

A. I. Nº - 281077.0012/20-4
AUTUADO - MAXIMUS ATACADISTA E DISTRIB. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI.
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Não caracterizado que o produto amido de milho se encontra incluído na isenção do imposto. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Argumentos defensivos insuficientes para elidir a acusação. Infração mantida. **c)** DOCUMENTOS INIDÔNEOS. Impossibilidade de utilização de créditos fiscais oriundos de notas fiscais canceladas. Infração subsistente. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não impugnado. Acusação mantida. **e)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Acusação reconhecida. Infração subsistente. 2. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Efetuada a exclusão do item referente à bebida ICE 51, constante do Anexo I ao RICMS/BA. Infração parcialmente subsistente. 3. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS EM FUNÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS E/OU DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. Acusação demonstrada analiticamente nos autos e não elidida pelo sujeito passivo. Infração subsistente. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Infração parcialmente subsistente após exclusão de item incluído indevidamente na autuação. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Fato reconhecido pelo autuado. Acusação mantida. 6. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS NA EFD. A presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis só se aplica quando constatada a omissão com base nos registros contábeis do contribuinte. No presente caso, a apuração se deu com base nos exames apenas na EFD. Afastada a exigência do imposto por presunção de omissão de saídas tributáveis, porém, aplicada penalidade por falta de registro na escrita fiscal, com fulcro no Art. 157 do RPAF/BA. Inteligência da Súmula 07 do CONSEF. Arguição de nulidade não acolhida. Infração parcialmente subsistente. 7. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Fato comprovado. Não acolhida a arguição de nulidade. Correta a penalidade aplicada pelo descumprimento da

obrigação principal. Infração mantida. **8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO.** Revisão fiscal levada a efeito pela autuante possibilitou a redução do valor do débito originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de exigência tributária no montante de R\$361.083,97, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

1 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Aquisição de Mercadorias Isentas". Valor lançado R\$10.919,45 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Aquisição de Mercadorias com substituição tributária do ICMS". Valor lançado R\$84.457,44 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

3 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento falso (s) fiscal (s) falso (s) ou inidôneo (s). Demonstrativo: Crédito fiscal indevido oriundo de Documento Fiscal Cancelado - Inidôneo". Valor lançado R\$265,50 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "J" da Lei nº 7.014/96.

4 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICM Sem valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is). Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Utilizou crédito fiscal a maior que o destacado no documento fiscal". Valor lançado R\$4.283,44 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

5 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documentos (s) fiscal (is). Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Destaque de ICMS a maior no documento fiscal". Valor lançado R\$176,81 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

6 - "Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Demonstrativo: Falta de recolhimento ICMS_Mercadorias Tributadas como não Tributadas". Valor lançado R\$33.214,11 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

7 - "O contribuinte recolheu a menor o ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Demonstrativo: Recolhimento a menor de ICMS – EFD". Valor lançado R\$39.391,05 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

8 - "Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Demonstrativo: Débito a menor – Erro na aplicação da alíquota". Valor lançado R\$71.531,94 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

9 - "Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Demonstrativo: Débito a menor – Erro na determinação da base de cálculo". Valor lançado R\$165,10 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

10 – ”Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Demonstrativo: Omissão de saídas – Entradas de mercadorias não registradas”. Valor lançado R\$54.813,78 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

11 – ”Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Demonstrativo: Omissão de saídas – Não registradas saídas de mercadorias”. Valor lançado R\$481,48 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

12 – ”Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Demonstrativo: Substituição_Antecipação Interna – ICMS não antecipado”. Valor lançado R\$61.383,77 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 10 a 17, onde, após tecer considerações iniciais, passou a se reportar a infração 01, citando que utilizou o crédito fiscal concernente aos produtos arroz, feijão, amido de milho, farinha de mandioca, farinha de milho, fécula de mandioca, maizena, milharina e sal. Entretanto, sustentou que o item amido de milho (maizena) é tributado normalmente, portanto, é lícita a utilização do crédito fiscal, apontando a NCM 110.812.00 para o produto amido de milho/maisena que comercializa.

Desta maneira arguiu que a infração 01, no valor de R\$10.919,45, após a dedução dos créditos referentes as aquisições do amido de milho, resta devida a quantia de R\$3.654,77.

No que pertine a infração 02, crédito indevido decorrente de aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, no valor de R\$84.457,44, alegou a existência de alguns produtos que não são da substituição tributária, citando, especificamente, os itens balas, creme confeiteiro, cobertura de chocolate, guara mix, luva descartável, algodão e mochila. Desta maneira, reconheceu como devido apenas o valor de R\$7.246,37.

No que se relaciona a infração 03, utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$265,60 alegou que não existe nota inidônea na medida em que as mesmas foram canceladas.

Já naquilo que se relaciona a infração 04 reconheceu ser devido o valor exigido na ordem de R\$4.283,44.

Em relação a infração 05, que trata de crédito indevido no valor de R\$176,81 decorrente de destaque a maior do imposto nos documentos fiscais, disse que aproveitou os créditos decorrentes de notas fiscais originadas do Distrito Federal com a alíquota de 18%, que representa o crédito indevido.

Naquilo que diz respeito a infração 06, crédito indevido no valor de R\$33.214,11, em razão de haver praticado operações tributáveis como não tributáveis, ponderou que o produto “ICE 51” está no caderno da substituição tributária, cujo imposto foi recolhido na aquisição, razão pela qual as saídas constam o CFOP5405 – CST 60, sem destaque do imposto. Em vista disto pugnou pela exclusão do valor de R\$13.577,49 referente a este produto, reconhecendo como devida a quantia de R\$19.636,62.

A infração 07, onde se exige ICMS no valor de R\$39.391,05 em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos livros e documentos fiscais, argumentou que realizou a apuração do ICMS competência 03/19, mediante levantamento dos créditos e débitos destacados nos documentos fiscais, e, posteriormente, incluiu em sua apuração os ajustes realizados, dentro do arquivo do SPED.

Ponderou, entretanto, que entre esses ajustes, por meio de um arquivo retificador, foi incluído indevidamente um débito no valor de R\$39.391,05, fato este que considera comprovado pelos arquivos originais enviados à SEFAZ e na DMA, bem como, se observado que este valor inexiste

nos documentos fiscais do arquivo.

No tocante à infração 08, onde se exige imposto no montante de R\$71.531,94, por erro na aplicação da alíquota, disse que a autuante considerou a alíquota de 27% para o produto “Vinagre”, porém, a alíquota correta é de 18%.

Quanto a infração 09, no valor de R\$165,10 decorrente de erro na determinação da base de cálculo, disse ser devido o valor exigido.

Naquilo que diz respeito as infrações 10 e 11, que tratam, respectivamente, omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas não registradas, com ICMS exigido no valor de R\$54.813,78, e omissão de saídas de mercadorias referentes a documentos fiscais não registrados nos livros próprios, com imposto exigido na ordem de R\$481,48, ambas com incidência de multa no percentual de 100% prevista no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, disse que, em primeiro lugar, a multa aplicada não merece prosperar, pois, em seu fundamento consta apenas a indicação do inciso, logo, fica impossibilitado de exercer o direito de defesa.

Em seguida disse que se trata de omissão de notas de entradas, situação esta que não impactou no recolhimento do imposto, portanto, se devida a multa, não será no patamar de 100%.

Finalmente, em relação a infração 12, com exigência no montante de R\$61.383,77 por falta de recolhimento do imposto a título de antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, asseverou que as exigências relacionadas aos produtos balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plástico, são indevidas na medida em que tais produtos não estão incluídos na substituição tributária.

Nessa linha de raciocínio disse que procede o valor devido de R\$5.510,96 “*haja vista que o valor total do débito de ST é de R\$55.872,51*”.

Em conclusão pontuou que em face do que expos e tendo em vista que **a integralidade das infrações não se faz devida, dado que o que de fato ocorreu foi desencontro das informações eletrônicas e das análises apresentadas**, requereu seja acolhida e provida a presente Impugnação para reconhecer a Improcedência do Auto de Infração, ou, subsidiariamente, que o mesmo seja convertido em diligência para efeito de verificação dos desencontros citados.

A autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 47 a 54, tendo, inicialmente, apresentado uma síntese dos fatos, e, em seguida, passou a contestar os argumentos defensivos.

Assim é que, em relação a infração 01, disse que o autuado se defendeu dizendo que “*utilizou o crédito dos itens arroz, feijão, amido de milho, farinha de mandioca, farinha de milho, fécula de mandioca, maisena, milharina e sal. Entretanto, discorda ser indevido o crédito do item amido de milho (maizena) pois, segundo ele, é tributado integralmente no Estado da Bahia, logo a empresa poderia utilizar o crédito referente a esse produto por parte da empresa*”.

Neste sentido pontuou que, em sua defesa, o autuado já admite a utilização indevida do crédito destacados nos documentos fiscais de aquisições de arroz, feijão, farinha de mandioca, farinha de milho, fécula de mandioca, feijão, milharina e sal, porém, contesta os valores exigidos em relação às aquisições de amido de milho (maizena) por considerar que esse produto é tributado integralmente neste Estado.

Disse que, pela definição, o amido de milho é a farinha feita do milho usada na culinária ou para o preparo de cremes, como espessante, sendo também usada a palavra maisena, que deriva da marca comercial Maizena, um amido de milho criado nos Estados Unidos em 1842, agora produzido pela empresa multinacional Anglo-Holandesa Unilever e que, segundo o RICMS/BA (Art. 265, II, d) a farinha de milho é isenta:

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)

Com este argumento asseverou que a alegação defensiva em relação ao item amido de milho (maisena) não deve prosperar.

No tocante à infração 02, pontuou que o autuado sustentou que na apuração realizada pela autuante, os itens balas, creme confeiteiro, cobertura de chocolate, guará mix, luva descartável, algodão e mochila não são da substituição tributária e que, por conseguinte, a empresa tem direito ao crédito de R\$7.246,37.

Disse que a alegação defensiva não deve ser acatada pois esses itens contestados estão relacionados no Anexo I do RICMS/BA como mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária:

- Balas (NCM 1806.9) – Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau (todas as balas que constam na apuração da infração contém cacau);
- Creme confeiteiro (NCM 1901.2) – Item 11.14.3 do Anexo I do RICMS/BA - Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final;
- Cobertura de chocolate - não localizado este produto no levantamento fiscal;
- Guará mix (NCM 2202.9) – Item 3.10 do Anexo I do RICMS/BA - é uma bebida não alcoólica, energética composta por 8 elementos: Guaraná, Açaí, Ginseng, Catuaba, Taurina, Cafeína, Inositol e vitaminas;
- Luvas (NCM 4015.19) – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/Ba - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento;
- Algodão (NCM 3005.9) – Item 9.11 do Anexo I do RICMS/Ba - Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos e outros;
- Mochila (NCM 4202.9) – Item 12.5.0 do Anexo I do RICMS/Ba - Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.

Desta forma, sustentou que são devidos, em sua totalidade, os valores exigidos na presente infração.

Ao citar a infração 03 observou que o autuado arguiu a inexistência da infração porque a nota fiscal cancelada não é um documento inidôneo.

Disse que o autuado, na tentativa de se defender, só endossa a irregularidade cometida, o crédito não é devido justamente porque o documento fiscal foi cancelado, sendo assim, por não ser um documento válido, é inidôneo, pois significa que não se refere a uma efetiva saída de mercadoria já que foi cancelado.

Acrescentou que pela legislação é considerado documento inidôneo aquele emitido por pessoa jurídica ou física, contra outra pessoa jurídica ou física, onde não ocorreu o fato mencionado, ou cujas informações inseridas não são a realidade dos fatos, ou uma das partes envolvidas esteja ou não constituída formalmente, mas de fato inexista, esteja desativada, extinta ou baixada por órgão competente, pontuando, ainda, que a utilização de documento inidôneo, seja ele emissor ou tomador, sofrerá sanção tributária, da glosa dos valores utilizados como redutor na base de cálculo de qualquer imposto. Manteve a autuação.

Observou, em seguida, que as infrações 04 e 05 não foram impugnadas.

Quanto a infração 06 disse que a impugnação se limitou ao valor de R\$13.577,49, referente ao produto “ICE 51”, alegando que está no caderno de substituição tributária e afirma que recolheu a ST na sua aquisição.

A este respeito disse que a alegação defensiva procede pois restou comprovado que a bebida ICE 51, NCM 2806.9, é uma bebida refrescante, com teor alcoólico inferior a 8%, consta na relação do

Anexo 01 do RICMS/BA.

Por outro lado, acrescentou que o autuado se creditou do valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição desse produto totalizando R\$7.703,51, razão pela qual deve se abater esse valor creditado indevidamente do valor de R\$13.577,49 contestado, sendo que, no momento da autuação o produto ICE 51 foi enquadrado como tributado.

Em consequência, com as alterações efetuadas, considera que o valor devido da Infração 06 passa a ser R\$27.340,13, conforme Demonstrativo 01.

Ao se referir a infração 07 disse que o autuado nega que tenha realizado débito a menor na apuração do ICMS, porém, não comprovou a inexistência do débito no valor de R\$39.391,05 por ele mesmo escriturado na EFD, razão pela qual manteve a autuação.

Quanto a infração 08 destacou que foi impugnada a alíquota de 27% que aplicou ao item/produto “Vinagre”, quando o correto é 18%. Reconheceu que verificado o equívoco cometido em algumas notas fiscais no levantamento fiscal, refez o demonstrativo da Infração 08, retificando a alíquota do item/produto “Vinagre”, ocasionando, assim, uma redução de R\$48,87 no valor da Infração, conforme Demonstrativo 02.

Destacou, em seguida, que a infração 09 não foi impugnada.

No que diz respeito às infrações 10 e 11 pontuou que o autuado alegou que a multa aplicada não merece prosperar, pois, segundo ele, a falta de indicação da alínea do inciso III do artigo 42 da Lei 7.014/96 que tipificou a multa aplicada o impediu de exercer o direito da defesa.

A este respeito disse que a alegação defensiva não deve prosperar visto que a falta da indicação da alínea não altera o valor da multa, o direito de defesa foi garantido com o enquadramento legal e a tipificação da multa, transcrevendo, em seu socorro, o disposto nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV e 42, ambos da Lei nº 7.014/96.

Observou que o autuado afirmou que a multa é indevida e que caso seja julgada devida não deveria ser no percentual de 100% porque se trata de omissão de notas de entradas e que este fato não teve impacto no recolhimento do imposto.

Considera esta alegação sem fundamento legal, já que omissão de notas de entradas causa impacto no recolhimento do imposto e, de acordo com a legislação do ICMS é fato gerador do imposto, salvo prova em contrário, entradas de mercadorias não registradas, pois presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto é incontestável a aplicação da multa no percentual de 100%

Por fim, em relação a infração 12, ponderou que o autuado contestou os valores exigidos sobre produtos que, segundo o mesmo, não estão sujeitos a substituição tributária: balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plásticos.

A este respeito disse que as balas que constam no levantamento fiscal estão sujeitas a substituição posto que tem na sua preparação cacau, NCM 1806.9 - Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA) - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau.

Quanto ao produto luvas que constam no levantamento fiscal estão sujeitas a substituição, NCM4015.19 – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/BA - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento.

Reconheceu, entretanto, o equívoco em relação a exigência relacionada aos produtos milho, pasta e saco plástico, razão pela qual refez a planilha excluindo estes produtos (Demonstrativo 03), apontando o valor devido para este item na ordem de R\$61.182,27, após as retificações pertinentes.

Em conclusão disse que após as devidas retificações o total do Auto de Infração (valor histórico) passou a ser de R\$354.954,63, de acordo com o quadro abaixo:

Infração	Valor (R\$)	Observação
Infração 01	10.919,45	Mantido valor da Autuação
Infração 02	84.457,44	Mantido valor da Autuação

Infração	03	265,60	Mantido valor da Autuação
Infração	04	4.283,44	Mantido valor da Autuação
Infração	05	176,81	Mantido valor da Autuação
Infração	06	27.340,13	Retificado valor vide Demonstrativo 01
Infração	07	39.391,05	Mantido valor da Autuação
Infração	08	71.478,08	Retificado valor vide Demonstrativo 02
Infração	09	165,10	Mantido valor da Autuação
Infração	10	54.813,78	Mantido valor da Autuação
Infração	11	481,48	Mantido valor da Autuação
Infração	12	61.182,27	Retificado valor vide Demonstrativo 03
Total		354.954,63	

O autuado se pronunciou a respeito da Informação Fiscal, conforme fls. 59 a 63, onde, em relação a infração 01 voltou a afirmar que o item amido de milho (maizena) é tributado integralmente no Estado da Bahia, sendo lícita a utilização do crédito referente a este produto.

Assim, sustentou que o valor desta infração na ordem de R\$10.919,45, com a exclusão do crédito que considera legítimo referente ao amido de milho no valor R\$7.264,68, resta o valor devido de R\$3.654,77.

Citou que o produto amido de milho NCM 11081200, que utiliza, não está na isenção, enquanto que a farinha de milho NCM 1102.2000 (INFORMAÇÃO DA TABELA TIPI) se encontra na isenção prevista pelo art. 265 do RICMS/BA, com o destaque abaixo:

- 1108 PRODUTOS DA INDÚSTRIA DE MOAGEM; MALTE; AMIDOS E FÉCULAS; INULINA; GLÚTEN DE TRIGO.

11081200	
Subposição: Amidos e féculas: Item: Amido de milho	Consultar
Estado selecionado:	Bahia
NCM:	11081200
Capítulo TIPI:	PRODUTOS DA INDÚSTRIA DE MOAGEM; MALTE; AMIDOS E FÉCULAS; INULINA; GLÚTEN DE TRIGO
Posição TIPI:	Amidos e féculas; inulina.
Suposição TIPI:	Amidos e féculas;
Subitem TIPI:	Amido de milho

ICMS Alíquota Interna	
Aliquota Geral	Fundamento Legal
18,00	Lei do ICMS-BA/1996, Capítulo I, Seção V, Sub Seção I, Artigo 15, Inciso I

No que diz respeito a infração 03 voltou a sustentar que pelo fato das notas fiscais terem sido canceladas, não há que se falar de nota fiscal inidônea.

Quanto a infração 05 repetiu o mesmo argumento da defesa inicial.

Em relação a infração 06 disse que o posicionamento da autuante foi parcial visto que o produto ICE 51 está incluído na ST, tendo o imposto sido recolhido por antecipação. Em assim sendo, sustentou que após a exclusão da quantia de R\$13.577,49 referente a este produto, resta devido nesta infração o valor de R\$19.636,62.

Já no que se relaciona a infração 07 disse que realizou a apuração do ICMS na competência 03/2019 mediante os valores indicados nos documentos fiscais de entradas e de saídas, sendo que, posteriormente, incluiu em sua apuração os ajustes que realizou dentro do arquivo do SPED.

Entretanto, ressaltou que dentre os ajustes realizados, por meio de um arquivo retificador, incluiu

um débito no valor de R\$39.391,05 o qual não é devido, sustentando que as DMA e o SPED anexos, comprovam que realizou a apuração do ICMS do mês 03/19 com base nos documentos fiscais e, posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes realizados dentro do SPED, momento este que realizou a inclusão indevida do arquivo retificador.

No tocante as infrações 10, 11 e 12 repetiu os mesmos argumentos já trazidos quando da apresentação da peça defensiva inicial.

VOTO

Das doze imputações apontadas nos presentes autos, as de nº 04 que trata de utilização indevida de crédito fiscal no montante de R\$4.283,44, e a de nº 09, referente a recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$165,10, por erro na determinação do valor da base de cálculo, foram reconhecidas como devidas pelo autuado, enquanto que a infração 05, relacionada à utilização indevida de créditos fiscais no total de R\$176,81, em razão de destaque do imposto a mais no documento fiscal, não houve questionamento do autuado a respeito da mesma, que apenas a reproduziu na peça defensiva. Desta maneira, as infrações 04, 05 e 09 ficam integralmente mantidas.

No mérito, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado, com base no Art. 147, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, por entender que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Assim, é que em relação a infração 01, que versa sobre utilização indevida de créditos fiscais no total de R\$10.919,45, referente a mercadorias consideradas como abarcadas pela isenção do ICMS, o autuado questionou a exigência recaída sobre o item amido de milho (maisena), ao argumento de que se trata de mercadoria tributada normalmente neste Estado.

Sustentou que o amido de milho NCM 11081200, que comercializa, não está na isenção, enquanto que a farinha de milho NCM 1102.2000 (INFORMAÇÃO DA TABELA TIPI), se encontra na isenção prevista pelo art. 265 do RICMS/BA, destacando a posição do produto amido de milho na Tabela do IPI, - 1108 PRODUTOS DA INDÚSTRIA DE MOAGEM; MALTE; AMIDOS E FÉCULAS; INULINA; GLÚTEN DE TRIGO, afixando imagem para demonstrar o referido enquadramento.

A autuante não acolheu o argumento defensivo, pontuando que pela definição, o amido de milho é a farinha feita do milho, usada na culinária para o preparo de cremes, como espessante, sendo também usada a palavra maisena, que deriva da marca comercial Maizena, um amido de milho criado nos Estados Unidos em 1842, agora produzido pela empresa multinacional Anglo-Holandesa Unilever e que, segundo o RICMS/BA (Art. 265, II, d), a farinha de milho é isenta.

Analizando os argumentos supra, verifiquei, inicialmente, que o Art. 265, II, “d” do RICMS/BA, considera como isentas as saídas internas de “*sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho*”, de acordo com o previsto no Convênio ICMS 224/17, que em sua Cláusula primeira autoriza os Estados signatários na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica.

À luz do quanto acima exposto, torna-se necessário saber se farinha de milho é o mesmo que amido de milho, consoante sustentado pela autuante e contestado pelo autuado.

De imediato vejo que a farinha de milho, que consta expressamente na isenção do ICMS prevista no Art. 265, II, “d” do RICMS/BA, possui a NCM1102.20.00, enquanto que o amido de milho possui a NCM 1108.12.00, portanto, de acordo com a TIPI, são produtos diferentes. Convém aqui ressaltar que não está comprovado nestes autos que o produto Amido de Milho - Maisena integra a cesta básica.

Entendo que a autuante deveria ter verificado qual o tratamento tributário dado pelo autuado em relação às saídas deste produto, se foi tributado normalmente ou não, para a partir daí, efetuar um

levantamento para se obter qual a repercussão tributária do procedimento utilizado pelo mesmo, no tocante às operações de entradas e às de saídas do mesmo produto.

Desta maneira, não estou convencido de que o amido de milho (maisena) é o mesmo produto que farinha de milho, consoante sustentado pela autuante, razão pela qual, considero que deve ser excluído da autuação, remanescendo, portanto, subsistente parcialmente a infração 01 no valor de R\$3.654,77, consoante demonstrado à fl. 13.

No que diz respeito à infração 02, onde se exige ICMS no montante de R\$84.457,44, em razão da utilização indevida de créditos fiscais oriundos de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o autuado, na peça defensiva inicial, alegou a existência de alguns produtos que não são da substituição tributária, citando especificamente os itens balas, creme confeiteiro, cobertura de chocolate, guarda mix, luva descartável, algodão e mochila, reconhecendo como devido apenas o valor de R\$7.246,37.

Quando da sua Informação Fiscal, a autuante manteve a totalidade da exigência, enfrentando e demonstrando de forma individualizada, que todas as mercadorias questionadas pelo autuado estão incluídas na substituição tributária, consoante abaixo:

- Balas (NCM 1806.9) – Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau (todas as balas que constam na apuração da infração contém cacau);
- Creme confeiteiro (NCM 1901.2) – Item 11.14.3 do Anexo I do RICMS/BA - Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final;
- Cobertura de chocolate - não localizado este produto no levantamento fiscal;
- Guarda mix (NCM 2202.9) – Item 3.10 do Anexo I do RICMS/Ba - é uma bebida não alcoólica, energética composta por 8 elementos: Guaraná, Açaí, Ginseng, Catuaba, Taurina, Cafeína, Inositol e vitaminas;
- Luvas (NCM 4015.19) – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/Ba - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento;
- Algodão (NCM 3005.9) – Item 9.11 do Anexo I do RICMS/Ba - Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos e outros;
- Mochila (NCM 4202.9) – Item 12.5.0 do Anexo I do RICMS/Ba - Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.

Considerando que o autuado, quando se pronunciou a respeito da Informação Fiscal não mais questionou a inclusão dos itens acima na autuação, acolho o posicionamento da autuante, ficando, portanto, mantida a infração 02 no valor de R\$84.457,44.

A infração 03 reclama ICMS no valor de R\$265,60, decorrente de utilização de créditos fiscais oriundos de notas fiscais canceladas, razão pela qual foram considerados documentos fiscais inidôneos.

A autuante manteve o lançamento, ao argumento de que o autuado, na tentativa de se defender, só endossou a irregularidade cometida, pois o crédito não é devido justamente porque o documento fiscal foi cancelado, sendo assim, por não ser um documento válido, é inidôneo, pois significa que não se refere a uma efetiva saída de mercadoria, já que foi cancelado.

Assiste razão à autuante, na medida em que os arts. 31 e 44, II, “e” da Lei nº 7.014/96, respaldam a autuação, já que, em se tratando de documentos cancelados, a operação de saída da mercadoria não se concretizou, sendo, desta forma, impossível a utilização de créditos fiscais oriundos de documentos cancelados.

Mantida a infração 03 no valor de R\$265,60.

No que diz respeito à infração 06, onde se exige ICMS no valor de R\$33.214,11, em razão da escrituração de mercadorias tributáveis consideradas como não tributáveis, a alegação defensiva

foi no sentido de que o produto “ICE 51” está incluído na substituição tributária, cujo imposto foi recolhido nas aquisições, razão pela qual, nas saídas consta o CFOP 5405 – CST 60, sem destaque do imposto, pugnando assim pela exclusão do valor de R\$13.577,49, referente a este produto, reconhecendo, porém, como devida a quantia de R\$19.636,62.

A autuante, em sua Informação Fiscal, disse que a alegação defensiva procede, pois restou comprovado que a bebida ICE 51, NCM 2806.9, é uma bebida refrescante, com teor alcoólico inferior a 8%, e consta na relação do Anexo 01 do RICMS/BA.

Entretanto, acrescentou que o autuado se creditou do valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições desse produto, totalizando R\$7.703,51, razão pela qual deve se abater esse valor creditado indevidamente do valor de R\$13.577,49, contestado, sendo que ao seu entender, **no momento da autuação o produto ICE 51 foi enquadrado como tributado**.

Em consequência, com as alterações efetuadas, considera que o valor devido da Infração 06 passa a ser R\$27.340,13, conforme Demonstrativo 01, fl. 53.

Analizando os fatos expostos, vejo que não pode prevalecer o entendimento da autuante para se exigir nesta infração a quantia de R\$27.340,13, visto que não se pode considerar como tributado normalmente um produto que está sujeito à substituição tributária. Além do mais, a autuação foi de falta de recolhimento do ICMS ST, e como o produto teve o imposto pago por antecipação, deve-se apenas excluir a parcela exigida sobre este produto, não se podendo acrescer o valor de R\$7.703,51, que teria sido resultante de créditos indevidos relativos às aquisições deste produto, situação esta que deveria ter sido objeto de outra exigência em lançamento apartado.

De maneira que a infração 06 é parcialmente subsistente, sendo R\$1.828,85 para o exercício de 2018, e R\$17.807,77 referente ao exercício de 2019, totalizando o débito na quantia de R\$19.636,62, consoante está demonstrado à fl. 53.

A infração 07 trata da exigência no valor de R\$39.391,05, no mês de março/19, em razão de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em livros e documentos fiscais, em declarações econômicos fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

O argumento defensivo foi no sentido de que realizou a apuração do ICMS na competência 03/2019, mediante os valores indicados nos documentos fiscais de entradas e de saídas, sendo que posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes que realizou dentro do arquivo do SPED. Ressaltou, que dentre os ajustes realizados por meio de um arquivo retificador, incluiu um débito no valor de R\$39.391,05, o qual não é devido, sustentando que as DMA e o SPED anexos, comprovam que realizou a apuração do ICMS do mês 03/19 com base nos documentos fiscais, e posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes realizados dentro do SPED, momento este em que realizou a inclusão indevida do arquivo retificador.

A autuante manteve a exigência tributária, pontuando que o autuado nega que tenha realizado débito a menor na apuração do ICMS, porém, não comprovou a inexistência do débito no valor de R\$39.391,05, por ele mesmo escriturado na EFD.

Para chegar a esta conclusão, a autuante elaborou uma planilha a título de reconstituição da conta corrente fiscal do autuado referente aos meses de janeiro a março/2019, tendo lançado o débito no mês de janeiro/19 o referido valor, a título de “ajuste do débito referente redução na base de cálculo incorreta”, o qual só repercutiu na apuração do mês de março/19, visto que os meses anteriores apresentaram saldos credores.

Analizando as DMA e os recibos de entrega da EFD apresentados pelo autuado, fls. 18 a 23, não vislumbrei o referido valor na sua composição, pelo menos com a indicação acima. Entretanto, o autuado confessou que incluiu esse valor de R\$39.391,05 de forma indevida, porém, não comprovou o motivo da sua inclusão e não trouxe aos autos explicação ou comprovação de que tal valor é indevido.

Convém aqui destacar, que a autuação apesar de considerar como fato gerador o ocorrido no mês

de março/19, a origem da ocorrência se deu no mês de janeiro/19, consoante acima assinalado, porém, a repercussão tributária sucedeu no mês de março/19, diferentemente do quando assinalado pelo autuado, no sentido de que realizou a apuração do ICMS do mês 03/19 com base nos documentos fiscais, e posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes realizados dentro do SPED, momento este, em que realizou a inclusão indevida do arquivo retificador.

Considerando que o lançamento está demonstrado pela autuante na planilha “*Recolhimento a menor de ICMS - EFD*”, enquanto que as justificativas trazidas pelo autuado são insuficientes para afastar a acusação, julgo subsistente a infração 07.

No que diz respeito à infração 08, onde foi lançado ICMS no montante de R\$71.531,94, sob a acusação de que houve aplicação incorreta da alíquota incidente nas operações realizadas, o argumento defensivo foi direcionado apenas ao produto “Vinagre”, considerado pela autuante com a alíquota de 27%, quando defende ser de 18%.

A autuante, quando da Informação Fiscal, acolheu o argumento defensivo citando que verificado o equívoco cometido em algumas notas fiscais no levantamento fiscal, refez o demonstrativo da Infração 08, retificando a alíquota do item/produto “Vinagre”, ocasionando assim uma redução de R\$48,87 no valor da Infração, conforme Demonstrativo 02.

O autuado, quando da sua manifestação a respeito da Informação Fiscal, não mais voltou a se pronunciar quanto a esta infração, razão pela qual, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante e julgo a infração 08 parcialmente subsistente no valor de R\$71.478,08, de acordo com o demonstrativo constante à fl. 54.

A infração 10 reclama ICMS no montante de R\$54.813,78, mais multa de 100%, sob a acusação de entradas de mercadorias não registradas.

A defesa arguiu que a multa aplicada não merece prosperar, pois consta apenas a indicação do inciso, por isso não foi possível exercer seu direito de defesa. A este respeito, a autuante disse que a alegação defensiva não deve prevalecer, visto que a falta da indicação da alínea não altera o valor da multa, o direito de defesa foi garantido com o enquadramento legal e a tipificação da multa, transcrevendo em seu socorro, o disposto nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV e 42, inciso III, ambos da Lei nº 7.014/96.

Esta é uma questão que deveria ter sido apreciada em preliminar, já que a rigor, significa um argumento que poderia resultar em nulidade ou não do lançamento. Entretanto, ante a repercussão e a abrangência da imputação, optei por examinar a acusação em um todo, no bojo do mérito, o que passo a fazer.

Observou também o autuado que a multa é indevida, e que caso seja julgada devida, não deveria ser no percentual de 100%, porque se trata de omissão de notas de entradas, e que este fato não teve impacto no recolhimento do imposto, alegação esta considerada pela autuante sem fundamento legal, já que ao seu entendimento, omissão de notas de entradas causa impacto no recolhimento do imposto, e de acordo com a legislação do ICMS, é fato gerador do imposto, sendo que salvo prova em contrário, entradas de mercadorias não registradas, se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, tornando incontestável a aplicação da multa no percentual de 100%.

Quanto à questão da indicação da multa com a citação apenas do inciso, no caso presente, a alínea cabível seria a “d”, que corresponde a entradas de mercadorias não registradas. Entretanto, este fato não é motivo para nulidade do lançamento, visto que a acusação está posta de forma compreensível, com demonstração clara dos fatos apurados, não causando qualquer cerceamento ao direito de defesa do autuado. Afasto, portanto, a nulidade suscitada.

Dito isto, vejo que a legislação tributária estadual, através do Art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, assim se apresenta:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

(...)

Observe-se que a ótica da norma legal acima posta está voltada para questões eminentemente de ordem contábil, ao se referir a presunções de omissões de saídas de mercadorias.

Na situação em tela, o levantamento fiscal ocorreu exclusivamente sob a ótica fiscal, consoante está declarado no título da planilha base para a autuação: “*Omissão de saídas – Entradas mercadorias não registradas – Lista das notas fiscais eletrônicas não escrituradas na EFD*”.

Neste caso, já existe jurisprudência consolidada neste CONSEF, através da sua Súmula nº 07, que traz em seu enunciado: “*Não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso, IV, do §4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória*”.

Ora, como não houve qualquer exame pela autuante na escrita contábil do autuado para certificar que as notas fiscais, objeto da autuação, não se encontram nela registradas, até porque se trata de um estabelecimento filial, cuja matriz se encontra situada em outra Unidade Federativa, concluo que a presunção de omissão de saídas consideradas pela autuante, neste caso não se aplica, razão pela qual, invoco a regra constante no Art. 157 do RPAF/BA, para afastar a exigência do imposto e aplicar a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas pelo autuado em sua EFD, no valor de R\$3.044,85, conforme demonstrativo abaixo:

Demonstrativo do débito - Infração 10		
Mês/Ano	B. Cálculo	Multa 1%
jun/18	11.895,83	118,96
jul/18	110.532,94	1.105,33
ago/18	13.285,06	132,85
set/18	10.963,94	109,65
out/18	11.547,22	115,47
nov/18	16.485,17	164,85
dez/18	28.910,56	289,11
jan/19	10.467,22	104,67
fev/19	2.991,56	29,92
mar/19	2.316,67	23,17
abr/19	2.412,33	24,12
mai/19	5.305,22	53,05
jun/19	21.548,61	215,49
jul/19	23.265,89	232,66
ago/19	5.151,44	51,15
set/19	5.045,11	50,45
out/19	11.677,23	116,77
nov/19	3.973,83	39,74
dez/19	6.744,06	67,44
TOTAL	304.519,89	3.044,85

Quanto à infração 11, trata de omissão de saídas de mercadorias decorrente da falta de escrituração de notas fiscais de saídas nos livros fiscais, com exigência de imposto no valor de

R\$ 481,48, apesar de se tratar de questão diferente da anterior, a defesa foi efetuada conjuntamente com o item anterior, com os mesmos argumentos.

Assim, consoante já assinalado anteriormente, não há qualquer motivação para decretação da nulidade da infração, o fato apurado está devidamente demonstrado, oferecendo ao autuado todos os meios necessários à defesa, a penalidade aplicada é a legalmente prevista no percentual de 100%, razão pela qual julgo subsistente a infração 11, pelo fato de se referir à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente de notas fiscais de saídas não escrituradas, fato este ignorado pela defesa.

Por fim, a infração 12 cuida da falta de pagamento de ICMS por antecipação, com exigência no valor de R\$61.383,77.

Alegou o autuado, que as exigências relacionadas aos produtos balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plástico, são indevidas, na medida em que tais produtos não estão incluídos na substituição tributária, razão pela qual sustentou que procede o valor devido de R\$5.510,96, *"haja vista que o valor total do débito de ST é de R\$55.872,51"*.

A autuante ponderou que o autuado contestou os valores exigidos sobre produtos, que segundo o mesmo não estão sujeitos à substituição tributária: balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plásticos. A este respeito, disse que as balas que constam no levantamento fiscal estão sujeitas à substituição, posto que têm na sua preparação cacau, NCM 1806.9 - Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau.

Quanto ao produto “luvas”, que consta no levantamento fiscal, está sujeito à substituição, NCM4015.19 – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/BA - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento.

Reconheceu, entretanto, o equívoco em relação à exigência relacionada aos produtos milho, pasta e saco plástico, razão pela qual refez a planilha excluindo estes produtos, e apresentando novo demonstrativo de débito no valor retificado no valor de R\$61.182,27, conforme abaixo, o qual acolho, tendo em vista que não houve insurgência por parte do autuado quando da sua manifestação:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – INFRAÇÃO 12

2018	5	0,32	0,00	0,00	0,32
2018	6	8.589,39	0,00	0,00	8.589,39
2018	7	8.325,58	0,00	0,00	8.325,58
2018	8	7.529,24	0,00	0,00	7.529,24
2018	9	6.216,61	0,00	0,00	6.216,61
2018	10	3.067,09	0,00	0,00	3.067,09
2018	11	4.490,59	0,00	0,00	4.490,59
2018	12	3.684,22	0,00	0,00	3.684,22
Total em 2018 -->		41.903,04	0,00	0,00	41.903,04
2019	1	64,74	0,00	0,00	64,74
2019	2	310,07	0,00	0,00	310,07
2019	3	627,08	0,00	0,00	627,08
2019	4	1.473,94	0,00	0,00	1.473,94
2019	5	1.531,46	0,00	0,00	1.531,46
2019	6	547,86	0,00	0,00	547,86
2019	7	16,73	0,00	0,00	16,73
2019	8	1.050,87	0,00	0,00	1.050,87
2019	9	833,24	0,00	0,00	833,24
2019	10	4.526,16	0,00	0,00	4.526,16
2019	11	4.935,22	0,00	0,00	4.935,22
2019	12	3.361,86	0,00	0,00	3.361,86
Total em 2019 -->		19.279,23	0,00	0,00	19.279,23

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de

R\$288.217,51, com a configuração abaixo do débito:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO		
Inf. 01	3.654,77	P. Parte
Inf. 02	84.457,44	Procedente
Inf. 03	265,60	Procedente
Inf. 04	4.283,44	Procedente
Inf. 05	176,81	Procedente
Inf. 06	19.636,62	P. Parte
Inf. 07	39.391,05	Procedente
Inf. 08	71.478,08	P. Parte
Inf. 09	165,10	Procedente
Inf. 10	3.044,85	P. Parte
Inf. 11	481,48	Procedente
Inf. 12	61.182,27	P. Parte
TOTAL	288.217,51	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281077.0012/20-4, lavrado contra **MAXIMUS ATACADISTA E DISTRIB. DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$285.172,66**, acrescido das multas de 60% sobre R\$284.425,58, e de 100% sobre R\$747,08, previstas no Art. 42, incisos VII “a”, II “a” e “b”, IV “j” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.044,85**, com previsão no inciso IX do referido dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR