

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 281521.0005/19-0
<b>RECORRENTE</b>	- RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0019-05/20
<b>ORIGEM</b>	- INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 10/05/2023

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0093-11/23-VD

**EMENTA.** ICMS: 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS. Embora reconheça que existe mesmo antiga jurisprudência neste sentido, de manter lançamentos relativos aos flocos de milho, esta mesma Câmara já solicitou diligência à PGE/PROFIS, no ACÓRDÃO CJF N° 0125-11/22-VD, de 04.05.2022 em que houve parecer em sentido contrário. Reduzido o lançamento nesta instância. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão deste item. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS E SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO.. A infração 02, do levantamento quantitativo de estoques de mercadoria, após pedido de diligência e sendo aplicado o filtro de perdas, foi reduzida para R\$36.445,04. A recorrente tomou conhecimento e silenciou não trazendo contestações. Assim acato o valor apontado na diligência. Infração 02 parcialmente procedente. Modificada a Decisão deste item. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Com relação à infração 04, desde a defesa inicial que não houve nenhuma comprovação documental para elidir a infração por diferencial de alíquota do material de uso e consumo. A recorrente apenas pediu pela improcedência, sem qualquer fundamentação para tal. Infração 04 procedente. Mantida a Decisão recorrida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. FALTA DE ENTREGA. NO PRAZO REGULAMENTAR. Constatou que não há nenhum demonstrativo das infrações 05 e 06. A infração 06 de fato não precisa demonstrativo pois a multa mensal de R\$1.380,00 já tem previsão legal conforme a lei, mas a infração 05 depende de demonstrativos analíticos e sintéticos, com o valor das entradas, e está ausente do processo. Infração 05 NULA. Modificada a Decisão da infração 05 e mantida a infração 06. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATORIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão de fls. 130/137) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 26/06/2019, que lançou tributos no valor de R\$107.083,27, acrescido de multas de 60% e 100%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, sendo que a infração 3 foi

julgada improcedente, e não havendo Recurso de Ofício, resta o Recurso Voluntário, em decorrência das seguintes infrações 01, 02, 04, 05 e 06:

1. Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2017) - R\$ 5.411,00.
- 2 . Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2017) - R\$ 40.060,00
4. Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do próprio estabelecimento (2017) - R\$ 364,00.
5. Deixou o contribuinte de atender intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, sendo aplicada multa (2015/2016) – R\$ 38.869,27.
6. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária (2015/2016) – R\$ 19.320,00.

O Recorrente impugnou o lançamento (fls. 114 a 118), e o autuante prestou informação fiscal às fls. 124/26) quando então o processo foi pautado para julgamento e julgador Parcialmente Procedente, conforme voto abaixo:

**VOTO**

*O presente auto de infração, acusa o cometimento de seis infrações. Observo que na defesa o sujeito passivo requereu a anulação total das infrações 1, 2, 3 e 4. Entretanto, em seguida apresentou argumentos pertinentes às infrações 1, 5 e 6. Como o auto de infração faz se acompanhar de demonstrativos que dão suporte as infrações, com descrição e indicação dos dispositivos infringidos e multa tipificada, o que possibilitou o exercício do contraditório, e não foram apontados vícios formais ou materiais que conduzam à nulidade do lançamento, entendo que trata-se de razões de méritos que passo a apreciar.*

No tocante à infração 1, o autuado alegou que as operações com milho de pipoca são tributadas em 7% (Parecer 8057/2011 da DITRI), são isentas as saídas internas de sal, fubá de milho e farinha de milho (Convenio ICMS 224/17), e que a alíquota aplicável ao leite em pó é de 7%.

O autuante contestou que o entendimento relativo ao parecer 08057/2011 da DITRI, vai de encontro ao entendimento manifestado em decisão proferida na segunda instância do CONSEF, conforme Acórdão CJF 0310-11/16. No tocante à alíquota reduzida de 7% de leite em pó, afirma que vigorou até 31/01/2017, e os produtos sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho, aplicou o Parecer 06753/2015 da DITRI.

Passo a apreciar as razões por produto: 1) Leite em pó – conforme informado pela fiscalização, o art. 268, XXV do RICMS/BA, foi revogado pelo Decreto nº 17.304/16, com efeitos a partir de 01/02/2017.

Constato que o demonstrativo de fl. 12 engloba duas operações com leite em pó totalizadas no dia 31/01/2017, que foi exigido à diferença de 7%, para 18%. Portanto, como estas operações ocorreram dentro do período de vigência de redução da base de cálculo (17/06/15 a 31/01/17), fica afastado o valor correspondente de R\$ 283,00 (R\$ 254,00 + R\$ 29,00), ficando mantido os demais valores exigidos relativos a este produto, a partir de 01/02/2017.

2) Sal de cozinha – a isenção contempla os produtos da cesta básica, tendo em vista que o art. 16, I, “a” da Lei 7.014/96, estabelece que não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias, aplica-se alíquotas de 7% (sete por cento) nas operações com: “a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca”.

O demonstrativo de fl. 12 engloba duas operações com o produto SAL SABOR DA CHAP P/CHURRASCO PC 500 GR e TEMPERADO. Apesar de ter sido designado como sal, trata-se de produtos modificados que tiveram outros condimentos adicionados (orégano, pimenta do reino, alho, cominho, entre outros), conforme discriminado no rótulo do produto indicado pelo fabricante, na consulta ao site [sabordachapada.com.br](http://sabordachapada.com.br). Portanto, apesar da denominação de sal para churrasco, não se trata do produto com essencialidade básica similar ao arroz, feijão, fubá, macarrão e farinha de mandioca e sim de produto que agrupa outros condimentos e não deve ser considerado como sal de cozinha como alimento da cesta básica. Por isso, fica mantida a exigência pela tributação com a alíquota de 18%;

3) Milho de pipoca – o demonstrativo de fls. 12 a 15 relaciona os produtos das marcas ZAEKI, CUCO, SINHÁ e GAMELEIRA, todos em pacotes de 500GR. Conforme apreciado no Acórdão CJF 0310-11/16, o disposto no art.

16, I, "a" da Lei nº 7.014/96, objetiva acobertar redução de alíquota na comercialização, para os produtos da cesta básica, conforme fundamentado: Nesse ponto, nenhuma razão assiste ao recorrente, uma vez que a legislação fora criada para atender às operações com produtos da Cesta Básica, e o "milho" ao qual a legislação se reporta ao milho em natura, do mesmo modo que cita o arroz e o feijão.

*Na realidade, o milho enlatado e o milho para pipoca não se enquadraram como produtos de Cesta Básica, valendo salientar que a descrição como lata de 2 kg e 24 pacotes de 500 g, confirmam terem passado por processo de industrialização, e quantidades tão significativas não são adquiridas para consumo em uma família.*

*Portanto, o produto milho de pipoca comercializado em embalagens de 500 gramas não se caracteriza como produto básico (7%) similar ao arroz, feijão, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca" estabelecidos no art. 16, I, "a" da Lei nº 7.014/96, visto que a pipoca é um produto alimentar supletivo à alimentação básica e por isso não deve ser enquadrado como produto da cesta básica de forma idêntica ao milho, que na essencialidade é um produto básico e consequentemente deve ser mantida a exigência com a alíquota de 18% para o milho de pipoca.*

4) Fubá de milho e farinha de milho – Os produtos comercializados (fls. 12 a 14) são FLOCÃO e FLOCO DE MILHO de diversas marcas (Vitamilho, Baiano, Maratá, Incamilho e Confiança) que o contribuinte comercializou como isentos de ICMS.

*Da mesma forma, conforme apreciado no Acórdão CJF 0310-11/16: A par dessa tese, o recorrente também postula a aplicação da redução de 100% na base de cálculo para a farinha de milho, segundo o disposto no art. 87, XXX do RICMS/BA, que estabelece:*

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo*

*XXX - das operações internas com sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho em 100% (cem por cento);*

*Os produtos objetos da autuação, FLOC MIL NOVOMILHO PRE COZ 500G SAO BRAZ, FLOCAO 500G VITAMILHO, FLOCAO NOVOMILHO 30X500G SAO BRAZ, são derivados do milho, mas sofrem processos de industrialização e modificação, tais como expansão e torrefação, enquanto que a farinha de milho e o 5 fubá são obtidos num processo de moagem que não alteram a característica do milho natural.*

*Tal entendimento pode ser comprovado através da análise da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), na qual facilmente se percebe ser a farinha de milho um produto diferente de flocos de milho, com classificações fiscais diversas, inclusive, a farinha de milho se encontra classificada na posição NCM 1102.20.00, enquanto o flocos de milho na posição NCM 1904.10.00.*

*Nesse contexto, o RICMS/BA concede redução da base de cálculo para farinha de milho e não extensivamente a todos os produtos derivados do milho, por conseguinte, não há como se cogitar na concessão do benefício da redução da base de cálculo para FLOC MIL NOVOMILHO PRE COZ 500G SAO BRAZ, FLOCAO 500G VITAMILHO, FLOCAO NOVOMILHO 30X500G SAO BRAZ porquanto se apresentam como produtos totalmente diferentes.*

*Assim sendo, conforme decidido na segunda instância deste Conselho de Fazenda Estadual, os produtos comercializados não se caracterizam como fubá de milho ou farinha de milho que são produtos básicos. Fica mantida a exigência fiscal na comercialização de flocos de milho.*

*Ressalto, que conforme esclarecido pela fiscalização, o Convênio ICMS 224/17, trazido na defesa tem efeitos a partir de 01/06/2018, que foi incorporado à redação atual da alínea "d" do inciso II do art. 265 a partir de 01/06/2018 e não alcança o período fiscalizado.*

*Pelo exposto, a infração 1 é procedente em parte, com redução do débito de R\$ 725,00 no mês de janeiro/2017, para R\$ 442,00 com a exclusão dos valores relativos a leite em pó até 31/01/2017 (fl. 12). Com isso, a infração 1 fica reduzida de R\$ 5.411,00 para R\$ 5.128,00.*

*Relativamente às infrações 2 e 3, o defendente limitou-se a requerer anulação alegando que apesar de não ter entregue a EFD, escriturou os livros fiscais e apresentou DMA que corresponde a situação real do movimento dos estoques.*

*Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que os demonstrativos de fls. 17 a 102, indicam as quantidades de mercadorias constantes dos estoques (inicial e final), consignados nas notas fiscais de entrada e de saídas, que resultaram nas omissões apuradas pela fiscalização. Como se trata de informações fiscais elaboradas com base nos documentos fiscais que são de posse do estabelecimento autuado, caberia ao sujeito passivo demonstrar possíveis inconsistências no levantamento fiscal e apresentar o documento comprobatório. Como nenhum documento de prova foi juntado ao processo, não acolho o argumento apresentado.*

*Observo que a infração 2 acusa omissão de saída de mercadorias, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques relativo ao exercício de 2017, e a infração 3, exige ICMS no mesmo exercício [2017], relativo à omissão de saída de mercadorias, por ter sido apurado saídas de mercadorias em valor superior as*

entradas, também em levantamento quantitativo de estoques.

Constatou que a planilha de fls. 42 a 47, relativo à infração 2, aponta base de cálculo das omissões de saída na fl. 47 de R\$ 229.619,00 e a relativa a infração 3, à fl. 62 indica base de cálculo de R\$ 16.993,00. Observo que conforme disposto no art. 13, I da Port. 445/98, no caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, sendo o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas.

Portanto, fica mantido integralmente a exigência do ICMS relativo a infração 2 e afastado o valor total da infração 3. Infração 2 procedente e infração 3, improcedente.

Quanto à infração 4, relativa à exigência do ICMS da diferença de alíquota relativo a aquisição de material de uso ou consumo, observo que a fiscalização juntou demonstrativo próprio às fls. 101 a 103. Como o defendente não se manifestou em relação a esta infração, julgo totalmente procedente a infração 4.

Com relação à infração 5 e 6 (multas pela falta de entrega de arquivo da EFD), o recorrente argumentou que fiscalização não observou os “Extrato dos pagamentos realizados. DAE-s e 6 GNRE’s do período auditado, e também parcelamentos. Pediu que fosse autorizado a refazer a escrita fiscal.

Observo que conforme documentos juntados às fls. 8 a 10, o defendente foi intimado para corrigir os arquivos da EFD em 23/04/2019 e conforme esclarecido pelo autuante (fl. 126), o sujeito passivo não corrigiu os arquivos da EFD no prazo concedido. Portanto, o autuado não efetuou a correção dos arquivos da EFD no prazo legal e consequentemente ficou sujeito as penalidades previstas nos artigos 247 a 250 do RICMS/BA.

Ressalto que as multas aplicadas decorrem de falta de cumprimento de obrigações acessórias, e os documentos juntados pela defesa, relativos à apuração do ICMS como o DAM, DAEs e DMA não fazem prova a favor do contribuinte.

Não acolho o pedido de autorização de concessão para refazer a escrita fiscal por falta de amparo legal. Fica mantida a procedência das infrações 5 e 6.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a redução parcial do valor exigido na infração 1 e improcedência total da infração 3.

### **VOTO VENCEDOR RELATIVO À INFRAÇÃO 1**

Sem embargo do detalhado voto do insigne Relator, prolatado com zelo e domínio do assunto, pedimos vênia para divergir parcialmente do seu entendimento, nomeadamente quanto a aspectos relacionados à infração 01.

Tratou o lançamento de ofício de considerar como insuficiente a tributação adotada pela empresa no que tange aos produtos “milho para pipoca” e “sal para churrasco”, não enquadráveis na norma que prevê a alíquota reduzida de 7%.

Referimo-nos ao comando contido no art. 16, I, “a”, da Lei 7014/96, a saber:

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; (destaques da reprodução).

Apesar de ser razoável construir-se um fio de raciocínio de que as mercadorias elencadas na alínea transcrita pertencerem ao que se denomina na praxe de “produtos da cesta básica”, os quais não abrangem grãos de milho selecionados para fazer “pipoca” e sal “grosso”, usado em tempero de carnes para “churrasco”, não há como se extrair da norma citada este significado como o único possível para a melhor compreensão da norma.

Noutras palavras: tal conclusão, portanto, pode ser extraída a juízo do operador do direito, sem clarividente respaldo legal, na mesma linha de muitas outras conclusões que poderiam ser deduzidas, a exemplo da ideia de muitos produtos considerados de “cesta básica” na Bahia estarem inopinadamente excluídos do comando da lei, o que se afiguraria uma anomalia legislativa.

Reconhecidamente, carece a regra sob estudo da completude necessária para se saber se as mercadorias ali postas possuem este ou aquele objetivo.

Se fosse o intuito atingir mantimentos da “cesta básica”, deveria o legislador explicitar que os produtos ali referenciados pertenceriam a este grupo de alimentos. Se fosse o intuito do legislador contemplar exclusivamente gêneros alimentício em estado natural, não seria incluído o “macarrão”. Ou se outro móvel justificasse a produção da norma, que viessem as mercadorias ali contempladas acompanhadas de um sinal característico.

Acontece que a disposição de lei em debate, nenhuma referência faz a quaisquer particularidades. Limita-se a dizer que determinados produtos, apostos genericamente - sem qualquer classificação pormenorizada ou

*codificação na NCM - submetem-se à alíquota de 7%.*

*Se o produto “milho” está ali referenciado, de modo amplo, sem qualificativos que o individualize, qualquer tipo de milho, mesmo o industrializado, mesmo o mais caro e sofisticado, desde que não perdesse a substância, encontraria subsunção na citada norma. Inclusive o “milho para pipoca”.*

*Se o produto “sal para cozinha” está ali referenciado, de modo vasto, sem pormenores que o personifique, qualquer sal usado na cozinha, mesmo o de grânulos maiores, próprios para assar carnes na brasa, encontraria subsunção na norma. Em se tratando de alíquota de ICMS e à vista do subprincípio da tipicidade cerrada, somente a lei poderia trazer o discriminem jurídico para enquadrar esta ou aquela característica ao produto que se pretendeu conferir carga tributária diferenciada.*

*Pode-se até considerar ser a técnica da alíquota minorada um jeito de se conferir isenção parcial ao contribuinte, situação em que se aplicaria o art. 111, II do CTN, vale dizer, de somente ser admitida a interpretação literal da norma tributária.*

*Nestas circunstâncias e tendo em vista os diversos veios de interpretação que podem exsurgir do comando legal multirreferido, preferimos aderir à máxima de “onde a lei não distingue, não caberá ao intérprete distinguir”, não obstante sabermos que tal assertiva poderá ser relativizada em diversos casos concretos.*

*Tal posicionamento, serve até como um alerta ao legislador. É preciso preencher totalmente na descrição normativa o campo de aplicação a ser afetado pelo prescritivo criado, sobretudo em se tratando de dispositivos que regulam situações excepcionais, que escapam do sistema de tributação ordinária. Deve o legislador, permissa vénia, corrigir os defeitos da norma, descrevendo na inteireza os qualificativos das mercadorias em que se busca efetivar uma carga tributária especial.*

*Pelo exposto, somos pela exclusão dos itens “milho para cozinha” e “sal para churrasco” do montante considerado procedente na infração 01.*

*Diante do exposto, votamos pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a redução parcial do valor exigido na infração 1 e improcedência total da infração 3.*

Inconformado, o autuado apresentou Recurso Voluntário fls. 155/58, e esclarece que quanto ao leite em pó, se aplicava alíquota diferente da apresentada para o período apurado, assim como para os produtos de milho para pipoca, sal, flocão, flocos de milho de milho, são improcedentes.

Que não é cabível a aplicação do ICMS para produtos adquiridos para consumo no próprio estabelecimento, tendo em vista que a mercadoria é caracterizada por sua destinação, uma vez que é coisa móvel com aptidão ao comércio. Que nas palavras do Professor Eduardo Sabbag “não são mercadorias as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio, mas somente aquelas adquiridas para revenda ou venda”.

Assim, pede pela improcedência das infrações de 01 a 04.

No mesmo sentido, requer que sejam julgados improcedentes os itens 05 e 06, tendo em vista que o auditor deixou de considerar o extrato dos pagamentos realizados, DAE e GNRE do período auditado, bem como os processos de parcelamento.

Que as apurações corretas se encontram demonstradas nas DMA que tiveram suas transmissões no prazo legal, no mês subsequente ao da apuração. Assim, as divergências apresentadas nos arquivos do SPED não refletem a apuração do ICMDS feita e recolhido no período em questão.

Requer a empresa faça a recomposição da escrituração fiscal, fazendo reapresentação e retransmissão dos arquivos do SPED fiscal referente aos meses em questão para nova verificação e real constatação da SEFAZ que não foram cometidas nenhuma infração.

Que por conta de um problema de sistema, suscetível a qualquer empreendedor está enfrentando sanções desproporcionais pois não existe má fé. Ademais o recolhimento foi feito aos cofres públicos de forma correta, razão porque requer a improcedência dos itens 05 e 06.

#### PEDIDO:

Que sejam julgados os itens 01 e 04 improcedentes, e que as infrações 05 e 06 sejam suspensas para análise dos novos arquivos a serem retransmitidos, frisando que a empresa possui as apurações dos impostos que constam nas declarações de apuração mensal, todas transmitidas dentro do prazo legal, bem como os valores do ICMS normal recolhido em todo o período.

Às fls. 187/88 o processo foi enviado em diligência à INFRAZ DE ORIGEM, com os seguintes fundamentos e pedidos:

No Recurso Voluntário, o Recorrente após citar que na impugnação inicial pediu a anulação das infrações 01, 02, 03 e 04, e que o julgamento entendeu pela mínima redução do item 1 e improcedência do item 03, mantendo as demais, não fazendo qualquer referência ao levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, item 2, o que em princípio, pareceu se conformar com a decisão destas infrações.

Contudo, na assentada de julgamento, entendeu-se que ao pedir que fossem julgados improcedentes os itens de 01 a 04, mesmo sem fazer referência a qualquer erro na infração 2, que não havia reconhecimento tácito, e, portanto, deveria ser aplicada de ofício, a alteração da Portaria 445/98, devido à redação do § 1º, do art. 3º do diploma normativo citado, passando, a redação atual, a prever o seguinte:

*Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:*

...

*§ 1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período:*

- I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;*
  - II - 1,92%, no comércio varejista de perfumaria;*
  - III - 1,80%, no comércio varejista de artigos esportivos;*
  - IV - 1,18%, no comércio varejista de moda;*
  - V - 1,09%, no comércio varejista de drogarias;*
  - VI - 1,02%, no comércio varejista de material de construção;*
  - VII - 0,99%, no comércio de atacarejo;*
  - VIII - 0,91%, no comércio varejista de livrarias e papelarias;*
  - IX - 0,70%, no comércio varejista de calçados;*
  - X - 0,62%, no comércio varejista de lojas de departamento;*
  - XI - 0,46%, no comércio varejista de eletrodomésticos e móveis;*
  - XII - 1,38%, outras atividades de comércio varejista, exceto comércio varejista de combustíveis.*
- ... (grifos acrescidos).*"

Tal alteração impactou os resultados de auditorias de estoques, relativamente às omissões de saídas, no que deverá ser revisto o primeiro item deste lançamento.

Colocada as questões pertinentes ao levantamento de estoques de mercadorias, a 2ª CJF, em obediência ao princípio da verdade material, converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem, para que sejam tomadas as seguintes providências:

#### *PELO AUTUANTE*

*Em atendimento aos preceitos da Portaria nº 445/98, aplicar filtro quanto ao percentual de perda inerente à atividade do Recorrente, dentro dos parâmetros estabelecidos pela portaria. Pede-se também, que aprecie as demais razões recursivas do Recorrente, tanto no que diz respeito às omissões de saída da infração 2.*

#### *PELA INFRAZ DE ORIGEM*

*Após a diligência, dar vistas ao Recorrente, para no prazo de 60 dias, se pronunciar sobre o resultado da diligência. Em seguida, dar vistas novamente ao autuante para se pronunciar sobre a manifestação do Recorrente, e a seguir, enviar o processo para este Conselho de Fazenda.*

À fl. 193 foi efetuada diligência por auditor estranho ao feito, em virtude de aposentadoria do autuante, reduzindo a infração 02 para R\$36.445,04. À fl. 203 consta termo de ciência de intimação para se manifestar sobre a informação fiscal.

À fl. 204 consta que quanto à infração 05 foi feito em 12.09.2019 um pedido de retificação. Dos arquivos não entregues antes por motivo de troca de sistema. Pede que seja feita a recepção deles e anular a cobrança desta infração. O mesmo foi feito em relação à infração 06. Silenciou quanto ao novo valor encontrado na diligência.

## VOTO

Trata-se de lançamento com 06 infrações, sendo a infração 03 julgada improcedente, a infração 01 procedente em parte e as demais, 02, 04, 05 e 06 julgadas procedentes.

No Recurso Voluntário, o contribuinte contesta todas as infrações, exceto a julgada improcedente, contudo sem trazer quaisquer elementos de prova, fazendo uma defesa genérica alegando que a empresa “por conta de um problema de sistema que é suscetível a qualquer empreendedor está enfrentando sanções proporcionais.

Fala sem citar qual infração (pelo assunto reporta-se à primeira), dos produtos milho de pipoca, sal, flocão de milho, flocos de milho são improcedentes pois no caso do leite em pó se aplicava alíquotas diferentes para o período fiscalizado. Depois da diligência, apenas reforça o fato de que teria apresentado arquivos eletrônicos e pede para que sejam aceitos e validados, mas sem contestar o levantamento de estoques.

Na primeira infração, a Junta corrigiu as alíquotas do leite no período que foi reduzido para 7%. No caso do sal para churrasco, e milho para cozinha embora o relator tenha sido contrário, em voto divergente e vencedor, foi excluído, mas o milho para pipoca, também não foi contemplado pois não está na cesta básica.

Contudo, a Junta manteve intacto o lançamento do flocão e flocos de milho, sob a justificativa de que são derivados do milho que sofrem processos de industrialização, diferentes da fubá que é obtida por processo de moagem que não altera a característica do milho natural.

Embora reconheça que existe mesmo antiga jurisprudência neste sentido, de manter lançamentos relativos aos flocos de milho, esta mesma Câmara já solicitou diligência à PGE/PROFIS, no ACÓRDÃO CJF Nº 0125-11/22-VD, de 04.05.2022 em que houve parecer em sentido contrário com o seguinte teor:

*Que embora possa até se confundir farinha e fubá de milho como a mesma coisa, é certo que o flocão tem definição própria e não está incluído na isenção posta no RICMS. Numa interpretação gramatical, nos termos do art. 111 do CTN, é possível se adentrar o caminho de que o flocão não está contemplado pelo benefício; contudo, dada a extrema similaridade, e utilidade do produto em relação à fubá e farinha de milho, que é consumido como parte integrante da cesta básica da população pobre, a que a isenção dos outros 2 itens se destina, a procuradoria entendeu ser pertinente uma análise aprofundada da situação deste item.*

Assim posto, o processo por unanimidade, foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, para que o Dr. José Augusto Martins Junior, emita parecer acerca do tema em debate.

*Às fls. 709/715, o parecer considera que os produtos alimentícios se modificam e se aperfeiçoam numa velocidade que a norma não acompanha. De alguma forma o critério da dupla identidade há de ser relativizado e no caso concreto a situação do flocão de milho.*

*Que a situação dentro de uma lógica finalística, se amolda perfeitamente a esta relativização, não podendo se perder o foco de que se busca na isenção de produtos alimentícios, desonrar a cadeia de consumo duma população de baixa renda.*

*Dessa forma, não resiste a uma lógica hermenêutica de enfeixar produtos fubá de milho e farinha de milho isentos, desconsiderando flocão de milho, cuja diferença se baseia apenas na granulometria, mas derivados do milho.*

*Entende, portanto, pela isenção concedida ao fubá de milho e farinha de milho também se aplica ao flocão por se tratar do mesmo produto, não existindo qualquer ranhura à interpretação literal, devidamente atendida quando circunscrita aos produtos derivados da industrialização do milho.*

Assim, acolho a exclusão do flocão de milho, flocos de milho, remanescendo o valor de R\$70,00:

Data	Valor julgado 1ª Instância	Valor julgado 2ª Instância
09/02/2017	421,00	1,00
09/03/2017	382,00	2,00
09/04/2017	497,00	0,00
09/05/2017	511,00	4,00
09/06/2017	580,00	0,00
09/07/2017	462,00	0,00

09/07/2017	4,00	0,00
09/08/2017	562,00	0,00
09/08/2017	2,00	0,00
09/09/2017	643,00	4,00
09/09/2017	3,00	0,00
09/10/2017	662,00	4,00
09/10/2017	1,00	0,00
09/11/2017	327,00	55,00
09/11/2017	4,00	0,00
<b>TOTAL</b>	<b>5.061,00</b>	<b>70,00</b>

Infração 1 Procedente em Parte.

A infração 02, do levantamento quantitativo de estoques de mercadoria, após pedido de diligência e sendo aplicado o filtro de perdas, foi reduzida para R\$36.445,04. A recorrente tomou conhecimento e silenciou não trazendo contestações. Assim acato o valor apontado na diligência.

Infração 02 Parcialmente Procedente.

Com relação à infração 04, desde a defesa inicial que não houve nenhuma comprovação documental para elidir a infração por diferencial de alíquota do material de uso e consumo. A recorrente apenas pediu pela improcedência, sem qualquer fundamentação para tal. Mantida a Decisão recorrida.

Infração 04 Procedente.

Com relação às infrações 05 e 06 a argumentação é a mesma, a entrega posterior de EFD corrigida. Vejamos o que diz o voto recorrido:

*Com relação à infração 5 e 6 (multas pela falta de entrega de arquivo da EFD), o recorrente argumentou que fiscalização não observou os “Extrato dos pagamentos realizados. DAE-s e 6 GNRE’s do período auditado, e também parcelamentos. Pediu que fosse autorizado a refazer a escrita fiscal.*

*Observo que conforme documentos juntados às fls. 8 a 10, o defendant foi intimado para corrigir os arquivos da EFD em 23/04/2019 e conforme esclarecido pelo autuante (fl. 126), o sujeito passivo não corrigiu os arquivos da EFD no prazo concedido. Portanto, o autuado não efetuou a correção dos arquivos da EFD no prazo legal e consequentemente ficou sujeito as penalidades previstas nos artigos 247 a 250 do RICMS/BA.*

*Ressalto que as multas aplicadas decorrem de falta de cumprimento de obrigações acessórias, e os documentos juntados pela defesa, relativos à apuração do ICMS como o DAM, DAEs e DMA não fazem prova a favor do contribuinte.*

*Não acolho o pedido de autorização de concessão para refazer a escrita fiscal por falta de amparo legal. Fica mantida a procedência das infrações 5 e 6.*

Nas infrações 05 e 06 o autuante aplicou o dispositivo legal Art. 42, XIII-A: I) R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada.

Assim, na infração 05 lançou multa de 1% do valor das entradas. Contudo, no CD de fl. 108 o autuante só anexou o demonstrativo do levantamento de estoques, e as demais infrações estão com demonstrativos impressos, fls. 1/107.

No entanto, constato que não há nenhum demonstrativo das infrações 05 e 06. A infração 06, de fato não precisa demonstrativo pois a multa mensal de R\$1.380,00 já tem previsão legal conforme artigo acima transcrita, mas a infração 05 depende de demonstrativos analíticos e sintéticos, com o valor das entradas, e está ausente do processo.

Na intimação por AR, fl. 111 sequer há comprovação de que o autuado tenha recebido os demonstrativos. Ainda que tenha recebido, a presença do demonstrativo é indispensável para comprovação do devido processo legal e respeito ao princípio da ampla defesa não sendo prudente permitir uma judicialização do processo sem os demonstrativos. O fato do contribuinte

não ter alegado cerceamento de defesa, não impede o julgador, de ofício, por interesse público, detectar a falha e anular a infração.

Embora seja um vício sanável, em diligência, entendo ser contraproducente, já que se trata de auto lavrado em 26.06.2019, e o Inspetor Fazendário à fl. 192 informa que o autuante foi aposentado no ano de 2020, nomeando auditor estranho ao feito para cumprir a diligência, não havendo a mínima perspectiva de que tal demonstrativo venha a ser encontrado, com o autuante ausente do trabalho há mais de três anos, razão pela qual decreto a nulidade.

Discordo também na Decisão recorrida quanto à recusa de autorização para refazer a escrita fiscal, pois se há notórios erros, o contribuinte tem o direito de refazer a escrita fiscal, não podendo ser aprisionado a um erro, o que é importante também para o fisco.

A restrição em correção após ou durante a fiscalização ocorre para inibir o contribuinte de tentar modificar a escrituração de modo a tentar descharacterizar descumprimento de obrigações principais encontradas pelo fisco durante o procedimento. Contudo, aqui se trata de descumprimento de obrigações acessórias, e ainda que seja refeita a escrituração, não elide o lançamento, uma vez que já ficou configurada a infração.

Pelas razões acima, anulo, de ofício, a infração 05 e mantendo a infração 06.

#### QUADRO RESUMO DO JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

INFRAÇÃO	AUTUADO	JULGADO EM 1ª INSTÂNCIA	JULGADO EM 2ª INSTÂNCIA
1	5.411,00	5.061,00	70,00
2	40.060,00	40.060,00	36.445,04
3	3.059,00	0,00	0,00
4	364,00	364,00	364,00
5	38.869,27	38.869,27	0,00
6	19.320,20	19.320,20	19.320,20
<b>TOTAL</b>	<b>107.083,47</b>	<b>103.674,47</b>	<b>56.199,24</b>

Face ao exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281521.0005/19-0, lavrado contra **RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.879,04**, acrescido da multa de 60% sobre R\$434,00, e de 100% sobre R\$36.445,04, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas fixas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$19.320,00**, prevista no inciso XIII-A, “I” da citada Lei e Artigo citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS