

A. I. Nº - 294888.0005/22-2
AUTUADO - TRI STAR SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - DAT SUL - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/04/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0068-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A infração restou caracterizada, pois há vedação à utilização de Crédito Fiscal decorrente de aquisições de mercadorias submetidas à substituição tributária. No período autuado as massas de arroz se encontravam sujeitas a Antecipação Tributária Total, com encerramento de tributação. Infração mantida. b) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Os produtos canjiquinha e creme de milho, se apresentam como isentos, na forma do entendimento em inúmeros Pareceres da DITRI/SEFAZ, além de decisões deste Conselho, não permitindo qualquer apropriação de Crédito Fiscal, sendo considerados aqueles tomados como indevidos, o que garante a manutenção da infração. c) CRÉDITO DECORRENTE DA APROPRIAÇÃO DO ADICIONAL DO FUNCEP. Não acolhida a tese defensiva, à vista do entendimento das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF. Infração mantida. d) DESTAQUE EM VALOR SUPERIOR AO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida pela defesa. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Infração não contestada. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. a) Infração reconhecida pela defesa. b) BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Levantamento realizado com base nos livros e documentos fiscais emitidas pela própria empresa autuada. A alegação defensiva não se sustenta, tendo em vista não estarem os produtos elencados inseridos em regra de redução de base de cálculo. Infração procedente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. A retirada do levantamento de produtos comprovadamente destinados a embalagem, reduz o valor da exação. Infração parcialmente subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A exigência da antecipação parcial decorre da previsão legal contida no artigo 12-A da Lei 7.014/96. Não

comprovada que as saídas subsequentes das mercadorias foram tributadas normalmente, nem a cobrança incidente sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária. Infração mantida. 6. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. Infração não contestada pelo sujeito passivo. 7. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. Comprovado que os arquivos da EFD dos meses de março e abril de 2018 foram transmitidos no prazo concedido pela Fiscalização, a infração subsiste parcialmente. Não acolhida a arguição preliminar. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 31 de março de 2022 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 175.927,63, além de multas de 60% e por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **001.002.006**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, ocorrência lançada em janeiro, fevereiro, maio a outubro e dezembro de 2018, janeiro a maio, agosto a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, totalizando R\$ 6.545,90, bem como multa de 60%.

Infração 02. **001.002.026**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, nos meses de janeiro, maio a outubro e dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020. Totaliza a infração R\$ 17.265,20, sugerida multa de 60%.

Infração 03. **001.002.028**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, sendo apurado imposto de R\$ 2.473,73, multa de 60%, nos meses de janeiro, maio a outubro e dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020.

Infração 04. **001.002.040**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de setembro de 2018, março, outubro a dezembro de 2019, janeiro a julho de 2020, no valor de R\$ 3.586,16, multa de 60%.

Infração 05. **002.001.001**. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro e novembro de 2019. Imposição resultante: R\$ 53.211,86. Multa de 60%.

Infração 06. **003.002.002**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de

janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, importando a exação em R\$ 7.556,69. Multa de 60%.

Infração 07. **003.002.005**. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, sendo lançado imposto igual a R\$ 3.439,87, multa de 60%, para os meses de agosto e setembro de 2018, fevereiro, maio, julho a setembro de 2020.

Infração 08. **006.005.001**. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, resultando em lançamento de R\$ 428,94, e multa de 60%, em julho de 2018, março a junho de 2019.

Infração 09. **007.015.002**. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro, julho, agosto e dezembro de 2018, janeiro, abril, agosto a novembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, no total de R\$ 62.245,13, multa de 60%.

Infração 10. **016.005.011**. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS), resultando em lançamento de R\$ 140,00, para o mês de dezembro de 2020.

Infração 11. **016.014.003**. Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, que totaliza R\$ 19.034,15, para os meses de março a maio de 2018.

A autuada, por intermédio de seu procurador devidamente constituído nos termos do instrumento de fl. 313, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 302 a 310, onde argumenta, após reproduzir as infrações, que o Termo de Ciência, documento anexo, cita que os demonstrativos em meio magnético se encontravam à disposição do contribuinte, na Inspetoria.

Consigna que lhe foi entregue apenas parte dos demonstrativos, impedindo a apresentação de defesa sobre aquelas infrações cujos demonstrativos não foram entregues. Os recebidos constam da relação que plotou.

Abordando a infração 01, aponta que no exercício de 2018 foi incluído no levantamento “*macarrão e massa alimentícia de arroz*”, sendo que o produto que está incluso no Regime de Substituição Tributária é “*massa alimentícia preparada a partir da farinha de trigo*”, sendo que outros tipos de macarrão foram sendo introduzidos no mercado, o que deve ter confundido a autuante.

Cita o macarrão arroz Urbano espaguete 500g e outras massas a base de arroz. Para os demais exercícios não se manifesta, visto não ter recebido os demonstrativos.

Na infração 02 argui estarem inclusos no levantamento no exercício de 2018, produtos não alcançados pela isenção prevista no artigo 265, II, do RICMS, a saber, Canjiquinha de Milho Juparaná e Creme de Milho Sinhá, sendo que para os demais exercícios não pode se manifestar, visto não ter recebido os demonstrativos.

Adentrando na infração 03, observando o demonstrativo “5222-03-Crédito indevido - Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF) - Lista de notas fiscais.itens.2018.pdf” para o exercício de 2018, vez que não lhe foi dado conhecimento dos demonstrativos referentes aos demais

exercícios, constata que mercadorias adquiridas com o ICMS destacado à alíquota de 20%, tiveram glosados 2%, admitindo somente o crédito calculado à alíquota de 18%.

Aponta ter a autuante tentado excluir o adicional do Fundo de Pobreza, expondo que na sua interpretação se mostra equivocada uma vez que tal adicional não é um imposto diferente do ICMS e sim, um percentual acrescido à alíquota que passa de 18% para 20%, com o acréscimo de dois pontos percentuais, conforme preceitua a legislação, portanto, não há a creditação a maior cobrada no lançamento.

Abordando a infração 04, confirma o acerto da autuante na cobrança do crédito lançado a mais no exercício de 2018, e quanto aos demais exercícios, se encontra impedido de manifestação pelos motivos multicitados anteriormente.

Passando para a infração 06, firma o acerto da autuante na cobrança do crédito lançado a mais no exercício de 2018, reforçando, mais uma vez, que quanto aos demais exercícios, fica impedido de manifestação pelos motivos multicitados anteriormente.

Já na infração 07 alega que os valores cobrados são referentes a devoluções de mercadorias, cujas operações são identificadas pelos CFOP 5202 e 6202, e nesta condição, a tributação deve ser aquele incidente sobre a operação de aquisição e, conseqüentemente, se a base de cálculo naquela operação foi reduzida, também o será na operação subsequente.

Garante ter conferido os demonstrativos apenas referentes ao exercício de 2018, acreditando que nos demais exercícios o procedimento deve ter sido o mesmo, todavia não verificou os demonstrativos, porque não recebidos, reputando a infração totalmente improcedente.

Abordando a infração 08 na qual é cobrado ICMS por Diferença de alíquotas nas aquisições para uso/consumo, nos exercícios de 2018 e 2019, aponta que em julho de 2018, o valor exigido é R\$ 299,88, todavia, deste valor devem ser excluídos os materiais de embalagem, indevidamente classificados como de uso ou consumo pelo CFOP, mas que, por sua característica não se podem considerar como tal, sendo os produtos sacola média verde e sacola grande verde, reconhecendo os demais itens autuados, apontando ser devido R\$ 151,46.

Entende dever ainda ser abatido o valor recolhido, em DAE separado da escrituração, com Código de Receita 791, conforme consta do sistema de informações da SEFAZ.

Referente ao exercício de 2019, não houve como identificar as notas incluídas no levantamento pelos motivos já descritos na preliminar, mas também observa não ter sido considerado o recolhimento havido, em 14/05/2019, no montante de R\$ 31,99.

Quanto a infração 09 aponta que o único demonstrativo que foi recebido, salvo como “5222-09-Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida - Lista de Notas Fiscais.2019.pdf”, apenas lista os documentos fiscais utilizados no cálculo para aquele exercício.

Todavia, no corpo do Auto de Infração existe cobrança de valores relativamente aos exercícios de 2018 e 2020, dos quais não tomou conhecimento, impedindo sua manifestação, arremata.

Fala que no exercício de 2019, foram inclusos no levantamento produtos sujeitos à substituição tributária, a exemplo de “farinha de rosca”, assim como não comprovou o abatimento dos valores efetivamente recolhidos, conforme consta do banco de dados da SEFAZ, acessível ao autuado, conforme tabela plotada.

Por fim, assegura que o desconhecimento dos produtos listados lhe impede de observar sua tributação na saída para pedir a conversão do ICMS em multa prevista no artigo 42, II, da Lei 7.014/96, aplicável a este tipo de infração.

Por derradeiro, na infração 11 revela ser incompreensível a multa aplicável no lançamento, referente aos períodos de apuração de março, abril e maio de 2018, uma vez que para todo este exercício a Fiscalização realizou todos os levantamentos fiscais necessários, utilizando os arquivos transmitidos, e nenhum impedimento lhe foi imposto.

Ressalta, ainda, não constar na descrição o motivo da aplicação das penalidades, e ademais, deve-se considerar que, ao invocar dez irregularidades das quais oito contêm valores cobrados relativamente ao exercício de 2018, ou seja, oito infrações atribuídas como cometidas naquele exercício, oito multas correspondentes também foram aplicadas o que lhe permite invocar o artigo 42, § 5º, da Lei 7014/96 (reproduzida), para suprimir a cobrança ora contestada.

Entende correta a eliminação da cobrança para o cumprimento do enunciado no dispositivo transcrito.

Conclui pedindo pelo julgamento justo das alegações defensivas, para declarar o presente lançamento parcialmente procedente em relação às infrações não contestadas nesta defesa.

Informação Fiscal prestada pela autuante às fls. 318 a 321, esclarece, inicialmente, quanto a alegação defensiva de que teria recebido apenas parte dos demonstrativos, impedindo a apresentação de defesa sobre aquelas infrações cujos demonstrativos não foram entregues, que os demonstrativos recebidos constam da relação anexa à defesa, conforme fl. 305 e sobre eles se manifesta a defesa.

Da análise, constata que à fl. 299 segue anexado recibo de recebimento do CD, datado de 19/04/2022, sem qualquer discriminação dos levantamentos fiscais. Visando assegurar o direito de ampla defesa confirma terem sido reencaminhados para a autuada pelo DTE em 29/06/2022 todos os levantamentos fiscais que embasam as infrações lançadas, para ciência e pronunciamento no prazo de defesa, com ciência tácita em 05/07/2022, conforme mensagem anexa à fl. 315 do Auto de Infração em comento, sendo que, decorrido o prazo de defesa, não houve qualquer pronunciamento.

Assim sendo, analisará e informará sobre os argumentos apresentados na defesa protocolada em 06/06/2022.

Lembra que o Auto de Infração foi lavrado para lançamento das infrações em razão de irregularidades apuradas no decorrer da fiscalização realizada de acordo com a OS 504269/21, tendo sido os levantamentos fiscais elaborados em obediência às normas legais, através do SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal), tendo como fonte a EFD (Escrituração Fiscal Digital) e Documentos Fiscais, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA, como comprovam os documentos de fls. 01 a 298 e a Informação Fiscal ora anexada.

Garante que os demonstrativos estão em consonância com as infrações tipificadas no presente processo, e seguem anexos às fls. 27 a 116, 126 a 262 e CD contendo, inclusive, EFD e DANFES - fl. 297.

Em relação à Infração 01, argui serem os argumentos da impugnante para descaracterizar esta infração improcedentes, uma vez que da análise dos produtos relacionados no demonstrativo da defesa constata que as NCM dos produtos foram informadas pela autuada na EFD, que serviu de base para os levantamentos fiscais e constam do Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12, vigente no exercício de 2018.

Os produtos em questão se enquadram na descrição da NCM 1902.1 utilizada pela defendente, que no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012 refere-se a *“massas alimentícias não cozidas, nem*

recheadas, nem preparadas de outro modo”, o que implicaria na manutenção da infração, finaliza.

Na infração 02, fala que em relação aos derivados de milho o Parecer nº 17.046/2012 da DITRI reproduzido, 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 do referido produto estão incluídas.

Diante do exposto, conclui no sentido de que, 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 de milho”, “cuscuz de milho”, “creme de milho” e “canjiquinha”, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/12, artigo 265, o que, na prática, dispensa o adquirente deste Estado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais para comercialização.

Em relação à infração 03, refuta a arguição defensiva, ao argumento de que o percentual de 2% é referente ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza como previsto no artigo 16-A da Lei 7.014/96, sendo contribuição criada com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais no Estado da Bahia, e os valores arrecadados permanecem integralmente vinculados ao FECEP, não dando direito a crédito como pretende a defendente, o que implica na manutenção da infração.

Para a infração 04, registra o reconhecimento da sua procedência, nos valores relativos ao exercício de 2018.

Já para a infração 05, diz não ter sido a mesma defendida.

Quanto a infração 06, de igual modo, indica ter sido reconhecida como procedente nos valores relativos ao exercício de 2018.

Da análise da impugnação para a infração 07, não os acolhe, sob a justificativa de que não restou comprovada a redução da base de cálculo autorizada pela legislação vigente para as mercadorias relacionadas nos demonstrativos de fls. 179 a 182, referentes ao exercício de 2018. Considera a infração procedente.

Acolhe parcialmente os argumentos para descaracterizar a infração 08, diante da análise dos produtos relacionados no demonstrativo da defesa e a constatação de que os CFOP dos produtos foram informados na EFD onde se identificam os produtos adquiridos para uso/consumo, que serviu de base para os levantamentos fiscais que dão suporte a esta infração e seguem anexos aos autos.

Acatado o argumento defensivo para que seja abatido o valor da DIFAL recolhido em DAE sob o código 791, sendo o Demonstrativo: Débito de Diferencial de Alíquota-Ativo/Material de Consumo – Resumo do Débito referente ao exercício de 2018 de fl. 186, revisado para lançamento dos valores efetivamente recolhidos em 07/2018, R\$ 142,88 e R\$ 124,20, resultando em diferença a recolher no valor de R\$ 32,08, conforme Demonstrativo: Débito de Diferencial de Alíquota-Ativo/Material de Consumo – Resumo do Débito, referente ao exercício de 2018 revisado que segue anexo a esta Informação Fiscal, arremata

Assevera para o exercício de 2019 não caber revisão do Demonstrativo: Débito de Diferencial de Alíquota-Ativo/Material de Consumo – Resumo do Débito, porque os valores de DIFAL efetivamente recolhidos em 03/2019 (R\$ 31,99) e 09/2019 (R\$ 101,00) já estão apropriados no demonstrativo original, anexo à fl. 190.

Analizando os argumentos defensivos para a infração 09, não os acolhe, diante do fato de que os valores recolhidos a título de Antecipação Parcial constantes do banco de dados da SEFAZ estão lançados na coluna VLancEmpr dos Demonstrativos: Antecipação Parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida – Resumo do débito, que seguem anexos às fls. 195 (2018), 213 (2019) e 217 (2020).

Em relação ao produto FARINHA DE ROSCA, diz ter sido adquirida no Estado do Espírito Santo, com tributação normal e utilização do crédito fiscal nas entradas, conforme EFD do período, anexa em mídia CD. Confirma a procedência da infração.

Consigna a falta de impugnação para a infração 10.

Por fim, na infração 11, sustenta que os argumentos defensivos apresentados não devem prosperar, tendo sido apresentada a EFD sem movimento, divergindo em relação às Notas Fiscais Eletrônicas emitidas e destinadas ao estabelecimento nos períodos considerados não tendo atendido à intimação para retransmitir os arquivos com as informações a que está obrigada, conforme fls. 263 a 283 dos autos. Mantém a infração.

Observa que apesar de reconhecer como procedentes os valores das infrações 04 e 06, relativos ao exercício 2018, não se encontra anexa à defesa quaisquer documentos comprovando estes pagamentos.

Com base nos argumentos defensivos apresentados, indica ter sido retificado o demonstrativo da infração 08 (fl.186), que segue anexo e em mídia CD.

Ante o exposto, modifica os termos da infração 08 para os valores constantes dos demonstrativos que ora anexa, mantendo o teor das demais infrações do Auto de Infração em comento e espera seja julgado procedente em parte.

Tendo em vista a constatação de que a Informação Fiscal e da alteração ocorrida na autuação o contribuinte autuado não foi cientificado, a Junta de Julgamento Fiscal, em 29/11/2022, converteu o processo em diligência para tal fim, com concessão de prazo de dez dias para manifestação, como se pode ver à fl. 325.

Em atenção a tal determinação, foi o sujeito passivo cientificado por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (fl. 328), entretanto, não vieram aos fólios, qualquer manifestação.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 24/02/2023 (fl. 328), recebidos no CONSEF em 13/03/2023, e encaminhados a este relator em 16/03/2023, tendo sido devidamente instruído e considerado apto para julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em onze infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Antes de qualquer outra consideração, registro a dificuldade de apreciação de lançamentos tributários com tamanha quantidade de infrações, sem sequer mídia com os demonstrativos elaborados pela Fiscalização, ainda que não seja o caso presente e que os demonstrativos se encontrem impressos, muitas vezes sem arquivos das peças processuais, como exige o artigo 8º do RPAF/99, informações fiscais incompletas, em desacordo com o artigo 127 do mesmo RPAF/99, além de sistemáticas recusas em se cumprir diligências, o que sobrecarrega o trabalho do julgador.

Felizmente não é o caso dos autos, mas tem se transformado em regra, com processos de até vinte e cinco infrações incluído dentro dos mesmos critérios de Notificação Fiscal de uma infração, sendo a quarta sessão seguida onde tal fato se repete.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da transmissão através do Domicílio Tributário Eletrônico, de Cientificação de Início de Ação Fiscal, tendo em 12/01/2022 ocorrida a sua ciência expressa por leitura (fl. 19). As planilhas e documentos que suportam a acusação se encontram impressas às fls. 20 a 296 dos autos, bem como na mídia de fl. 298.

Consta à fl. 300, Cientificação de Encerramento da Ação Fiscal, contendo a informação de que para os exercícios de 2018, 2019 e 2020, as cópias dos lançamentos tributários realizados seguem bem como respectivos anexos, lido e cientificado em 05/04/2022.

Consta, ainda, à fl. 299, recibo firmado por Marcelo Duarte de Oliveira, relativo ao recebimento de cópia do CD em 19/04/2022.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da autuação que entendia lhe amparar, trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação apresentada, sendo-lhe igualmente oportunizada a apresentação de manifestação após ciência da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos elaborados, ainda que tenha preferido se manter silente.

Analisando a única questão preliminar posta pela empresa, que diz respeito ao não recebimento dos arquivos anexos à autuação, para os anos de 2019 e 2020, conforme alegado, algumas considerações são necessárias.

A primeira delas, é quanto ao fato de que, quando da cientificação da lavratura do Auto de Infração transmitida através do Domicílio Tributário Eletrônico, estar explicitamente informado que os anexos estavam sendo enviados juntamente com o Auto de Infração.

A segunda, é o fato de ter o contribuinte, através de preposto, recebido cópia da mídia em que os arquivos que suportaram e propiciaram a autuação se encontravam.

E por fim, a autuante ter feito o reenvio dos arquivos para o sujeito passivo, em 29/06/2022, através do Domicílio Tributário Eletrônico, com concessão de novo prazo de sessenta dias, cuja ciência se deu de forma tácita em 05/07/2022.

O questionamento que se faz é: nas três oportunidades em que recebeu os anexos do Auto de Infração estavam contidos apenas aqueles de 2018?

Com a devida vênia, não soa muito crível, até pelo seu silêncio em, no prazo de defesa, ter acesso aos demonstrativos ditos não recebidos, se mantendo inerte a tal fato, quando poderia requerer a sua entrega.

Ademais, como o contribuinte adivinhou, para a infração 09, a inclusão, no ano de 2019, no levantamento realizado, de produtos sujeitos à substituição tributária, como “farinha de rosca”, e a arguição de não ter a autuante abatido valores efetivamente recolhidos?

E mais, ainda: quando oportunizado ao contribuinte o conhecimento da Informação Fiscal, com as argumentações e informações da autuante, inclusive com relação a transmissão, mais uma vez, dos arquivos completos, preferiu o silêncio como resposta, o que pode ser entendido como concordância tácita.

Logo, diante da inexistência de motivação fática ou jurídica, não acolho o argumento apresentado.

Ressalto que tal arguição já tinha sido rejeitada quando do julgamento da Notificação Fiscal 294888.0010/22-6, cujo julgamento resultou no Acórdão 0017-02/23NF-VD, julgada em 02/02/2023.

o mérito, na infração 01, cujos demonstrativos se encontram impressos às fls. 30 a 32, 36 a 39 e 44 a 48, a única arguição defensiva se prende aos produtos macarrão e massas alimentícias de arroz.

Trabalho técnico publicado pela Universidade Federal do Paraná, encontrado no endereço <https://revistas.ufpr.br/article/download>, de autoria de Rita de Cássia Ormenese e Yoon K. Chang, nos informa acerca da obtenção do macarrão de arroz:

“O processo convencional de produção de macarrão de arroz envolve as seguintes etapas: embebição do arroz em grão durante várias horas, cozimento da massa formada em vapor, amassamento, extrusão e cozimento do produto obtido em vapor ou água em ebulição. Essa última etapa visa promover a gelatinização superficial do amido e melhorar a textura do macarrão. O grau de pré-gelatinização das farinhas desempenham importante papel na textura do produto final (JULIANO e SAKURAI, 1985).

O aquecimento do amido em solução causa o entumescimento dos grânulos até a completa gelatinização. Quanto mais alto o grau de gelatinização, melhor a qualidade de cozimento da massa. São recomendados repetidos tratamentos em temperaturas de 90 a 95°C (mais altas que as requeridas para a gelatinização do amido). Alto grau de gelatinização é obtido se o aquecimento ocorrer em fluido com no máximo 15% de matéria-seca. A ausência de proteína torna a gelatinização mais fácil já que não há material competindo pela água. As etapas de resfriamento produzem aspecto translúcido, vítreo e com especial consistência devido à retrogradação (PAGANI, 1986)”.

Ou seja: se trata de produto resultante de um processo de cozimento, mas não se apresenta como cozida em sua apresentação, e sim, seca, diferentemente das massas pré-cozidas.

As NCM foram 1902.19.00 (macarrão de arroz parafuso, macarrão de arroz espaguete), 1902.11.00 (massa alimentícia arroz integral),

Com tal NCM (1902.1) consta no item 11.17.3, do Anexo 1 ao RICMS/12, vigente em 2018, a previsão para substituição tributária para “Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, que não contenham ovos”, sem qualquer distinção quanto a massa, se de farinha de trigo, arroz ou qualquer outro ingrediente, lembrando que o item 11.0 diz respeito a “produtos alimentícios”, o que justifica a manutenção no lançamento.

Em 2019 e 2020, não foram encontrados nos demonstrativos de fls. 36 a 39 e 44 a 48 tais produtos.

Assim sendo, a infração fica integralmente mantida.

Quanto a infração 02, os demonstrativos se encontram às fls. 51 a 53, 56 a 59 e 62 a 65, sendo o argumento defensivo o de que produtos tributados tinham sido indevidamente incluídos na autuação, como canjiquinha de milho e creme de milho, tendo a autuante invocado o Parecer 17.046/2012 da DITRI que segundo seu entendimento, não especificaria os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, conduzindo ao entendimento de que todas as espécies do referido produto estão incluídas na isenção.

Foi mencionado que o artigo 265, inciso II, alínea “d”, do RICMS/12, prevê isenção para fubá de milho e farinha de milho.

Da leitura de tal dispositivo, se constata que, de fato, com esta denominação (canjiquinha e creme de milho), a princípio inexistiria isenção no RICMS, contudo é prudente pesquisar se tais palavras não seriam sinônimas de fubá e farinha de milho, sendo esta a resposta a ser dada.

Para o deslinde da matéria, necessário se analisar não somente o posicionamento do órgão julgador administrativo, à vista das inúmeras decisões recentes pelo reconhecimento da isenção de tais produtos, a exemplo dos Acórdãos CJF 0154-11/21-VD, CJF 0125-11/22-VD, CJF 0072-12/21-VD e CJF 0252-12/21-VD, os quais nada mais do que refletem posição adotada pela DITRI em Pareceres como o 215.247/2015-6, “*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’.*” (Grifei).

Por outro lado, o Parecer DITRI 163.321/2012-4, no mesmo sentido: “*ICMS. ISENÇÃO. FLOCÃO DE MILHO NCM 11041900, CREME DE MILHO NCM 11022000 e CANJIQUINHA 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.*” (Grifos do relator).

Da mesma maneira, o Parecer DITRI 17.046/2012, datado de 20/07/2012, invocado pela autuante. Assim, os produtos contestados pela empresa (canjiquinha e creme de milho), se apresentando como isentos, na forma do entendimento acima explicitado, não permitem qualquer apropriação de crédito fiscal, sendo considerados aqueles tomados, como indevidos, o que garante a manutenção da infração.

A empresa contesta os termos da infração 03, ao argumento de que o adicional de alíquota de 2% a título de contribuição ao Fundo Estadual de Combate a Pobreza teria a mesma natureza do ICMS, e possibilitaria o uso do seu valor a título de crédito fiscal, com o que não concorda a autuante.

A demonstração da infração se encontra às fls. 95 a 208-A. Não assiste razão ao contribuinte, sendo o crédito tomado efetivamente indevido.

Aqui me socorro, inclusive de recente decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão CJF 0175-12/22-VD julgado em 08/06/2022, onde a relatora, Conselheira Leila Barreto Nogueira Vilas Boas assim se posicionou, no que foi seguida à unanimidade por seus pares:

“A infração nº 03 o auditor reputa indevida a utilização do crédito de 2% referente ao adicional de alíquota destinado ao fundo estadual de erradicação de pobreza. Contesta a recorrente, afirmando que de acordo com o princípio da não cumulatividade, é de direito o aproveitamento do crédito dos dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Pobreza destacados na nota fiscais de entrada.

Ocorre, contudo, que o adicional de pobreza não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente, haja vista representar um fundo específico, cujas regras estabelecidas na Portaria nº 133/2002, exigem que seja realizado o estorno de débito na EFD.

Importante, pois, a análise da Portaria nº 133/2002, na oportunidade transcrita:

Art. 1º A Portaria nº 133, de 07 de fevereiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte alteração:

‘Art. 1º O recolhimento do ICMS resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, incidentes nas operações com os produtos especificados no art. 16-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), deverá ser efetuado em separado, observado os seguintes procedimentos:

I - o ICMS mensal relativo às operações próprias do contribuinte será apurado normalmente, com a inclusão do adicional de dois pontos percentuais vinculado ao FECEP na alíquota incidente, conforme destacado nos documentos fiscais;

II - o valor destinado ao FECEP será apurado com a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a soma das bases de cálculo das saídas dos produtos sujeitos ao adicional;

III - o valor apurado para o FECEP será escriturado na EFD da seguinte forma:

a) como ‘Estornos de Débitos’, lançado como parte do somatório de todos os Ajustes ‘Estornos de Débitos’ no campo 09 (VL_ESTORNOS_DEB) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código ‘BA030012 - ESTORNO DE DÉBITO - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996;

b) como débito especial, lançado como parte do somatório de todos os débitos especiais no campo 15 (DEB_ESP) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código ‘BA050005 - DÉBITO ESPECIAL - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art. 16-A da Lei nº 7.014/1996.

c) o valor apurado a título de FECEP deve ser identificado no registro E116, sendo que o campo 02 (COD_OR) deste registro deve ser preenchido com o código “006 - ICMS resultante da alíquota adicional dos itens incluídos no FECEP;

IV - o valor apurado para o FECEP deverá ser recolhido em separado por meio de Documento de Arrecadação Estadual - DAE, emitido mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, com Código de Receita 2036.

Da leitura do regramento acima, resta evidente que o recolhimento do FECEP é apartado do recolhimento do ICMS normal, sendo certo que a exigência do recolhimento dele, tem como objeto minimizar o impacto das desigualdades sociais entre os Estados brasileiros.

De fato, esse fundo tem como fonte de financiamento o ICMS, contudo, não pode a este tributo se assemelhar. O FECEP atinge os produtos e serviços supérfluos, não sendo, inclusive, exigido a repartição constitucional entre os municípios, como exigido com o ICMS.

Ratifico, pois, o posicionamento do fiscal autuante quanto a impossibilidade do crédito vinculado ao registro fiscal do percentual destinado ao fundo de pobreza.

Infração Procedente. Insubsistentes, portanto, as razões recursais quanto a infração 03”.

Como visto, o entendimento é pelo não acolhimento da arguição similar ao da presente autuação, não somente em função de sua peculiaridade, como, igualmente, diante do regramento normativo, o que justifica a manutenção da infração no lançamento.

Registro em relação à infração 04, que a mesma não foi impugnada pela defesa, o que a afasta da lide, sendo considerada procedente.

Também não foram impugnadas as infrações 05 e 06, as quais ficam mantidas no lançamento, eis que procedentes.

Adentrando na infração 07, o contribuinte sustenta que a autuação recaiu sobre operações de devoluções de mercadorias, cujas operações são identificadas pelos CFOP 5202 e 6202, e nesta condição, a tributação deve ser a mesma, incidente sobre a operação de aquisição e, consequentemente, se a base de cálculo naquela operação foi reduzida, também o será na operação subsequente, entretanto a autuante não conseguiu vislumbrar as reduções de base de cálculo tidas como existentes.

Os demonstrativos se encontram às fls. 180 a 182 e 184 e 185, sendo observado que todas as Notas fiscais elencadas se referem a operações com CFOP 5202 (Devolução de compra para comercialização), sendo classificadas neste código as devoluções de mercadorias adquiridas para serem comercializadas, cujas entradas tenham sido classificadas como “Compra para comercialização”.

Diversos são os produtos elencados para a infração, como Manteiga Davaca, Conhaque Domus, Queijo Mussarela, Canela em pó, Noz Moscada, dentre outros, sem que se observe na legislação qualquer previsão de redução de base de cálculo para as mesmas, o que reforça a acusação, e concorre para a não aceitação do argumento defensivo, até pelo fato de desprovido de qualquer elemento probante no sentido da tese sustentada. Infração mantida.

Parcialmente impugnada, a infração 08 lança a cobrança de imposto devido a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, tendo a insurgência defensiva se limitado ao pleito pela exclusão de materiais de embalagem, indevidamente classificados pela autuante como de uso ou consumo pelo CFOP, (sacola média verde e sacola grande verde), reconhecendo os demais itens autuados, apontando ser devido R\$ 151,46.

Os demonstrativos da infração se encontram às fls. 187 e 188, 191 a 193.

Em sede de Informação Fiscal, a autuante acolhe a arguição defensiva, fazendo os devidos ajustes, com o que a lide a ela referente pode ser considerada terminada, diante do atendimento ao reclame defensivo.

Desta forma, remanesce a infração em R\$ 161,86, na forma da seguinte demonstração, o que torna a infração parcialmente subsistente:

2018
Julho R\$ 32,80

2019
Março R\$ 7,01
Abril R\$ 35,67
Maio R\$ 18,93
Setembro R\$ 67,45

Da análise da infração 09, trata de recolhimento a menor do ICMS a título de Antecipação Parcial, na aquisição de mercadorias destinadas a comercialização, em operações interestaduais.

A defesa argui somente ter recebido os demonstrativos do ano de 2018, o que compromete a sustentação, argumento já devidamente apreciado linhas atrás, que foram inclusos no levantamento produtos sujeitos à substituição tributária, a exemplo de “farinha de rosca”, assim como não comprovou o abatimento dos valores efetivamente recolhidos, conforme consta do banco de dados da SEFAZ, acessível ao autuado, conforme tabela plotada.

A autuante, firma ter elaborado o demonstrativo respectivo, o qual consta na mídia entregue em mãos ao autuado, além de encaminhado por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, e que o produto FARINHA DE ROSCA, adquirido no Espírito Santo, o foi com tributação normal e utilização de crédito fiscal nas entradas, conforme EFD do período, anexa em mídia CD, sustentando a procedência da infração.

Por fim, assegura que o desconhecimento dos produtos listados lhe impede de observar sua tributação na saída para pedir a conversão do ICMS em multa prevista no artigo 42, II, da Lei 7.014/96, aplicável a este tipo de infração.

Em primeiro lugar, esclareço que em relação a antecipação parcial a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos. No RICMS/12, o artigo 332 assim determina:

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS”.

Ou seja, a regra é o recolhimento devido por antecipação parcial quando do ingresso das mercadorias no território do estado, a menos que o contribuinte se encontre na condição de credenciado, o que implica na dilatação do prazo para o dia 25 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria.

Como a ninguém é dado desconhecer a lei, o contribuinte autuado deveria recolher o imposto em sua totalidade, nesta oportunidade, em Documento de Arrecadação apartado, com Código de Receita específico, bem como se creditar do montante do imposto recolhido, e ao assim não proceder, infringiu, sim, a legislação tributária, por desatender ou descumprir regra nela estabelecida.

Ainda que tendo em seu poder a indicação dos documentos que serviram e subsidiaram o lançamento, na forma da detalhada planilha elaborada pela autuante e apensada às fls. 217 a 262, o contribuinte não apresentou qualquer argumento em contrário quanto aos mesmos, senão o da inclusão do produto “farinha de rosca” entendido como submetido à substituição tributária, sem indicar, sequer a sua NCM, ainda que na operação proveniente do Espírito Santo, tal produto fosse tributado, e o crédito fiscal tomado pelo autuado em sua escrituração, consoante EFD trazida aos autos, o que fragiliza a arguição defensiva e impede o seu reconhecimento, devendo ser mantida a autuação.

Lembro que autuação de igual teor, ainda que em período distinto, foi objeto do julgamento que resultou no Acórdão JJF 0016-02/23-VD, de 02/02/2023, onde destaco o seguinte trecho do voto condutor, acolhido à unanimidade:

“Neste sentido, entende esta Relatoria que a Notificada não trouxe aos autos prova com força probatória para se sobrepor a infração tipificada, nem tampouco transmutar a infração tal qual prevista no artigo 42, § 1º da Lei de nº 7.014/96 para a penalidade prevista da multa da alínea “d” do inciso II nos casos de o contribuinte, sujeito ao regime normal de apuração, deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto nas operações de saída, ressaltando-se que não se desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, RPAF/99)”.

Desta forma, à falta de argumentos concretos, mantenho a infração, destacando ser prática usual deste contribuinte, à vista, inclusive, de julgamento que redundou no Acórdão JJF 0082-05/14, de 06/05/2014, além do já mencionado Acórdão JJF 0016-02/23-VD. Registro não ter sido a infração 10, objeto de impugnação, razão pela qual a considero procedente.

Por fim, na infração 11, onde há o lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, diante do fato de o sujeito passivo não ter atendido a intimação para entrega dos arquivos da EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, o argumento defensivo é o de ser incompreensível a multa aplicada no lançamento, referente aos períodos de apuração de março, abril e maio de 2018, uma vez que para todo este exercício a Fiscalização realizou todos os levantamentos fiscais necessários, utilizando os arquivos transmitidos, e nenhum impedimento lhe foi imposto. A autuante, por seu turno, mantém a autuação. O demonstrativo da autuação se encontra à fl. 266.

Em consulta ao sistema próprio da SEFAZ, se constata que o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2022, tendo sido emitida intimação por parte da autuante para apresentação da EFD com as correções indicadas em 12/01/2022 (fls. 263 e 264), lida e cientificada na mesma data, com concessão de prazo de trinta dias para atendimento.

Dos arquivos válidos encontrados, se constata que para os meses de março e abril de 2018 foram apresentados arquivos retificadores, transmitidos em 11/02/2022, quando da realização dos trabalhos de auditoria, e a sua validação significa que houve a autorização via sistema, para o carregamento dos mesmos ocorrido em 13/02/2022, nos termos do artigo 251, § 2º do RICMS/12.

Já o mês de maio de 2018, está indicado que o arquivo existente é o original, transmitido em 22/06/2018.

Assim diante de tais fatos, se constata que os arquivos dos meses de março e abril de 2022 foram transmitidos dentro do prazo concedido pela Fiscalização, o que, de pronto, afasta a cominação da penalidade para tais períodos.

Acaso os arquivos retificadores não contivessem os dados solicitados na intimação acima mencionada, deveria a autuante realizar nova intimação, neste sentido, do que não se tem

notícia nos autos. Quanto aos documentos de fls. 271, 272, 273, 274, 277, 278 e 283, a ausência da data da consulta prejudica a confirmação da acusação posta.

Por outro lado, persiste a não apresentação dos arquivos da EFD retificada, quanto ao mês de maio de 2018, até o dia 24/03/2023, data da última consulta realizada, o que motiva e sustenta a manutenção da sansão aplicada pela autuante, e torna a infração parcialmente subsistente em R\$ 3.800,00:

2018

Março R\$ 0,00

Abril R\$ 0,00

Maio R\$ 3.800,00

Entendo inaplicável o disposto no artigo 42, § 5º, da Lei 7.014/96, como requerido, vez que não há qualquer descumprimento de obrigação acessória a ser absorvida pelo descumprimento de obrigação principal.

Pelos expostos argumentos, decido pela procedência parcial do Auto de Infração, em R\$ 160.426,40, de acordo com a seguinte discriminação:

| INFRAÇÃO | VALOR R\$ |
|--------------|-------------------|
| 1 | 6.545,90 |
| 2 | 17.265,20 |
| 3 | 2.473,73 |
| 4 | 3.586,16 |
| 5 | 53.211,86 |
| 6 | 7.556,69 |
| 7 | 3.439,87 |
| 8 | 161,86 |
| 9 | 62.245,13 |
| 10 | 140,00 |
| 11 | 3.800,00 |
| TOTAL | 160.426,40 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **294888.0005/22-2**, lavrado contra **TRI STAR SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher o valor de **R\$ 160.426,40**, sendo ICMS de R\$ 156.486,40, acrescido da multa de 60%, e R\$ 3.940,00 correspondente a multas por descumprimento de obrigação acessória, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, alínea “a”, XVII alínea “c” e XIII-A, alínea “I”, da Lei 7.014/96, respectivamente, bem como os devidos acréscimos legais.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 28 de março de 2023.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR