

A.I. Nº - 300766.0006/18-2  
AUTUADO - ATACADÃO DM LTDA.  
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA  
ORIGEM - INFAS – PAULO AFONSO  
PUBLICAÇÃO – INTERNET 24/11/2021

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0171-02/21-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** MERCADORIA SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Infrações não contestadas, tidas como subsistentes, com supedâneo previsto no art. 140 do RPAF/99. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovada a utilização a maior, devido a aplicação de alíquota superior à prevista na legislação. Infração subsistente. **e)** UTILIZAÇÃO A MAIOR. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração não contestada, tida como subsistente, com supedâneo no previsto do art. 140 do RPAF/99. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operações de transferências internas ocorridas em janeiro de 2014 e dezembro de 2015, ainda prevalecia o entendimento de que tais operações eram tributadas pelo ICMS. O imposto destacado pela autuada quando emitiu as notas fiscais de transferência para sua filial está correto, e não as escriturando, deixou de se debitar do ICMS destacado. O entendimento firmado pela PGE somente passou a ser adotado pela administração tributária baiana a partir da edição pela PGE/PROFIS do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 042/2016, divulgado em 22/11/2016. Infração subsistente. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA. VENDA INTERESTADUAL A NÃO CONTRIBUINTE. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Infração não contestada, tida como subsistente, com supedâneo previsto no art. 140 do RPAF/99. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Mercadorias sujeitas à substituição tributária deve estar relacionada no Anexo 1 do RICMS/2012, coincidindo a descrição e a NCM do item. Argumento da defesa não acatado. Deferida diligência para entrega de demonstrativos questionados pela defesa. Indeferido o pedido de perícia com base no art. 167, inc. II, alínea “b” do RPAF/99. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 11/12/2018, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$191.150,66, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

**INFRAÇÃO 01 – 01.02.03** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme demonstrativos: CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIAS ISENTAS, RESUMO DO DÉBITO, RESUMO POR ITEM E LISTA DAS NF-E/ITENS, correspondente ao período de janeiro, fevereiro, abril, agosto, setembro, novembro de 2014, janeiro, março, maio a setembro e dezembro de 2015. ICMS exigido de R\$6.449,12, mais multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 2º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 02 – 01.02.06** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativos: CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIAS COM ICMS SUBSTITUÍDO, RESUMO DO DÉBITO, LISTA NE NF-E/ITENS E RESUMO POR ITENS, referente ao período de janeiro de 2014 a abril de 2015, junho a setembro, novembro e dezembro de 2015. ICMS exigido de R\$50.476,54, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 03 – 01.02.20** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, conforme demonstrativos: CRÉDITO INDEVIDO – NOTA FISCAL LANÇADA EM DUPLICIDADE, RESUMO DO DÉBITO E LISTA DE NOTAS FISCAIS, correspondente ao período de junho de 2015, ICMS exigido de R\$713,04, mais multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inc. I do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 04 – 01.02.40** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, apurado no período de fevereiro, abril a junho e agosto de 2014, ICMS exigido de R\$2.569,47, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, § 6º do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 05 – 01.02.41** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior que nos documentos fiscais, crédito destacado a maior no documento fiscal por erro na aplicação da alíquota, correspondente ao período de janeiro a novembro de 2014, fevereiro, março, maio, junho, agosto outubro e dezembro de 2015. ICMS exigido de R\$25.338,09, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, § 7º do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 06 – 01.02.74** – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do exterior, apurados no período de fevereiro, abril, junho a novembro de 2014, maio, julho e outubro de 2015. ICMS exigido de R\$9.815,13, mais multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inc. II, artigos 314 e 315 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 07 – 02.01.02** – Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, correspondente ao período de janeiro, julho a novembro de 2014, fevereiro, março, junho, agosto e novembro de 2015. ICMS exigido de R\$21.651,86, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 08 – 03.02.07** – Recolheu a menor o ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, correspondente ao período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. ICMS exigido de R\$24.142,40, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 15, inc. I, alínea “b” e art. 16 da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 09 – 07.15.05** – Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, correspondente ao período de janeiro, abril a junho, setembro a novembro de 2014, abril, maio e julho a dezembro de 2015. Multa de R\$50.035,01, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 38, 38-v a 44, 44-v, onde inicialmente aborda a tempestividade da defesa e em seguida argui nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e falta de elementos para determinar com segurança a infração.

Transcreve o art. 18 do RPAF/99 e reproduz trecho da Teoria das Nulidades defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles e afirma que não recebeu cópia do Auto de Infração, do termo de início de fiscalização, tampouco foi intimada a apresentar livros ou documentos, citando o art. 26 do citado RPAF.

Aponta como como agravante, a corroborar com sua tese de nulidade, os fatos dos demonstrativos gravados em CD estarem em formato .PDF (ADOBE READER), o que a impossibilitou de proceder as conferências e cruzamentos de informações, para se defender de forma adequada.

Acrescenta que a falta do termo de início de fiscalização fulmina o Auto de Infração, adicionado ao fato da existência da grande quantidade de infrações implica na nulidade do lançamento.

Ao abordar o mérito, inicialmente das infrações 01 a 04 e 06, acerca das quais afirma não ter recebido nenhum demonstrativo em papel, tampouco em meio magnético ou planilhas que embasam a cobrança, fato que a impossibilitou de exercer sua defesa de forma plena, tornando-as nulas.

Em seguida passa a analisar o mérito das infrações 05, 07, 08 e 09.

Quanto a infração 05, afirma que os produtos MILHO DE PIPOCA e CHARQUE devem ser excluídos do demonstrativo pelas seguintes razões:

- a) MILHO DE PIPOCA – sujeito a tributação normal, com carga tributária de 17%. A fiscalização glosou o crédito, por entender que ele estaria limitado a 7%;
- b) CHARQUE – a fiscalização glosou integralmente seus créditos, supondo que assim procedeu a fiscalização tendo como base o entendimento de que o produto esteja sujeito ao regime da substituição tributária, o que não é verdade, tendo em vista que o Anexo 1 do RICMS/2012, no item 34, excetua o charque, quando lista os produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino.

Quanto à infração 07, salienta que as notas fiscais relacionadas referem-se a transferências internas entre estabelecimentos da empresa, com CFOP 5.152.

Ressalta que o CONSEF e a PGE vêm se pronunciando no sentido de que as mesmas não devem ser tributadas, em razão de não haver repercussão fiscal e não haver transmissão de propriedade da mercadoria ou bem.

Transcreve o Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, onde foi pacificado o entendimento de que não incide o ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Reproduzindo cópias dos DANFE's nº 016.722, e nº 019.415, requer a exclusão do levantamento destas notas fiscais, com CFOP 5.152 e reproduz como suporte o Acórdão CJF nº 0386-12/17, CJF nº 0345-11/17 e CJF nº 0344-11/17, que tratam da matéria.

Explica que grande parte das notas fiscais listadas no demonstrativo se referem às transferências internas de mercadorias, motivo pelo qual requer a exclusão das mesmas e concomitantemente

pede a realização de diligência para que seja anexado aos autos as planilhas em formato Excel de modo a permitir a totalização.

Ao abordar a infração 09, diz que o autuante traz erroneamente produtos que não estão sujeitos a antecipação parcial, mas a antecipação total por substituição tributária com o encerramento da fase de tributação, inclusos no Anexo 1 do RICMS/2012 no item 39 – SALGADOS INDUSTRIALIZADOS, com base no § 1º do art. 12-A da Lei nº 7014/96, que reproduz.

Requer a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do Auto de Infração, com nova apuração da conta corrente fiscal do período fiscalizado.

Requer ainda, que seja reconhecida a nulidade do lançamento e em homenagem ao princípio da verdade material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente a documental.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 126 a 128, onde descreve os fatos, a fundamentação do lançamento, as infrações e os argumentos da defesa.

Afirma não caber o pedido de nulidade do lançamento, pois o Auto de Infração não desobedeceu ao que prevê o art. 18 do RPAF/99.

Assegura que o contribuinte foi cientificado da ação fiscal conforme fl. 14, onde consta o Termo de Intimação enviado ao estabelecimento através do Domicílio Eletrônico Tributário – DT-e, cuja ciência ocorreu em 18/10/2018.

Complementa que a científicação também foi enviada por DT-e, fls. 32 e 33, onde consta a informação de que os demonstrativos das infrações seguiram em anexo e que a cópia integral do Auto de Infração, incluindo CD com todas as demonstrações das infrações, encontravam-se na sede da Inspetoria de Paulo Afonso, para a retirada pelo sócio ou procurador, se assim desejasse.

Portanto, entende que o contribuinte tem total conhecimento da fiscalização, bem como de todos os demonstrativos, o que lhe permitiu exercer plenamente seu direito de defesa.

Em relação à infração 05, afirma que para o produto MILHO PARA PIPOCA, que a autuada entende ser tributado com a alíquota de 17%, a alínea “a”, inc. I, do art. 16, da Lei nº 7.014/96, estabelece alíquota de 7% para o produto milho, e assim, o crédito permitido para este produto é o valor calculado com a alíquota de 7%.

Quanto ao produto JERKED BEEF, que o contribuinte aproveitou crédito correspondente a alíquota de 17%, entende que a alíquota a ser considerada é 0%, pois, conforme o item 34 do Anexo 1 do RICMS/2012, o JERKED BEEF se constitui em carne bovina salgada curada dessecada, portanto, sujeito à substituição tributária até a publicação do Decreto nº 15.661/2014, vigente a partir de 01/12/2014. Assim sendo, no período de 01/01/2014 até 30/11/2014, todos os créditos referentes ao produto foram glosados.

Explana que apesar do contribuinte fazer entender que o produto CHARQUE e JERKED BEEF são a mesma coisa, o produto JERKED BEEF, tradicionalmente conhecido como carne seca, é um produto assemelhado ao charque, classificado e aprovado pelo Ministério da Agricultura, como “carne bovina salgada, curada e dessecada”, e que, além de passar por processo para se conservar por um período de tempo mais longo, são adicionados compostos para melhorar a cor, aroma e gosto.

Conclui que CHARQUE não pode ser confundido com JERKED BEEF, ou seja, os produtos têm um preparo diferenciado e apresentam composição diferenciada no seu processo de industrialização.

No período fiscalizado, de 01/01/2014 a 31/12/2015, o produto JERKED BEEF somente fez parte do rol das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária até 30/11/2014, portanto, somente neste período consta nos demonstrativos da infração 05, que entende procedente.

Ao abordar a infração 07 que acusa a empresa de deixar de escriturar notas de saídas na sua EFD, sob a justificativa de que tais documentos se referem a transferências internas, e que as mesmas não devem ser tributadas, por força da SÚMULA 166 do STJ, sublinha que a autuada juntou às fls.

42 e 42-v, notas fiscais de saídas, não escrituradas: NF-e nº 016.722 e 019.415, que correspondem à transferência de mercadorias para a empresa CNPJ 03.369.825/0001-76, e como não foram escrituradas, constam no demonstrativo da infração.

Frisa que autuada deveria ter escriturado tais notas, pois recebeu a transferência e utilizou o crédito fiscal destacado. Para comprovar os fatos, anexa cópias dos registros fiscais dos documentos de entradas na EFD da destinatária.

Destaca como um equívoco da defesa, a interpretação da SÚMULA 166 do STJ, pois o art. 12, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96, e o art. 4º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, preveem a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Em relação a infração 09, afirma que contrariando o entendimento da autuada, todos os *snacks* comercializados têm NCM 1904.3, enquanto os salgados que fazem parte das mercadorias enquadradas na substituição tributária são exclusivamente os salgadinhos à base de cereais com NCM's 1904.1 e 1904.9. Para verificação, anexa cópia da NF-e nº 001.547, com o NCM dos *snacks*, 1904.3, e, portanto, considera subsistente a infração.

Pontua que não houve apontamentos de inconsistências nas infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 08.

Assevera que não existem erros de cálculos nos demonstrativos e nem falhas a serem supridas que possam comprometer a verdade das informações, assim, a realização de diligência entende ser desnecessária.

Defende a procedência do Auto de Infração com a exigência do valor histórico original, mais os acréscimos tributários devidos.

Em 29 de agosto de 2019, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram converter o processo em diligência à INFRAZ-PAULO AFONSO, para que fossem tomadas as seguintes providencias pela autuante: (I) elaborar os demonstrativos das infrações 01 a 09 em planilhas eletrônicas em formato editável; (II) anexar aos autos, CD contendo gravados todos os demonstrativos em formato editável; e, (III) emissão de parecer.

Ato contínuo o órgão preparador da INFRAZ-PAULO AFONSO deverá entregar a autuada, mediante recibo, os demonstrativos em papel e um CD contendo gravado os arquivos elaborados pela autuante referente as infrações 01 a 09, dando-lhe ciência da diligência e reabertura do prazo de defesa de sessenta dias para se manifestar, querendo, em cumprimento ao que estabelece o art. 123 do RPAF/99.

A autuante em cumprimento à diligência se manifesta às fls. 139 e 140, onde afirma ter elaborado todos os demonstrativos das infrações 01 a 09 em planilhas editáveis, conforme CD, anexo, fl. 141, listando os arquivos gravados.

Afirma ter anexado CD contendo os demonstrativos das infrações 01 a 09 em formato Excel.

Quanto ao produto SARDINHA LAJE FISHER Kg, informa que o período fiscalizado é janeiro de 2014 a dezembro de 2015, dessa forma, de acordo com determinado no art. 265, inc. I do RICMS/2012, o produto pescado esteve no campo da isenção até 31/05/2016.

Garante ter entregado a autuada os demonstrativos das infrações 01 a 09, conforme termo de recibo anexado, assim como o CD contendo os demonstrativos em arquivos eletrônicos no formato Excel, bem como cópia do despacho requerendo a diligência, tendo na oportunidade informado a reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

À fl. 141, constam o CD contendo gravado os demonstrativos das infrações 01 a 09, em formato Excel e à fl.142, o recibo de entrega dos demonstrativos e do CD, tendo sido informada a reabertura do prazo de defesa, atestando a entrega ao representante do contribuinte em 19/03/2020.

Transcorrido o prazo, o contribuinte manteve-se silente.

Presente à sessão de julgamento a representante da autuada Dra. Rebeca Brandão, OAB/BA 58327, que em sustentação oral reafirma a falta dos demonstrativos referentes as infrações 01 a 04 e 06, o que prejudicou a defesa.

Reforça o pedido de exclusão dos itens charque e milho para pipoca, assim como a exclusão dos itens referentes a transferências internas, tendo em vista o entendimento da PGE e do CONSEF sobre a matéria.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo nove infrações, sobre parte das quais alega impossibilidade de se defender por ter recebido os demonstrativos em arquivo eletrônico gravados em formato não editável, fato que ensejou arguir cerceamento de defesa por ter sido impossibilitado de alterar tais demonstrativos. Assim, sob tal justificativa não contestou o mérito das infrações 01 a 04 e 06.

Inicialmente impõe-se abordar a preliminar de nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa pelas razões acima expostas.

Nesse sentido, lembro que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 estabelece no § 3º do art. 8º:

*§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada. (Grifos do relator.)*

Compulsando os autos, verifico que os demonstrativos das infrações sobre as quais a defesa não contesta o mérito sob o argumento de não ter recebido os demonstrativos em formato de planilha editável, não desfruta de razoabilidade, porque:

- (i) A legislação não exige que os arquivos dos demonstrativos e planilhas sejam obrigatoriamente elaborados e entregues ao contribuinte em formato editável e sim em formato texto ou tabela;
- (ii) Os demonstrativos sintéticos e analíticos foram elaborados pela autuante de forma clara e precisa, permitindo ao sujeito passivo a perfeita identificação de todos os elementos ali relacionados, mesmo porque, todos os dados foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, elaborada e transmitida pelo contribuinte, além de dados e informações decorrentes das notas fiscais eletrônicas por ele emitidas e recebidas, refletindo suas operações mercantis.

Sem embargos e em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que devem ser preservados no processo administrativo fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à unidade fazendária de origem, para atender ao quanto requerido pela autuada, exemplarmente cumprida pela autuante, conforme consta no relatório, parte deste acórdão. Contudo, mesmo com a reabertura do prazo de defesa, a autuada não se manifestou.

Portanto, quanto as infrações 01 a 04 e 06 cabe aplicar o que determina o art. 140 do RPAF/99, ou seja, “Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”, de modo que as tenho desde já como subsistentes.

Quanto ao aspecto formal, observo que a acusação fiscal está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da infração apurada, permitindo a perfeita cognição da acusação fiscal.

Os demonstrativos elaborados e refeitos pela autuante identificam de forma clara a infração, uma vez que estão explicitados todos os documentos fiscais e demais elementos, objeto do levantamento, que geraram a exigência fiscal.

A autuada afirma também que não recebeu cópia do termo de início de fiscalização, além de não ter sido intimada a apresentar livros e documentos. Por sua vez, a autuante em sede da informação fiscal assegura que à fl. 14, consta cópia do termo de intimação, informando o início da fiscalização no seu estabelecimento, enviado através de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, cuja ciência ocorreu no mesmo dia da postagem, 18/10/2018, fato que constato verdadeiro.

Assim posto, de acordo com o art. 26, inc. III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento, dentre outras hipóteses, da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Portanto, comprovado que o Termo de Intimação foi recebido pela autuada, resta descharacterizada a alegação da falta do termo de início de fiscalização, pois, apesar de não constar o termo de início de fiscalização, a autuada foi devidamente notificada do início da ação fiscal através do DT-e, instituído pela Lei nº 13.199/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D.

Através do DT-e, a SEFAZ estabeleceu uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, para os cientificar de quaisquer tipos de atos administrativos, encaminhar notificações e intimações e expedir avisos em geral e no presente caso, ocorreu a entrega dos demonstrativos fiscais, o que permitiu ao sujeito passivo, contrariamente ao que afirma, exercer a ampla defesa e o contraditório, conforme argumentos aduzidos na peça defensiva.

Portanto, todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012 e com o RPAF/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante com base na EFD e documentos fiscais emitidos e recebidos pelo contribuinte autuado.

Pelas razões expostas, rejeito a arguição de nulidade.

Quanto a pedido para realização de diligência e perícia, lembro que o pedido de diligência foi deferido, tendo sido cumprida integralmente. Quanto ao requerimento para realização de perícia, com base no art. 147, inc. II, alínea “b” do RPAF/99, fica indeferido, porque a considero desnecessário, em vista de outras provas produzidas.

Vencidas as preliminares, passo a analisar o mérito da autuação.

A defesa, deixando de se manifestar sobre as infrações citadas linhas acima, ao adentrar no combate ao mérito das demais, apesar de declarar que “*Como adeptos do bom debate, e não obstante as falhas processuais anteriormente elencadas e pormenorizadas, passa a empresa a adentrar no mérito naquilo que se torna possível, quais sejam, as infrações 05, 07, 08 e 09*”, não contestou a infração 08, a qual também considero subsistente em razão do previsto no citado e já transscrito art. 140 do RPAF/99.

Ao tratar da infração 05, inicialmente contesta a inclusão no levantamento de duas mercadorias: MILHO DE PIPOCA e CHARQUE, por entender que estes itens devem ser excluídos do demonstrativo, no caso do primeiro, por considerá-lo sujeito a tributação normal, com carga tributária de 17%, apesar da fiscalização ter glosado o crédito, por considerar que ele estaria limitado a 7% e no caso do CHARQUE, afirma que este produto não está enquadrado do regime de substituição tributária, conforme o item 34 do Anexo 1 ao RICMS/2012 que excetua o CHARQUE, quando lista os produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino.

A autuante justifica a autuação em relação ao item MILHO DE PIPOCA informando que o produto é tributado com alíquota de 17%, e esclarece que a alíquota de 7% prevista no art. 16, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, refere-se a produto MILHO e não MILHO DE PIPOCA.

No caso do CHARQUE, esclarece que no levantamento foi incluído o produto JERKED BEEF, que conforme o item 34 ao Anexo 1 do RICMS-BA/2012 se constitui “Carne Bovina Salgada Curada Dessecada”, portanto, sujeito à substituição tributária até sua exclusão do regime, razão pela qual no período de 01/01/2014 até 30/11/2014 todos os créditos referentes à JERKED BEEF foram glosados.

Quanto ao primeiro item, MILHO PARA PIPOCA, vale transcrever o que prevê o art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

*I - 7% (sete por cento) nas operações com:*

*a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;*

Da intelecção do dispositivo legal transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer limitação relativamente a destinação do produto, se para pipoca ou qualquer outra, como condicionante para enquadrá-lo na aplicação da alíquota de 7%, exigindo apenas, que o produto seja MILHO.

Ademais, fato é que milho para pipoca não se trata de um produto derivado de milho. Esse entendimento já foi externado pela DITRI no Parecer nº 06953/2009, cuja ementa está a seguir transcrita, corrobora com esta interpretação, concluindo que nas operações internas com MILHO PARA PIPOCA, deve ser aplicada a alíquota de 7%:

*ICMS. Consulta. Operações internas com milho para pipoca, 7% (sete por cento), na forma prevista no art. 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/Ba. Quanto ao Milho de canjica, se o mesmo não se apresentar pré-cozido e com condimento, a regra a ser aplicada é 7% (sete por cento), na forma prevista no art. 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/Ba. Caso contrário, havendo qualquer espécie de tempero ou condimento, será aplicável a regra geral, alíquota de 17% (dezessete por cento), prevista no Art. 50, inciso I deste Diploma Legal*

O levantamento que suporta a infração 05, arrola apenas operações internas, portanto, a alíquota a ser aplicada ao milho para pipoca é 7% conforme previsto no art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Ora, ao adquirir MILHO PARA PIPOCA e ter o contribuinte se creditado do ICMS calculado à alíquota de 17%, por óbvio houve creditamento indevido, por destaque no documento fiscal do imposto a maior, portanto, está correta a autuação que glosou o crédito utilizado indevidamente, relativa a aquisição de MILHO PARA PIPOCA, tributado com a alíquota de 17% em operações internas.

Quanto a arguição da defesa por ter o levantamento incluído o produto CHARQUE, que a autuante esclareceu não ser fato, visto que foi incluído no levantamento o produto JERKED BEEF e não CHARQUE, conforme constato nos demonstrativos.

Ressalto que JERKED BEEF, NCM 0210.20.00 e CHARQUE são produtos similares, porém distintos, conforme entendimento já externado pela Diretoria de Tributação, que acolho, conforme Parecer nº 23958/2014:

*“...Os produtos charque e Jerked beef são assemelhados, logo não são os mesmos produtos, existindo algumas diferenças entre ambos. O charque é uma carne salgada e seca ao sol com o objetivo de mantê-la própria ao consumo por mais tempo. Tem uma salga e exposição solar maiores que outras carnes dessecadas, sendo empilhado como mantas em lugares secos para desidratação. O Jerked beef é um produto assemelhado ao charque, classificado e aprovado pelo Ministério da Agricultura do Brasil como “carne bovina salgada, curada e dessecada. (...)*

*O Jerked beef, por ser um produto industrializado, não está enquadrado na substituição tributária, porque o item 34 do Anexo I, do RICMS/BA fala expressamente em “produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados”.*

O produto JERKED BEEF veio a sair da substituição tributária, sendo tributado normalmente, a exemplo do CHARQUE, com a vigência do Decreto nº 15.661/2014, a partir de 01/12/2014. Logo,

concordo com o procedimento da fiscalização ao glosar do crédito, relativo ao produto JERKED BEEF, indevidamente apropriado no período de 01/01/2014 a 30/11/2014, período que estava incluso no regime da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, e, portanto, vedada a manutenção do crédito fiscal decorrente das aquisições desse produto.

A infração 05 é subsistente.

A infração 07 acusa o contribuinte de não ter recolhido o ICMS nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

A defesa admitindo que as notas fiscais de saída não foram registradas na escrita fiscal, justifica que assim procedeu por se tratar de transferências internas entre seus estabelecimentos com CFOP 5.152, uma vez que repetidamente o CONSEF e a PGE vem se pronunciando no sentido de que as mesmas não devem ser tributadas, pelo fato de que não haver “...repercussão positiva, nem negativa, ao Estado, já que o débito do imposto no estabelecimento remetente se reverte em crédito no estabelecimento de destino.”, recorrendo ao INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE 2016.169506-0 e de decisões do CONSEF.

A autuante confirma que as operações arroladas referem-se a transferências internas e como não foram escrituradas, constam no levantamento da infração. Frisa que o contribuinte deveria ter escriturado as notas fiscais, uma vez que a destinatária quando as recebeu em transferência, utilizou o crédito fiscal nelas destacado, comprovando sua informação com cópias dos registros fiscais dos documentos de entradas na EFD da destinatária, CNPJ nº 03.369.825/0001-76, que vem a ser a matriz da autuada.

Efetivamente as operações arroladas no levantamento correspondem a operações de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo titular, CFOP 5.152 – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS que sendo operações internas, lembro que desde o final de 2016, com a edição pela PGE/PROFIS, dos incidentes de uniformização, a orientação jurídica e o entendimento pacificado no CONSEF, é que nas transferências internas, entre estabelecimentos do mesmo titular, não estão sujeitas a tributação do ICMS.

Refiro-me ao INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO N° PGE 2016.169506-0 que assim estabelece:

*“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.*

Contudo, as operações de transferências internas, aqui arroladas, ocorreram entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, quando ainda prevalecia o entendimento de que tais operações eram tributadas pelo ICMS. Portanto, o crédito fiscal destacado pela autuada quando emitiu as notas fiscais de transferência de mercadorias para sua matriz está correto e deveria ter sido lançado à débito na sua escrita fiscal, o que não ocorreu.

A defesa além de carente de fundamentação, o argumento defensivo se apresenta totalmente contraditório com o comportamento da autuada, consoante cópias das notas fiscais trazida na própria defesa.

Explico. Se a defesa se alberga no INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DA PGE e em decisões do CONSEF que consideram a não incidência do ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, demonstra ter adotado comportamento totalmente diverso desse entendimento, quando destacou o imposto nas notas fiscais de transferências internas, permitindo o creditamento do imposto pela matriz (destinatária) e não se debitou do ICMS, quando não escriturou as notas fiscais.

Considerando que as diretrizes jurídicas decorrentes do entendimento firmado pela PGE somente passou a ser adotado pela administração tributária baiana a partir da edição pela PGE/PROFIS do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 042/2016, divulgado em 22/11/2016, o destaque do ICMS nestas operações está correto, devendo, repito, os documentos fiscais que as acobertaram terem sido registradas na escrita fiscal do contribuinte que as emitiu, o que não ocorreu, que assim procedendo deixou de se debitar do ICMS destacado, conforme exige o RICMS/2012 no seu art. 305, § 4º .

A autuante comprova a escrituração do crédito fiscal decorrente dessas transferências pela destinatária, matriz da autuada, quando do recebimento das mercadorias.

A infração 07 é subsistente.

A defesa ao abordar a infração 09, que aplica multa percentual pela falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, argumenta que a fiscalização se equivocou ao incluir no levantamento produtos que não cabe a exigência da antecipação parcial, e sim da antecipação total por substituição tributária, com encerramento da fase de tributação, referindo-se unicamente aos produtos *snacks*, por entender se tratar de salgados industrializados, contemplado no item 38 do Anexo 1 do RICMS/12.

A autuante traz como justificativa, cópia da nota fiscal eletrônica nº 001.547, de 17/01/2014, referente a aquisição interestadual de tais produtos, indicando a NCM dos *snacks* 1904.3, portanto, entende não sujeita a substituição tributária.

O senso comum, tem *snacks* como um termo de origem na língua inglesa utilizado para designar uma pequena quantidade de comida consumida entre as refeições ou uma refeição causal e muito pequena. Podem englobar variados alimentos, incluindo grãos de oleaginosas, frutas, frios, sanduíches e doces, podendo ser traduzido, dependendo do contexto, como lanche ou petisco.

Ou seja, qualquer produto designado genericamente como *snacks*, pode ter variadas composições e consequentemente, NCM's de acordo com sua composição.

Neste contexto, mais relevante se torna observar o entendimento da DITRI e já pacificado no CONSEF, aplicado para se enquadrar ou não determinada mercadoria como sujeita ao regime de substituição tributária, consoante expresso no parecer nº 10392/2016, que trata de ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Produtos relacionados no Anexo 1 do RICMS-BA/12:

*“No âmbito do Estado da Bahia, a substituição tributária alcança produtos alimentícios arrolados no item 11 do Anexo 1 do RICMS-BA/12, que descreve, em itens diversos, produtos que contêm farinha de trigo em sua composição e produtos elaborados sem a farinha, com suas respectivas NCM.”*

*Para saber se os produtos com os quais opera estão abrangidos pelo tratamento supra, além da classificação na NCM, o contribuinte deverá considerar a descrição e composição, e verificar se estão enquadrados nas disposições constantes no supracitado Item 11, do Anexo 1 do RICMS-BA/12 (Protocolo ICMS 50/05), disponibilizado no site www.sefaz.ba.gov.br”.*

O Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2014 e 2015, contempla no item 38: SALGADOS INDUSTRIALIZADOS: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19

Na infração, ora abordada, foi exigido o ICMS referente a antecipação parcial que seria devida, caso a mercadoria não estivesse sujeita a regime de substituição tributária, conforme art. 12-A, § 1º da Lei nº 7.014/96.

Constatou que no levantamento foi incluído mercadorias sob a denominação *snacks* com NCM 1904.30.00, não contemplada no item 38 do Anexo 1 do RICMS/2012. Ou seja, a mercadoria não está sujeita ao regime da substituição tributária, e, portanto, deveria o contribuinte ter recolhido o ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais para comercialização, o que não ocorreu, assim a infração 09 é subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0006/18-2**, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA**. devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$141.115,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$119.463,79, e de 100% sobre R\$21.651,86, previstas no art. 42, inc. VII, alínea “a”, inc. II, alínea “a” e III de da Lei nº 7.014/96100%, e dos

acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50.035,01**, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR