

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0015/20-3
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0067-02/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0286-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. PRÁTICA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas, reduziu os valores das infrações. Determinado a exclusão dos itens “PIZZAS (NCM 1905.90.90)”, “REGULARDOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)” e “BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO (NCM 1905.32.00)”, por considerar que são sujeitas à substituição tributária. Imputação 04 parcialmente elidida. Modificar a Decisão recorrida. 2. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS DAQUELAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 05. A argumentação defensiva atinente à infração 05, de que o papel higiênico possui redução de base de cálculo prevista no art. 268, XLIII do RICMS/12, de forma que a carga tributária resulte em 12%, não se aplica ao presente caso, pois o referido dispositivo regulamentar é bastante claro ao dizer que se aplica aos estabelecimentos industriais e atacadistas. As saídas ocorreram mediante a emissão de notas fiscais eletrônicas de consumidor. Infração 05 caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 3. MULTA. ENTRADAS TRIBUTÁVEIS SEM REGISTRO NA ESCRITA. INFRAÇÃO 06. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas, reduziu o valor da infração. Infração 06 parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Indeferida a Diligência solicitada. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0067-02/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafiado, lavrado em 28/09/2020 para exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 99.160,00, inerente a seis exações, relativas ao período de 16/05/2017 a 31/12/2019, sendo objeto da peça recursal as seguintes acusações:

Infração 04 – Falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis (11 e 12/2019). R\$ 18.962,42 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 05 – Recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa daquela prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (12/2019). R\$ 857,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 06 – Entradas de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal (12/2018 e 03 a 12/2019). Multa de R\$ 67.429,82, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 33.775,42, diante das seguintes considerações, relativas às infrações objeto do Recurso Voluntário:

VOTO

[...]

Uma diligência já foi realizada no presente feito. Não é o caso de convertê-lo em outra, o que conclui com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF/99. Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos.

(...)

A infração 04 trata da falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 165,68, mas contestou o restante, sob o argumento de que os respectivos produtos estavam sujeitos ao regime da substituição tributária (fls. 21 a 24). São eles: massa alimentícia de arroz, malas, pizzas, sorvetes, registros de gás, torradas, biscoito polvilho, petiscos doguitos e bombons sonho de valsa e ouro branco.

Passemos a analisá-los, um a um.

1 - MASSA ALIMENTÍCIA DE ARROZ – acolhidas as argumentações defensivas (itens 11.6 e 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12).

2 – MALAS – acolhidas as argumentações defensivas (item 12.5.1 do Anexo 1 do RICMS/12).

3 – PIZZAS - o produto é industrializado, com recheio e pronto para consumo. Não se trata de massas alimentícias tipo instantâneas ou não cozidas, nem recheadas, granoduro e que não contenham ovos.

4 – REGISTRO DE GÁS – a mercadoria não se enquadra no item 8.79 do Anexo 1 do RICMS.

5 – TORRADA - acolhidas as argumentações defensivas (item 11.16 do Anexo 1 do RICMS/12).

6 – BISCOITO POLVILHO - acolhidas as argumentações defensivas (itens 11.11 a 11.13 do Anexo 1 do RICMS/12).

7 – BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO - os produtos saíram da substituição tributária a partir de 01/01/2019, conforme o Decreto nº. 18.800, de 20 de dezembro de 2018.

8 - SORVETES – acolhidas as argumentações defensivas (item 15.1 do Anexo 1 do RICMS/12).

9 - PETISCOS DOGUITOS – com efeito, trata-se de pequenos agrados alimentares, que devem ser oferecidos como forma de recompensa ou até mesmo para evitar doenças. As RAÇÕES DO TIPO PET para animais domésticos compreendem apenas os produtos utilizados na alimentação de animais capazes de atender integralmente as exigências nutricionais a que se destinam, caracterizando alimentos completos.

Acolho a revisão contida no arquivo denominado “SAÍDAS POR PRODUTOS – SEM TRIB” da mídia em CD de fl. 249, de maneira que o valor da infração 04 reste modificado, de R\$ 18.962,42 para R\$ 11.726,79.

Infração 04 parcialmente elidida.

A infração 05 imputa recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente alega que é atacadista e que papel higiênico possui redução de base de cálculo, prevista no inciso XLIII do artigo 268 do RICMS/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%.

Todavia, restou constatado que as saídas ocorreram mediante a emissão de notas fiscais eletrônicas de consumidores.

O inciso XLIII do artigo 268 do RICMS/12 é claro quanto ao fato de que os beneficiários da redução da base de cálculo mencionada são os estabelecimentos industriais e atacadistas.

Infração 05 caracterizada.

A infração 06 acusa entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuante informou e o impugnante não mais se manifestou a respeito que todas as notas de entrada com a escrituração devidamente comprovada nos livros Registro de Entradas do estabelecimento foram excluídas das planilhas de débito.

Acolho a revisão contida no arquivo denominado “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS - 2019” da mídia em CD de fl. 249, de maneira que o valor da infração 06 reste modificado, de R\$ 67.429,82

para R\$ 21.160,77.

Infração 06 parcialmente elidida.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, na forma abaixo.

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)	RESULTADO
1	122,06	27,05	PROC. PARTE
2	2.938,80	0	IMPROCEDENTE
3	8.849,13	3,04	PROC. PARTE
4	18.962,42	11.726,79	PROC. PARTE
5	857,77	857,77	PROCEDENTE
6	67.429,82	21.160,77	PROC. PARTE
TOTAL		33.775,42	

No Recurso Voluntário, de fls. 327 a 367, incluindo documentos (fls. 342/367) dos autos, o Recorrente, aduz que a Decisão recorrida merece ser parcialmente reformada para que alguns itens sejam excluídos no tocante às infrações 4, 5 e 6, por ele assim condensados:

“i) (Infração 04) em razão de os itens contestados estarem sujeitos ao regime da substituição tributária;

ii) (Infração 05) em razão de o item papel higiênico dever ser tributado sob a alíquota de 12%, devido ao fato de o ora Recorrente ser atacadista; e

iii) (Infração 06) em razão da impossibilidade de se cobrar a multa de 1% sobre algumas notas fiscais que não foram registradas na escrita fiscal, por se tratarem de notas de devolução ou de retorno e por se tratarem de simples notas de remessa.”

Quanto à **exação 4**, salienta que, em que pese a JJF ter acatado parcialmente as razões de defesa, houve equívoco na cobrança remanescente dos seguintes produtos tendo em vista que estariam sob o regime da substituição tributária:

- a) **Pizza:** a pizza possui a classificação NCM 1905.90.90, que se enquadrava na descrição contida no item 11.18.1, fazendo juntada de nota fiscal (emitida em 30/12/2019) em anexo ao Recurso Voluntário que comprovaria a referida classificação e recolhimento do ICMS-ST. Ressalta ainda que o item não traz qualquer restrição para as pizzas, nos termos do quadro demonstrativo abaixo, destacado no bojo do recurso:

11.18.1	17.062.01	1905.90.90	Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03
----------------	-----------	------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- b) **Regulador de gás: Regulador de Gás (NCM 8481.10.00):** Assevera que “o Autuante se olvidou para o fato de que o regulador de gás nada mais é do que uma válvula que regula o fluxo de gás, como se pode observar no conceito abaixo fornecido por empresa especializada no assunto: “O regulador de pressão é uma válvula que regula automaticamente o fluxo de um líquido ou gás a uma determinada pressão necessária ao funcionamento dos equipamentos.”

E assim indica nos termos do quadro demonstrativo abaixo, destacado no bojo do recurso:

8.79	10.079.00	8481	Torneiras, válvulas (incluindo as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes
-------------	-----------	------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Apresenta em reforço da sua defesa entendimento emanado da SEFAZ-PR em caso idêntico, onde fora reconhecido o regulador de gás está sujeito ao regime da substituição tributária.

- c) **Bombom Sonho de Valsa e Ouro Branco:** Afirma que é equivocada a consideração do *decisum* no sentido de que o mesmo havia sido excluído da substituição tributária em 01/01/2019, em razão da edição do Decreto nº 18.800/18, tendo em vista que o produto em questão se enquadra no item 11.15 do Anexo I do RICMS/12, a seguir destacado conforme apresentado em defesa:

11.15	17.058.00	1905.32	"Waffles" e "wafers" - com cobertura
-------	-----------	---------	--------------------------------------

Assevera que *"o bombom sonho de valsa e ouro branco nada mais são do que waffles, conforme já esclarecido, desde 2014, pelo fabricante MONDELEZ INTERNATIONAL"*, oportunidade em que junta aos autos o referido informativo (Anexo 5 do Recurso – fls. 354/361), cujo destaque essencial refere-se à nova classificação dos produtos, conforme quadro abaixo, destacado da defesa:

Produto	Classificação Fiscal	Nova Classificação
	Antiga	Fiscal
Ouro Branco	1806.90.00	1905.32.00
Sonho de Valsa	1806.90.00	1905.32.00

O Recorrente apresenta, ainda, Nota Fiscal emitida em 14/08/2020 (anexo 4 do Recurso – fl. 351), *"onde demonstra que houve o recolhimento do ICMS-ST no momento da aquisição dos bombons sonho de valsa e ouro branco, bem como que o CFOP utilizado foi o 6401, que corresponde a "Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto"."*

Reafirma, ao cabo, que os bombons sonho de valsa e ouro branco estão, sim, sujeitos ao regime da substituição tributária, motivo pelo qual também devem ser excluídos da infração 04.

- d) Petiscos Doguitos (NCM: 2309.10.00):** Afirma que estes produtos devem ser excluídos da autuação por se tratar de rações de cachorro, e por conta disso estarem enquadrados no item 14.1, do Anexo I do RICMS/12, conforme recorte destacado do Recurso:

14.1	22.001.00	2309	Ração tipo "pet" para animais domésticos
------	-----------	------	------------------------------------------

O Recorrente apresenta, ainda, Nota Fiscal emitida em 09/11/2019 (anexo 6 do Recurso – fls. 363/365), onde seria possível notar que houve o recolhimento do ICMS-ST no momento da aquisição dos produtos, com CFOP 6403, que corresponde a *"Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto"*.

Na ocasião, protestou pela necessidade de *"realizar uma NOVA REVISÃO FISCAL, no sentido de se refazer o lançamento da infração em questão, tendo em vista que o ICMS não era devido nas operações autuadas pelo i. Auditor, por conta de as mercadorias estarem sujeitas ao regime da substituição tributária."*

Quanto à **exaço 5**, afirma que a atividade principal da empresa autuada é exatamente o comércio atacadista de mercadorias em geral, razão pela qual teria direito à redução da base de cálculo quanto ao item papel higiênico, nos termos do inciso XLIII, art. 268 do RICMS/12, fazendo jus a carga tributária correspondente a 12%, em vez de 18%.

Indica que há posicionamentos divergentes do CONSEF e os Auditores Fiscais no sentido de considerar a Recorrente como atacadista e também como varejista, levando-se em consideração apenas o intuito arrecadatário.

Quanto à **exaço 6**, destaca que em que pese a parcial procedência quanto ao item, houve equívoco na consideração da parte remanescente sobre algumas notas que não foram registradas na escrita fiscal por se tratar de: **i)** notas de devolução e de retorno; e **ii)** notas de simples remessa.

Sobre o item **"i"**, indica que as Notas fiscais já anexadas aos autos no Doc. 17 da manifestação apresentada no dia 27/10/2021 (fls. 159/214) devem ser excluídas da planilha.

Sobre o item **"ii"**, entende que as Notas Fiscais já anexadas aos autos no Doc. 18 da manifestação

apresentada no dia 27/10/2021 (fls. 159/214), devem ser excluídas da planilha, insistindo no fato de que *“sobre essas operações não houve a cobrança do ICMS, (...) na medida em que não gerou nenhum prejuízo ao erário do Estado da Bahia”*.

Por fim, requer a realização de diligência para demonstrar a improcedência das infrações recorridas, a cargo de um Auditor Fiscal estranho ao feito ou então a cargo da Coordenadoria de Assuntos Técnicos (ASTEC) nos termos do art. 37 do Decreto nº 7592/99 c/c 145 do RPAF, bem como Revisão Fiscal, *“para que seja devidamente analisada a anexa mídia eletrônica, que identifica a parte reconhecida e esclarece a regular movimentação da parte remanescente evidenciando a inexistência das omissões apontados no lançamento originário, sob pena de se estar punindo injustamente o Recorrente com a cobrança indevida de ICMS”*.

Pugna pelo integral provimento do Recurso Voluntário para o fim de reformar a decisão colegiada recorrida.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 04/05/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 23/08/2023.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dr. Sinésio Cyrino da Costa Neto, no qual se fez valer do exercício da sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância quanto às infrações 4, 5 e 6 do Auto de Infração, assim detalhadas:

Infração 04 – Falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis (11 e 12/2019). R\$ 18.962,42 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 05 – Recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa daquela prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (12/2019). R\$ 857,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 06 – Entradas de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal (12/2018 e 03 a 12/2019). Multa de R\$ 67.429,82, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

Inicialmente, cumpre-me destacar, quanto ao pedido de diligências efetuado pelo Recorrente, que este relator restou vencido na proposta submetida ao crivo dos pares na sessão de julgamento sessão realizada no dia 14/08/2023, razão pela qual, em obediência ao princípio do colegiado e nos termos do art. 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, deve-se considerar suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos, inclusive na perspectiva da verificação de fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estejam na posse do Requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, conforme, inclusive, alega ter procedido.

Sem preliminares, passasse a análise meritória.

Quanto à **infração 04**, o Recorrente insiste na tese de que o remanescente da acusação é indevido em relação às mercadorias “PIZZAS (NCM 1905.90.90)”, “REGULARDOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)”, “BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO (NCM 1905.32.00)” e “PETISCOS DOGUITOS (NCM: 2309.10.00)”, por considerar que são sujeitas à substituição tributária.

Quanto à mercadoria “PIZZA – NCM 1905.90.90” – é de rigor a constatação de que a partir de 01/06/18, submeteu-se ao regime da substituição tributária (item 11.28.1) pelo Anexo I ao RICMS/2012 e, em vista disto, devem ser excluídas da exação fiscal pois as operações do levantamento foram realizadas após o referido marco temporal, qual seja, mês de dezembro de 2019.

No que pertine “REGULADOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)”, verifica-se que, a despeito de ter a decisão de piso validado a posição do Autuante no sentido de que, apesar de constar formalmente, a mercadoria não se enquadraria no item 8.79, do anexo I do RICMS/2012, entendo que não há razões de ordem material ou formal para o destaque. De fato, há que se considerar que há sim identidade entre a sua descrição e aquela contida na norma de regência (válvulas incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatório. Nestes termos, entendo por procedente as alegações recursais, que devem ser acolhidas para fins determinar a exclusão das referidas operações da exação fiscal.

Destaque-se que, em posição mais recente (publicada em 24/07/2023 – Auto de Infração nº 298958.0072/21-5), da 2ª CJF, em acatamento à constatação feita **pelo mesmo autuante destes autos** em face de autuação nos mesmos moldes a outro contribuinte, validou a exclusão de item assemelhado da imputação simplesmente por considerar o enquadramento do produto no regime de substituição tributária.

Quanto ao produto “BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO (NCM 1905.32.00)”, a autuação foi mantida sob o fundamento de que os produtos mencionados saíram da Substituição Tributária a partir de 01/01/2019, conforme Decreto nº 18.800 de 20 de dezembro de 2018, mantida a cobrança.

Diferentemente do quanto professado na decisão, o que se infere é que a referida mercadoria estava, à época dos fatos, incluída no regime da substituição tributária (item 11.15) pelo Anexo I ao RICMS/2012 - “Waffles” e “wafers” - com cobertura - e, em vista disto, devem ser excluídas da exação fiscal pois as operações do levantamento foram realizadas após o referido marco temporal, qual seja, mês de dezembro de 2019.

Quanto ao item “PETISCOS DOGUITOS (NCM: 2309.10.00)”, o Recurso não merece acolhimento. Restou devidamente assentado pelo Autuante que a mercadoria não se enquadra no conceito previsto na norma para fins de conferir-lhe a perfeita identidade com a descrição legal, merecendo transcrição do trecho:

(...)em relação ao PETISCO DOGUITOS (infração 04), acrescenta que são pequenos agrados alimentares, que devem ser oferecidos como forma de recompensa ou até mesmo para evitar doenças. As RAÇÕES DO TIPO PET para animais domésticos compreendem apenas os produtos utilizados na alimentação de animais capazes de atender integralmente as exigências nutricionais a que se destinam, caracterizando alimentos completos.

Ademais, o recorrente não se desincumbiu do seu ônus de comprovar o fato alegado no sentido de que tal mercadoria se trata, de fato, de ração de cachorro para os fins colimados na norma, restando, portanto, mantida a acusação conforme posta.

Assim, o valor remanescente desta infração, com a exclusão dos produtos “PIZZAS (NCM 1905.90.90)”, “REGULADOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)” e “BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO (NCM 1905.32.00)”, por considerar que são sujeitas à substituição tributária, é o seguinte:

ANO_MES	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF
Nov/2019	1,50	1,50
Dez/2019	11.725,29	5.489,72
TOTAL	11.726,79	5.491,22

No que diz respeito à **infração 5**, em face da imputação de recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas, opõe-se o Recorrente sob a alegação central de que, por ser estabelecimento atacadista, faz jus à redução de base de cálculo, prevista no inciso XLIII, do artigo 268 do RICMS/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%.

A despeito do seu esforço discursivo, infere-se que, no caso concreto, a conduta do fisco foi de um todo acertada ao desconsiderar a operação por ele defendida, na medida em que as provas dos autos apontam no sentido de que, em relação ao produto papel higiênico, as saídas ocorreram mediante a emissão de notas fiscais eletrônicas de consumidores, desnaturando assim a condição primitivamente almejada pelo legislador.

Prova do acerto é o fato de que, apesar de a atividade principal da Recorrente ser a de um estabelecimento atacadista, este possui habilitação específica para o desempenho de atividades econômicas secundárias relacionada ao CNAE (47.11-3-01) - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados.

Por fim, quanto à **exação 6**, destaca que, em que pese a parcial procedência quanto ao item, houve equívoco na consideração da parte remanescente sobre algumas notas que não foram registradas na escrita fiscal por se tratar de: **i)** notas de devolução e de retorno; e **ii)** notas de simples remessa.

O Recorrente não especificou em sede recursal quais notas fiscais de devolução e retorno haviam sido desconsideradas pelo Auditor, sendo certo que há contraposição direta desta assertiva à alegação do Fisco, pois após a análise da sua defesa, no sentido de que:

“Para esta Infração, informamos que TODAS as Notas Fiscais de Entrada, que a Autuada comprovou a efetiva escrituração nos Livros Registro de Entradas do estabelecimento foram excluídas das planilhas de débito. Informamos ainda o refazimento das planilhas com a exclusão das Notas Fiscais das planilhas de débito. Remanescendo para esta infração o montante de R\$ 21.160,77 em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.” (Informação Fiscal de fl. 248).

E é o que de fato emerge das provas juntadas aos autos. Em análise do CD que acompanha a referida informação fiscal, verifica-se que o Autuante promoveu a exclusão das Notas Fiscais em pleno acolhimento às alegações defensivas do ora Recorrente, estando tais dados registrados na planilha “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – 2019”, havendo sensível redução do montante em exigência, de R\$ 67.429,82 para R\$ 21.160,77, do que foi devidamente intimado o Recorrente e não se manifestou sobre o ponto, manifestando, a toda evidência, assentimento.

Logo, em relação ao remanescente, considerando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, associada ao fato de que houve o refazimento da escrita fiscal considerando todas as notas de entrada com a escrituração devidamente comprovada nos livros Registro de Entradas do estabelecimento com a sua consequente exclusão das planilhas de débito, entendo que não há reparos a fazer na decisão de piso.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para, com exceção da infração 5 e 6, modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte em relação à Infração 4, determinando o refazimento do demonstrativo com a exclusão dos itens “PIZZAS (NCM 1905.90.90)”, “REGULARDOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)” e “BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO (NCM 1905.32.00)”, por considerar que são sujeitas à substituição tributária. Assim, o montante do Auto de Infração fica conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	VL LANÇADO (R\$)	VL JULG-JJF (R\$)	VL JULG-CJF (R\$)	RESULTADO
1	122,06	27,05	27,05	PROC. PARTE
2	2.938,80	0,00	0,00	IMPROCEDENTE
3	8.849,13	3,04	3,04	PROC. PARTE
4	18.962,42	11.726,79	5.491,72	PROC. PARTE/P.PARCIAL
5	857,77	857,77	857,77	PROCEDENTE/N.PROVIDO
6	67.429,82	21.160,77	21.160,77	PROC. PARTE/N.PROVIDO
TOTAL	99.160,00	33.775,42	27.540,35	

VOTO DISCORDANTE

Data vênua, discordo do entendimento do ilustre relator quanto à exclusão do item BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO – exclusivamente naquilo que se relaciona à infração 04, uma vez que os produtos saíram da substituição tributária a partir de 01/01/2019, conforme o Decreto nº 18.800, de 20 de dezembro de 2018.

Assim, verifico que os produtos Bombons Ouro Branco e Sonho de Valsa foram excluídos da substituição tributária, conforme classificação constante no Anexo I do RICMS/BA.

Portanto, concluo que o levantamento fiscal está correto ao cobrar a falta de pagamento de

mercadorias não incluídas na ST, de forma que voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, sendo que acompanho quanto a exclusão dos itens “PIZZAS (NCM 1905.90.90)” e “REGULARDOR DE GÁS (NCM 8481.10.00)”, e mantenho na autuação em relação a estes produtos citados no parágrafo acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0015/20-3**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.379,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 21.160,77**, prevista no inciso IX da do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 4 – Bombom Sonho de Valsa e Ouro Branco) – Conselheiros: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Eduardo Ramos de Santana, Igor Lucas Gouveia Baptista, Fernando Antonio Brito de Araújo e Henrique Silva de Oliveira.

VOTO DISCORDANTE (Infração 4 – Bombom Sonho de Valsa e Ouro Branco) – Conselheiro: Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - VOTO DISCORDANTE
(Infração 4 – Bombons Sonho de Valsa e Ouro Branco)

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS