

**A. I. Nº** - 018184.0010/19-5  
**AUTUADO** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 23.11.2020

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0148-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A legislação vigente veda a utilização do crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Ajustes realizados no lançamento reduzem o valor da exação. **b)** SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração não contestada. **c)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO AO DIREITO DO REFERIDO CRÉDITO. Infração não impugnada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Ajustes realizados quanto ao produto “massa para pastel” reduzem o *quantum* lançado. Infração parcialmente procedente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Ausência de demonstrativo do débito e/ou metodologia e documentos fiscais sobre os quais incidiu a exação, se constitui em causa para a decretação da nulidade da infração. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Se apresenta como legal a exigência de ICMS por antecipação parcial quando comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Não foram trazidos argumentos defensivos capazes de elidir a infração, cujo fato gerador ocorreu nos termos do artigo 12-A da Lei 7.014/96. Impossibilidade de aplicação unicamente da multa, conforme pleiteado, pela falta de comprovação pela autuada de terem as mercadorias objeto da exação sido devidamente tributadas quando das suas saídas. Infrações mantidas. 4. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O sujeito passivo não contestou a acusação. Infração mantida. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas as questões preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de novembro de 2019 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$130.966,63, além de multa de 60%, e multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

**Infração 01. 01.02.05.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, no total de R\$59.548,55, multa de 60%.

**Infração 02. 01.02.26.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, no montante de R\$ 8.976,58, multa de 60%, para fatos geradores constatados entre janeiro a outubro e dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

**Infração 03. 01.02.42.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito, constando a informação da autuante *“refere-se a créditos de ICMS, lançados a título de ajuste no RAICMS, como outros créditos, sem a devida comprovação, apesar de devidamente intimado”*, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, no montante de R\$7.501,37, multa de 60%.

**Infração 04. 07.01.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a abril, junho a agosto, outubro a dezembro de 2016, fevereiro a junho, agosto e dezembro de 2017, resultando em valor lançado de R\$1.819,54, além de multa de 60%.

**Infração 05. 07.01.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, em dezembro de 2016, montando em R\$109,50, bem como multa de 60%.

**Infração 06. 07.15.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, em março a dezembro de 2017, totalizando R\$2.755,63, multa de 60%.

**Infração 07. 07.15.02.** Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no total de R\$115,46, bem como multa de 60%, para ocorrência no mês de fevereiro de 2016.

**Infração 08. 16.05.11.** Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS), o que ensejou a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória de R\$140,00 no mês de dezembro de 2017.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 318 a 327, onde alega como preliminar de nulidade, o fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. O PDF apresentado é não editável.

O formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, diz, pois da forma que estão postos fica a empresa sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu Direito de Defesa. Ocorre que estamos numa lide!

Invoca o fato do próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto 7629/99, estabelece em seu § 3º do artigo 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato texto ou tabela, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de se importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida, conforme texto reproduzido.

Indica que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração possuem milhares de páginas. Humanamente impossível analisar de forma correta de modo manual como está posto. É pior,

não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, o que comprova que foi incorretamente formatado o relatório no sistema da SEFAZ.

Diz ser sabido que nos dias atuais, com a informatização da apresentação dos documentos e livros fiscais por parte das empresas, exigida pelo Fisco em meio eletrônico, quer sejam as notas fiscais eletrônicas ou a escrituração fiscal e contábil digital, o são desta forma de maneira a facilitar e agilizar o trabalho do Fisco e também do contribuinte, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado.

Tem que a simples questão da omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização bem como do Auto de Infração. Agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações, fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado nulo.

Adentrando ao mérito da autuação para demonstrar, cabalmente, a total improcedência da autuação da forma que se passa a aduzir, uma vez que vários erros são encontrados conforme detalhamentos a seguir:

Para a infração 01, argumenta que os seguintes produtos não encontram respaldo na Legislação para serem enquadrados na Substituição Tributária, nem foram devidamente esclarecidos pela Fiscalização em qual item do Anexo I do RICMS estariam inseridos. Adicionalmente informa a defendente que a GRANOLA e o CEREAL MATINAL não se confundem com SALGADINHOS industrializados, caso tenha sido a interpretação da autuante:

GRANOLA TIA SONIA SACHE 200G

CEREAL MAT NESTLE CORN FLAKES 240G

CEREAL MAT KELLOGGS SUCRILHOS CHOC 320G

CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES 330G

CEREAL MAT SUPER BALLS SC 200G

CEREAL MAT KELLOGGS CHOCO POWER 240G

CREME NUTELLA FERRERO AVELÃ/CACAU 350G

MASSA DE ARROZ URBANO PENA 500G

PAO QUEIJO PIF PAF 400G (pão de queijo não tem Farinha de Trigo em sua composição)

CEREAL MAT NESTLE NESCAU + SNOW 570G

GRANOLA TIA SONIA LIGHT SACHE 200G

GRANOLA TIA SONIA CAST PARA SACHE 200G

GRANOLA GRANATUS ORIGINAL 250G

GRANOLA GRANATUS AMENDOAS/ CASTANHA 500G

CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES SC 120G

GRANOLA MAE TERRA SACHE 250G

CEREAL MAT NESTLE NESCAU SC 120G

CEREAL BARRA TIA SONIA BANANA/CHOC 25G

BEBIDA MIST SKINKA FRUTAS CITRICAS 1.5L

BISC TAPIOCA CASEIRO 200G (biscoito de tapioca não tem farinha de trigo em sua composição)

PAO QUEIJO PIF PAF ZERO LACTOSE 250G

CREME AVELA C/CACAU FUGINI 150G

CEREAL BARRA TRIO BANA C/CHOC LIGHT 20G

Portanto, o crédito em relação a estes itens é devido, conclui.

Na infração 04, garante ter identificado produtos que não fazem parte da Substituição Tributária, a saber:

MASSA PARA PASTEL, em relação ao qual acosta vários julgados nesse CONSEF, bem como pareceres da DITRI, tem sido no sentido de que tal produto não faz parte da Substituição Tributária, a exemplo do Acórdão CJF 0222-12/15, CJF 0264-12/15, destacando ter a Procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz emitido opinativo acerca da resultante infração 3, indicando que o artigo 353 do RICMS/BA, inciso II, item 11.4.1 especifica os produtos sujeitos à substituição tributária, entre os quais não se incluem as massas para pastel e para pizza. E menciona que os pareceres DITRI/GECOT 12847/2009, 12647/2009 e 10723/2009 refletem tal posição e servem como abalizamento para as decisões do CONSEF, bem como os Acórdãos CJF 0240-12/19 e CJF 0193-11/18, cujas Ementas são reproduzidas, arrematando que deve ser excluído do levantamento o produto MASSA PARA PASTEL.

Entende que o produto BATATA PALHA também não encontra respaldo na legislação de seu enquadramento na Substituição Tributária. Esclarecemos que Batata Palha não deve ser confundido com Salgadinho Industrializado, que se encontra na Substituição Tributária, pois a batata palha não tem esta função de ser servido como um salgadinho de mesa, como aperitivo, mas como um ingrediente de uma refeição, razão para a sua exclusão do levantamento.

Em relação às Infrações 06 e 07 nas quais se cobra o imposto da antecipação parcial, supostamente por falta de recolhimento ou recolhimento a menor, quando a Lei 7014/96, em seu § 1º do artigo 42, estabelece que no caso de empresas que apurem seu imposto pelo Regime Normal, e que dá saída das mercadorias tributadas, deve a Fiscalização, tão somente, aplicar a multa prevista na alínea “d” do inciso II do mesmo artigo, qual seja, a de 60% do imposto não antecipado, consoante transcrição.

Percebe dos relatórios apresentados pela Fiscalização que são mostrados a multa de 60% e o valor do imposto, mas é lançado no auto de infração, indevidamente, este último, quando deveria ter aplicado apenas a multa, o que a leva a solicitar a improcedência da ação fiscal, pois somente deveria ter sido aplicada a penalidade.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco com a consequente nulidade do presente Auto de Infração.

Em conclusão, reitera os pedidos formulados, para que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados, com a consequente declaração de improcedência do Auto de Infração, e em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Informação fiscal prestada por funcionária estranha ao feito às fls. 349 a 360, indica, que em relação ao argumento de nulidade pelo fato de os demonstrativos se encontrarem em formato PDF, o fato de o RPAF falar em formato texto ou tabela, e no seu entender PDF é formato texto, sendo que em nenhum momento fala em EXCEL.

Quanto a alegação que não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, informa que a mesma é realizada por ordem de data da escrituração dos documentos fiscais, sendo o Auto de infração composto de 315 páginas e não milhares, sendo que os demonstrativos anexados ao presente processo comprovam ter a autuada recebido todos eles em papel e o documento de fl. 315 comprova que recebeu em mídia.

Em relação ao argumento de ter havido omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, ressalta que o Termo de Início de Fiscalização, afirma que essa omissão por si só, fulmina o procedimento de fiscalização, não concorda, invocando o artigo 26 do RPAF/99, transcrito, e o fato de o documento de fl. 13 (Intimação) comprovar de maneira clara que a

autuada foi intimada para apresentação de livro e documentos fiscais, constando na mesma a data da ciência.

Quanto aos demonstrativos, esclarece que os mesmos foram elaborados obedecendo as normas legais e tendo como fonte a EFD e os documentos fiscais, sendo os arquivos disponibilizados pela Secretaria da Fazenda.

No mérito, para a infração 01, reafirma que todos os produtos estão enquadrados no regime de substituição tributária.

Para os produtos GRANOLA TIA SONIA SACHE 200G, GRANOLA TIA SONIA LIGHT SACHE 200G, GRANOLA TIA SONIA CAST PARA SACHE 200G, GRANOLA GRANATUS ORIGINAL 250G, GRANOLA GRANATUS AMENDOAS/ CASTANHA 500G, GRANOLA MAE TERRA SACHE 250G, indica que no exercício de 2016 a NCM utilizada na EFD foi 1904.1, prevista no Anexo 1, item 11.7 (Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação), ao passo que em 2017 a NCM utilizada na EFD foi 1904.1, prevista no Anexo 1, item 11.8 (Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação).

Já o CEREAL MAT NESTLE CORN FLAKES 240G, CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES 330G, CEREAL MAT SUPER BALLS SC 200G, CEREAL MAT KELLOGGS SUCRILHOS CHOC 320G, CEREAL MAT KELLOGGS CHOCO POWER 240G, CEREAL MAT NESTLE NESCAU + SNOW 570G, CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES SC 120G, CEREAL MAT NESTLE NESCAU SC 120G, aponta para o exercício de 2016 a utilização da NCM na EFD 1904.1, cuja previsão para inserção na substituição tributária se encontrava no Anexo 1, item 11.7 (Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação), enquanto para 2017 a NCM utilizada na EFD, mesma do ano anterior, se encontrava no Anexo 1, no item 11.8, que englobava salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação.

Quanto ao CREME NUTELLA FERRERO AVELÃ/CACAU 350G, frisa que em 2016 a NCM utilizada na EFD foi a 1806.9 presente no Anexo 1, no item 11.4 (Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate), mesma situação verificada em 2017.

MASSA DE ARROZ URBANO PENA 500G. Para 2016, fala ter sido utilizada na EFD a NCM 1902.1 no Anexo 1, item 11.16, relativo a *“massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”*, ao passo que em 2017 a mesma NCM se encontrava no item 11.17.0 *“Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03”*.

PAO QUEIJO PIF PAF 400G. Assevera que para 2016 a NCM utilizada na EFD foi 1901.2, sendo a correta 1905.2, com previsão no Anexo 1, item 11.17 *“pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolos”*, observando não falar o Anexo 1 sobre farinha de trigo, enquanto em 2017 a NCM utilizada na EFD também foi 1901.2, igualmente incorreta, vez que aquela adequada (1905.2) se encontra presente no Anexo 1, item 11.18 *“pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolos”*, o qual não fala sobre farinha de trigo.

CEREAL BARRA TIA SONIA BANANA/CHOC 25G. Em 2016 foi utilizada a NCM apontada na EFD (1806.9), constante no Anexo 1, item 11.4 *“chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”*. No exercício de 2017 – NCM utilizada na EFD – 1806.9. Anexo 1, item 11.4, relativa a *“chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”*.

Para a BEBIDA MIST SKINKA FRUTAS CITRICAS 1.5L, explicita que em 2017 a NCM utilizada na EFD foi 2202 presente no Anexo 1, item 3.7, correspondente a *“refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml”*.

Em relação a BISC TAPIOCA CASEIRO 200G (biscoito de tapioca não tem farinha de trigo em sua composição), fala que em 2017 a NCM utilizada na EFD foi 1905.90.90 *“salgadinhos diversos”*,

sendo correta a NCM 1905.31, inserida no Anexo 1, item 11.22.1 (biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo dos tipos “maisena” e “maria” e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial, exceto o CEST 17.054.02).

Quanto ao PAO QUEIJO PIF PAF ZERO LACTOSE 250G, aduz que em 2016 o contribuinte indicou a NCM utilizada na EFD 1901.2, sendo correta a NCM 1905.2, no item 11.17 do Anexo 1 “*pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolos*”, enquanto para 2017 a mesma NCM foi utilizada na EFD (1901.2), quando a correta seria a 1905.2 do Anexo 1, item 11.18 (pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolos).

Para a infração 02, observa não ter a autuada a contestado, motivo para a sua manutenção, mesma situação da infração 03.

Nas infrações 04 e 05, diante de ter a autuada identificado produtos que não faziam parte da Substituição Tributária, a saber Massa para pastel e batata palha, não acolhe, justificando que Massa para pastel em 2016 teve utilizada na EFD a NCM 1902.3 que se refere a Macarrão instantâneo conforme Anexo 1, item 11.15, tendo a empresa utilizado NCM errada para o produto, sendo correto a 1902.1, inserida no Anexo 1, no item 11.16 (Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo), mesma situação constatada em 2017.

Aponta ter sido utilizada a NCM errada para o produto, sendo a 1902.1 correta, presente no Anexo 1 no item 11.17.0, correspondente a “*Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03*”.

Quanto a Batata palha, informa que em 2016 a NCM utilizada na EFD foi 2005.2.- Anexo 1 – item 11.9 - Salgadinhos à base de batata, inhame e mandioca, sendo que para 2017 foi utilizada a mesma NCM na EFD (2005.2), contida no Anexo 1, item 11.10 (batata frita, inhame e mandioca fritos), mantendo as infrações.

Analisando as infrações 06 e 07, firma posição de que as alegações defensivas não procedem, uma vez que os demonstrativos e documentos fiscais anexados comprovam a correteza e pertinência das infrações, tendo a empresa apresentado suas alegações, não tendo comprovado o disposto a Lei 7014/96, em seu § 1º do artigo 42, ao passo que a infração 08 não foi contestada.

Ressalta que em todo o período do processo de fiscalização, procedeu atendendo o que dispõem as normas em vigor, conforme comprovam os documentos de folhas 1 a 319 e a Informação Fiscal que ora anexa, observando não ter a empresa autuada acostado nenhum documento quando da apresentação da impugnação.

Ante o exposto, considerando não ter a empresa apresentado argumentos, documentos e/ou demonstrativos capazes de modificar as infrações, mantém o Auto de Infração, esperando seja o mesmo julgado procedente, por ser de inteira.

Apesar de não terem sido trazidos fatos novos ou demonstrativos retificados, o órgão preparador intimou o contribuinte para tomar conhecimento dos termos da informação fiscal prestada (fls. 362 e 363), com prazo para manifestação de dez dias.

Em 13/03/2020, a empresa se manifesta (fls. 367 a 371), e em relação às infrações 01, 04 e 05 ressalta que a classificação de mercadorias para fins de enquadramento ou não na substituição tributária, passa pela composição de enquadramento na descrição dos produtos combinada com a classificação da NCM, estando, no presente caso, tal previsão no Anexo 1 ao RICMS/12, o qual não foi levado em conta pela autuante, ao simplesmente relatar na informação, que se o item estava na NCM, se enquadraria na substituição tributária, agindo de forma simplista, a exemplo do item granola.

Reafirma não ser esta a determinação legislativa, inclusive invoca julgados deste órgão julgador, já citados na peça defensiva anterior.

Frisa não ter a informante atentado para o fato de que algumas mercadorias não são realmente o que pensou, não aceitando os argumentos trazidos em sede defensiva, a exemplo do CREME DE  
ACÓRDÃO JJF Nº 0148-02/20-VD

NUTELLA, que se trata de creme de avelã, o qual nem cacau existe na sua composição, não se confundindo, assim, com chocolate. Cita, igualmente, produtos tidos como à base de farinha de trigo, mas que não o são, como pão de queijo e barra de cereal.

Ressalta mais uma vez, que uma NCM, na sua maioria das vezes, é ampla e ambígua, possuindo vários itens de mercadorias dentro de suas classificações, e neste aspecto, para efeito de substituição tributária de ICMS, vários itens, dentro da mesma NCM podem ser substituídos ou não.

Observa ter a informante argumentado ter a empresa se utilizado de NCM errada, simplesmente. Todavia, ao seu entender, a fiscalização deve embasar e provar que determinada mercadoria está classificada errada, o que não ocorreu, o que a leva a protestar pela desclassificação sem razão explícita.

Destaca que a empresa utiliza a NCM de acordo com o recebimento de seus fornecedores industriais e atacadistas, sendo a fonte mais correta para a classificação das mercadorias.

Em relação às infrações 06 e 07, reforça que o argumento da informante lhe causou espécie, ao observar não ter comprovado a previsão da Lei 7.014/96, pois tal previsão legal foi mostrada na peça defensiva, reproduzindo o teor do tópico específico, contido na impugnação anteriormente apresentada.

Conclui requerendo a nulidade do lançamento, ou que, no mínimo, seja determinada a realização de nova diligência fiscal, para que sejam analisados todos os documentos acostados, com a declaração de improcedência do lançamento.

Protesta, ao final, pela posterior produção de prova s, especialmente documental.

Foram os autos remetidos pelo órgão preparador para julgamento em 30/06/2020, e distribuído a este relator em 13/07/2020, sem que fosse dado conhecimento à autuante da manifestação da empresa autuada.

Presente na sessão de julgamento, a advogada da empresa autuada reiterou os termos contidos nas intervenções processuais realizadas.

## **VOTO**

O presente lançamento constitui-se em doze infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada as de número 01, 04, 05, 06 e 07.

Verifico que a mesma foi intimada acerca do início da ação fiscal através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), por meio da mensagem de número 138.631, postada em 02/10/2019, com leitura e ciência por parte da empresa em 04/10/2019 (fl. 10).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 11 a 311, entregues ao contribuinte através de recibo, tendo a mídia de fl. 312 sido devidamente entregue ao final da ação fiscal, em cópia, como se constata através do recibo de fl. 315.

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

A empresa autuada compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Antes de qualquer apreciação, tenho como pertinente observar a desnecessidade de se encaminhar o feito após a informação fiscal prestada, para ciência e manifestação da empresa

autuada, tal como feito pelo órgão preparador, pois tal previsão, inserida no artigo 127, § 7º “*se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18*”, como vista, caberia apenas em caso de modificação no lançamento, o que não é o caso, prejudicando tal ato, o exercício pela administração pública, do princípio da celeridade processual.

De igual forma, embora não tenha sido o feito remetido para nova informação fiscal após a manifestação da empresa autuada, tal fato não traz qualquer prejuízo para o processo, pois não foram trazidos fatos novos na manifestação apresentada.

Ainda assim, existem questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento.

A tese defensiva é a de que a apresentação de arquivos em formato PDF pela autuante teria causado prejuízos para a defesa, pelo fato de não poder importar os dados em bancos de dados, para, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, e se defender de forma adequada, dentro do prazo, vez ser o PDF apresentado não editável.

Inicialmente esclareço que a sigla PDF significa Portable Document Format, ou seja, Formato Portátil de Documento, arquivo criado pela empresa Adobe Systems para que qualquer documento seja visualizado, independente de qual tenha sido o programa que o originou.

Um documento criado no Microsoft Word, por exemplo, quando convertido para o formato PDF, poderá ser visualizado em outros dispositivos de forma idêntica ao documento original, sendo irrelevante se ter ou não o programa Word instalado, trazendo, ainda, como vantagem a capacidade de manter a qualidade do arquivo original, seja um texto ou uma imagem.

Para a geração de arquivos no formato PDF, o usuário poderá adquirir o programa Acrobat, gerar arquivos diretamente dos programas gráficos (Photoshop, Illustrator, Corel Draw, etc.), ou ainda, converter outros formatos além do Word, como imagens com a extensão *.png* ou documentos HTML.

Logo, o arquivo PDF em sua formatação, não pode ser considerado diverso de arquivo de texto de que nos fala a legislação, permitindo a sua plena leitura e conhecimento do teor e conteúdo dos demonstrativos elaborados.

Assim, a alegação de ter havido cerceamento de defesa, além de violação a outros princípios, descabe, diante do fato de que o lançamento, na forma do artigo 39 do RPAF/99 se fez acompanhar dos demonstrativos de débito, no qual foi plena e satisfatoriamente demonstrado o período sobre o qual incidiu a cobrança, bem como seus valores, base de cálculo, datas em que o imposto passou a ser devido, enquadramento legal, e demais requisitos ali postos, consoante já registrado no início do presente voto, não sendo necessário nem imprescindível para o sujeito passivo fazer os cruzamentos que diz pretender, podendo, neste caso, converter no formato desejado, diante da disponibilização de programas gratuitos neste sentido.

Ademais, pela análise das planilhas elaboradas pela autuante e entregues de forma pessoal e impressa ao contribuinte autuado mediante recibo firmado, como se observa às fls. 36, 94, 167 e 184 tomadas como exemplo, os produtos arrolados, ainda que não se encontrem em ordem alfabética como reclama a autuada, estão agrupados por código, o que facilita qualquer verificação e confirmação, além do que foram listadas as notas fiscais eletrônicas, através de suas respectivas chaves de acesso.

Portanto, não há que se falar sobre eventual cerceamento do direito de defesa, e por tal motivo, ou por qualquer outro diante da observância de todos os requisitos legais, bem como do acesso irrestrito da empresa a todos os elementos do lançamento ora analisado, e a própria autuada menciona os demonstrativos e produtos arrolados na autuação, em sua peça defensiva, o que vem a ser uma grande contradição.



Além disso, a empresa entendeu perfeitamente o móvel da autuação, compareceu ao processo, interveio quando chamada, exercendo, sem qualquer restrição ou limite os seus direitos processuais.

Por tais razões, não acolho as arguições preliminares.

Quanto ao pedido para a realização de diligência ou perícia, realizada nos termos do artigo 123, § 3º do RPAF/99, nego nos termos previstos no artigo 147 do mesmo dispositivo regulamentar:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

*b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e 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;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

*a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

*b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*

*c) a verificação for impraticável.*

*§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.*

*§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

*I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;*

*II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:*

*a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;*

*b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da decisão”.*

Os elementos necessários para o esclarecimento da lide se encontram em poder da empresa autuada, além do que os elementos contidos nos autos são os necessários e suficientes para a apreciação da matéria.

Falta, ainda a necessária motivação exigida no artigo 145 do RPAF/99, não tendo a empresa fundamentado a necessidade da sua realização, e em se tratando de perícia, faltou a quesitação a ser respondido pelo perito, previsto nos termos do parágrafo único do mencionado artigo 145 do citado diploma regulamentar.

Apreciando a infração 01, a matéria, para seu deslinde, prescinde apenas e tão somente da análise de cada produto contestado no levantamento realizado, em relação aos produtos em discussão quanto a incidência da substituição tributária, o que passo a fazer neste momento, antes ressaltando que o critério a ser utilizado é aquele já plenamente conhecido, frisando o entendimento da SEFAZ para o enquadramento, o qual consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: *“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”*.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: *“Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”*.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, se alinha no mesmo sentido, dentre tantos outros.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Partindo de tal premissa, de igual modo, passo a analisa-los, de *per si*:

Na infração foram listados produtos que se enquadrariam na ótica da autuante em sujeitos à substituição tributária, ao passo entender a empresa autuada serem de tributação normal. Analiso agora cada um deles de *per si*:

Para o CEREAL EM BARRA, a NCM utilizada foi 1806.9 que se refere a outras preparações alimentícias contendo cacau, presente no exercício de 2016 (de 01/01/2016 a 31/12/2017) no Anexo 1, item 11.4, que nos fala em *“chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”*. Segundo a autuante, tal produto se encontraria submetido à substituição tributária, motivo da autuação.

Examinando a composição de produto similar, a partir do endereço eletrônico do fabricante, em <https://www.emporiotiasonia.com.br/barra-de-cereais-tia-sonia-banana-e-castanha-de-caju>, vez não encontrado aquele específico da autuação, constato ter o mesmo os seguintes ingredientes: *“glicose de milho, castanha de caju, flocos de aveia, banana-passa, flocos de milho, flocos de arroz, maltodextrina, açúcar demerara, germen de trigo, açúcar mascavo, gergelim, óleo de palma, coco seco, corante natural caramelo, estabilizante lecitina de soja, glicerina, canela, sal marinho e antioxidante natural tocoferol”*. Ou seja: o chocolate, quando incluído, é apenas um dos diversos ingredientes a integrar o produto, não podendo, pois, a partir de tal descrição, ser considerado como enquadrado em tal tipo, e, conseqüentemente, submetido à substituição tributária.

Em relação ao CEREAL MATINAL, CEREAL NESCAU FLAKES E CEREAL MUCILON nenhuma dúvida existe em relação a tributação normal de tal produto, sendo descabida a argumentação utilizada pela autuante, no tocante não somente a NCM de tal produto, como, de igual forma, à sua tributação, não podendo ser mantida no lançamento.

Isso, pelo fato de que não pode, contrariamente ao entendimento então firmado, ser considerado salgadinho industrializado, tomando como exemplo um dos produtos autuados, todos basicamente com a mesma composição, vez que de acordo com o fabricante conforme descrito em

[https://www.nestle.com.br/NESCAU/produtos/NESCAU-cereal?gclid=EAIaIQobChMIosL6otCT6wIVjoORCh1lkaQ\\_EAAYASAAEGKz8fD\\_BwE](https://www.nestle.com.br/NESCAU/produtos/NESCAU-cereal?gclid=EAIaIQobChMIosL6otCT6wIVjoORCh1lkaQ_EAAYASAAEGKz8fD_BwE) ser composto de *“farinha de milho integral (39%), farinha de milho enriquecida com ferro e ácido fólico (21%), açúcar, xarope de glicose, cacau em pó (3%), oleína de palma, minerais (cálcio - carbonato de cálcio), ferro (ferro eletrolítico) e zinco - óxido de zinco) e vitaminas (ácido pantotênico – pantotonato de cálcio, niacina – nicotinamida, B2, - riboflavina, B6 – cloridrato de piridoxina e ácido fólico – ácido N-pteróoil-L-glutâmico), sal, aromatizantes, antiumectantes fosfato dicálcico, corante caramelo IV, estabilizante fosfato trissódico e antioxidante tocoferol”*.

Ademais, sua NCM é 1904.1, prevista no Anexo 01 ao RICMS/12 para os produtos *“salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação”* em 2016, no item 11.7 e em 2017 no item 11.8 *“produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação”*, descrição que não se adequa para os produtos, conforme indicações de ingredientes acima listada pelo fabricante de um deles. Logo, inexistente previsão de substituição tributária, o que torna imperiosa a remoção do demonstrativo.

Já a GRANOLA de NCM 1904.1, na ótica da autuante, se refere a *“salgados industrializados”*, sendo que no exercício de 2016 constava no Anexo 1, item 11.7. Já no exercício 2017, a partir de 01/02/2017, no Anexo 1, item 11.8.

A descrição de tal produto de acordo com definição de empresa que o produz e comercializa, é ser *“uma combinação perfeita de frutas desidratadas, floco de aveia, gergelim, tapioca, flocos de milho e castanha de caju garantem uma alimentação saudável e deliciosa”*, conforme contido no endereço eletrônico na internet de fabricante do produto

([https://www.emporiotiasonia.com.br/tradicional?clid=EAiaIQobChMIyMXftrvm6QIVc\\_\\_jBx2OYgYXEAAAYASAAEgIkSPD\\_BWE](https://www.emporiotiasonia.com.br/tradicional?clid=EAiaIQobChMIyMXftrvm6QIVc__jBx2OYgYXEAAAYASAAEgIkSPD_BWE)).

Ou seja: para obtenção da granola inexistente qualquer processo de expansão ou torrefação.

Para reforçar o entendimento, pertinente mencionar trechos do Acórdão JJF 0147-02/19 em julgamento realizado em 14 de agosto de 2019, cujo trecho destaque quando da informação fiscal pelo autuante, ao abordar recolhimento a menor do imposto por utilização incorreta da base de cálculo:

*“GRANOLA TRAD NEFIST - NCM 19042000 - para este produto vale a mesma análise feita para cereal em barra: ‘NCM 19042000 - O Anexo 1, do RICMS, vigente até 31.01.2017, trazia em seu item 11.7, os NCM 1904.1 e 1904.9 para os produtos salgadinhos a base de cereais. Já no Anexo 1 vigente a partir de 01.02.2017, passando a ser tratado no item 11.8, houve mudança na definição da nomenclatura de ‘salgadinhos’ para ‘produtos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação’. Pesquisando a descrição do NCM relacionado ao produto descrito no levantamento fiscal - 19042000 na Tabela de Nomenclatura Comum do MERCOSUL, temos a seguinte descrição: ‘Preparações alimentícias obtidas a partir de flocos de cereais não torrados ou de misturas de flocos de cereais não torrados com flocos de cereais torrados ou expandidos’. Observe-se que na descrição contida no item 11.8 - temos a definição de produto obtido por expansão ou torrefação, deixando claro que o legislador optou apenas para esses produtos o tratamento de tributação pelo regime de substituição. Portanto, o produto em questão não se inclui, pois refere-se a produtos obtidos de cereais não TORRADOS, mesmo que se misture a outros produtos torrados. Não fosse assim, o legislador especificaria o NCM 1902.2, ou então não efetuaria o detalhamento em 1904.1 e 1904.9, bastando mencionar 1904, que incluiria os torrados e não torrados”.*

O relator daquele feito, Jorge Inácio de Aquino, assim se posicionou ao analisar o assunto, de relação a tal produto: *“Algumas por não terem previsão de ST por não estarem no Anexo 01 (osso palito, pulgão, silicone, tecovel aromatizado, balde com escorredor, limpador de língua, caixa de papelão, desentupidor para pia, touca para banho, sabão cremoso higiênico, calça, pulverizador export Guarany, polvilho para pés, escova para unha, pincel p/barba, granola, torta gelada, barra de frutas, peixe desfiado e arroz doce)”.*

Logo, acorde tal entendimento, cujo teor acompanho, granola não se encontra inserida na substituição tributária, o que implica na exclusão do lançamento das parcelas relativas a tal produto.

NUTELLA 12X350G – Apesar de ter a NCM 1806.90.00 constar no item 11 do Anexo 1 ao RICMS/12, que abrange *“chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não”*, e em sua composição constarem *“Açúcar, óleo vegetal (palma), avelãs (13%), cacau em pó parcialmente desengordurado (7,4%), leite desnatado em pó (6,6%), soro de leite em pó, emulsificante lecitinas, aromatizante e constituintes do leite: 8,8%”*, de acordo com o site do importador (<https://www.ferrero.com.br/nutella#:~:text=Ingredientes,E%20DERIVADOS%2C%20DERIVADOS%20DE%20SOJA>). Entretanto, há de se considerar tanto o posicionamento da SEFAZ Bahia constante em Parecer, exarado no processo protocolado sob o nº 578409/2010-2, bem como a Solução de Consulta nº 93/2011 da Receita Federal do Brasil, o que implica na retirada do lançamento, diante do entendimento ali exarado de estar incluído na substituição tributária, e consequentemente dar suporte à autuação.

PÃO DE QUEIJO PIF PAF – Não vem a ser derivado de farinha de trigo e sim de polvilho, portanto é tributado, no que se encontra incorreta a autuação. A sua composição é de *“água, fécula de mandioca, polvilho azedo, amido modificado, óleo de soja, gordura vegetal, queijo minas, ovo em pó, soro de leite em pó, condimento de queijo parmesão, sal. Contém derivados lácteos e não contém glúten”*, conforme pode ser observado em site do fabricante, encontrado no endereço eletrônico <https://www.comprepifpaf.com.br/produto/p%C3%A3o-de-queijo-coquetel->

400g/000000000000050147?gclid=EAiaIQobChMfu\_evuayT6wIVC4iRCh1pkQ2XEAAAYASAAEgK5X\_D\_BwE.

A NCM 1901.2 posta como correta pela autuante, e reforçada pela informante, não pode ser aplicada, pois o Anexo 01 ao RICMS/12 estabelece que a mesma se referiria a “misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior ou igual a 25 Kg”, o que não vem a ser o caso em tela, como visto acima.

Para a MASSA DE ARROZ a NCM utilizada foi 1902.1, no exercício de 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017), presente no Anexo 1, item 11.16, enquanto em 2017, a partir de 01/02/2017, no mencionado Anexo, item 11.17.0, de acordo com o entendimento da autuante, o qual sigo, tendo em vista que o item 11 do Anexo 1 ao RICMS/12 no período autuado fala em “massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”, descrição que se enquadra o produto em questão, o que contribui para a manutenção no lançamento.

Quanto ao produto BISC TAPIOCA CASEIRO 200G, a NCM utilizada na EFD foi 1905.90.90, cuja previsão para substituição tributária se encontrava em 2016 no item 11.8, e em 2017 no item 11.9 do Anexo 01 ao RICMS/12 para o produto “salgadinhos diversos”, o que não se enquadra na descrição do mesmo, vez que composto de “*Massa de tapioca, ovos, óleo de coco e sal*”, conforme descrição contida em <https://www.mundoverde.com.br/institucional/biscoito-de-tapioca-sabor-natural/>, não se podendo caracterizar como salgadinho como pretende a fiscalização, o que concorre para a sua exclusão do lançamento.

BEBIDA MIST SKINKA FRUTAS CITRICAS 1.5L, constante na EFD com a NCM 2202, inicialmente tenho como de bom alvitre esclarecer que tal NCM apresenta cinco ocorrências no Anexo 01 ao RICMS/12 para o exercício de 2016, relativas aos produtos “*refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml*” (item 3.7), “*demais refrigerantes*” (item 3.8), “*bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml*” (item 3.10), “*bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml*” (item 3.11) e “*cerveja sem álcool*” (item 3.15). Em 2017, temos “*refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml*” (item 3.7), “*demais refrigerantes*” (item 3.8), “*bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml*” (item 3.10), “*bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml*” (item 3.11), “*bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml*” (item 3.12), “*bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml*” (item 3.13) e “*cerveja sem álcool*” (item 3.15).

O conceito de refrigerante vem a ser o de “*uma bebida que mistura corantes, conservantes, açúcar, aroma sintético de fruta e gás carbônico. Surgiu em Paris no ano de 1676, em uma empresa que misturou água, suco de limão e açúcar, época em que não haviam descoberto a água misturada ao gás carbônico*”, de acordo com informação extraída do endereço eletrônico <https://brasilescola.uol.com.br/saude/refrigerante.htm>. Assim, o produto autuado não se caracteriza como refrigerante, como pretendo o Fisco, sobretudo pela ausência de gás carbônico.

Já a bebida isotônica, nada mais é do que aquela composta basicamente de água, sacarose, glicose, cloreto de sódio e fosfato de potássio, betacaroteno, citrato de sódio e ácido cítrico, podendo, em alguns casos, se fazerem presentes em sua fórmula a maltodextrina e dextrose. Note-se que não parte de tal formulação qualquer suco de fruta, conforme informa o site da internet <https://www.moovenutrition.com.br/bebidas-isotonicas-entenda-o-que-sao-e-para-que-servem/>. Desta forma, a bebida mista não pode ser considerada como isotônica, sequer bebida energética.

Estas, podem ser definidas (<https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/perigo-das-bebidas-energeticas.htm>) como aquelas que “*geralmente, possuem em sua composição, além de carboidratos*”:

- *Taurina: é um aminoácido que participa de funções fisiológicas importantes, como a excreção rápida de produtos tóxicos no organismo. Não se conhece bem os efeitos de seu consumo sobre nossa saúde em longo prazo.*

- *Glucoronolactona: é um carboidrato que possui função desintoxicante e auxilia na metabolização de substâncias.*

- *Caféina: acelera a cognição, diminuindo a fadiga e aumentando o estado de vigília.*

- *Inositol: esse isômero da glicose previne o acúmulo de gordura no fígado e melhora a comunicação cerebral, a memória e a inteligência.*

- *Vitaminas: as principais encontradas nos energéticos são a niacina, B6, B12, riboflavina e ácido pantotênico. Sua presença está relacionada à reposição das doses recomendadas.*

*A união desses componentes resulta em uma bebida agradável ao paladar e que proporciona energia e ausência de sono para diversas atividades: desde horas extras de estudo à maior disposição para curtir uma festa. Uma única latinha é capaz de garantir esses efeitos por até três horas, dependendo do organismo da pessoa.*

*Da mesma maneira, não sendo bebida alcoólica, não pode ser considerada cerveja, ainda que sem álcool”.*

Por pertinência com a discussão ora encetada, posso mencionar o entendimento exarado no Acórdão CJF 0334-11/14, no qual o relator, Conselheiro Eduardo Ramos de Santana assim se posicionou relativamente a assunto correlato: “Logo, pode se concluir que embora a posição NCM 2202 englobe diversas bebidas não alcoólicas, conforme dito no mencionado Parecer ‘o regime de substituição tributária ... alcança exclusivamente os refrigerantes propriamente ditos’, além de águas minerais e gasosas, ‘não se aplicando a outras bebidas não alcoólicas classificadas na referida posição’. Portanto, não se aplica às mercadorias objeto da autuação que é um suco concentrado.

*Convém ressaltar que o item 6 do Anexo I da Lei nº 7.014/96, indica como produto enquadrado no regime de substituição tributária ‘Sucos de frutas em líquido industrializados, concentrados ou não’, que se coaduna com a afirmação do contribuinte autuado que o produto é um ‘suco concentrado de bebida à base de maçã’ (fl. 59)”.*

Por outro lado, no Anexo 01 ao RICMS/12 vigente na época dos fatos geradores, inexistente qualquer menção a substituição tributária de sucos, além das já acima nominadas para a NCM 2202, o que concorre para o entendimento de tributação normal, e a exclusão do lançamento, pela possibilidade de uso do crédito fiscal.

Importante ressaltar que os dados foram obtidos a partir da EFD apresentada pelo contribuinte autuado, a qual, deve expressar a exata informação constante nos seus documentos fiscais apontados e ali lançados, nos termos da legislação, especialmente se considerarmos se constituir arquivo que deve ser enviado aos entes tributantes com informações sobre entradas e saídas de documentos, apuração de impostos e operações praticadas pelo contribuinte, principalmente com as informações de entradas e saídas de documentos fiscais, tendo o Ajuste SINIEF 02/09 estabelecido as regras a serem seguidas, as quais foram absorvidas pelas legislações estaduais, inclusive pelo estado da Bahia.

Tal observação diz respeito às reiteradas observações a respeito de “NCM correta” e “NCM errada”, mencionadas na informação fiscal. Acaso constata-se que as informações da EFD não guardavam a devida e necessária coerência e similitude com aquelas constantes dos documentos fiscais, deveria a fiscalização adotar as medidas legais previstas, inclusive a intimação para retificação dos arquivos de escrituração, procedimento excepcional, aplicável em tal hipótese, ainda estando o contribuinte submetido à ação fiscal, do que não se tem notícia nos autos de ter sido realizado.

Assim pelas expostas razões, devem ser feitos os devidos ajustes no lançamento, em relação a tais infrações, com a exclusão dos produtos indicados, tornando-as parcialmente subsistentes, o

que em nome do princípio da celeridade processual, e diante da atual situação de exceção vivida, tomo a iniciativa em fazê-lo, adequando o lançamento à decisão ora exposta, o que resulta em débito de R\$ 51.796,16, na forma do seguinte demonstrativo, tendo como base aqueles de fls. 32 a 59 e 92 a 135:

2016

Janeiro	R\$ 980,16
Fevereiro	R\$ 562,17
Março	R\$ 525,71
Abril	R\$ 420,92
Maio	R\$ 788,72
Junho	R\$ 488,00
Julho	R\$ 893,00
Agosto	R\$1.183,45
Setembro	R\$1.531,43
Outubro	R\$1.080,15
Novembro	R\$1.125,84
Dezembro	R\$1.388,04

2017

Janeiro	R\$ 2.093,36
Fevereiro	R\$ 1.143,15
Março	R\$ 2.213,73
Abril	R\$ 1.764,95
Maio	R\$ 2.352,04
Junho	R\$ 1.879,40
Julho	R\$ 1.477,11
Agosto	R\$ 2.253,49
Setembro	R\$ 2.266,95
Outubro	R\$ 2.731,93
Novembro	R\$ 6.983,52
Dezembro	R\$13.668,94

Nas infrações 04 e 05 foram contestados apenas dois produtos: MASSA PARA PASTEL e BATATA PALHA.

Quanto a MASSA PARA PASTEL, cuja NCM utilizada, de acordo com a autuante foi a 1902.3, cabe aqui, mais uma vez, a observação de que a escrituração fiscal do contribuinte deve espelhar os dados e informações constantes em seus documentos fiscais, e por este motivo não poderiam tais dados serem contestados, e estando os dados divergentes deveria a autuante, mediante documento específico, intimá-lo a retificar a EFD, o que não ocorreu, tenho tais dados como válidos.

A NCM 1902.3 se encontra com um único registro no Anexo 01 ao RICMS/12, relativo ao item 11.15 (2016) e 11.16 (2017), para a mercadoria “*macarrão instantâneo*” (2016) e “*massas alimentícias tipo instantânea*” (2017), cuja descrição não corresponde àquela do produto em questão, o que,

por si só, é motivo para exclusão do produto do levantamento, independentemente de qualquer outra consideração.

Para o produto BATATA PALHA, de NCM 2005.2, esclareço que tal NCM em 2016, estava inserida na substituição tributária apenas para os produtos “*salgadinhos à base de batata, inhame e mandioca*”, no item 11.9 do Anexo 01 ao RICMS/12, vigente até 31/01/2017, oportunidade na qual passou a constar no item 11.10, relativo aos produtos “*Batata frita, inhame e mandioca fritos*”.

Como, sabidamente, a BATATA PALHA vem a se constituir em batata frita, apenas em formato diverso do tradicional, ou seja, em pequenas tiras, daí o nome, a mesma se enquadraria na hipótese de inclusão na substituição tributária, sendo indevida a apropriação do crédito fiscal.

Ao amparo de tal entendimento, menciono trecho do Acórdão CJF 0113-12/14, no qual assim se expressou a relatora, Conselheira Mônica Maria Roters, em lançamento que versava sobre a mesma matéria ora discutida (utilização indevida de crédito fiscal): “*...sendo mantidos os produtos: NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30 e ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G e demais autuados a exemplos: farinha de trigo, escova dental, biscoitos, fralda, amendoim salgado, batata palha, etc., uma vez que tais mercadorias se encontravam incluídas no regime da antecipação tributária, conforme disposições do art. 353, II, do RICMS/97*” (grifo do relator).

De tal decisão, robustecida por aquela constante no Acórdão CJF 0185-11/10, se constata que sempre os órgãos julgadores de segunda instância deste Conselho consideram batata frita, gênero no qual a batata palha se enquadra como espécie, como submetidos à substituição tributária, em obediência à legislação posta.

Por este motivo, a infração 04 é tida como parcialmente procedente, remanescendo um valor de R\$ 313,13 correspondente aos seguintes meses:

2016

Janeiro	R\$ 71,98
Abril	R\$ 9,30
Junho	R\$ 11,36
Dezembro	R\$ 137,31

2017

Dezembro R\$ 83,18

Já na infração 05, compulsando os autos, constatei inexistirem demonstrativos sintéticos ou analíticos da mesma, sequer documentos outros que pudessem ser aferidos, sequer como se chegou ao valor apontado para a infração, o que incorre na hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99:

“Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Assim, a infração vem a ser nula.

Quanto ao pleito defensivo em relação às infrações de número 06 e 07, relativamente ao entendimento de que somente caberia a aplicação de multa, e não de imposto cumulado com a multa, nos termos do artigo 42, § 1º, segundo o qual “*no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago*

*por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”, verifico que a condição para que seja dispensado o lançamento do imposto é a comprovação de que o mesmo foi devidamente recolhido nas operações de saídas posteriores.*

Ou seja: caberia ao contribuinte a devida e necessária comprovação de ter dado saídas das mercadorias arroladas na infração, o que não veio aos autos, trazidos pelo mesmo, qualquer elemento de prova neste sentido, o que faz com que as mesmas sejam mantidas, tais como lançadas, sobretudo pela ausência de quaisquer outros elementos defensivos.

Diante de tais argumentos, o lançamento é tido como procedente em parte, em R\$121.598,33, de acordo com o seguinte demonstrativo:

Infração 01 R\$ 51.796,16

Infração 02 R\$ 8.976,58

Infração 03 R\$ 57.501,37

Infração 04 R\$ 313,13

Infração 05 R\$ 0,00

Infração 06 R\$ 2.755,63

Infração 07 R\$ 115,46

Infração 08 R\$ 140,00

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.0010/19-5** lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.458,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “d”, VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, previstas no artigo e XVIII, alínea “c”, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR