

PROCESSO - A. I. Nº 298627.0002/15-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0190-05/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** OPERAÇÕES ISENTAS. Se trata de embalagens na proporção da saída de mercadorias isentas e não tributáveis. Redução quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Redução do débito em razão da exclusão de mercadoria sujeita ao regime normal e quanto ao fato gerador atingido pela decadência; **c)** TRANSFERÊNCIA SALDO CREDOR INCORRETO. Comprovada a exação através da EFD. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. RAICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Redução do débito quanto ao fato gerador atingido pela decadência. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Redução do débito em razão da exclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária ou redução da base de cálculo e quanto ao fato gerador atingido pela decadência. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Redução do débito quanto ao fato gerador atingido pela decadência. 5. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. ATIVO IMOBILIZADO e MATERIAL DE CONSUMO. Infrações comprovadas. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. Exclusão dos valores atinentes às notas fiscais registradas. Adequação da multa para 1%, devido aplicação retroativa mais benéfica. Razões recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0190-05/17, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$1.378.519,82, em razão da constatação de quinze irregularidades, das quais o sujeito passivo reconhece as exações: 1, 4, 6, 11 e 13, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3, 7, 8, 9 e 14, como também objeto do Recurso Voluntário as exações: 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 14 e 15, a seguir descritas:

Infração 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$55.267,46, referente a aquisição de embalagens na proporção da saída de mercadorias isentas e não tributáveis (Anexos 3A, 3B, 4A e 4B);

Infração 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$261.608,26, referente a mercadorias

adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária (Anexos 5-A, 5B);

Infração 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.045,04, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior (Anexo 7);

Infração 7 – Recolheu a menor ICMS de R\$4.480,43, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto (Anexo 9);

Infração 8 – Recolheu a menor ICMS de R\$434.845,80, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (Anexos 10 e 11);

Infração 9 – Recolheu a menor o ICMS de R\$594,73, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (Anexos 12 e 13);

Infração 10 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$31.153,20, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente a notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ (Anexo 14);

Infração 12 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$3.332,26, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, referente a notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ (Anexo 16);

Infração 14 – Multa no valor de R\$35.129,15, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, referente a notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ (Anexos 18A e 18B);

Infração 15 – Multa no valor de R\$13.465,70, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, referente a notas fiscais eletrônicas enviadas ao banco de dados da SEFAZ (Anexos 19A e 19B).

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$1.003.985,68, após rejeitar a preliminar de nulidade; indeferir o pedido de perícia técnica e, com base no art. 150, § 4º, do CTN, acolher a decadência dos fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro de 2010, visto que a ciência do Auto de Infração ao contribuinte ocorreu em 05/10/2015.

No mérito, a JJF considera procedentes as infrações 1, 4, 6, 11 e 13, em razão do próprio reconhecimento pelo sujeito passivo e, quanto às demais, teceu as seguintes razões:

Quanto à infração 2, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de embalagens, proporcional às saídas de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, resultando no pagamento a menor do imposto, em consequência, na aplicação do art. 150, § 4º do CTN, a JJF considerou alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos entre 31/01/2010 a 30/09/2010, tendo em vista que a ciência ao contribuinte ocorreu em 05/10/2015.

Salienta a JJF que o contribuinte não contestou os cálculos e percentuais demonstrados pelos autuantes nos anexos: 3A, 3B, 4A, e 4B, os quais foram obtidos a partir da escrituração fiscal, ou mesmo apresentou memória de cálculo com o objetivo de contestar os valores referentes ao lançamento desta infração.

Assim, concluiu pela procedência parcial da infração, com exclusão dos meses de janeiro a setembro de 2010, que perfaz o valor de R\$21.469,51, remanescendo o ICMS no valor de R\$33.797,95.

Inerente à infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária, a JJF também excluiu os fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro de 2010 por considerá-los alcançados pela decadência.

Quanto ao período remanescente da exação a JJF acompanhou o entendimento dos autuantes, acolhendo a reforma procedida, conforme fls. 412 dos autos, por concordar com a fundamentação de cada item, o que resultou o ICMS a recolher desta infração no valor de R\$136.502,64.

No tocante à infração 5, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior a dezembro de 2010, a JJF não acolheu a alegação de defesa de que não houve erro do saldo credor transportado, sob o entendimento de

que a defendente está obrigada a efetuar a escrituração fiscal digital (EFD), desde janeiro de 2009, conforme § 1º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 77, de 18 de setembro de 2008.

Assim, com base no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), utilizado pelo contribuinte para envio de suas EFD, os autuantes obtiveram os registros fiscais de apuração do ICMS nos meses de novembro e de dezembro de 2010, sendo que o saldo credor de novembro é de R\$42.375,10 e o saldo transportado para o mês de dezembro de 2010 foi de R\$44.420,14, logo há uma diferença de R\$2.045,04, que corresponde ao valor desta infração, razão para manter na íntegra a infração.

Já a infração 7, relativa ao recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, a JJF excluiu os valores dos meses de junho e de julho de 2010, por haver ocorrido a decadência e, quanto aos demais meses, mais uma vez, salienta que o contribuinte estava obrigado, à época, a efetuar a escrituração fiscal digital (EFD), pela qual os autuantes, com base no SPED, obtiveram os registros fiscais de apuração do ICMS nos meses de junho e julho/2010; abril a junho, agosto e outubro/2011, nas saídas com débito do imposto, comprovando a infração no valor remanescente de R\$4.459,16.

Referente à infração 8, relativa ao recolhimento a menor de ICMS pela aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a JJF também excluiu os fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro de 2010 por considerá-los alcançados pela decadência. Quanto ao período remanescente, a JJF acompanhou o entendimento dos autuantes, acolhendo a reforma procedida, conforme fls. 412 dos autos, por concordar com a fundamentação de cada item, o que resultou o ICMS a recolher desta infração no valor de R\$238.667,19.

Em relação à infração 9, decorrente recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, a JJF concluiu pelo valor remanescente de R\$451,83, referente ao período de outubro de 2010 a dezembro de 2011, após excluir os fatos geradores de janeiro a setembro de 2010, por considerá-los alcançados pela decadência, julgando a infração procedente em parte.

No que tange à infração 10, relativa à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de ativo imobilizado, a JJF concluiu pela procedência da infração por entender que, neste caso, a contagem para o prazo decadencial é a prevista no art. 173, I, do CTN, inexistindo decadência dos fatos geradores ocorridos em 2010. Também em razão dos fatos desconexos alegados pelo defendente - de que seriam mudas de plantas, peixes, produtos hortícolas e frutícolas, os quais não se tratam de produtos destinados ao ativo fixo e sim mercadorias para revenda - tendo em vista que no Anexo 14, às fls. 66 a 67 dos autos, não estão incluídos na infração essas mercadorias, mas, sim, itens tais como: filtro ambiental, embaladora a vácuo, balcão, móvel expositor, processador de sinais eletrônicos, todos relativos ao ativo fixo do estabelecimento. Infração procedente.

Já a exação 12, relativa à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições de materiais de uso e consumo, a JJF também entendeu pela procedência da infração por não haver decadência, visto que a contagem é a prevista no art. 173, I, do CTN, assim como verificar que o defendente labora em equívocos - ao fazer alegações relativas a pão, sequilhos, cenoura, tomate, batata - pois o Anexo 16 trata de produtos para consumo do estabelecimento, tais como: display, camisetas promocionais, panfletos, cartaz, placa de corredor, móbile, etc. Infração procedente.

Por fim, quanto às infrações 14 e 15, relativas à multa em decorrência da falta de registro na escrita fiscal de mercadorias entradas no estabelecimento, a JJF aduz que, tratando-se de descumprimento de obrigações acessórias, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN, logo, não são atingidos pela decadência os períodos objeto da autuação.

No mérito, o órgão julgador não acata a alegação do sujeito passivo de que não estaria obrigado a registrar os documentos fiscais referentes à aquisição de mercadorias tributáveis e não tributáveis

supostamente não entregues e que não pode responder por eventual infração cometida por terceiros, sob a justificativa de que as mercadorias não chegaram a ingressar em seu estabelecimento, pois as mesmas retornaram por meio de uma nota fiscal de entrada emitida pelo próprio fornecedor remetente.

A JJF registra que os autuantes tiveram o cuidado de retirar do levantamento fiscal este tipo de situação, pois quando as mercadorias retornam por meio do próprio DANFE, após as devidas observações do destinatário, o remetente é obrigado a emitir nota fiscal de entrada, fazendo menção a chave do documento fiscal de origem.

Aduz que esta exigência permite que o Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal (SIAF) gere uma rotina prevendo tal situação. Além disso, a Cláusula sétima, § 7º, do ajuste SINIEF, determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminha ou disponibiliza download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e.

Assim, superada a possibilidade dos levantamentos elaborados pelos autuantes incluírem notas fiscais referentes à entrada de mercadorias que não tenham sido escrituradas, em virtude da emissão de um documento fiscal dando o retorno das mesmas pelo próprio fornecedor remetente, os próprios autuantes alertam que em todos os demonstrativos das infrações acima citadas (anexos 18A, 18B, 19A e 19B) constam a chave de acesso, permitindo ao reclamante verificar a autenticidade dos documentos por meio da rede mundial de computadores em site específico, em consonância com a cláusula décima quinta do citado ajuste (SINIEF 07/05). Logo, cabe ao apelante desconstituir a presunção mediante provas que disponha, o que não ocorreu.

Contudo, não obstante todas as razões apresentadas acima, a JJF constatou que a multa da infração 14 deve ser reduzida para 1% do valor comercial das mercadorias, tal como disposto no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 13.461 de 10/12/2015, com efeitos retroativos, por ser mais benéfica ao contribuinte, com aplicação do art. 106, I, do CTN.

Deste modo na infração 14 remanesceu o valor de R\$3.512,92 e a infração 15 manteve o valor de R\$13.465,70.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de R\$1.003.985,68, recomendando a homologação dos valores recolhidos, conforme fls. 416 a 425 do PAF, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 536 a 595 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Da prejudicial de mérito pela extinção parcial do crédito tributário pelo decurso do prazo decadencial, nos termos do art. 150, § 4º, e 156, V e VII, do CTN, ao insurgir-se contra o Acórdão recorrido que entendeu inexistir a decadência parcial do crédito tributário das infrações 10, 12, 14 e 15, sob a justificativa de que o lançamento fiscal está acobertado pelo art. 173, I, do CTN.

Defende o recorrente que a referida norma não se adéqua ao caso em apreço, quando a lei complementar (CTN) também disciplina a decadência para o caso de haver recolhimento, embora parcial, do ICMS, pois, esse é o caso em questão, já que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do imposto, em virtude das situações descritas como infrações. Assim, segundo o apelante, nesse caso aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN e não o contrário como disposto no acórdão recorrido, uma vez que ignora o fato de que o caso em questão está enquadrado na hipótese de haver recolhimento parcial decorrente da apuração do imposto no período autuado (atividade do contribuinte). Cita doutrina e jurisprudência.

Concluiu que o lançamento fiscal em questão não pode ser exigido, porque o crédito tributário do período de janeiro a setembro de 2010 está contaminado pela extinção em virtude da homologação tácita, nos termos do art. 156, inc. V, do CTN, eis que decorrido o prazo previsto no § 4º do art. 150 do mesmo diploma legal, ou seja, 5 (cinco) anos do fato gerador do ICMS, tendo em vista que só tomou ciência do Auto de Infração em 05/10/2015, quando já ultrapassado o prazo para homologação.

No mérito, quanto à infração 2, cuja acusação fiscal é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, referentes as entradas de embalagens, na exata proporção da saída de mercadorias isentas e não tributáveis, o sujeito passivo alega que o Acórdão recorrido não observou que os valores exigidos não procedem, diante do fato de que esse procedimento (estorno) é realizado reiteradamente pelo contribuinte, dentro dos percentuais correspondentes a proporcionalidade de entrada das embalagens com as saídas de produtos isentos e não tributados no período autuado, conforme consignado em seu Registro de Apuração (doc. 3 da defesa).

Assim, concluiu ser frágil a acusação fiscal pelo fato da realização do estorno, conforme determina a legislação, como também pela incerteza dos valores exigidos pela fiscalização, que não condizem com o descrito na escritura fiscal do recorrente. Em consequência, diante da incerteza quanto à liquidez dos valores apresentados pela fiscalização, sustenta ser certa a total improcedência da pretensão fiscal.

Inerente à infração 3, o recorrente alega descaber a exigência de crédito fiscal indevido, visto que não são mercadorias sujeitas à antecipação tributária, como entende o Fisco, eis que:

- PAÇOCA HERSHEY'S, PAÇOQUINHA ROLHA YOKI e PAÇOQUINHA TABLETE YOKI, diz ser a paçoquinha um doce de amendoim e não derivado de farinha de trigo, somando-se o fato de que o que está sujeito à tributação antecipada é o salgado industrializado a base de amendoim e não o doce a base de amendoim, conforme preceitua o art. 353, II, item 29.3, do RICMS/97, não há como proceder à exigência fiscal.

Já a PACOCA HERSHEY'S diz que, apesar de a JJF afirmar que se trata de um chocolate com o recheio de paçoca, na verdade, segundo o fabricante, o produto é a "paçoca com cobertura do mais puro chocolate HERSHEY'S". Segundo o apelante, o fato de ser coberto de chocolate não retira a natureza do produto, que continua sendo paçoca, mesmo que se exclua a fina camada de chocolate, pois essa é a característica que o qualifica como tal. Logo, não há como prosperar a exigência fiscal.

- AMENDOIM DESC YOKI 500g, BP AMENDOIM GRAUDO C/PELE 150G, BP AMENDOIM GRAUDO C-PELE 140g, BP AMENDOIM GRAUDO S/PELE 150G, o recorrente alega que, mesmo que se admita que o NCM indicado refere-se a produto industrializado, conforme sustenta o Acórdão recorrido, o fato é que o produto em si não é, e isso é que deve prevalecer, pois tais produtos são amendoim cru, sem qualquer processo de beneficiamento ou transformação do produto e, portanto, não sujeito a antecipação e vedação ao crédito, conforme site <http://www.yoki.com.br/product/amendoim-descascado/>.
- IOGURTE, diz o apelante que o Acórdão recorrido, equivocadamente, mantém a classificação de alguns produtos como sendo IOGURTE (NCM 0403.10.00) e, conseqüentemente, sujeito a substituição tributária. Contudo, são bebida láctea ou leite fermentado ou piti suís, conforme catálogo elaborado pela DANONE (doc. 4 da defesa), a exemplo de:

Bebida Láctea: ACHOC ITAMBYNHO, DANONINHO MOR, DANONINHO OVERCAP C CEREAI;

Leite Fermentado: ACT.L.FERM.BIFID.AV. DANONE, ACTIV.LIQ.AVEIA DANONE, ACTIVIA ECON FRU, ACTIVIA LIQ.AMEIXA DANONE, ACTIVIA LIQ.MORANGO DANONE, CORPUS BREAK BL MOR, LEIT FERM FRUTAS VRM;

Peti Suís: DANONINHO 2 SBR QJ P SUISSE, DANONINHO PETIT SUIS MORANG, DANONINHO SABORES, PETI SUIS MOR VIT BATAVI, PETIT SUISSE BOM LEITE;

Sobremesa Láctea: CORPUS BREAK BL MOR, DANETTE CHOC, DANETTE CHOCOLATE SOB LACTEA, DANETTE FLAN BAU CAR SB LCT, DANETTE FLAN CHOC SB LACTEA, DANETTE MIX SOB LACTEA, DANETTE OVOMALT SB LACTEA.

- ACNE-AID SAB PELE OLEOSA, ACNE-AID WASH, ACNESOAP SAB, ACTIVE C ROSTO, ACTIVE C YEUX OLHOS, ANTHELIOS HELIOBL STICK 50+, ARNICA CREME, AROMAT SOFT FRESH TALCO TECOV, BLEPHAGEL, CAPITULOS LOÇÃO ANTIQUEDA, CETAPHIL FACIAL FPS 15 LOC, CERALIP LABIAL, GEL DETTOL HAND SANIT LAVAND, HIPODERME LENCOS UMED POTE, PHOTODERM BIOPRO 100 FLUIDO, PHOTODERM BIOPRO 100 MILK, PHOTODERM BIOPRO 100 TINTO, ROSA

CLEAN, SALISOAP SAB.

Diz o recorrente que tais produtos não são medicamentos, como entende a JJF, já que se classificam como dermocosméticos ou cosméticos, não inseridos na sujeição a substituição tributária (art. 353 do RICMS).

- AGUA BORICADA LAFARE, AGUA RABELO, AGUA TERMAL SPR, CASTANHA DA INDIA BRIFAR, OLEO DE ALHO, OLEO DE PEIXE HERBAR, do mesmo modo do item anterior, o apelante afirma que os citados produtos não são classificados como medicamentos, mas, sim, como produtos fitoterápicos (NCM 3301) não incluídos no rol do art. 353, II, do RICMS/97.
- ALCACHOFRA BIONAT, ALCACHOFRA COMPOSTA COM VITAME, BERINJELA SELACH, BIOCARTAMO HERBAR, também, segundo o recorrente, são complementos alimentares e não produtos farmacêuticos medicinais (medicamento) (NCM 0709.90.20 e 2103.90.30), conforme específica.
- AREIA TIDY, alega o recorrente que a JJF concluiu que tal produto se classifica como material de limpeza, já que se destina a eliminar odor provenientes dos excrementos de animais domésticos. Contudo, segundo o apelante, se trata de areia higiênica para gatos e não material de limpeza, não estando compreendida no item 34 do art. 353, II, do RICMS/97, que apenas inclui as rações para animais.
- BANA PAS COB C CHO L. O recorrente discorda do entendimento da JJF de que se trata de chocolate com recheio de banana. Sustenta o apelante que se trata de um doce coberto de chocolate e que o fato de ser coberto de chocolate não retira a natureza do produto, que continua sendo banana passa, cujo caracteres o qualifica como tal. Logo, por não se enquadrar como guloseimas industrializadas (item 8 do inciso II do art. 353 do RICMS/97), não há como prosperar a exigência fiscal.
- FORRA FOGAO, PROTETOR P FOGAO, ROLO ALUMINIO, segundo o recorrente os mesmos não fazem parte do elenco taxativo do art. 353, razão pela qual jamais poderia o Fisco vedar a utilização do crédito.
- BRINQ GATOS BW GDE, BRINQ GATOS BW PEQ, BRINQUEDO ANIMAIS DE ESTIMA CAO, o recorrente discorda do entendimento da JJF de que a relação de produtos sujeitos a substituição tributária “não excepcionam os brinquedos supostamente destinados aos animais domésticos”. Sustenta o apelante que jamais poderia assemelhar brinquedos destinados a animais, com o brinquedo infantil (criança) inserido no art. 535 do RICMS/97 (37 - triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - NCM 9503.00). Saliencia que não há como se dar uma interpretação extensiva aos produtos, diante da sua destinação.
- BROA DE MILHO. Alega o recorrente que, ao contrário do afirmado pela JJF, tal produto não tem por base a farinha de trigo, mas a farinha de milho ou fubá, componentes que não fazem parte da obrigação de promover o pagamento antecipado do imposto.
- CALICIDA SALVEPED 10UN: o apelante diz que tal produto é um curativo e que o produto sujeito a substituição tributária é o esparadrapo, logo, não alcançando o referido produto (tipo ban-daíd).
- SEQUILHO CASADINHO, SEQUILHO COCO, SEQUILHO FLORZINHA, SEQUILHO PRESTIGIO, SEQUILHO ROMEU E JULIETA, SEQUILHO ROSCA NATA, segundo o apelante, tais produtos tem por base o amido de milho e não a farinha de trigo, conforme sustenta a JJF. Logo, sendo um produto a base de amido de milho, não se encontra elencado no art. 353 do RICMS/97.
- VALDA, VALDA DIET, VALDA DIET CHICLE, VALDA TABLETE. O recorrente discorda do entendimento da JJF de classifica-los como medicamentos. Defende se tratar de pastilhas e gomas de mascar, ambos excluídos do art. 353 em 01/01/2009, não atingindo, portanto, o período autuado (2010 e 2011).

Por fim, o recorrente defende existir equívoco na vedação ao crédito fiscal, sendo insubsistente a exação.

Quanto à exação 5, na qual se acusa o contribuinte de transportar a maior o saldo credor de 11/2010, o recorrente alega que, conforme Registro de Apuração (doc. 5 da defesa), o saldo credor transportado corresponde exatamente ao valor do mês anterior (R\$ 43.933,80), o que foi desconsiderado pelo Acórdão recorrido. Assim, aduz ser insubsistente a infração.

A infração 7, sob a acusação de recolhimento a menor ICMS em razão do desencontro entre o valor do imposto recolhido e escriturado, nos meses de: junho e julho de 2010; abril a junho, agosto e outubro de 2011, o recorrente alega que inexistente, diante do equívoco apresentado pelo atuante quando apresentou os valores descritos como “Deb Saida”, os quais não fazem parte da apuração (doc. 6/defesa), a saber:

Dados do Atuante			Dados do Registro de Apuração		
Mês	Ano	Deb Saida	Mes	Ano	Deb Saida
6	2010	374.713,43	6	2010	374.694,78
7	2010	409.563,22	7	2010	409.560,60
4	2011	370.019,33	4	2011	366.189,50
5	2011	365.981,30	5	2011	365.747,91
6	2011	333.562,44	6	2011	333.544,83
8	2011	369.552,51	8	2011	369.237,24
10	2011	385.119,63	10	2011	385.056,57

Em relação à infração 8, pela qual acusa o contribuinte de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o recorrente sustenta que impropede a exigência, eis que:

- BRINQUEDO. O produto AUTO PISTA C/ 2 CARS, ao contrário do que entendeu a JJF de que seria tributado a 17%, por não se classificar como brinquedo, atendo-se unicamente ao NCM utilizado, o recorrente sustenta que o NCM não retira do produto a sua qualidade, no caso de brinquedo, pela qual está sujeito a substituição tributária, nos termos do art. 353, item 37 do RICMS/97, cujo imposto foi retido pelo fabricante. Assim, segundo o apelante, não há que se falar em diferença de imposto a recolher.
- COPA FATIAD SADIA/PERDIG, COPA LOMBO SUINO, PRESUNTO CRU FAT. Alega o recorrente que tais produtos estão sujeitos a substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 9, do RICMS/97, tendo o imposto sido retido pelo fornecedor. Destaca que a JJF deixou de observar que a norma já contempla todo o processo de fabricação, uma vez que faz referência ao produto defumado, seco, salgado ou temperado, como é o caso dos autos. Cita decisão do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco que excluiu os citados produtos do lançamento fiscal, diante de sua sujeição ao regime da substituição tributária, por entender que o processo industrial não os exclui da sistemática, que prevê a sujeição dos produtos comestíveis resultantes do abate do gado “em estado natural, resfriados, congelados, simplesmente salgados e (...) temperados ou secos”. Portanto, defende não haver imposto a ser recolhido.
- FLOCÃO e FLOCOS DE MILHO. O recorrente salienta que o Acórdão recorrido entende que apenas a mercadoria fubá de milho teria redução de base de cálculo de 100% e por esse motivo manteve a aplicação da alíquota de 7% para os itens flocão e flocos de milho.

Todavia, segundo o apelante, a JJF desconsidera que o flocão e os flocos de milho nada mais são do que própria farinha de milho na forma flocada. Logo, não lhe retira, portanto, a qualidade e identidade de farinha de milho, conforme já foi definido pela SEFAZ através do Parecer nº 10240/2010, que aduz:

“ICMS. Para que um produto esteja na substituição tributária é necessário que exista a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos no referido dispositivo, de forma que a mercadoria envolvida na operação apresente denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes com as descrições contidas na norma.”

Logo, sendo farinha de milho, não há possibilidade de se conferir outra interpretação ao art. 87, XXX, RICMS/97, para tributar a saída dos referidos produtos, sendo improcedente a exigência fiscal.

- IOG LÍQ BIO FIBRAS, IOG LIQ MOR NESTL, IOG LIQ PES NESTL, IOG NAT C-CHOCOKRISP, IOG NAT C-SUCRILHOS, IOG NAT DESNATAD IND VIGOR, IOG NAT MORANG C-CHO COKRIS, IOG NATURAL MORANG C-SUCR, IOG.GUTY AMEIXA, IOG.POLP AMEIXA ROLF, IOG.POLP MOR ROLF, IOG.POLP NAT ROLF, IOG.POLPA S.FRU ROLF, IOGURTE GUTY COCO, IOGURTE GUTY KIWI, IOGURTE GUTY MOR, IOGURTE GUTY NAT, IOGURTE GUTY PESSEGO, IOGURTE MORANGO VIGOR e IOGURTE NATURAL.IND VIGOR.

Diz o recorrente que a JJF confirma que os referidos produtos são iogurtes, contudo, mantem a acusação fiscal com o argumento de que o contribuinte realizou operações creditando e debitando o imposto, cujo fato não se sobrepõe ao que determina a legislação e que não trouxe qualquer prejuízo para o Estado, situação comprovada na Informação Fiscal, quando elenca as notas fiscais com crédito e com débito.

O apelante registra que, nesse sentido, o CONSEF vem considerando improcedente o lançamento fiscal diante da inexistência de prejuízo ao Erário, do que transcreve ementas dos Acórdãos CJF nº 0065-13/12 e JJF nº 00273-01/13. Diz que, embora tenha ficado constatado de que não houve prejuízo fiscal, a legislação estadual é clara ao discorrer que o iogurte está sujeito à substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 3.3, do RICMS/97 e cujo imposto foi destacado quando de sua aquisição, razão pela qual, denota-se a insubsistência da infração.

- FILE BACALHAU DES. O recorrente ressalta que o produto é o bacalhau dessalgado (postas, desfiados e lombos) e que não promove qualquer tipo de industrialização, adquirindo e comercializando o produto na forma dessalgada.

Destaca, ainda, que os pescados no Estado da Bahia são isentos do ICMS e de que o pescado listado pela fiscalização (dessalgado em postas, desfiados e lombos) não se enquadra dentro da exceção à regra de isenção (salgado), conforme consignado no art. 87, XXXVI, do RICMS/97.

Informa que o CONSEF, em situação análoga, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS, conforme Acórdãos JJF nº: 0038-06/14 e 0107-05/14 (o qual foi confirmado pela 2ª CJF através do Acórdão nº 0347-12/14) e 0038-06/14, assim como cita neste sentido o Acórdão CJF nº 0222-12/17, cujos excertos transcreve.

Invoca os artigos 110 e 111 do CTN para concluir que a fiscalização não pode ir além do que fora dito na norma estadual, posto que em matéria tributária a interpretação é obrigatoriamente restritiva, de sobremaneira que se deve aplicar a norma estadual conforme ela é posta. E, nessa interpretação, o bacalhau dessalgado está isento do ICMS, já que, quando da saída (fato gerador do imposto), ele não era salgado, como quer fazer entender o autuante. Assim, concluiu pela insubsistência da infração.

- LEITE LONGA VIDA. O recorrente aduz que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna, do que tece considerações sobre o pacto federativo e o princípio da isonomia, os quais impedem que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem.

Em outras palavras, a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%.

Informa que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário da Bahia que, confirmando a majoração da carga tributária, vem se posicionando pela improcedência da exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida, do que cita jurisprudência.

Salienta que a norma deve ser apreciada levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos.

Do exposto, o recorrente sustenta que o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Em consequência, este item da exação é insubsistente.

Na exação 9, sob acusação de “recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo”, decorrente da comercialização do leite longa vida, o recorrente aduz que, conforme elencado no item anterior, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Pede a insubsistência da infração.

Inerente às infrações 10 e 12, relativas às exigências de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições fora do Estado de mercadorias destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, respectivamente, o recorrente aduz que o Acórdão recorrido, ao manter a acusação fiscal, deixou de considerar que os produtos não são destinados a uso e consumo, propriamente dito, do estabelecimento, já que se destinam a propaganda de produtos de seus fornecedores, tais como:

Infração 10: BALCAO SKOL, AUTO TRANSFORMADOR 294 AUT BIV 2000VA FORCE LINE, CERVEJARIA VEU DE NOIVA 450L PTA VD AQ SM 220 LED, MOVEL EXPOSITOR DISPLAY ECOLEGO HIPOGLOS AMENDOAS, MOVEL MADEIRA CENTRO DE BATERIAS, dentre outros todos com o CFOP 6949.

Infração 12: EXPOSITOR TIC TAC CASHECARRY09, FAIXA GONDOLA PÃO NUTELLA 10, FLOORSTAND PROMO PÃO NUTELLA, KIT CALDERETA SKOL, DISPLAY 6 ESTRELAS ORAL B AGORA SO FALTA VOCE, CUBO GRANDE NOVA LINHA OLAY REGENERIST, DISPLAY DE CHAO OLAY REGENERIST (MENOR), FOLHETO OLAY II CARIOCA, TOTEM OLAY REGENERIST, DISPLAY MUTANTE HOT WHEELS, RACK STELLA DIAMOND TACA, ST, RACK STELLA, DISPLAY DE CHAO THOR (GILLETTE MACH3 SENSITIVE), KIT SENTIR BEM (3 STOPPERS - 10 FAST TRACK SIMPLES - 10 FAST TRACK ESPECIAL), DISPLAY MATTEL MUTANTE HIPER MENINAS, DISPLAY MATTEL MUTANTE HIPER MENINOS, DISPLAY MUTANTE BARBIE, DISPLAY MUTANTE HOT WHEELS, DISPLAY MUTANTE MAX STEEL, DISPLAY MUTANTE POLLY, DISPLAY PONTA DE GONDOLA HANES E ZORBA, FLOOR STAND FAMÍLIA NUTELLA, ILHA PEQ.PROMO SHREK, DISPLAY ABALOADO NESTLE, BANNER SKOL, KIT CALDERETA SKOL, dentre outros com o CFOP 6949.

Nesse sentido, vem se posicionando o CONSEF:

“EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Assiste razão o recorrente, porquanto as remessas não se destinam ao seu uso e consumo, muito menos ao seu ativo fixo, já que não foram oriundos de operações de aquisição pelo recorrente, mas se consubstanciaram em elementos de caráter promocional, destinados à propaganda dos produtos fabricados pelos seus fornecedores, visando auxiliar a comercialização nos estabelecimentos atendidos pelo sujeito passivo. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.” (CONSEF, Acórdão C/JF nº 0299-12/13, Auto de Infração nº 269278.0004/11-7, 2ª Câmara de Julgamento Fiscal).

Portanto, segundo o apelante, a única conclusão é a declaração da total improcedência da infração.

No tocante às infrações 14 e 15, relativas às multas aplicadas pelas entradas de mercadorias no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, o recorrente se insurge ao consignado no Acórdão recorrido de que caberia ao contribuinte comprovar que não recebeu as mercadorias descritas nas notas fiscais de entrada não registradas.

Sustenta o sujeito passivo que o argumento padece de improcedência, porque cabe a fiscalização comprovar que a mercadoria descrita na nota fiscal realmente ingressou no estabelecimento autuado, como também que não está obrigado a registrar o documento fiscal de mercadorias que não foram entregues e, neste caso, não pode responder por eventual infração cometida por terceiros, fornecedor ou transportador, em especial quando se comportou conforme a legislação

vigente. Porém, em ambos os casos não há a realização da circulação econômica da mercadoria (fato gerador do ICMS), o que gera a improcedência da exigência fiscal. Cita decisão administrativa do Estado do Piauí.

Ressalta que foi compelido ao recolhimento de multa sob a alegação de que não registrou notas fiscais de entrada. Todavia, o caso não é de falta de registro, mas de não recebimento, pelo recorrente, devido ao fato de não ter solicitado a mercadoria ao fornecedor indicado na nota fiscal.

Assim, ao constatar que não foi solicitada do fornecedor ou não corresponde ao pedido, recusa-se a entrada, permanecendo a carga sob a responsabilidade do transportador que retornará com a mercadoria para o estabelecimento remetente, nos termos previstos no art. 636, II, 'b', do RICMS/97, do que destaca que a norma determina que o remetente/fornecedor escreva o retorno da mercadoria, e não prevê que o destinatário/Recorrente registre mercadoria que não deu entrada no estabelecimento, de forma que impropede a presente autuação, eis que o ônus da produção das provas deve ser do Fisco.

Por fim, passa a tecer considerações sobre a desrazoabilidade da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória aplicada, do que entende violar o princípio da proporcionalidade, pois, se porventura existente, deveria ser um valor fixo, como também da exorbitância das multas por descumprimento de obrigação tributária principal aplicadas, do que invoca o princípio da vedação de confisco, entendendo razoável a penalidade entre 20% e 30%, assim como requer a consideração do benefício da dúvida, previsto no art. 112 do CTN, do que cita doutrina e jurisprudência.

Ante o exposto, requer o reconhecimento e declaração/decretação da extinção parcial do crédito tributário diante da caracterização da decadência e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal e, sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao recorrente (art. 112 do CTN) e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 2, 3, 7, 8, 9 e 14, do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 14 e 15, do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, "b", do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram reformados em decorrência das seguintes razões:

Quanto à infração 2, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de embalagens, proporcional às saídas de mercadorias com isenção, resultando no pagamento a menor do imposto, a desoneração do valor exigido de R\$55.267,46 para R\$33.797,95 decorreu em razão da JF considerar alcançados pela decadência, nos termos previstos no art. 150, § 4º, do CTN, os fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2010, visto que a ciência do lançamento de ofício ao contribuinte ocorreu em 05/10/2015.

Inerente à exceção 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, a desoneração ao valor de R\$136.502,64 decorreu pela exclusão dos fatos geradores relativos ao citado período, por considerá-los alcançados pela decadência, como

também pelo fato de a JF entender, assim como os autuantes, que não se encontram sujeitos à substituição tributária os produtos a seguir:

CN AMENDOIM DOCE 30G, CN TORRONE AMENDOIM 20G;

ABRIDOR COMUM R-201 S.JORG;

ACCU-CHEK ACTIVE GLI 50TES;

ÁGUA OXIGENADA (AG OX BIOCOLOR CR 20VOL 100ml, AG OX BIOCOLOR CR 20VOL 100ml, AG OX CR BIOCOLOR 30VOL 100ml, AG OX GUARARAPES CREM 40VOL, ÁGUA OXIGENADA 10VOL LAFARE 100ml, ÁGUA OXIGENADA 10VOL RIOQUI 100ml, ÁGUA OXIGENADA 20VOL RIOQUI 90ml);

PRÓPOLIS SOL ÁLCOOL 30ml, PROPOMA SPRAY NECTAR FLORAL 35ML, PROPOMALVA SPR 30 ml, PROPOMAX EXT PRÓPOLIS-ALC 30ml, PROPOMENT SPR NECTAR FLORAL 35ML;

AMINO POWER PLUS PROBIO 60TAB;

AMAMENTE PROT SEIOS SILICO;

BANANA PASSA BRASIL 86g;

BIOSLIM CHÁ VERDE E BRANCO e BIOSLIM SHAKE DIET BAUN 400G;

BISC POLV QJO 180G PVT;

BOLO CHOCOLATÍSSIMO SUÍÇO 450gr, BOLO DUO PAIXÃO BAUN 480G OETKER, BOLO DUO PAIXÃO BAUN 480G OETKER, BOLO DUO PAIXÃO CHOC 530G OETKER, BOLO DUO PAIXÃO CHOC 530G OETKER, BOLO MICROONDAS CHOC 310G, BOLO MICROONDAS LIMÃO 290G (NCM 1901.20.00, 1901.90.90 e 21006.90.29);

BP AMENDOA CONFEITAD 170G, BP CAST CAJ CRUA 180G;

BP MIX FRUTAS SECAS 150g, VEDA ROSCA 1-2X10mm FIXTIL, VEDA ROSCA, LÃ AÇO ASSOLAN L8P7 60g, LÃ AÇO ASSONAL C3 GT ESMALT, LÃ DE AÇO ASSOLAN C8 60g, LÃ DE AÇO BEM-TE-VI 60GR, LÃ DE AÇO BOMBRILO C/ SABAO NEU C4, LÃ DE AÇO BOMBRILO C8, LÃ DE AÇO LANUX 60G, LÃ DE AÇO LANUX 60GR L8P7, LÃ DE AÇO LIMPPANO 44 GR, LÃ DE AÇO Q LUSTRO C 8 60G e LÃ DE AÇO YPE BRILHO 60 GR (período anterior a 01/07/2010);

PÃO DE QUEIJO (BP PÃO QUEIJO CALABR 400GR, BP PÃO QUEIJO CALABR 400GR, BP PÃO QUEIJO COQUET, BP PÃO QUEIJO COQUET 400gr, BP PÃO QUEIJO PROVOL 400gr, BP PÃO QUEIJO PROVOL COREG 400GR, BP PÃO QUEIJO TRADIC 400gr, PÃO DE QUEIJO FLEISC 250GR, PÃO DE QUEIJO SADIA 400g, PAO QUEIJ FORN MINAS COQUET 400GR, PAO QUEIJ FORN MINAS TRAD 400GR, PÃO QUEIJ SAO GERALD TRADIC 275GR, PÃO QUEIJO MASSA LEV 400G, PÃO QUEIJO TRAD PERDIG 400gr e PÃO QUEIJO TRADICION SEARA;

CALMINEX ICE BAG C5;

CAPA NANO AZUL, CAPA NANO PRETA, CAPA NANO ROSA;

CASTANHA DO PARA GRANEL;

CEREAL NESFIT NESTLE 300g, CORN FLAKES 20G, CORN FLAKES 3616 NESTLÉ 240g, CORN FLAKES B PRECO 200G, CORN FLAKES HORA K 20G, CORN FLAKES KELLOG 200g, CORN FLAKES KELLOGGS 500g e CORN FLAKES SUPERBOM 150GR.

No tocante à infração 7, relativa ao recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, a desoneração ao valor de R\$4.459,16 decorreu pela exclusão dos valores de R\$18,65 e R\$2,62, respectivos aos meses de junho e julho de 2010, por haver ocorrido a decadência.

Já a infração 8, relativa ao recolhimento a menor de ICMS pela aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a desoneração ao valor de R\$238.667,19 decorreu pela exclusão dos fatos geradores relativos ao citado período, por considerá-los alcançados pela decadência, como também pelo fato de a JF, assim como os autuantes, entenderem que:

CARNE BOVINA, em seu estado natural, compatível ao seu código da NCM de nº 0201.20.10, estando, portanto, sujeito ao regime da antecipação tributária e sem a incidência do ICMS em sua saída, por já ter sido encerrado sua fase de tributação, procedendo a exclusão dessa mercadoria da exigência fiscal.

FUBÁ DE MILHO, há de se conferir a interpretação do art. 87, XXX, do RICMS/97, para tributar a saída dos referidos produtos com redução de 100% da base de cálculo.

Quanto à infração 9, relativa ao recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, a desoneração ao valor de R\$451,83 decorreu da exclusão dos fatos geradores de janeiro a setembro de 2010, por considerá-los alcançados pela decadência.

Por fim, a desoneração da *infração 14* ao valor remanescente de R\$3.512,92 decorreu da adequação da penalidade de 10% para 1% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação (entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal do contribuinte), prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 13.461 de 10/12/2015, com efeitos retroativos, por ser mais benéfica ao contribuinte, consoante prevê o art. 106, I, do CTN.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, inicialmente, inerente à prejudicial de mérito pela extinção parcial das infrações 10, 12, 14 e 15 pelo decurso do prazo decadencial, nos termos do art. 150, § 4º, e 156, V e VII, do CTN, uma vez que a Decisão recorrida entendeu que o lançamento fiscal está acobertado pelo art. 173, I, do CTN, sustenta o recorrente que a referida norma não se adequa ao caso em apreço, já que a acusação é de recolhimento a menor do imposto, em virtude das situações descritas como infrações.

Da análise das ditas exações verifica-se que o recorrente não tem razão em seu pleito, pois as infrações 10 e 12 referem-se a “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais ...*” nas aquisições de bens do ativo imobilizado e materiais de uso ou consumo, cujas notas fiscais sequer foram registradas na escrita fiscal, consoante anexos 14 e 16 (fls. 66/67 e 69/74), logo, não oferecida à tributação e, como tal, sujeitam-se a contagem decadencial prevista no art. 173, I, do CTN.

Já as infrações 14 e 15 decorreram da falta de registro de notas fiscais, resultando em penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, também se aplica o art. 173 do CTN.

Quanto ao pedido para realização de perícia, entendido como diligência, considero que os autos contêm todos os elementos para a decisão sobre a lide, ou seja, os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da diligência ou perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art. 147, incisos I e II, do RPAF/BA, indefiro o pedido recursal.

No mérito, *quanto à infração 2*, alega o recorrente que a exação é insubsistente eis que já procedeu os estornos dos créditos das embalagens proporcionais às saídas de mercadorias isentas e não tributáveis, conforme consignado em seu Registro de Apuração (doc. 3 da defesa). Contudo, não tem razão o alegante visto que, conforme Anexos 3A, 3B, 4A e 4B (fls. 31/38), os valores exigidos decorreram dos índices percentuais de saídas de mercadorias *não tributáveis* incidentes sobre os créditos fiscais nas aquisições de embalagens, cujos valores de ICMS a estornar apurados foram deduzidos dos estornos efetivados pelo contribuinte, exigindo-se o valor remanescente, a exemplo do mês de dezembro de 2010 (fls. 33 e 215).

Em consequência, mantida a exação nos moldes da Decisão recorrida, ou seja, pela procedência parcial no valor de R\$33.797,95, após excluir os valores relativos aos meses de janeiro a setembro de 2010, por ter ocorrido à decadência.

No que tange à *infração 3*, o recorrente alega ter direito ao crédito fiscal, visto que não são mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, como entendeu o Fisco.

Da análise específica das mercadorias, objeto da lide remanescente, temos as seguintes conclusões:

- *PAÇOCA HERSHEYS, PAÇOQUINHA ROLHA YOKI e PAÇOQUINHA TABLETE YOKI.*

Verifica-se que o primeiro item se trata de chocolate com recheio de paçoca, sob código NCM 1806.31.20, ínsito em notas fiscais, sujeito à antecipação tributária, como previa o art. 353, II, item 8.5, do RICMS/97. Já os dois itens restantes, segundo os autuantes (fl. 330), nas notas fiscais de aquisição constam NCM 1905.90.90 e possuem como ingrediente a farinha de trigo, o que não foi destituído. Em consequência, estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, como previa o art. 353, II, item 11.4.2, do RICMS/97.

- *AMENDOIM DESC YOKI 500g, BP AMENDOIM GRAUDO C/PELE 150G, BP AMENDOIM GRAUDO C-PELE 140g, BP AMENDOIM GRAUDO S/PELE 150G.*

Tais produtos estão submetidos ao código da NCM 2008.11.00, tanto na escrituração fiscal digital, quanto nas notas fiscais de aquisição, segundo os autuantes (fl. 334), logo sujeitos ao regime da substituição tributária, como previa o art. 353, II, item 29.3, do RICMS/97, *por se tratar de produtos industrializados.*

- IOGURTE (NCM 0403.10.00). Diz não abarcar bebida láctea; leite fermentado ou petit suís (doc. 4, defesa).

Constam nas notas fiscais e na escrituração fiscal (mídia à fl. 86) que tais produtos possuem NCM 0403.10.00, código corresponde a iogurte, logo, sujeitos ao regime da substituição tributária, como previa o art. 353, II, item 3.3, do RICMS/97, tendo o contribuinte assim procedido quando das saídas das ditas mercadorias, conforme relacionado à fl. 338 dos autos pelos autuantes e não destituído pelo autuado.

- ACNE-AID SAB PELE OLEOSA, ACNE-AID WASH, ACNESOAP SAB, ACTIVE C ROSTO, ACTIVE C YEUX OLHOS, ANTHELIOS HELIOBL STICK 50+, ARNICA CREME, AROMAT SOFT FRESH TALCO TECOV, BLEPHAGEL, CAPITULOS LOÇÃO ANTIQUEDA, CETAPHIL FACIAL FPS 15 LOC, CERALIP LABIAL, GEL DETTOL HAND SANIT LAVAND, HIPODERME LENCO UMED POTE, PHOTODERM BIOPRO 100 FLUIDO, PHOTODERM BIOPRO 100 MILK, PHOTODERM BIOPRO 100 TINTO, ROSA CLEAN, SALISOAP SAB.

Também, as notas fiscais e escrituração fiscal (mídia à fl. 86) consignam que com exceção dos produtos GEL DETTOL HAND SANIT LAVAND 200 ml (NCM 3808.94.29) e AROMAT SOFT FRESH TALCO TECOV (NCM 3307.4900), que são produtos de limpeza incluídos no anexo único do Protocolo ICMS 106/09, os demais produtos possuem NCM 3004.90.99 e são medicamentos, inclusive constantes de tabelas de preços de medicamentos, os quais estão sujeitos à antecipação tributária prevista no art. 353, inciso II, itens 13 e 36, do RICMS/97, tendo o contribuinte assim procedido quando das saídas das ditas mercadorias, em diversas situações, conforme relacionado à fl. 340 dos autos pelos autuantes e não destituído pelo autuado.

- AGUA BORICADA LAFARE, AGUA RABELO, AGUA TERMAL SPR, CASTANHA DA INDIA BRIFAR, OLEO DE ALHO, OLEO DE PEIXE HERBAR.

De acordo com as notas fiscais e escrituração fiscal (mídia à fl. 86), tais produtos possuem NCM 3003.90.99 ou 3004.90.99, sujeitando-se à antecipação tributária, prevista no art. 353, II, item 13.2, do RICMS/97, tendo o contribuinte assim procedido quando das saídas das ditas mercadorias, em diversas situações, conforme relacionado à fl. 343/344 dos autos pelos autuantes e não destituído pelo autuado.

- ALCACHOFRA BIONAT, ALCACHOFRA COMPOSTA COM VITAME, BERINJELA SELACH, BIOCARTAMO HERBAR, alega o recorrente, que são complementos alimentares e não produtos farmacêuticos.

Também nas notas fiscais e escrituração fiscal (mídia à fl. 86), tais produtos possuem NCM 3004.50.90 e 3004.90.99, sujeitando-se à antecipação tributária (art. 353, II, item 13.2, do RICMS/97), tendo o contribuinte assim procedido quando das saídas das ditas mercadorias, em diversas situações, conforme relacionado à fl. 347 dos autos pelos autuantes e não destituído pelo autuado.

- AREIA TIDY.

Alega o apelante que tal produto se classifica como areia higiênica para gatos e não material de limpeza, não se compreendendo no item 34 do art. 353, II, do RICMS/97, que apenas inclui as rações para animais. Contudo, tal produto, sob NCM 3802.90.40, é um material mineral natural

ativado (TIPI), cuja finalidade é eliminar o odor proveniente dos excrementos de animais domésticos, constante do item 72 do Protocolo ICMS 106/09, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com material de limpeza, e no item 36 do art. 353, II, do RICMS/97.

- BANA PAS COB C CHO L.

Tal produto, sob NCM 1806.31.20, consiste em chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau, por se tratar de chocolate com recheio de banana passa, sujeito à antecipação tributária prevista no art. 353, II, item 8.5, do RICMS/97.

- FORRA FOGAO, PROTETOR P FOGAO, ROLO ALUMINIO e RODO.

Tais produtos se referem a materiais de limpeza (rodo – NCM 9603.90.00) e papelaria (papel laminado - NCM 7607.11.90), conforme notas fiscais eletrônicas e escrituração fiscal (mídia à fl. 86), sujeitos à antecipação tributária, conforme art. 353, II, itens 36 e 38, do RICMS/97.

- BRINQ GATOS BW GDE, BRINQ GATOS BW PEQ, BRINQUEDO ANIMAIS DE ESTIMA CAO.

Alega o recorrente que jamais poderia assemelhar brinquedos destinados a animais com brinquedo infantil (NCM 9503.00). Contudo, tais produtos, objeto da lide, possuem NCM 9503.00.39 e sujeitam-se à antecipação tributária, prevista no art. 353, II, item 37, do RICMS/97, visto que não os excepcionam.

- BROA DE MILHO.

Alega o recorrente que tal produto não tem por base a farinha de trigo, mas a farinha de milho ou fubá, componentes que não fazem parte da obrigação de promover o pagamento antecipado do imposto. Contudo, a broa de milho é um tipo pão de milho e centeio feito com uma mistura de farinhas de milho e trigo, ou milho e centeio, e levedura, o que vem a corroborar o NCM 1905.90.90 (produto de padaria), informado nas notas fiscais, e sujeito à antecipação tributária, prevista no art. 353, II, item 11.4, do RICMS.

- CALICIDA SALVEPED 10UN.

O recorrente diz que tal produto é um curativo e que o produto sujeito a substituição tributária é o esparadrapo, logo, não alcançando o referido produto (tipo band-aid). Contudo, segundo os autuantes, consta das notas fiscais e escrituração EFD o NCM 3005.10.10, fato não destituído pelo contribuinte, que se refere a curativos (pensos) adesivos impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas, logo, sujeitos à antecipação tributária, prevista no art. 353, II, item 13.3, do RICMS/97.

- SEQUILHO CASADINHO, SEQUILHO COCO, SEQUILHO FLORZINHA, SEQUILHO PRESTIGIO, SEQUILHO ROMEU E JULIETA, SEQUILHO ROSCA NATA.

Alega o recorrente que estes produtos têm por base o amido de milho e não a farinha de trigo, logo não se encontram elencados no art. 353 do RICMS/97. Contudo, tratam-se de produtos assemelhados a um biscoito, cujo ingrediente é a farinha de trigo, sob NCM 1905.90.90, sujeitos à antecipação tributária, prevista no art. 353, II, item 11.4.2, do RICMS/97.

- VALDA, VALDA DIET, VALDA DIET CHICLE, VALDA TABLETE.

Alega o recorrente tratar-se de pastilhas e gomas de mascar, ambos excluídos do art. 353 em 01/01/2009. Contudo, tais produtos possuem NCM 3004.90.99, correspondente a medicamentos inclusos na tabela ABCFARMA, sujeitos à substituição tributária prevista no art. 353, II, item 13.2, do RICMS/97.

Em consequência, mantida a exação nos moldes da Decisão recorrida, ou seja, pela procedência parcial da exação no valor de R\$136.502,64, conforme demonstrado às fls. 515 dos autos.

Em relação à *infração* 5, na qual se acusa o contribuinte de transportar a maior o saldo credor de 11/2010, no valor de R\$2.045,04, o recorrente alega que, conforme Registro de Apuração (doc. 5 da defesa), o saldo credor transportado corresponde exatamente ao valor do mês anterior (R\$ 43.933,80). Contudo, como demonstrado à fl. 382 dos autos, com base no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), pelo qual estava obrigado, verificou-se através da EFD que o saldo

credor no citado livro de RAICMS, no mês de novembro/2010 é de R\$42.375,10 e o saldo transportado para o mês de dezembro/2010 foi de R\$44.420,14, ou seja, transportou a maior o valor de R\$2.045,04, sendo irrelevante a escrituração fiscal feita no livro convencional e objeto de alegação pelo recorrente. Mantida a Decisão.

Inerente à *infração* 7, cuja acusação é de recolhimento a menor ICMS nos meses de: junho e julho de 2010; abril a junho, agosto e outubro de 2011, o recorrente aduz inexistir e, como prova de sua alegação, anexa cópia do livro Registro Apuração ICMS (convencional), às fls. 296 a 316 dos autos, nos quais apresentam débitos inferiores aos apurados pelos autuantes, nos citados meses, conforme apurado através da EFD, às fls. 384 a 387 dos autos.

Diante de tais considerações, por restar validade à escrituração fiscal digital (EFD), prevalece os débitos nela apurados, razão de manter a exação nos moldes da Decisão recorrida, ou seja, pela procedência parcial no valor de R\$ R\$4.459,16, após excluir as exigências relativas aos meses de junho e julho de 2010, por ter ocorrido a decadência.

No que diz respeito à *infração* 8, pela qual acusa o contribuinte de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tecemos as seguintes considerações:

- BRINQUEDO. O produto AUTO PISTA C/ 2 CARS.

Alega o recorrente que se trata de brinquedo (NCM 9503.00), sujeito a substituição tributária, nos termos do art. 353, item 37 do RICMS/97, cujo imposto foi retido pelo fabricante.

Entretanto, tanto nos cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, quanto nas notas fiscais de aquisição, relacionadas às fls. 388 dos autos, constam o NCM 9504.90.90, correspondente na TIPI a “*consoles e máquinas de jogos de vídeo, artigos para jogos de salão, incluindo os jogos com motor ou outro mecanismo, os bilhares, as mesas especiais para jogos de cassino e os jogos de balizas automáticos (boliche, por exemplo)*”, os quais não se sujeitam ao regime de substituição tributária. Em consequência, as saídas de AUTO PISTA C/ 2 CARS estão sujeitas ao regime de tributação normal, com alíquota de 17%.

- COPA FATIAD SADIÁ/PERDIG, COPA LOMBO SUINO, PRESUNTO CRU FAT.

Alega o recorrente que tais produtos estão sujeitos a substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 9, do RICMS/97, tendo o imposto sido retido pelo fornecedor.

Porém, por se tratarem de produtos industriais, não se pode confundir com aqueles em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, previstos no art. 353, II, item 9, do RICMS/97, pois, repita-se, são mercadorias industrializadas derivadas de carne suína, sob NCM 1601.00.00 e 1602.49.00, inerentes, respectivamente, a “*Enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue; preparações alimentícias à base de tais produtos*” e “*Outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue*”, tendo o próprio contribuinte os tributados pelo regime normal, em algumas operações, conforme relacionado às fls. 391/392 dos autos, se creditando nas entradas e se debitando nas saídas.

- FLOCÃO e FLOCOS DE MILHO.

Alega o recorrente que flocão e flocos de milho nada mais são do que própria farinha de milho na forma flocada, logo sujeitos a redução da base de cálculo em 100%, como previsto no art. 87, XXX, RICMS/97.

O art. 87, inciso XXX, do RICMS/97, à época dos fatos geradores, previa que:

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);

Assim, por se tratar a redução da base de cálculo de uma isenção, deve-se interpretar literalmente a norma, nos termos do art. 111, II, do CTN. Logo, o art. 87, XXX, do RICMS/97 não abarca as

operações com flocos e flocões de milho.

O valor remanescente deste item limita-se as mercadorias “flocão” e “flocos” de milho à alíquota de 7%, em conformidade ao previsto no artigo 51, § 3º, inciso II, do RICMS/97.

- IOG LÍQ BIO FIBRAS, IOG LIQ MOR NESTL, IOG LIQ PES NESTL, IOG NAT C-CHOCOKRISP, IOG NAT C-SUCRILHOS, IOG NAT DESNATAD IND VIGOR, IOG NAT MORANG C-CHO COKRIS, IOG NATURAL MORANG C-SUCR, IOG.GUTY AMEIXA, IOG.POLP AMEIXA ROLF, IOG.POLP MOR ROLF, IOG.POLP NAT ROLF, IOG.POLPA S.FRU ROLF, IOGURTE GUTY COCO, IOGURTE GUTY KIWI, IOGURTE GUTY MOR, IOGURTE GUTY NAT, IOGURTE GUTY PESSEGO, IOGURTE MORANGO VIGOR e IOGURTE NATURAL.IND VIGOR.

Aduz o recorrente tratarem de iogurtes, sujeitos à substituição tributária, prevista no art. 353, II, item 3.3, do RICMS/97, e que o fato de o contribuinte ter tributado algumas operações, creditando e debitando o imposto, não se sobrepõe ao que determina a legislação.

Contudo, tais mercadorias possuem código NCM 0403.90.00, em que pese ter o nome comercial “iogurte”, cujo código na TIPI corresponde a outras mercadorias que não iogurte, a exemplo de leitelho ou leite e creme de leite coalhados. Ressalte-se que a previsão para sujeição da substituição tributária do art. 353, II, item 3.3, do RICMS/97, é para iogurte, sob NCM 0403.10.00, que não é o caso. Por fim, registre-se que o próprio contribuinte, em algumas operações, oferece tributação normal para tais produtos, creditando-se e debitando-se do ICMS, conforme se pode verificar às fls. 395 a 398 dos autos.

- FILE BACALHAU DES.

Alega o apelante que o produto é o bacalhau dessalgado (postas, desfiados e lombos) e que não promove qualquer tipo de industrialização, adquirindo e comercializando o produto na forma dessalgada, logo, não se enquadra dentro da exceção à regra de isenção (salgado), consignada no art. 87, XXXVI, do RICMS/97, do que cita Acórdãos CJF nºs: 0347-12/14 e 0222-12/17.

Em que pese ter participado de quatro Decisões que concluíram pela desoneração tributária do bacalhau dessalgado, conforme Acórdãos CJF nºs: 0168-12/17; 0222-12/17; 0291-12/17 e 0299-12/17, meu entendimento atual é de que descabe a aplicação deste benefício fiscal ao bacalhau, nos termos ínsitos nos Acórdãos da CJF nºs: 0265-11/17, 0058-12/18 e 0114-11/18, com fundamento no Parecer da DITRI nº 0199/2013 (do qual não tinha conhecimento à época das referidas decisões da 2ª CJF), cujo teor é:

PARECER Nº 00199/2013 DATA: 04/01/2013

ICMS. É devida a antecipação parcial do ICMS, nas aquisições interestaduais de “Lombo de bacalhau”, o processo de dessalga da mercadoria não modifica a natureza intrínseca de “pescado salgado”. Art. 265, II, “e” do RICMS/12 c/c art. 12-A, § 1º, I da Lei 7.014/96.

Destaque que o simples fato do referido produto haver sido posteriormente dessalgado e congelado não afasta as características intrínsecas do pescado salgado de que trata o dispositivo mencionado e, exatamente nesse sentido, a DITRI firmou posicionamento a respeito da matéria por meio do dito Parecer nº 199/2013.

- LEITE LONGA VIDA.

Alega o recorrente ser inconstitucional tal imposição tributária de 17% nas operações interestaduais, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%, do que requer tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Há de salientar que, nos termos do art. 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não se incluem na competência dos órgãos julgadores: a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Em consequência, o julgador no processo administrativo fiscal restringe-se aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Assim, diante destas considerações recursais, conluo em manter a Decisão recorrida, quanto à infração 8, ou seja, pela procedência parcial no valor de R\$238.667,19, após excluir as exigências relativas aos meses de janeiro a setembro de 2010, por ter ocorrido a decadência, assim como as

reformas procedidas pelos autuantes, conforme fls. 412 dos autos, por concordar com a fundamentação de cada item.

Quanto à *infração 9*, pela qual acusa o contribuinte de recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo na comercialização do leite longa vida, tendo o recorrente reiterado sua alegação de que o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Conforme já dito, nos termos do art. 125, incisos I e III, do COTEB, não se incluem na competência dos órgãos julgadores: a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Nas *infrações 10 e 12*, pelas quais se exige o ICMS-DIFAL pelas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e ao consumo do estabelecimento, tendo o recorrente alegado que tais produtos se destinam a propaganda de seus fornecedores, a exemplo de: BALCAO SKOL, AUTO TRANSFORMADOR 294 AUT BIV 2000VA FORCE LINE, CERVEJARIA VEU DE NOIVA 450L PTA VD AQ SM 220 LED, MOVEL EXPOSITOR DISPLAY ECOLEGO HIPOGLOS AMENDOAS, MOVEL MADEIRA CENTRO DE BATERIAS, dentre outros todos com o CFOP 6949.

Registre-se que o art. 2º, inciso IV, § 4º, da Lei nº 7.014/96 prevê que o ICMS incide sobre as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, sendo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual do destinatário, quando for contribuinte do imposto, conforme ocorreu.

Saliente-se, ainda, que, à época dos fatos geradores, o art. 3º, § 1º, do citado diploma legal previa não ser devido o pagamento da diferença de alíquotas, apenas: **I - nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza; II - nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, nas operações de arrendamento mercantil; III - na hipótese de serviço de transporte relativo à aquisição de mercadorias ou bens: a) a preço CIF; b) a preço FOB, se o transporte for efetuado em veículo do vendedor ou remetente, quando a parcela do frete estiver incluída no valor da operação**, cujas hipóteses não se coadunam ao caso concreto.

Ademais, em relação à exação 10, verifica-se através do “Anexo 14” (fls. 66/67) que existem operações sob código 6101 e aquisições de ativo imobilizado, a exemplo: filtro ambiental, equipamento inversor (GMG PA 0460KVA SCA WEG), embaladora a vácuo, processador de sinais eletrônicos, autotransformador, etc. Por sua vez, na *infração 12* existem entradas de camisetas, toalhas, copos, etc., além dos materiais promocionais citados, cujas operações são abarcadas pela incidência do DIFAL, conforme já visto.

Deste modo, são devidas as exações fiscais.

Por fim, no que tangem às *infrações 14 e 15*, relativas às multas aplicadas pelas entradas de mercadorias no estabelecimento sem os devidos registros na escrita fiscal, o recorrente alega que o caso não é de falta de registro, mas de não recebimento, pelo recorrente, devido ao fato de não ter solicitado a mercadoria ao fornecedor, tendo a recusado, cuja operação de retorno ocorreu sob responsabilidade do transportador, nos termos previstos no art. 636, II, ‘b’, do RICMS/97, devendo o remetente escriturar o retorno da mercadoria, eximindo o destinatário de qualquer registro, do que defende ser o ônus da prova do Fisco.

Inicialmente, deve se registrar que a própria nota fiscal eletrônica é prova da acusação da existência de operações comerciais direcionadas ao sujeito passivo, cujos documentos fiscais não foram registrados na escrita fiscal do contribuinte, restando caracterizadas as *infrações*. Logo, não se trata de inversão do ônus da prova, como alega o recorrente, mas, sim, do ônus de provar fato modificativo por ele alegado, em relação a outro fato devidamente e documentalmente comprovado, qual seja, a existência de operação mercantil, objeto de análise, cujos registros inexistem no destinatário.

Ademais, conforme consignado nos autos, os autuantes retiraram do levantamento fiscal as operações em que as mercadorias retornaram por meio do próprio DANFE, nas quais o remetente é obrigado a emitir nota fiscal de entrada, fazendo menção a chave do documento fiscal de origem, cuja exigência permite que o Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal (SIAF) gere uma rotina prevendo tal situação.

Por sua vez, a cláusula sétima, § 7º, do ajuste SINIEF, determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminhe ou disponibilize download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e. Logo, cabe ao apelante desconstituir a acusação mediante prova que disponha, o que não ocorreu.

Quanto à alegação da desrazoabilidade da multa aplicada, deixo de me pronunciar em razão de faltar de competência este órgão julgador para tal análise, conforme previsto no art. 125, I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), salientando, apenas, que tal penalidade é a legalmente prevista ao caso concreto.

Também, falece competência a este Colegiado a redução ou cancelamento da penalidade por infração de obrigação tributária principal, assim como vislumbro inexistir requisitos para redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, visto que não restou provado que as infrações praticadas não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, a exemplo da presunção prevista no art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, como também deixo de aplicar o benefício da dúvida (art. 112, CTN), por inexistir dúvida.

Diante de tais considerações, não dou provimento ao Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (em relação a parte da infração 2 e as multas das infrações 14 e 15)

Peço vênias para divergir do n. Relator quanto aos itens PAÇOQUINHA ROLHA YOKI e PAÇOQUINHA TABLETE YOKI mantidos na infração 2, bem como das multas aplicadas nas infrações 14 e 15.

Ao contrário do que entendeu a autuação e o i. Relator ao manterem tais produtos sob a alegação de que, na sua composição, havia farinha de trigo, o contribuinte demonstrou de maneira substancial que tal afirmativa não procede.

Analisando a questão, com base em pesquisa realizada junto ao próprio site da empresa YOKI, o produto PAÇOQUINHA ROLHA YOKI possui em sua composição tão somente açúcar, sal e amendoim, conforme ingredientes apresentados (<https://www.yoki.com.br/produto/pacoca-rolha-352-g/>).

Nessa mesma linha, o produto PAÇOQUINHA TABLETE YOKI possui a mesma composição citada acima. É o que atesta o site da empresa (<https://www.yoki.com.br/produto/pacoca-tablete-352-g/>), o que comprova, inequivocamente, que tais itens não possuem farinha de trigo em sua composição.

Deste modo, entendo que tal produto não deve ser mantido na autuação sob tais alegações, uma vez restar claro que tal entendimento não condiz com a verdade material dos fatos.

Quanto às multas aplicadas nas infrações 14 e 15, por serem estas referentes a descumprimento de obrigação acessória, este Colegiado tem competência para reduzi-las ou cancelá-las, desde que sejam preenchidos os requisitos estipulados pelo art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 158 do RPAF.

Tais dispositivos determinam que:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão

juizador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. (grifo nosso)

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. (grifo nosso)

Não há no processo comprovação de que o contribuinte incorreu em dolo, fraude ou simulação para não pagamento do tributo, muito menos que sua atitude tenha trazido prejuízo ao Erário, motivo pela qual entendo pela redução da multa aplicada em 50%.

Assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298627.0002/15-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$471.551,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$532.434,57**, previstas nos incisos VII, “a” e IX do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios de acordo norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos efetuados pelo contribuinte.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Ildemar José Landin e Rubens Moutinho dos Santos.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO AMRTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS