

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0006/18-2
RECORRENTE - ATACADÃO DM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF Nº 0171-02/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/09/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0258-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Flocão de milho e farinha de milho devem desfrutar, à luz da legislação do ICMS, do mesmo tratamento tributário, enquadrando-se, ambos, no benefício previsto no art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/12, o qual prevê a isenção. Mantida a decisão de piso; **b)** MERCADORIA SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. “BATATA PERDIGÃO PALITO 400GR” possui a NCM “2004.10.00 – BATATAS COZIDAS”, não tendo previsão de enquadramento no regime de substituição tributária, no Item “38” do Anexo 1 do RICMS/12, no período dos fatos geradores, cuja descrição consta “Salgados industrializados: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19”. Infração parcialmente elidida. Modificada a decisão de piso; **c)** UTILIZAÇÃO A MAIOR. Não havia previsão de enquadramento da mercadoria “Jerked beef” no regime de substituição tributária, no período dos fatos geradores, o que somente passou a ocorrer a partir de dezembro de 2012. Mantida a decisão de piso. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não incide ICMS sobre Operações de transferências internas, conforme Súmula nº 08 do CONSEF. Infração parcialmente elidida. Reformada a decisão de piso. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0171-02/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$191.150,66, em razão de nove infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 01, 02, 05 e 07, descritas a seguir.

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 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 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.

...

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 10/09/2021 (fls. 147 a 157) e julgou Procedente o Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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-, 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 descaracterizada 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 transcrito 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 inteligência do dispositivo legal transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer limitação relativamente à 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% (dezesete 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 à aquisição de MILHO PARA PIPOCA, tributado com a alíquota de 17% em operações internas.

Quanto à 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 às 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 à tributação do ICMS.

Refiro-me ao INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO Nº 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 registrados 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 cabem 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 à aquisição interestadual de tais produtos, indicando a NCM dos snacks 1904.3, portanto, entende não sujeita à 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, 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 à 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.

Constato que no levantamento foram incluídas mercadorias sob a denominação snacks, com NCM 1904.30.00, não contemplada no item 38 do Anexo I 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. ”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 168 a 179, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Quanto à Infração 01, relativamente ao produto FLOCOS DE MILHO, alega que a isenção prevista para os derivados de milho se restringe à fubá de milho e à farinha de milho, não se devendo confundir com farinha de milho flocada ou em flocos e flocão, pois estes passam por processo industrial de transformação, enquanto a prevista no RICMS sofre apenas moagem. Transcreve o texto do art. 265 do RICMS/12 em apoio aos seus argumentos.

Informa que vários julgados no âmbito do CONSEF também já sedimentaram este entendimento. Transcreve trecho do Acórdão JF nº 0184-03/19 em apoio à sua tese.

Neste sentido requer a retirada dos itens seguintes, da Infração 01: **i)** FLOCÃO DE MILHO MARATA 500G; **ii)** FLOCÃO DE MILHO DONA CLARA 500G; e **iii)** FLOCAO DE MILHO NUTRIVITA 500G.

Quanto à Infração 02, relativamente ao produto BATATA PALITO, alega que não se trata de um Salgado Industrializado ou “salgadinho”, pois nem da forma salgada ele é fabricado, sendo em estado natural, apenas cortado, nem tem a função de snack, pois é um complemento à refeição. Informa que vários julgados nesse CONSEF já possuem este entendimento. Transcreve trecho do Acórdão CJF nº 0236-12/20-VD em apoio à sua tese.

Quanto à Infração 05, referindo-se ao produto CHARQUE, explica que, no julgamento realizado pela Junta de Julgamento Fiscal, no voto do relator, afirma-se que não se encontrou o produto CHARQUE no levantamento fiscal. Alega, todavia, que o mesmo é visto nos demonstrativos da Infração 05, cuja imagem colaciona à folha 172 do processo.

Explica que, no próprio demonstrativo, glosa-se o crédito integralmente pois se afere a alíquota zero para o referido crédito. Argumenta, todavia, que já é de conhecimento pleno que o charque NÃO faz parte da ST, sendo permitido legalmente que a empresa se credite do ICMS destas mercadorias. Neste sentido, requeremos a retirada do produto CHARQUE da infração 05.

Ainda em relação à Infração 05, protesta, mais uma vez, em relação ao produto MILHO PARA PIPOCA, pois se trata de produto industrializado, diferente do milho previsto com alíquota de 7% (relativo ao milho em estado natural), por isso, componente da chamada “cesta básica”, com alíquota reduzida. Ante o exposto requer a retirada do produto MILHO PARA PIPOCA da Infração 05.

Quanto à Infração 07, protesta pelo entendimento do julgamento da Junta Julgadora de que a aplicação de Súmula do CONSEF é apenas a partir da sua edição. Argumenta que não há previsão para a não aplicação em períodos pretéritos à edição da Súmula do CONSEF, relativa à não incidência do ICMS nas transferências internas, pois a própria Súmula é baseada em julgamentos anteriores e jurisprudência histórica da matéria. Contraditório seria concluir que uma aplicação de súmula vale apenas a partir de sua edição, se a mesma é baseada em julgamentos anteriores.

Neste sentido, requer a Improcedência da infração 07, baseada, além do já exposto, nas seguintes alegações, que ora reforça.

Em relação às notas fiscais de saída não registradas elencadas pela Fiscalização, salienta que se

trata de Transferências Internas entre estabelecimentos da defendente, com CFOP 5152, em que repetidamente o CONSEF e a PGE vêm se pronunciando no sentido de que as mesmas não devem ser tributadas, exatamente pelo fato de que não há repercussão positiva, nem negativa, ao Estado, já que o débito do imposto no estabelecimento remetente se reverte em crédito no estabelecimento de destino. Ademais, não houve transmissão de propriedade da mercadoria ou bem.

Desta forma, inclusive, por força de inúmeras decisões judiciais desfavoráveis ao Estado, é que a própria Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, já emitiu desde o ano de 2016 Incidente de Uniformização número PGE 2016.169506-0, em que estabelece que NÃO incide ICMS nas transferências internas de mercadorias. Transcreve o texto do enunciado da súmula citada, em apoio aos seus argumentos. Acosta amostras de DANFE's de notas fiscais listadas no Demonstrativo da Infração, em que se comprova que se trata de TRANSFERÊNCIAS INTERNAS.

Neste sentido requer a empresa que sejam excluídas, do levantamento, as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias, como o CFOP 5152. Transcreve julgados deste Conselho de Fazenda em apoio aos seus argumentos.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligências para se comprovar o erro do Fisco e com o consequente refazimento do Auto de Infração, e as devidas reduções.

Por todo o exposto, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e que no mínimo seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária.

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

Termos em que pede Deferimento.

VOTO

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos dos autos são suficientes à formação da convicção dos julgadores.

Considerando que não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme linhas que seguem.

O Sujeito Passivo ataca a decisão de piso apenas naquilo que se refere às infrações 01, 02, 05 e 07, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, ...*”. O Sujeito Passivo opõe-se apenas à glosa do crédito relativa às mercadorias denominadas “FLOCÃO DE MILHO MARATA 500G”, “FLOCÃO DE MILHO DONA CLARA 500G” e “FLOCÃO DE MILHO NUTRIVITA 500G”, sob o argumento de que se trata de produto industrializado, distinto do fubá e da farinha de milho.

A questão controvertida tem a ver com o enquadramento, ou não, da mercadoria “FLOCÃO” no benefício de isenção, previsto no art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/12, abaixo transcrito.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...
II - as saídas internas de:

...
d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/17);
...”

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima, a norma faz referência expressa ao

fubá de milho e à farinha de milho, nada dizendo acerca do **flocão de milho**. Façamos, portanto, uma incursão no conceito de *flocão vis-à-vis* o conceito de farinha.

A consulta ao site <https://www.mixfiscal.com.br/farinha-fina-de-milho-e-farinha-de-milho-flocada-entenda-as-diferencas-de-classificacao/> nos permite estabelecer a seguinte distinção.

“Farinha fina de milho é um produto composto por grãos médios, onde o grão de milho degerminado é moído. É um tipo de farinha que absorve mais água, por ter flocos mais finos que chegam a no máximo 0,2 milímetros de diâmetro. A NCM correta para o enquadramento desse produto é 1102.20.00

11.02 Farinhas de cereais, exceto de trigo ou de mistura de trigo com centeio (mêteil).

1102.20.00 – Farinha de milho

Já a Farinha de milho flocada (flocão) trata-se de um produto que passa pelo processo de extrair o gérmen do grão, a casca, o olho, e é triturada apenas a parte amarela alaranjada. Os pedaços pequenos de milho que ficam após este processo são prensados em moinhos de rolo liso, onde cada pedaço vira um floco, resultando então no conhecido produto flocão, que quando cozido se transforma no famoso cuscuz. Para esse produto a NCM correta é 1104.19.00.”

Como se vê, trata-se, ambos, de produtos derivados do milho, guardando, entre si, uma única diferença que reside no tamanho dos grãos.

Tal questão foi aprofundada no Acórdão nº 0322-12/19, onde se fez a distinção entre as duas mercadorias, conforme segue.

“De fato, com esta denominação, FLOCOS OU FLOCÃO, não há mesmo isenção ou redução de base de cálculo de 100% no RICMS, contudo é prudente pesquisar se tais palavras não seriam sinônimos de fubá e farinha de milho, e se também floco ou flocão de milho são a mesma coisa.

Efetuada a pesquisa no sitio <https://caldobom.com.br/blog/diferenca-entre-fuba-e-farinha-de-milho/>, este traz bons esclarecimentos.

Sinônimos na regulamentação, diferentes no dia a dia - De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Anvisa, farinha de milho e fubá são a mesma coisa: trata-se do produto obtido a partir da moagem do grão de milho, posteriormente passado por uma peneira. Contudo, mesmo que a Anvisa considere que fubá e farinha de milho são a mesma coisa, sabemos que, na prática, esses produtos apresentam características e funções diferentes.

Assim, quem nos ajuda a partir daqui é a Embrapa, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, que pertence ao Ministério da Agricultura. Segundo esse órgão, os produtos obtidos pela moagem do milho podem ser classificados conforme o tamanho das suas partículas, o que chamamos tecnicamente de “granulometria”. Assim, temos as seguintes definições:

- Farinha de milho flocada ou farinha de biju: para a sua produção, a farinha de milho é hidratada, triturada e depois torrada. O resultado são flocos espessos.*
- Fubá: produto composto por grãos médios, na qual o grão de milho degerminado é moído. É um tipo de farinha que absorve mais água, por ter flocos mais finos.*

Ou seja, a diferença técnica entre fubá e farinha de milho está no processo que os grãos passam antes de chegar ao consumidor. Porém, no dia a dia da cozinha, esse detalhe faz toda a diferença.

O flocão tem definição própria - Enquanto o fubá e a farinha de milho são considerados a mesma coisa pela Anvisa, esse órgão atribui uma definição exclusiva para a farinha de milho flocada, também chamada de flocos de milho pré-cozidos. Assim, diferente dos produtos que são obtidos pela moagem dos grãos, a farinha de milho flocada é o resultado da laminação de diferentes partes desses grãos, que em seguida passam por uma etapa de pré-cozimento.

Posteriormente, esses flocos também são classificados de acordo com seu tamanho: os menores compõem o “floquinho”, enquanto os maiores compõem o famoso “flocão”. Outro ponto importante é que, na fabricação do flocão, os grãos de milho obrigatoriamente precisam ter passado por uma etapa de degerminação, ou seja, um processo para remover a parte branca, conhecida como gérmen, que é responsável pela germinação do cereal. Já o fubá e a farinha de milho podem ser fabricados com grãos degerminados ou não.

Como o gérmen é rico em óleos que se degradam facilmente, as farinhas produzidas a partir de grãos não degerminados têm uma vida de prateleira menor, deteriorando-se mais rapidamente. Por isso, na maior parte das vezes, os grãos utilizados na fabricação do fubá e da farinha de milho também têm seu gérmen removido.

Pelo exposto acima, embora possa até se confundir farinha e fubá de milho como a mesma coisa, é certo que o

flocão tem definição própria e não está incluído na isenção posta no RICMS.

Da leitura acima, é forçoso admitir que se trata de mercadorias quimicamente idênticas, apresentando distinções apenas na granulometria do produto resultado da moagem. Até mesmo as classificações fiscais (NCMs “11.02” e “11.04”), embora distintas, posicionam-se lado-a-lado na tabela do IPI, desfrutando, ambas, do mesmo tratamento tributário, ou seja, alíquota zero.

Entendo, por tudo quanto exposto, que devem desfrutar igualmente, à luz da legislação do ICMS, do mesmo tratamento tributário, enquadrando-se, ambas, no benefício previsto no art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/12, o qual prevê a isenção.

Esse é o entendimento da DITRI, conforme Parecer nº 215247/2015-6, cuja ementa reproduzo abaixo.

“ICMS. PRODUTOS DERIVADOS DE MILHO. ISENÇÃO. As operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de “flocos e flocão de milho”, “cuscuz de milho”, “creme de milho”, “farinha de milho” e “canjiquinha de milho”, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/12, art. 265, inciso II, “d”. ”

Esse mesmo entendimento foi exarado também no Parecer DITRI nº 163321/2012-4, conforme ementa abaixo.

“ICMS. ISENÇÃO. FLOCÃO DE MILHO NCM 11041900, CREME DE MILHO NCM 11022000 e CANJQUINHA FINA SINHÁ NCM 11031300. Disposição contida no artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/BA, Decreto Nº 13.780 DE 16 de Março de 2012. ”

Essa é a jurisprudência consolidada desta 1ª CJF, conforme Acórdãos nºs 0154-11/21-VD e 0125-11/22-VD.

A 2ª CJF possui esse mesmo entendimento, conforme Acórdãos nºs 0236-12/20-VD, 0072-12/21-VD e 0252-12/21-VD.

Portanto, não merece reparo a Decisão recorrida, devendo ser mantida neste ponto.

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, ...”*. O Sujeito Passivo opõe-se apenas à glosa do crédito relativa à mercadoria denominada “BATATA PALITO”, sob o argumento de que se trata de produto em estado natural, não se confundindo com produto industrializado.

Examinando os autos, é possível notar que a mercadoria citada foi descrita como “BATATA PERDIGÃO PALITO 400GR”. A consulta ao site da Perdigão revela tratar-se de batata em estado natural, apenas embalada. Ademais, a consulta ao documento fiscal revela que a NCM da mercadoria, “2004.10.00 – BATATAS COZIDAS” não tem previsão de enquadramento no regime de substituição tributária, no Item “38” do Anexo 1 do RICMS/12, no período dos fatos geradores, cuja descrição contém o seguinte *“Salgados industrializados: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19”*.

Assim, entendo que assiste razão ao Sujeito Passivo, por força do que exclui a mercadoria “BATATA PERDIGÃO PALITO 400GR” da autuação, reduzindo o valor lançado na Infração 02 para R\$ 50.411,04, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
Jan/14	R\$ 10.098,17
Fev/14	R\$ 3.151,41
Mar/14	R\$ 3.844,07
Abr/14	R\$ 1.256,03
Mai/14	R\$ 453,49
Jun/14	R\$ 703,01
Jul/14	R\$ 248,78
Ago/14	R\$ 3.707,06
Set/14	R\$ 3.045,42
Out/14	R\$ 82,13
Nov/14	R\$ 3.738,61

Dez/14	R\$	1.043,74
Jan/15	R\$	896,34
Fev/15	R\$	4.216,28
Mar/15	R\$	436,09
Abr/15	R\$	6.983,21
Jun/15	R\$	243,19
Jul/15	R\$	2.931,60
Ago/15	R\$	412,60
Set/15	R\$	18,70
Nov/15	R\$	63,50
Dez/15	R\$	2.837,61
TOTAL	R\$	50.411,04

Quanto à Infração 05, a conduta autuada foi descrita como “*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, ...*”. O Sujeito Passivo opõe-se apenas à glosa do crédito relativa às mercadorias denominadas “CHARQUE” e “MILHO PARA PIPOCA”.

Quanto ao CHARQUE, alega que a mercadoria não se enquadrava no regime de substituição tributária. Quanto ao MILHO PARA PIPOCA, defende que não se trata de item da cesta básica, mas de produto industrializado, tributado com alíquota cheia.

O exame do demonstrativo de débito revela que a glosa de créditos está associada à mercadoria descrita como “CHARQUE VILHETO JERKED BEEF DT KG”. A consulta à embalagem da mercadoria (no endereço eletrônico https://www.sondadelivery.com.br/delivery/produto/CARJERKDIANT1kg/1000010607?gclid=CjwKC_Ajw2f-VBhAsEiwAO4lNeANIWJK1Ed97AjQ4po1lOCQqdQ4duYytN6HX7bH_h-QxBDVoz3CP3xoCO04QAVD_BWE) indica tratar-se de “CARNE VILHETO JERKED BEEF DIANTEIRO 1KG”, ou seja, trata-se de “jerked beef”, cuja previsão de enquadramento no regime de substituição tributária somente passou a ocorrer a partir de dezembro de 2012. No período anterior, havia previsão do regime de substituição tributária apenas para o charque, que não foi objeto do presente lançamento.

Assim, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida nesse ponto.

Quanto à mercadoria “MILHO PARA PIPOCA”, embora o Sujeito Passivo alegue tratar-se de produto industrializado, a consulta ao documento fiscal revela que a mercadoria se encontra descrita como “MILHO DE PIPOCA PULA PULA 500G”. A consulta à embalagem do produto, no endereço eletrônico <https://supermercadorafacla.instabuy.com.br/p/Milho-para-Pipoca-Tipo-1-Kimimo-Pula-Pula-Pacote-500g> revela tratar-se de mercadoria descrita como “Milho para Pipoca Tipo 1 Kimimo Pula-Pula Pacote 500g”, embalagem cujo conteúdo se resume a milho de pipoca, conforme lá se encontra indicado.

Ora, tratando-se de milho, a alíquota aplicável é 7%, conforme previsão expressa no art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido.

“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** (grifo acrescido), macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;*
- ...”*

Este, também, é o entendimento da DITRI, que assim se expressou no Parecer nº 06953/2009, abaixo transcrito.

“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 (grifo acrescido).”

Assim, entendo que a decisão de piso não merece reparo, também neste ponto.

Mantida, portanto, a Infração 05.

Quanto à Infração 07, a conduta autuada foi descrita como “Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, ...”. O Sujeito Passivo alega tratar-se de operações internas de transferência, sem incidência do imposto.

O exame do demonstrativo de débito revela que quase todas as operações (com exceção de dois documentos fiscais) se referem a transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do Sujeito Passivo, as quais se encontram fora do campo de incidência do tributo estadual, conforme já reconheceu este Conselho de Fazenda, que uniformizou este entendimento por meio da Súmula nº 08, cujo enunciado transcrevo abaixo.

“Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.”

Nesse mesmo sentido é o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo enunciado aponta nessa mesma direção, conforme abaixo.

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

Portanto, acolho a alegação recursal e excludo os documentos fiscais referentes a operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, o que reduz o valor lançado, na Infração 07, para R\$234,89, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
Jan/14	R\$ -
Fev/14	R\$ -
Mar/14	R\$ -
Abr/14	R\$ -
Mai/14	R\$ -
Jun/14	R\$ -
Jul/14	R\$ -
Ago/14	R\$ -
Set/14	R\$ -
Out/14	R\$ -
Nov/14	R\$ 140,30
Fev/15	R\$ -
Mar/15	R\$ -
Mai/15	R\$ -
Jun/15	R\$ 94,59
Ago/15	R\$ -
Out/15	R\$ -
Dez/15	R\$ -
TOTAL	R\$ 234,89

Quanto a multa sugerida pelo autuante no percentual de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, de ofício faço o reenquadramento para 60% conforme previsão contida no art. 42, inciso II, alínea "f", da citada lei.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reduzir o valor lançado, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %
1	R\$ 6.449,12	R\$ -	60%
2	R\$ 50.411,04	R\$ -	60%
3	R\$ 713,04	R\$ -	60%
4	R\$ 2.529,47	R\$ -	60%

5	R\$	25.338,09	R\$	-	60%
6	R\$	9.815,13	R\$	-	60%
7	R\$	234,89	R\$	-	60%
8	R\$	24.142,40	R\$	-	60%
9	R\$	-	R\$	50.035,01	-
TOTAL	R\$	119.633,18	R\$	50.035,01	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 300766.0006/18-2, lavrado contra **ATACADÃO DM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 119.633,18**, acrescido da multa de 60% com previsão no art. 42, incisos VII, “a”, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$50.035,01**, prevista no inciso II, “d” do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS