

PROCESSO - A. I. N° 294888.0011/19-2
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0172-04/20-VF
ORIGEM - INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0252-12/21-VF

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Constata-se que não foi provada a existência de qualquer valor que o contribuinte tenha compensado para provar a alegação. Observa-se que a EFD foi entregue com atraso e o pagamento do imposto recolhido extemporaneamente, não foi apresentada qualquer prova com relação às exigências. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. CUPOM FISCAL. Restou comprovado, que os produtos alegados contemplados com isenção, com exceção a mercadoria “Flocão de Milho”, que considera isenta o ICMS nas operações internas como farinha de milho, conforme art. 265, II, “c” do RICMS/BA (Convênio ICMS 224/2017), na qual contém jurisprudência, não estão contidos no levantamento fiscal; não são contemplados com isenção, nem se submetem à alíquota de 7%. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator quanto ao produto flocão de milho. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 18/09/2019, exigindo tributos no valor de R\$77.301,99, relativo ao cometimento de quatorze infrações, sendo objeto do recurso as infrações 6 e 8 que acusam:

6. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, conforme roteiro de Auditoria do Conta Corrente do ICMS – 2017, anexo, relativo às datas de ocorrência de 30/06/2017, 30/09/2017 e 30/11/2017 (fls. 51 a 56 e CD/Mídia de fl. 200) - R\$15.833,89 acrescido da multa de 60%.

8. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (Operação com ECF – Erro na determinação da carga tributária), anexo, no período de junho a dezembro de 30/06/2017 (fl. 70 a 82 e CD/Mídia de fl. 200 - R\$23.758,45, acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida pela Primeira Instância foi apreciado inicialmente que foram impugnadas todas as infrações, não por arguição de mérito, mas sim por inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento, princípios da não cumulatividade e seletividade e violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade, amparado nas garantias constitucionais do art. 150, inc. IV, combinado com o art. 5º, XXII da CF/88.

Fundamentou que todas as irregularidades cometidas pelo contribuinte, no período fiscalizado de 01/01/2017 a 31/12/2017, foi adotado os procedimentos de fiscalização de comércio, regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, como disposto no art. 2º do RPAF/BA.

Em seguida passou a apreciação quanto as infrações, no que tange as infrações 6 e 8:

...

Da mesma forma, em relação as infrações 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12, que dizem respeito a recolhimento a menor do imposto (ICMS), em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado, aplicação de alíquota prevista na legislação por emissão de nota fiscal ou cupom fiscal, erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e por falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial e total ou mesmo recolhimento a menos, todas, também, amparadas com demonstrativos acostados aos autos, às fls. 67 a 111, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 200.

...

Neste contexto, como assim discorrido acima, todas as imputações estão devidamente fundamentadas, com os enquadramentos dos artigos infringidos na legislação competente, em relação a cada ocorrência fiscal, bem assim por demonstrativos devidamente elucidativos contendo identificação do autuado, discriminação do débito tributário em relação a cada fato, no que diz respeito à data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador, e à data em que deveria ocorrer o pagamento, a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, a alíquota, além do débito levantado em relação a cada infração cometida, tudo em conformidade com o que dispõe o art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Há de se ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, como se observa da peça de defesa, não se tem qualquer arguição de mérito em relação a quaisquer das imputações postas no Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, o sujeito passivo traz apenas arguição de inobservância de requisitos necessários à constituição do lançamento, por inobservância dos princípios da não cumulatividade e seletividade intrínsecos do imposto (ICMS), objeto em análise, sem acostar aos autos qualquer elemento probante, nem tampouco demonstrativo, que possa fundamentar suas razões de defesa. Traz também as arguições de violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade, ao amparo das garantias constitucionais do art. 150, inc. IV, combinado com o art. 5º, XXII da CF/88, conforme descrito em sua peça de defesa de fls. 205 a 217 dos autos.

Quanto à irresignação do Autuado em relação à violação aos princípios da vedação ao confisco e da proporcionalidade ao amparo das garantias constitucionais, pelas ocorrências imputadas na autuação, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Em relação ao pedido formulado pelo sujeito passivo de redução das multas, informo, com a revogação do § 7º do art. 42, da Lei nº 7014/96, através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, e mais ainda, por obrigação principal, não pode ser reduzida ou cancelada por esta Junta de Julgamento, mesmo que tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Registro também, que o novo representante legal constituído nos autos, apresentou de forma oral, na sessão de julgamento virtual do presente PAF, arguição de mérito das infrações 6, 8 e 9, que não foram acolhidas, por quantum as disposições do art. 24 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, dado tal interposição não observar os devidos prazos processuais estabelecidos na legislação.

Cabe repisar então, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 e 42 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o agente Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Em sendo assim, consoante o que se observa das imputações no Auto de Infração em tela, estando devidamente capituladas as acusações fiscais na legislação pertinente, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através dos documentos e demonstrativos impressos de fls. 1 a 119 dos autos, estando também os demonstrativos constando do CD/Mídia de fls. 200, devidamente entregues ao preposto fiscal autorizado da empresa Autuada, concluso pela subsistência das exigências fiscais de nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 245 a 247) por meio da advogada Larissa Costa Quadros, OAB/BA Nº 66.278, inicialmente ressalta sua tempestividade, discorre sobre as infrações, argumentos apesentados na defesa e transcreve a ementa da decisão proferida pela 4ª JJF, esclarecendo que numa demonstração de boa-fé se insurgirá apenas contra as infrações, que entende r estar coberto de razão jurídica, que se trada das infrações 6 e 8.

Quanto a infração 6 (desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na

apuração do imposto) afirma que a simples análise do livro RAICMS demonstra que o que foi declarado foi pago. Exemplifica que a data da ocorrência de 30/06/2017, a fiscalização aponta valor devido de R\$15.833,89 enquanto o valor devido foi de R\$2.053,90 conforme docs. 03 e 04.

Com relação à infração 8, observa que acusa que houve pagamento a menor do ICMS, mas, se bem analisado, ver-se-á que tal se deu por conta da aplicação equivocada da alíquota do tributo.

Apresenta tabela indicando a tributação que entende correta de acordo com os anexos da defesa:

PRODUTO	SISTEMA	FISCALIZADA
ARROZ	ISENTO	18%
FEIJÃO	ISENTO	18%
FLOCÃO	7%	18%

Argumenta que os produtos mencionados são isentos do ICMS e não tributados normalmente, como indicado na fiscalização, motivo pelo qual requer reforma da decisão pela improcedência desta infração, conforme “*notas fiscais juntadas com a defesa (doc. 05)*”.

Requer que as duas infrações contestadas sejam objeto de análise pelo CONSEF, “*ainda que a documentação seja agora trazida*”, em homenagem ao princípio da verdade real, evitando levar à questão para o Poder Judiciário para solução de conflito ao invés da instância administrativa.

Registro a presença na sessão de julgamento do Advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Harrisson Ferreira Leite - OAB/BA nº 17.719.

VOTO (Vencido quanto ao produto flocão de milho)

Inicialmente, observo que o Recurso Voluntário se reporta às infrações 6 e 8, e observo que o sujeito passivo não juntou qualquer documento na impugnação inicial.

No tocante à infração 6, no recurso foi juntado à fl. 256/v, cópia de recibo da Escrituração Fiscal Digital (EFD) enviada em 29/12/2017, que indica valor a recolher de R\$9.706,09.

Entretanto, no recibo da EFD foi indicado no mês 06/2017, total de débitos de R\$56.044,95 e créditos de R\$33.969,14, que foram os mesmos indicados no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 51), que resultou em diferença devida de R\$22.075,81 e deduzido o valor recolhido de R\$6.939,36, que consta na relação de DAEs de fl. 17, resultando em diferença devida de R\$15.136,45, que foi exigido na autuação.

Pelo exposto, constato que não foi provado a existência de qualquer valor que o contribuinte tenha compensado para provar a alegação. Observo ainda que a EFD relativa ao mês 06/2017 foi entregue com atraso no mês 12/2017, e o pagamento do ICMS normal recolhido no dia 25/09/2017, (fl. 17).

Da mesma forma, não foi apresentado qualquer prova com relação as exigências relativas aos meses 09/2017 e 11/2017, apurado no demonstrativo de fl. 51, com base na EFD de fls. 54 e 56.

No que se refere à infração 8 (aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação), o recorrente alega que não foi considerado que as saídas de arroz e feijão são isentas, e o produto flocão é tributado pela alíquota de 7%.

Com relação ao produto feijão, não identifiquei no demonstrativo de fls. 71 a 91, nenhum produto com essa denominação e não tendo apresentado qualquer prova junto com a defesa e recurso, sua análise fica prejudicada.

Quanto ao produto arroz, identifiquei no citado demonstrativo: ARROZ VIRA LATA SAFRA 5KG e ARROZ P/ CAES TREZE 5KG.

Entendo que o benefício fiscal previsto no art. 265, II, “c” e “d” do RICMS/BA, contempla isenção nas saídas internas e interestaduais com amparo no Convênio ICMS 224/2017, que autoriza as unidades federadas a conceder isenção do ICMS nas operações internas “com produtos essenciais ao consumo popular que compõem a cesta básica”, que perifericamente indica produtos correlatos como sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Convênio ICMS 224/17), e arroz e feijão (Convênio ICMS 224/17).

Portanto, os arrozes contemplados com isenção, são os destinados ao consumo de humano como alimentos básicos e essenciais, ou seja, concernente ao povo, acessível ao povo e de baixo preço que não se aplica ao arroz comercializado que foi objeto da autuação, destinado a cães.

Constatou que a Nota Fiscal nº 478.296 de 31/10/2017 indica valor de R\$85,90 para o pacote de cinco quilos de arroz p/cães treze, ou seja, aproximadamente R\$17,00 por quilo, enquanto que o arroz destinado a consumo humano gira em torno de um terço do valor (R\$5,60).

Quanto ao produto flocão que a empresa alega ser tributado pela alíquota de 7%, e a fiscalização aplicou alíquota de alíquota de 18%, observo que o art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96, estabelece:

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

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

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

Ressalto, que conforme apreciado anteriormente art. 265, II, “c” do RICMS/BA (Convênio ICMS 224/2017), prevê isenção do ICMS nas operações internas com fubá de milho e farinha de milho.

No que diz respeito ao flocão de milho, observo que conforme fundamentado no Acórdão CJF 322-12/19, há uma diferenciação entre fubá de milho, flocos e flocão de milho:

Fubá: produto composto por grãos médios, na qual o grão de milho degerminado é moído. É um tipo de farinha que absorve mais água, por ter flocos mais finos. Ou seja, a diferença técnica entre fubá e farinha de milho está no processo que os grãos passam antes de chegar ao consumidor. Porém, no dia a dia da cozinha, esse detalhe faz toda a diferença.

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

O mesmo entendimento foi manifestado no Acórdão CJF 0084-11/18:

Conforme foi bem explicado pelos autuantes na informação fiscal, a Farinha de Milho é obtida pela simples moagem do milho e está classificada na NCM 1102.20.00, ao passo que o Foco de Milho é resultado de um processo industrial de expansão ou torrefação do milho e classifica-se na NCM 1904.10.00.

Portanto, o produto contemplado com alíquota de 7% (art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96), é fubá de milho, e a isenção previsto no art. 265, II, “d” do RICMS/BA, é de fubá de milho e farinha de milho que são produtos diferente do flocão de milho e não se submete a tributação invocada pelo recorrente.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao produto flocão de milho – Infração 8)

Peço licença ao ilustre Relator, para divergir apenas no que diz respeito à mercadoria “Flocão de Milho”, na esteira de entendimentos já esposados por esta Câmara. Cito aresto unânime datado 03/09/2020, Acórdão CJF nº 0236-12/20-VD, pedindo licença para transcrever exclusivamente a passagem a respeito deste tema:

A lide reside na Infração 03, apenas em relação ao 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. Mantida a Decisão recorrida.

Portanto, em relação à infração 8, exclui-se dos demonstrativos os valores atinentes à mercadoria “Flocão de Milho”, que em verdade era ao tempo da infração sujeita a isenção, nos termos da liquidação abaixo:

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL EXCL. (Flocão de Milho)	VL JULG-CJF
jun/17	7.225,07	568,11	6.656,96
jul/17	7.276,42	564,49	6.711,93

ago/17	2.765,75	423,14	2.342,61
set/17	2.050,84	378,89	1.671,95
out/17	1.527,32	411,95	1.115,37
nov/17	1.277,01	432,61	844,40
dez/17	1.636,04	590,46	1.045,58
Total	23.758,45	3.369,65	20.388,80

Nesse sentido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, no sentido de excluir a mercadoria “Flocão de Milho”, assim o montante do Auto de Infração fica conforme o demonstrativo de débito abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE	90,49	90,49	60%
02	PROCEDENTE	810,58	810,58	60%
03	PROCEDENTE	1.076,67	1.076,67	60%
04	PROCEDENTE	2.366,97	2.366,97	60%
05	PROCEDENTE	3.465,95	3.465,95	60%
06	PROCEDENTE/N. PROVIDO	15.833,89	15.833,89	60%
07	PROCEDENTE	320,74	320,74	60%
08	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	23.758,45	20.388,80	60%
09	PROCEDENTE	289,19	289,19	60%
10	PROCEDENTE	342,50	342,50	60%
11	PROCEDENTE	511,56	511,56	60%
12	PROCEDENTE	11.966,14	11.966,14	60%
13	PROCEDENTE	16.328,86	16.328,86	-----
14	PROCEDENTE	140,00	140,00	-----
TOTAL		77.301,99	73.932,34	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **294888.0011/19-2**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.463,48**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.468,86**, previstas nos incisos IX e XVIII, alínea “c” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao produto Flocão de Milho) – Conselheiros(as): Henrique Silva de Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e José Raimundo Oliveira Pinho.

VOTO VENCIDO (Quanto ao produto Flocão de Milho) – Conselheiro: Eduardo Ramos de Santana e Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto ao produto Flocão de Milho)

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR
(Quanto ao produto Flocão de Milho)

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS