

A. I. N° - 300766.0010/22-8  
AUTUADO - KENIO SUPERMERCADO LTDA.  
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA  
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/03/2023

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0019-03/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, sendo vedado utilizar crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias isentas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2022, refere-se à exigência de R\$ 156.800,09 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.002.003: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 13 a 21 do PAF. Inicialmente, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e encaminhadas ao endereço constante do rodapé da defesa.

Reproduz a descrição da infração e alega que a Autuante relacionou equivocadamente no seu demonstrativo que fundamentou a acusação, Notas Fiscais nº 6100, 6377, 6796, 11608, 27620, 131699, 135512, 614670, 319098, 324176, 328519, 333451, 342164, 346640, 349409, 355548, 361339, 367953, 369530, 342740, 377618, 378900, 389074, 394105, 398011, 401606, 407772, 410382, 423559, 423560, 429769, 432935, dentre outras, contendo mercadorias tributadas normalmente (CST 000).

Diz que a autoridade fiscal não se atentou que o Decreto nº 13.780/2012, em seu artigo 265, traz um rol taxativo de mercadorias que são isentas de tributação, no entanto, não faz constar a mercadoria FLOCÃO DE MILHO, em consonância com o Convênio ICMS 224/2017, que também apresenta seu rol taxativo, deixando de constar a referida mercadoria.

Afirma que há diferença técnica entre fubá e farinha de milho no processo de produção, já que para produzir o flocão, a farinha de milho é hidratada, triturada e depois torrada resultando em flocos espessos. Já no fubá o 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.

Entende que essa Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir sobre lavratura do Auto de Infração em apreço, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Reproduz o art. 2º do RPAF-BA, ressaltando que tal dispositivo nos remete aos princípios de direito invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o Estado de Direito. Sendo

assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Menciona o art. 112 do Código Tributário Nacional, e diz que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Diz que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Registra que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de *aplicador das leis*, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Assim como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Frisa que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, que transcreveu.

Diz que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. A função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Conclui que não podem prosperar as imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público.

É por isso, que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

No item DA FALTA DE MOTIVO, alega que ao analisar as mercadorias arroladas pela autoridade fiscal no seu demonstrativo, a exemplo das Notas Fiscais nº 6100, 6377, 6796, 11608, 27620, 131699, 135512, 614670, 319098, 324176, 328519, 333451, 342164, 346640, 349409, 355548, 361339, 367953, 369530, 342740, 377618, 378900, 389074, 394105, 398011, 401606, 407772, 410382, 423559, 423560, 429769, 432935 (Doc. 04), são mercadorias tributadas normalmente (CST 000), não justificando, portanto, a infração imputada pela autoridade fiscal.

Diz que a autoridade fiscal não se atentou que o Decreto nº 13.780/2012, em seu artigo 265, traz um rol taxativo de mercadorias que são isentas de tributação, no entanto, não faz constar a mercadoria FLOCÃO DE MILHO, em consonância com o Convênio ICMS 224/2017, que também apresenta seu rol taxativo, deixando de constar a referida mercadoria.

Diz que a legislação, há diferença técnica entre fubá e farinha de milho flocada no processo que os grãos passam antes de chegar ao consumidor, para produção do flocão, a farinha de milho é hidratada, triturada e depois torrada. O resultado são flocos espessos. Já no fubá o 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.

Afirma que, nesse sentido esse CONSEF já decidiu no julgamento do ACÓRDÃO CJF Nº 0322-12/19.

Ressalta que falta motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, porque o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Sobre o tema, reproduz ensinamento de Seabra Fagundes.

Afirma que não havia motivo para que a Autuante lavrasse o auto de infração, pelo menos no que se relaciona a “suposta” infração que ora contesta e este é o entendimento do CONSEF. Cita o ACÓRDÃO JJF Nº 0041-04/14 reproduzindo a ementa.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, requer a improcedência do presente Auto de Infração.

Com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, reitera o pedido de que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da defesa, tudo em razão da celeridade processual.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 76 a 79 dos autos. Diz que o presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total (valor histórico) de R\$ 156.800,09, relativo à uma única infração, descrita na inicial deste PAF como utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Acompanham esta infração demonstrativos de cálculo, contidos no CD, em anexo às fls. 09, do PAF, encaminhado em arquivo, via DT-e, conforme cópia às fls. 10 e 11, do PAF, onde são apontadas as irregularidades, bem como, suas bases de cálculo para a apuração do imposto reclamado, conforme enquadramento do RICMS/2012.

Registra que na defesa, o Autuado alega que no demonstrativo dessa infração foram relacionadas equivocadamente as seguintes notas fiscais: “6100, 6377, 6796, 11608, 27620, 131699, 135512, 614670, 319098, 324176, 328519, 333451, 342164, 346640, 349409, 355548, 361339, 367953, 369530, 342740, 377618, 378900, 389074, 394105, 398011, 401606, 407772, 410382, 423559, 423560, 429769, 432935, contendo mercadorias tributadas normalmente”.

A defesa acusa que não há, “taxativamente”, no Art. 265, do RICMS, no rol das mercadorias isentas, o produto “FLOCÃO DE MILHO”; alegando que existe diferença “técnica” entre fubá, farinha de milho, flocos e flocão de milho.

Depois, o Contribuinte cita caso de mercadorias Isentas nas Operações de Saídas Internas, conforme alíneas “b”, “c” e “d”, inciso II, Art. 265, do RICMS/2012. Cita um ACÓRDÃO CJF Nº 0322-12/19 o qual fala de isenção ou redução da base de cálculo em 100% das mercadorias FLOCOS e FLOCÃO DE MILHO, onde o relator fala sobre a prudência em pesquisar se tais mercadorias são sinônimas de FUBÁ e FARINHA DE MILHO, e também, se FLOCOS e FLOCÃO DE MILHO são a mesma coisa.

Diz que o Defendente cita depois, outro ACÓRDÃO JJF Nº 0041-04/14 sobre nulidade e cerceamento de direito de defesa. Por fim, pede a Improcedência do Auto de Infração.

Informa que todas as infrações cometidas foram levantadas e demonstradas neste PAF em conformidade com o enquadramento da Legislação do Estado da Bahia. Por isso, o não concorda com o comentário de nulidade do Auto de Infração, afirmando não desobedeceu ao que preceitua o art. 18 do RPAF, Decreto Nº 7.629/1999, ou seja, foi lavrado por servidor competente; foram entregues ao Contribuinte, via DT-e, cópia do AI e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido; o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário; e ainda, o Sujeito Passivo é legítimo.

Esclarece que na maioria das NF-e citadas pelo Impugnante relaciona os produtos CUSCUZ, FLOCÃO DE MILHO, FUBÁ e FARINHA DE MILHO. Na nota fiscal nº 6796, além do Flocão de milho, consta a mercadoria FEIJÃO.

Informa que no levantamento que comprova a utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, constam os seguintes produtos: ARROZ, BROCOLIS, COUVE FLOR, CUSCUZ, FARINHA DE MILHO, FEIJÃO, FLOCAO DE MILHO, FUBÁ DE MILHO, OVOS DE CODORNA, SAL e VASILHAME. BROCOLIS e COUVE FLOR (produtos hortifrutícolas) – são casos de isenção amparados pelo Art. 265, I, “a”, do RICMS/2012. ARROZ e FEIJÃO – Alínea “c”, inciso II, Art. 265, do RICMS/2012. OVOS DE CODORNA – enquadrado na isenção do Art. 264, III, “a”, do RICMS/2012. VASILHAME – isenção protegida pelo Art. 265, XXX. O Art. 265, II, d, do RICM/2012, cita especificamente isenção para os produtos: sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho.

Registra que nas razões de defesa o Autuado lança a dúvida se os produtos CUSCUZ e FLOCÃO DE MILHO seriam iguais aos produtos FUBÁ DE MILHO e FARINHA DE MILHO. Para esclarecer a questão, menciona o Parecer Nº 26071/2015 da Consulta Tributária transcrita abaixo:

“EMENTA: ICMS. 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 RICMSBA/12, art. 265, inciso II, "d". (...) ”

RESPOSTA: Ao dispor sobre o benefício fiscal da isenção do imposto, o RICMS-BA (Decreto 13.780/2012), vigente a partir de 1º de abril de 2012, assim estabelece em seu art. 265, inciso II, alínea "d" : '

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

I - as saídas internas de:

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;" Observe-se, portanto, que o dispositivo supra transcrito não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, conduzindo ao entendimento de que todas as espécies dos referidos produtos estão incluídas no benefício ali disciplinado, ou seja, a partir de 1º de abril de 2012 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, incisa II, "d".

As saídas internas dos produtos citados pela Consulente, portanto, estão amparadas pelo benefício referido, visto que se tratam de espécies diversas da farinha e do fubá de milho.”

Para comprovar, a isenção dos produtos CUSCUZ e FLOCÃO DE MILHO, todas as operações de saídas internas dessas mercadorias foram escrituradas corretamente pelo Autuado sem tributação, conforme, transcrição, por amostragem, do seu livro de Saídas.

Diante do exposto, pede a procedência do presente Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 156.800,09 e acréscimos tributários devidos.

A Sessão de Julgamento realizada por videoconferência, foi acompanhada pela Dra. Jéssica da Silva Cordeiro – OAB/BA Nº 52.763. Também foi realizada sustentação oral pela Autuante, a Auditora Fiscal Lucimar Rodrigues Mota.

## VOTO

O Defendente alegou que não podem prosperar as imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público. Disse que há falta motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, porque o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.



Observo que no presente Auto de Infração não se constatou prejuízo ao defendente, considerando que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em sua impugnação.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação; o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal,

O motivo da autuação encontra-se descrito na acusação fiscal: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, não se constatou ausência dos requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF-BA/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme demonstrativo às fls. 06 a 09 do PAF.

O Defendente alegou que a Autuante relacionou equivocadamente no seu demonstrativo que fundamentou a acusação, Notas Fiscais nº 6100, 6377, 6796, 11608, 27620, 131699, 135512, 614670, 319098, 324176, 328519, 333451, 342164, 346640, 349409, 355548, 361339, 367953, 369530, 342740, 377618, 378900, 389074, 394105, 398011, 401606, 407772, 410382, 423559, 423560, 429769, 432935, dentre outras, contendo mercadorias tributadas normalmente (CST 000).

Disse que a autoridade fiscal não se atentou que o RICMS-BA/2012, em seu artigo 265, traz um rol taxativo de mercadorias que são isentas de tributação, no entanto, não faz constar a mercadoria FLOCÃO DE MILHO, em consonância com o convênio ICMS 224/2017, que também apresenta seu rol taxativo, deixando de constar a referida mercadoria.

Afirmou que há diferença técnica entre fubá e farinha de milho no processo de produção, já que para produzir o flocão, a farinha de milho é hidratada, triturada e depois torrada resultando em flocos espessos. Já no fubá o 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.

A Autuante informou que na maioria das NF-e citadas pelo impugnante relaciona os produtos CUSCUZ, FLOCÃO DE MILHO, FUBÁ e FARINHA DE MILHO. Na nota fiscal nº 6796, além do Flocão de milho, consta a mercadoria FEIJÃO.

Disse que no levantamento fiscal referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, constam os seguintes produtos: ARROZ, BROCOLIS, COUVE FLOR, CUSCUZ, FARINHA DE MILHO, FEIJÃO, FLOCAO DE MILHO, FUBÁ DE MILHO, OVOS DE CODORNA, SAL e VASILHAME. BROCOLIS e COUVE FLOR (produtos hortifrutícolas) – são casos de isenção amparados pelo art.

265, I, “a”, do RICMS/2012. ARROZ e FEIJÃO – alínea “c”, inciso II, art. 265, do RICMS/2012. OVOS DE CODORNA – enquadrado na isenção do art. 264, III, “a”, do RICMS/2012. VASILHAME – isenção protegida pelo art. 265, XXX.

Ressaltou que o art. 265, II, d, do RICM/2012, cita especificamente isenção para os produtos: sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho. Em relação à isenção dos produtos CUSCUZ e FLOCÃO DE MILHO, todas as operações de saídas internas dessas mercadorias foram escrituradas corretamente pelo Autuado sem tributação, conforme, transcrição, por amostragem, do seu livro de Saídas.

Para melhor entendimento da matéria em análise, vale reproduzir o mencionado dispositivo do RICMS-BA e esclarecimentos quanto à definição de farinha de milho, fubá e flocão.

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);

FARINHA DE MILHO e FUBÁ são a mesma coisa: produto obtido a partir da moagem do grão de milho, posteriormente passado por uma peneira.

FUBÁ: produto composto por grãos médios, no qual o grão de milho degerminado é moído. É um tipo de farinha que absorve mais água, por ter flocos mais finos.

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. 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

Portanto, para obter o flocão é necessário passar o milho por um processo de laminação para alcançar o formato de flocos e logo depois para uma etapa de pré-cozimento.

Sobre a mercadoria “Flocão de Milho”, vale reproduzir o entendimento esposado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal desse CONSEF, por meio do ACÓRDÃO CJF nº 0236-12/20-VD. Do voto do relator foi extraído o trecho a seguir reproduzido:

*“produto Flocão de Milho. Este produto realmente é isento, não por ser fubá de milho, que é uma farinha moída mais fina utilizada em bolos, angus e polentas, mas por ser farinha de milho, produto inserto no Art. 265, II, “d”, do RICMS/12. Afinal, não é porque é uma farinha de milho flocada, conforme a descrição constante das suas embalagens, que deixa de ser uma farinha de milho”.*

Vale destacar que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, em especial o RICMS-BA/2012 e a Lei 7.014/96, e o levantamento fiscal foi efetuado de acordo com os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, estabelecidos na legislação, anteriormente mencionados.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte, considerando que, no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

Com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, o Defendente requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da defesa, tudo em razão da celeridade processual.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0010/22-8**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 156.800,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA