de modificar a decisão de piso, que julgou pela Procedência parcial em decisão unânime o presente Auto de Infração do contribuinte do ICMS, Inscrição Estadual nº 078.143.163, lavrado em

30/06/2022, com ciência presencial em 22/07/2022, que exige ICMS no valor histórico de R\$ 422.239,71 e multa de 60%, pelo fato do sujeito passivo não ter recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que a Infração 01 se refere a remessas em bonificação, com a utilização do CFOP 5.910, e a Infração 02 às demais saídas, todas ocorridas nos exercícios de 2017 a 2019.

Quanto ao Recurso de Ofício interposto, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão N° 0064-05/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo do lançamento tributário, reduzindo do valor de R\$ 812.006,48 para R\$ 102.249,90 em valores atualizados à data do julgamento, fl.71, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela JJF contra a decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu pela comprovação das alegações apresentadas em sede de impugnação, sob as fls. 16 a 29, alegações estas, que foram contestadas por auditor fiscal estranho ao feito Sr. Geraldo Barros Rios na informação fiscal apresentada sob as fls.51 a 52, onde manteve a autuação. Ocorre que em sessão de julgamento de 03/05/2023 a 5ª JJF, acertadamente acolheu parcialmente as alegações do sujeito passivo, objeto do Recurso de Ofício, com o entendimento do qual comungo.

Para a infração 01, a JJF fundamentou o seu voto da seguinte forma:

- a) Que assiste razão parcial de decadência ao Autuado visto que as infrações são relativas a notas fiscais escrituradas e foi efetuada arrecadação no regime normal em todos os meses do exercício de 2017, entretanto esta só pode ser reconhecida em relação ao período de janeiro a junho de 2017, já que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 22/07/2022 sob a fl. 04 dos autos.
- b) Que foram equivocadamente incluídas no levantamento produtos enquadrados no regime de substituição tributária, classificadas nas seguintes posições NCM, e excluiu do lançamento conforme abaixo:

**NCM 1101.00.10:** *O produto FARINHA TRIGO RENATA TIPO1 01KG (6 NFs - 12/2018), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 11.12.0 do Anexo I do RICMS/12;*

**NCM 2208.90.00:** *o produto VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275ML (50 NFs - 07 a 09/2017), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto é bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, relacionado no item 3.17 do Anexo I do RICMS/12, conforme já decidido nos Acórdãos CJF n° 0318-11/21, 0350-11/22 e 0023-11/23;*

**NCM 8212.10.20:** *o produto LAMINA SUPERMAX PLATINUM 20X05UN (2 NFs - 12/2019), o qual está enquadrado no regime de substituição tributária, conforme o item 9-A - 1 do Anexo I do RICMS/BA.*

Para a infração 02 a decisão de piso também acolheu parcialmente as alegações do sujeito passivo com a seguinte fundamentação:

- 1- *Que foram indevidamente elencadas as notas fiscais com CFOP 5.926, de reclassificação fiscal, e CFOP 5.949, que se refere ao estorno de reclassificações, emitidas para o próprio Autuado, além de outras notas fiscais de transferência interna, quando efetivamente não incide o imposto, conforme Súmula nº 08 deste CONSEF;*
- 2- *Que foi indevidamente efetuada a cobrança de ICMS nas operações relativas à movimentação de "PALETES", não tributadas, conforme extensa jurisprudência deste CONSEF.*
- 3- *Que foi indevidamente exigido ICMS de produtos isentos, conforme Convênios ICMS nº 224/17 e 59/98, tais como o produto SAL SUPERSAL MOÍDO EX FI IOD PJCESTA 1KG, NCM 2501.00.20 (2 NFs – 09 e 11/2019), e FARINHA MAND BAHIANA COPIOB PJ CESTA 1KG, NCM 1106.20.00 (1 NF - 09/2019), devendo ser excluídos os valores de R\$ 9,43, no mês 09/2019, e R\$ 1,30, no mês 11/2019;*
- 4- *Que foi indevidamente exigido ICMS de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, no seu Anexo I do RICMS/11, tais como;*
  - a) *FARINHA TRIGO RENATA TIPO1 01KG, NCM 1101.00.10 (3 NF – 09 e 10/2018 e 11/2019), VODKA SMIRNOFF ICE RED LN 275ML, NCM 2208.90.00 (210 NF – 07 a 09/2017), e LÂMINA SUPERMAX PLATINUM 20X05UN, NCM 8212.10.20 (15 NF – 12/2019), já explicitados na análise da Infração 01, bem como dos produtos classificados nas seguintes posições NCM:*

- b) NCM 1806.31.10: o produto BOMBOM GAROTO SORTIDO 355G.
- c) NCM 1905.32.00: o produto CHOC BIS LACTA AO LEITE 126G
- d) NCM 1905.40.00: o produto TORRADA FORTALEZA TRAD PJ CESTA 142G.
- e) NCM 1905.20.90: o produto MINIBOLO RENATA DIVERTIX PJ CESTA.
- f) NCM 2008.19.00: o produto CASTANHA DE CAJU está enquadrado no regime de substituição tributária somente no exercício de 2018 (3 NFs – 7, 8 e 11/2018).
- g) NCM 3306.10.00: o produto CREME DENTAL está enquadrado no regime de substituição tributária (110 NFs – 12/2018 e 01/2019),
- h) NCM 9608.20.00: o produto MARCADOR BIC está enquadrado no regime de substituição tributária (1 NF – 06/2018).

Assim sendo, entendo que as exclusões feitas pela JJF estão corretas no que tange a decadência do período de janeiro a junho de 2017, uma vez que restou comprovada que a ciência ocorreu em 22/07/2022, bem como por constarem indevidamente no lançamento produtos enquadrados na Substituição Tributária no anexo 1 do RCMS/BA.

Do exposto voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, verifico que o recorrente reitera as alegações da impugnação e aduz razões de reforma da decisão recorrida com os seguintes pedidos:

- Solicita a conversão do julgamento em diligência, sobretudo para juntada de documentos em poder de terceiros, perícias etc. e, que;
- Seja reconhecida e declarada a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências no auto de infração do período 01/01 a 21/09/2017 e a nulidade do processo por cerceamento de defesa.
- Seja parcialmente ANULADA a infração nº 01 e 02 na medida em que a Recorrente pagou corretamente ICMS de alguns produtos, e que reconheça o valor pago parcial das infrações conforme comprovante de pagamento do DAE em anexo;
- As intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de BRUNO ROBERIO GARCIA MELO LOPES DE ARAUJO, OAB/BA 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44.075-085 – Feira de Santana (BA) – Tel.: (75) 3221-1560, sob pena de nulidade processual.

Preliminarmente, da análise do Recurso Voluntário, indefiro os pedidos de nulidades do recorrente, uma vez que, ao contrário do quanto afirmado pelo sujeito passivo, a Decisão foi devidamente motivada, sendo que órgão julgador amparou-se exclusivamente nas provas e fatos trazidos pelo contribuinte, quando da sua impugnação ao lançamento de ofício, restando perfeitamente evidenciadas as razões da Decisão, bem como os demonstrativos apresentam de forma clara a infração, indicando o número do documento fiscal, CNPJ do destinatário, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, item da nota fiscal, código, NCM, descrição, base de cálculo, alíquota e ICMS devido a recolher.

Também indefiro o pedido de diligência, pois, considero que, os elementos trazidos aos autos são suficientes para a formação de minha convicção, conforme art. 147, I, “a” do RPAF.

Em relação a alegação de que seja reconhecida e declarada a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências no auto de infração do período 01/01 a 21/09/2017. Verifico nos autos que a ciência foi efetuada de forma presencial em 22/07/2022 pela Patrona do recorrente Dra. Juliana de Albuquerque Sobral, portanto, mantendo o mesmo entendimento da decisão de piso, onde assiste razão ao contribuinte acerca da decadência apenas para o período de janeiro a junho de 2017.

Ultrapassadas as questões preliminares acima, passo a analisar o mérito do Recurso Voluntário, em relação às infrações 01 e 02, julgada parcialmente procedente.

Da análise dos documentos acostados aos autos, e em busca da verdade material, observo que produtos NCM 1902.19.00 - MASSA LASANHA, 1902.11.00 - MASSA LASANHA e 1104.19.00 - GRANOLA e 1904.10.00 - GRANOLA, elencados nas Notas Fiscais nºs 161.386 (J MACEDO), 32.739 e 35.099 (GRANOS), acostadas aos autos pelo contribuinte sob as fls. 92 a 94, não estão enquadradas na substituição tributária conforme disposto no anexo I do RICMS/BA.

Diante das provas dos autos, verifico também que o recorrente foi induzido ao erro, vez que, os fornecedores das notas fiscais mencionadas acima, utilizaram equivocadamente o regime de substituição tributária para tais produtos.

Neste sentido, em relação aos produtos MASSA DE LASANHA D BENTA DIR FORNO 200G e GRANOLA VIT CROC ORIGINAL DE 200 G. comungo e mantendo o entendimento da decisão de piso, que assim fundamentou o voto:

*NCM 1902.19.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto MASSA LASANHA D BENTA DIR FORNO 200G (4 NFs - 09 a 12/2019), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto é pré-cozido, não se coadunando com a descrição do item 11.7 do Anexo I do RICMS/12;*

*NCM 1904.10.00: Não assiste razão ao Autuado, pois consta com este NCM o produto GRANOLA VITTA CROC ORIG 200G (13 NFs - 07, 08, 10 e 11/2017), o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois este produto não é obtido por expansão ou torrefação, é basicamente um mix de cereais, frutas secas e oleaginosas, não se coadunando com a descrição do item 11.8 do Anexo I do RICMS/12.*

Por fim, saliento que nada impede que as publicações e intimações sejam efetuadas em nome do patrono do recorrente Dr. Bruno Robério Garcia Melo Lopes de Araújo, OAB/BA nº 34.609 e enviadas para o endereço profissional do mesmo. Sinalizo que o não atendimento dessa solicitação não acarretaria a nulidade do ato, haja vista que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte, estão previstas no artigo 108 do RPAF/99.

Assim, sou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Diante de todo o exposto, por entender que o julgamento de piso não merece qualquer reparo é que concluo pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298965.0009/22-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 53.987,17, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS