

A. I. N° - 274068.0016/18-4
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/02/2022

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0020-04/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO SENDO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisões fiscais levadas a efeito pela autuante quando da informação fiscal, e também através de diligências realizadas, possibilitaram a exclusão de itens incluídos indevidamente na exigência tributária. Mantido o lançamento em relação aos produtos hortifrutícolas que foram objeto de industrialização. Não acolhidas as arguições de nulidade. Considerados os efeitos da Decisão Interlocutória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 27/09/2018, com o fito de reclamar crédito tributário no montante de R\$ 246.271,64, referente aos exercícios de 2016 e 2017, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1. O Termo de Acordo celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1 foi denunciado através do Processo nº 178.481/2016-2 e a ciência foi em 31/03/2017”.*

Cientificado do lançamento em 05/10/2018, consoante documento à fl. 23, o autuado ingressou com a Impugnação de fls. 26 a 47, onde teceu considerações iniciais, e a título de preliminar, arguiu a nulidade do Auto de Infração sob três aspectos a seguir destacados.

No tópico III.1 da defesa pontuou que a infração ora impugnada já foi devidamente justificada em diligência anterior à elaboração do presente Auto de Infração, afirmando que restou demonstrado que não houveram infrações à lei por sua parte, ressaltando que outras anteriores diligências foram realizadas em relação a operações idênticas as que compõe o presente Auto de Infração, contudo, nessas outras situações, a fiscalização não aplicou o mesmo entendimento, o que ofende o Art. 146 do CTN. Com este argumento sustentou que cabe a anulação da autuação tendo em vista não possuir base fática alguma, em razão dos documentos já apresentados na diligência anterior à constituição do crédito tributário demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

No tópico seguinte, III.2, apresentou uma questão considerada como prejudicial de mérito, por violação ao princípio da verdade material, citando o Art. 142 do CTN que trata da competência privativa da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, que tem o dever de buscar a verdade material, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, visando garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o contribuinte possa verificar a veracidade dos fatos e, consequentemente, defender-se mediante impugnação.

Afirmou que, diante do quanto exposto na peça defensiva, os fatos alegados pela autuante não revelam a real verdade, mas, tão somente, evidenciam que a autoridade fiscal não os investigou, e de forma não vinculada, mas discricionária, fez apontamentos sem fundamentos factuais, e, conforme se depreende do CTN, Arts. 3º e 142, na esfera tributária, a autoridade fiscal somente

deve agir conforme a lei tributária (vinculada). A este respeito reportou-se também ao Art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, bem como aos Art. 2º, 50 e 53 da Lei nº 9.784/99, que estabelece que cabe à Administração Pública a obediência ao princípio da legalidade, devendo sempre motivar seus atos com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que condicionam a autuação, afirmando, ainda, que no presente Auto de Infração, denota-se a ausência de uma clara motivação por parte da Fiscalização, vez que houve a imputação a infração por meio de justificativa infundada, aplicando uma forma diversa de apuração do tributo, o que ocasionou na diferença paga e na infração ocorrida.

Ante as razões acima apresentadas e por considerar o não atendimento ao princípio da verdade material, específico no âmbito do direito tributário, asseverou que merece anulação o Auto de Infração ora impugnado por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento.

No item seguinte, III.3, alegou outra nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, ante a inadequação da sua capituloção. A este respeito teceu algumas considerações legais e adiante destacou que o enquadramento legal exposto na infração ora combatida remete à dois artigos da Lei nº 7.014/1996 (Arts. 2º, I e 32) e a um do Decreto nº 13.780/2012, o RICMS/BA, (Art. 332, I), os quais considera que são demasiadamente genéricos não remetendo diretamente à uma infração cometida.

Nesse rumo pontuou que diante dessa falta de tipicidade decorrente do uso genérico de dispositivos legais, é incontestável a nulidade do lançamento que possui falta de correlação entre a descrição da infração e o artigo tido por infringido, pois este vício causa cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que não sabe ao certo do que se defender, ofendendo o artigo 5º, LV da CF/88.

Após citar decisões de órgãos administrativos a este respeito, concluiu este tópico defensivo afiançando que vê cerceado seu direito de defesa, em face da falta de fundamentação legal justa, que aponte especificamente os fatos que infringiu, visto que a motivação que fundamentou o auto impugnado deixou de correlacionar os supostos fatos com leis que hipoteticamente o preveem como não permitidos, razão pela qual advoga que deve ser reconhecida a nulidade total do presente Auto de Infração, tendo em vista que a incorreta fundamentação do lançamento acarretou cerceamento do seu direito de defesa.

Ao adentrar ao mérito da autuação, inicialmente pontuou que foram incluídos na autuação diversos produtos hortifrutícolas que possuem isenção, ou ainda mercadorias que estão sujeitas a substituição tributária.

Assim pontuou que nos termos do disposto no Art. 265, I, “a”, do RICMS/BA, as mercadorias hortifrutícolas são isentas do ICMS, enquanto que a autuante considerou que em razão das mercadorias se encontrarem congeladas para facilitar o transporte e armazenamento, não é possível considerá-los produtos *in natura*, conforme dispõe o Convênio ICM nº 44/1975:

Cláusula primeira. *Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:*

I - hortifrutícolas em estado natural:

A este respeito citou que este CONSEF já proferiu diversas decisões reconhecendo que, mesmo estando congelado ou embalado, a mercadoria hortifrutícola mantém seu estado *in natura*, citando e transcrevendo como paradigma excerto extraído do voto exarado através do Acórdão JJF nº 0110-04/18, ressaltando, ainda, decisão sobre matéria semelhante proferida pelo E. STJ, abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO DE DIVERSOS ALIMENTOS IN NATURA CONGELADOS E EMBALADOS. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE - GATT.

1. Há muito é pacífico o entendimento segundo o qual se deve reconhecer a isenção de ICMS às mercadorias importadas de Países signatários do General Agreement on Tariffs and Trade - GATT quando houver instituição de isenção tributária em favor de similares nacionais. Entendimento das Súmulas 575 do STF e

20 do STJ. 2. O processo físico de "branqueamento" necessário ao congelamento, o congelamento físico em si e a embalagem de alimentos in natura não tiram essa qualidade do alimento e não é suficiente para caracterizar um processo de industrialização, pois não alteram a natureza nem a apresentação do produto, mas tão somente permitem maior longevidade das qualidades próprias dos alimentos para fins de sua comercialização. 3. Hipótese em que, por ocasião do desembarque aduaneiro dos alimentos in natura, congelados e embalados na França para que sejam exportados ao Brasil, não se deve exigir o recolhimento de ICMS, na hipótese de haver isenção tributária quanto a seus similares nacionais. 4. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

(STJ, AREsp 851.817/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 20/10/2016)

Com este argumento, considerou equivocado o entendimento da autuante de que as mercadorias sujeitas ao congelamento devem ser tributadas pura e exclusivamente por se encontrarem em estado de congelamento, destacando as seguintes mercadorias hortifrutícolas isentas indevidamente tributadas pela autuante:

- I. BRÓCOLIS CONG LECCAPIATTO 4X2.5KG, BRÓCOLIS CONG GRANO 5X2KG e BRÓCOLIS CONG LECCAPIATTO 4X2.5KG;
- II. CENOURA BABY CONG ATI GEL 4X2.5KG e CENOURA BABY CONG GRANO 5X2KG;
- III. COUVE FLOR CONG ATI GEL 7X1.5KG, COUVE FLOR CONG GOLDEN FOODS 4X2.5KG e COUVE FLOR CONG GRANO 5X2KG;
- IV. ERVILHA CONG ATI GEL 4X2.5KG, ERVILHA CONG DAUCY 4X2.5KG, ERVILHA CONG GOLDEN FOODS 4X2.5KG e ERVILHA CONG GRANO 5X2KG;
- V. ESPINAFRE FOLHAS DAUCY 4X2.5KG e ESPINAFRE PICADO DAUCY 4X2.5KG;
- VI. FAVA CONG 16X400G;
- VII. JARDINEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG, JARDINEIRA CONG DAUCY 4X2.5KG, JARDINEIRA CONG GRANO 5X2KG e JARDINEIRA CONG PINGUIM 4X2.5KG;
- VIII. MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG, MANDIOCA PALITO CONG GRANO 10X1KG, MANDIOCA PALITO CONG GRANO 6X2KG, MANDIOCA TOLETE CONG ATI GEL 5X2.5KG, MANDIOCA TOLETE CONG DAUCY 10X1KG e MANDIOCA TOLETE CONG GRANO 5X2KG;
- IX. MANDIOQUINHA CUBO CONG ATI GEL 4X2.5KG;
- X. MORANGO CONG 10X1KG;
- XI. VAGEM CONG CUBOS ATIGEL 4X2.5KG, VAGEM CONG DUJARDIM 4X2.5KG, VAGEM CONG NUTRIZ 4X2.5KG, VAGEM CORTADA CONG GRANO 5X2KG, VAGEM CORTADAS GOLDEN FOODS 4X2.5KG, VAGEM INTEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG, VAGEM INTEIRA CONG DAUCY 4X2.5KG e VAGEM INTEIRA CONG GRANO 5X2KG.

Passo seguinte tratou de elencar diversas mercadorias que considera sujeitas a substituição tributária, e que foram tributadas indevidamente pela autuante:

- a) BUCHO BOV FRIVASA KG, BUCHO BOV KG e BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG – NCM 0206.29.90 - *Produto sujeito ao regime de ST, conforme o item 11.27 do Anexo 1 RICMS (Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas);*
- b) CARTE DOR MOUSSE CHOC 400G e CARTE DOR MOUSSE CHOC BRANCO 400G – NCM 18069000 e 17049010, respectivamente - *Produtos sujeitos ao regime de ST, conforme item 11.4 e 11.1 do Anexo 1 RICMS, respectivamente;*
- c) CEREAL NESCAU RADICAL 270G e CEREAL RITTER F VERM LIGHT 24X25G - NCM 19041000 e 19041000, respectivamente - *Produtos sujeitos ao regime de ST, conforme item 11.7 e 11.3 do Anexo 1 RICMS, respectivamente. NCM devidamente comprovado pelo fornecedor, conforme notas fiscais (Pág. 27 a 28);*
- d) COB SORV DUAS RODAS CHOC (MEIO AMARGO) - NCM 1901.90.90 - *Mercadoria sujeita ao regime de ST, conforme item 15.2 do Anexo 1 RICMS. O NCM correto 2106.90.90 conforme nota fiscal do fornecedor Duas Rodas de nº 31536/34148, contudo ambos os NCM se enquadram na ST;*
- e) MIST CAKE CHOCOLATE ADIMIX 5X2KG e MIST CAKE MILHO ADIMIX 5X2KG - NCM 1901.2 - *Produto se enquadra na ST, conforme item 11.14.3 do ANEXO 1, RICMS. Nota Fiscal nº 43915 do fornecedor e fabricante ADIMIX Indústria (Pág. 29) para comprovação do NCM;*

- f) *NUTELLA 12X350G e NUTELLA 350G – NCM 18069000 - O item pertence ao regime de ST, baseado em seu NCM e na consulta realizada pelo processo 57840920102 (Pág. 30);*
- g) *VODKA SMIRNOFF ICE LATA 2X12X310ML, VODKA SMIRNOFF ICE LATA 6X269ML, VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML, VODKA SMIRNOFF ICE RED 6X275ML e VODKA SMIRNOFF ICE STORM 6X269ML – NCM 22089000 - O produto se enquadra na ST, pois é uma bebida com teor alcoólico inferior a 8% conforme diz o item 3.17 do ANEXO 1, RICMS.*

Em seguida passou a discriminar 88 (oitenta e oito) mercadorias diversas incluídas na autuação cuja exigência considera indevida, seja pela não incidência do ICMS na operação, seja pelo pagamento já realizado do referido tributo, conforme abaixo:

- ABRIDOR GARRAFA ACO PERRIER UM – NCM 82055100 - Trata-se de um material promocional, onde na entrada não foi utilizado crédito sobre a mercadoria, conforme Nota Fiscal nº 192596 (Chave de acesso 35130953717120000170550000001925961752054834) (**Pág. 31**);
- ACUCAR REFIN ESTRELA 30X1KG – NCM 17019900 - O débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- ADOC MARATA 12X100ML – NCM 21069090 – Situação semelhante à anterior, onde o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 35 a 36**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- ALCAPARRA CAMPO BELO 2KG – NCM 20019000 – Mesma situação dos itens anteriores, onde o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- AMEIXA SECA C CAROCO KG – NCM 08132010 – Situação semelhante às anteriores, com o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- AMENDOA S CASCA KG – NCM 08021200 - Situação semelhante às anteriores, com o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- AMENDOIM RAVAX GIGANTE KG – NCM 12022090 - Situação semelhante às anteriores, com o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- ASPARGO BRANCO TING 500G – NCM 20056000 - Situação semelhante às anteriores, com o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- ATUM G COSTA RALADO 24X170G – NCM 16042010 - Mesma situação dos itens anteriores, onde o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- AZEITE COMP PASTORA 24X500ML e AZEITE DENDE OPALMA 12X500ML – NCM 15179010 e 15119000, respectivamente - Situações semelhantes às anteriores, com o débito do imposto realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação;
- AZEITON VERDE MAGUI 2KG – NCM 20057000 - Conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- BATATA FLOCOS KG – NCM 11052000 - Conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- BOMBOM BEL 180G e BOMBOM BEL 30X180G – NCM 17049020 - A classificação de NCM do item está errada no sistema da Impugnante. Conforme Nota Fiscal de entrada nº 26992 (Chave de acesso: 27151056073307000762550030000269921007711542), o NCM do produto é 1806.31.20 (**Pág. 39**). Pertencendo assim ao regime de Substituição Tributária;
- CAMERA DIGITAL CYBER SHOT SONY – NCM 85258029 - Produto oferecido por um fornecedor para uso nas atividades empresariais. Não foi utilizado crédito na entrada, contudo o mesmo foi praticado na saída;
- CANELA CASCA – NCM 09061100 - Conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CASTANHA CAJU 240 W1 KG – NCM 08013200 - Conforme EFD (SPED) (**Pág. 32 a 34**), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;

- CATCHUP CEPERA 3.5KG – NCM 21032090 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CERATTI PER TE – NCM 21069090 - Cesta composta de produtos da marca Ceratti. O débito do imposto foi realizado na baixa dos itens através das Notas Fiscais nº 669269 e 669075 com CFOP 5926 (Pág. 40 e 41);
- CEREJA MARRASQUIN SURFRUT 2.2KG – NCM 20086010 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CHANTILLY CARTE DOR CLASSIC TP 12X1LT – NCM 21069090 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CHARQUE PA SJ PARAISO 6X5KG – NCM 02102000 - Mercadoria adquirida através de compra a Conta e Ordem. A Nota Fiscal deste item refere-se à devolução onde não existe o destaque do imposto, o mesmo foi debitado pela Nota Fiscal nº 605140 (Pág. 42 a 45);
- COCO RALADO COPRA COCO 1KG – NCM 08011110 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- COGUMELO CAMPO BELO 2KG – NCM 20031000 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- COLORIFICO – NCM 21039029 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- COMINHO PO – NCM 21039021 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- COOLER BALCAO SANTA DOSE e COOLER STORN UN – NCM 39269090 - Retorno realizado referente às Notas Fiscais nº 509386 e 128317 (Pág. 46 a 47), respectivamente, sendo que os produtos vieram sem o destaque do ICMS;
- COUSCUS MARROQ TIPIAK 500G – NCM 19024000 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CRAVO INDIA RAVAX KG – NCM 09070000 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- CREME CULINARIO LECO TP 12X1L – NCM 04061090 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- DOCE LEITE AUREA 9.8KG – NCM 19019020 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- DVD AUTO HBD 6680 2.7 USB AUX – NCM 85219090 - Produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais. Não foi utilizado crédito na entrada, contudo o mesmo foi praticado na saída;
- EMP LINDER R17B B4X095V00102 ELE SLE17 – NCM 84271019 – Retorno de bem recebido em regime de locação. Nota Fiscal 710 de origem (Pág. 48);
- FERM INST SUPER BREAD 500G e FERM ROYAL 12X100G – NCM 21021000 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- FLOR SAL COMPANHIA DAS ERVAS 140G – NCM 25010020 – A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- FUNDO ALCACHOFRA DI SALERNO 1.32KG – NCM 20059900 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- FUNGHI SECO KG – NCM 07123900 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- GELAT SUSTENTARE ABACAXI 1KG, GELAT SUSTENTARE ABACAXI 1KG, GELAT SUSTENTARE LIMAO 1KG, GELAT SUSTENTARE MORAG 1KG e GELAT SUSTENTARE UVA 1KG – NCM 35030019 (abacaxi) e 21069021 (demais sabores) - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- GELEIA RITTER FRAMBOESA 400G, GELEIA RITTER HORTELA 310G e GELEIA RITTER MORANGO 400G – NCM 20079910 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- GEMINI CS100 220V – NCM 84198190 - A remessa de demonstração teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nº 581130, 606310 (Pág. 49 a 52), sem a utilização do crédito;
- GEMINI CS220 PLUG NOVO – NCM 84198190 - A remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota

Fiscal nº 565603 (Pág. 53 a 54), sem a utilização do crédito;

- GEMINI CS223 BR1 – NCM 84198190 - A remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 153 (chave de acesso nº 27170617261661005485550010000001531000321996), sem a utilização do crédito; (Pág. 55 a 56).
- GERGELIM RAVAX KG – NCM 12074090 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- GOIABA CALDA HELOMAR 12X850G e GOIABADA CORTE AUREA 7KG – NCM 20079910 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- HOME THEATER DH41 – NCM 85219090 - Produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais. Não foi utilizado crédito na entrada, contudo o mesmo foi praticado na saída;
- LEITE ACHOC MARAJOARA 27X200ML – NCM 04039000 - A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- LEITE COCO DUCOCO INT TP 12X1L – NCM 20098990 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- LEITE DESNAT DAMARE 12X1L – NCM 04012010 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- LEITE DESNAT V DOURADO 12X1L e LEITE DESNAT ALIMBA 12X1L – NCM 04011010 - Os produtos foram adquiridos através de uma compra a conta e ordem de terceiros, os débitos do imposto foram gerados nas notas de devolução nº 633145, 633145, 636775 e 633145, sendo as Notas Fiscais nº 633146, 634565, 636779 e 670360, respectivamente, apenas para movimentação financeira, conforme recebimento das notas originais;
- LEITE INTEGRAL BETANIA 12X1L – NCM 04012010 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 37 a 38), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- LEITE INTEGRAL V DOURADO 12X1L e LEITE INTEGRAL ALIMBA 12X1L – NCM 04012010 – Os produtos foram adquiridos através de uma compra a conta e ordem de terceiros, os débitos do imposto foram gerados nas notas de devolução nº 633145, 637851, 643374, 646102, 651207, 655281 e 656845, sendo as Notas Fiscais nº 633146, 637858, 643375, 646104, 651208, 655282, 656526 e 656846, respectivamente, apenas para movimentação financeira, conforme recebimento das notas originais;
- LOMBO CANADENSE CERATTI PC – NCM 16010000 – A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- MAIZENA KG – NCM 11081200 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MARG AMELIA CREM E BOLO 6X2KG, MARG AMELIA FOLHADA 06X2KG e MARG PASTELLA 15KG – NCM 15171000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MEL ABELHA FAVO DE OURO 700GR – NCM 04090000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MENU 4 BLENDS – NCM 48211000 – A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- MILHO VERDE GOIAS VERDE LT 2KG – NCM 07104000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MIST BOL ITAIQUARA CHOCOLATE 12X450G, MIST BOL ITAIQUARA COCO 12X450G e MIST BOL ITAIQUARA LARANJA 12X450G – NCM 17049090 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34) apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MOLHO HELLMANNS CASEIRO 475ML, MOLHO HELLMANNS ITALIANO 475ML e MOLHO HELLMANNS ROSE 475ML – NCM 21039021 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MOLHO TABASCO RED 12X60ML – NCM 21039021 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- MOST DIJON PASTA MAILLE 215G e MOST EM GRAO (L ANCIENNE) MAILLE 210G – NCM 21033021 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRESSO FORTE 8524.82 50 CAPS,

NESPRESSO LUNGO FORTE 8533.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 57 a 58), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;

- NESPRESSO CARAMEL (V84) 50 CAPS – NCM 09012100 – A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- NESPRESSO ESPRES DECAFFE 8580.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100 – Remessa de demonstração teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nº 581134, 581194, 586386, 581193 e 581984, sem a utilização do crédito;
- OLEO SOJA SOYA 20X900ML – NCM 15079011 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- OREGANO RAVAX KG – NCM 12119010 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PALMITO PICADO SANTA CUCINA 1.8KG e PALMITO SALADA REIPAL 1.8KG – NCM 20089100 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PASSAS PRETAS S CAROCO KG – NCM 08062000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PEITO FRANG DEF LIGHT CERATTI KG – NCM 16023100 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PEPINO TING 2KG – NCM 20011000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PETISCO SABORES PETICITOS 50G, PETISCO TROFEU SABORES 20X50G e PETISCO TROFEU SABORES 20X50G – NCM 21061000 – Produto deveria estar classificado no NCM 1905.90.90, assim sendo pertence ao regime de Substituição tributária conforme item 11.8 do Anexo 1, RICMS. Notas Fiscais dos fornecedores em anexo (Pág. 59 a 60);
- PIM REINO PRETA PO KG – NCM 09041100 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- PIRES GRANDE LINHA PROF 5314 UN e PIRES GRANDE LINHA PROF 5314 UN – NCM 69111090 - Emissão para acerto da Nota Fiscal nº 5 (chave de acesso nº 2916052124227100012355001000000051092086043) (Pág. 61 a 62), que não teve todos os itens mencionados na Nota Fiscal de fato devolvidos;
- PIRES PEQUENO LINHA PROF UN – NCM 69111090 - Remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 575552, sem a utilização do crédito (Pág. 63 a 64);
- POLENGUINHO TRAD 7X8X17G – NCM 04063000 – Nota Fiscal emitida para neutralizar Nota Fiscal de ajuste de estoque nº 612064, sem crédito do imposto. Consequentemente a neutralização deve ser sem o débito;
- PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA e PORTA CAPSULA EM ACRILICO UN – NCM 44209000 e 39249000, respectivamente – A remessa de demonstração teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nº 565603, 575552 e 581130, sem a utilização do crédito;
- PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA – NCM 44209000 – Emissão para acerto da Nota Fiscal nº 1799 (chave de acesso nº 2917031325098000124550010000017991007721059), que não teve todos os itens mencionados na Nota Fiscal de fato devolvidos;
- SUCO ADES ORIGINAL 12X1L – NCM 20098000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- SUCO TOMATE SUPERBOM 12X500ML – NCM 20095000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- TEMPERO CURRY IMP RAVAX KG – NCM 21039021 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- TOMATE SECO MANHATTAN 3KG – NCM 20021000 - Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- TV 42 LED FHD LG 42LY340C – NCM 85287200 – Produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais. Não foi utilizado crédito na entrada, contudo o mesmo foi praticado na saída;
- V AR LATITU 33 CHARDONNAY BC 750ML – NCM 22042100 – Nota Fiscal da mercadoria emitida para

neutralizar Nota Fiscal de ajuste nº 561449, gerada sem o crédito de ICMS. Consequentemente a sua neutralização é sem débito do imposto;

- V AR TRAPICHE MALBEC TT 375ML – NCM 22042100 - A presente mercadoria possui redução na sua base de cálculo, de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00;
- VINAG BALS VITALIA 500ML e VINAG MARATA ALCOOL 12X500ML – NCM 22090000 – Conforme EFD (SPED) (Pág. 32 a 34), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado;
- XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UN – NCM 69111090 - A remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 575552, sem a utilização do crédito;
- XICARA CAPUCCINO LINHA PROF 5312 UN e XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UN – NCM 69111090 – Emissão para acerto da Nota Fiscal nº 5 (chave de acesso nº 2916052124227100012355001000000051092086043) e da Nota Fiscal nº 1799 (chave de acesso nº 2917031325099800012455001000017991007721059), que não teve todos os itens mencionados na NF de fato devolvidos;
- ZENIUS PRO 110V UN e ZENIUS NESLINK VERSION 1 220V UN – NCM 84198190 – Remessa para demonstração. Teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nº 575552, 581136, 581136 e 599044, sem a utilização do crédito;
- ZENIUS NESLINK VERSION 220V UN – NCM 84198190 – Nota emitida para neutralizar a Nota Fiscal de retorno para conserto nº 636195.

Diante dos argumentos supra, considera que o montante do ICMS exigido se mostra indevido, razão pela qual defende que deve ser anulado o Auto de Infração em sua integralidade, ante a imprecisão na aplicação de sua base de cálculo, o que dificulta a determinação com segurança da infração imposta, nos termos do disposto no artigo 18, IV, “a”, do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA).

Pleiteou, em seguida, que o PAF fosse convertido em diligência, caso não seja decretada sua nulidade, para efeito da apuração correta da infração que lhe foi imputada, com fulcro no Art. 123 do RPAF/BA, e para evitar a ocorrência de cerceamento da defesa, violando, assim, o disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

- i) - seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas em relação a operações idênticas (art. 146, CTN).
- ii) - subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, sejam acolhidas as prejudiciais de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas, bem como, do cerceamento de defesa, decorrente da violação ao princípio da tipicidade tributária, estrita legalidade tributária e reserva de lei, em face da total falta de correlação de fundamentos legais com os fatos supostamente apontados.
- iii) - na hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, a anulação do Auto de Infração é medida que se impõe, em razão de erros na apuração do ICMS, o qual a Fiscalização utilizou referência diversa a corretamente utilizada, fato este que gerou o suposto montante a menor.
- iv) - caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante apresentou Informação Fiscal de acordo com às fls. 96 a 117, enfrentando os argumentos defensivos de acordo com os argumentos a seguir esposados.

No tocante ao argumento defensivo de que foram justificados os procedimentos antes da autuação, esclarece que na realidade, em momento anterior a autuação foi enviado para o autuado *e-mail* informando, para sua análise, a inconsistência constatada, solicitando retorno em caso de dúvida ou divergência, fl.7, porém não houve manifestação por parte do mesmo,

acrescentando que também foi encaminhado o *e-mail* de fl. 8, questionando se existia alguma autuação realizada por outro preposto fiscal ou denúncia espontânea que trate sobre a inconsistência informada, porém mais uma vez não houve manifestação por parte do autuado.

No tocante ao pedido de nulidade por violação ao princípio da verdade material sustenta que as alegações defensivas não procedem, pois, as fls. 1 e 2 contém as descrições das infrações com o devido enquadramento e multa aplicada, atendendo o que determina o art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e o anexo foi entregue ao autuado conforme fls. 10, 11, 19, 20, 22 e 23, cuja planilha é clara e objetiva, e contém diversas informações sobre as operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, NCM, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração, além de constar nos autos documentos e provas necessárias, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, fls. 19 e 20, enquanto que os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada, sendo que, em momento algum o autuado questionou as informações da EFD.

Quanto a alegação de que houve desrespeito à Lei 9.784/99, citou que esta estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, conforme seu parágrafo 1º, enquanto que as normas básicas sobre o processo administrativo no Estado da Bahia estão sujeitas a Lei nº 3.956/81 e ao RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em relação a arguição de nulidade por cerceamento ao direito de defesa sob a alegação de que o enquadramento legal é genérico e que não está de acordo com a infração, sustenta que também procede, pois, o art. 2º, I e Art. 32 da Lei 7.014/96 falam sobre o fato gerador o qual estão sujeitos ao pagamento do imposto, enquanto que a descrição da infração trata de falta de recolhimento do imposto, portanto o enquadramento legal está de acordo com a descrição da infração.

Tece outras considerações a este respeito e acrescentou que o autuado citou duas decisões de outros órgãos, porém estas não podem ser consideradas como paradigma neste caso, pois aquelas decisões concedidas no âmbito de outras unidades da Federação, não têm o condão de vulnerar o RICMS do Estado da Bahia, asseverando que o Auto de Infração seguiu o que estabelece o art. 129, § 1º, III COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF, sendo que o autuado ao ingressar no mérito constitui prova de que entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

No que diz respeito a alegação defensiva de que conforme o art. 265, I do RICMS/BA são isentas as saídas internas e interestaduais, desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionadas no Conv. ICM 44/75 e que o congelamento desses produtos, mesmo com o branqueamento, não mudam a natureza ou característica dos mesmos, servindo apenas para facilitar seu transporte e o armazenamento, principalmente quando envolvendo operações interestaduais ou de longa distância não procede em relação aos produtos congelados, pois a Cláusula primeira, inciso I do Conv. ICM 44/75, refere-se aos produtos em estado natural:

“Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:”

Já em relação ao outro argumento também não procede pois o Art. 265, I, “a” do RICMS/12 determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, enquanto que os produtos congelados não sofrem apenas processo de branqueamento, eles são descascados, cortados, lavados, embalados em um processo industrial, ou seja, são industrializados, **observando que o texto da decisão do CONSEF, citado pelo autuado, é baseado no RICMS/97 que previa isenção para produtos congelados, porém o fato gerador em questão está sujeito ao RICMS/12 que não prevê a condição de congelado para isenção.**

Observou que o Convênio ICM 44/75 nunca previu a isenção para produtos congelados, mas no

RICMS/97 tinha esta previsão, enquanto que o RICMS/12 não faz previsão de isenção para produtos congelados como o texto anterior e reporta-se apenas ao Convênio ICM 44/75, e, se fosse a intenção do legislador manter os itens congelados com isenção no RICMS/12, teria a determinação expressa como no texto anterior, portanto produtos congelados não estão sujeitos a isenção.

Com isso, concluiu este tópico afirmando que como os produtos congelados não se encontram em estado natural, **os itens abaixo, citados pelo autuado, estão sujeitos à tributação normal:** brócolis cong leccapiatto 4x2.5kg, brócolis cong grano 5x2kg e brócolis cong leccapiatto 4x2.5kg; cenoura baby cong ati gel 4x2.5kg e cenoura baby cong grano 5x2kg; couve flor cong ati gel 7x1.5kg, couve flor cong golden foods 4x2.5kg e couve flor cong grano 5x2kg; ervilha cong ati gel 4x2.5kg, ervilha cong daucy 4x2.5kg, ervilha cong golden foods 4x2.5kg e ervilha cong grano 5x2kg; espinafre folhas daucy 4x2.5kg e espinafre picado daucy 4x2.5kg; fava cong 16x400g; jardineira cong ati gel 4x2.5kg, jardineira cong daucy 4x2.5kg, jardineira cong grano 5x2kg e jardineira cong pinguim 4x2.5kg; mandioca palito cong ati gel 4x2.5kg, mandioca palito cong grano 10x1kg, mandioca palito cong grano 6x2kg, mandioca tolete cong ati gel 5x2.5kg, mandioca tolete cong daucy 10x1kg e mandioca tolete cong grano 5x2kg; mandioquinha cubo cong ati gel 4x2.5kg; morango cong 10x1kg; vagem cong cubos atigel 4x2.5kg, vagem cong dujardim 4x2.5kg, vagem cong nutriz 4x2.5kg, vagem cortada cong grano 5x2kg, vagem cortadas golden foods 4x2.5kg, vagem inteira cong ati gel 4x2.5kg, vagem inteira cong daucy 4x2.5kg e vagem inteira cong grano 5x2kg, observando, ainda, que também não se encontra em estado natural o produto ervilha seca e arroz 7 cereais Tio João 500g que é uma mistura de grãos, não é arroz puro, portanto estão sujeitos à tributação.

No que diz respeito aos produtos citados pelo autuado que estariam sujeitos a substituição tributária, disse que efetuou uma análise na planilha constante no CD de fl. 91, e assim se posicionou:

- BUCHO BOV FRIVASA KG, BUCHO BOV KG e BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG – C NCM 0206.29.90, **concorda que está na ST e os exclui da autuação.**
- CARTE DOR MOUSSE CHOC 400G e CARTE DOR MOUSSE CHOC BRANCO 400G – Cita que apesar da NCM 1704.9010, não está sujeita ao ST porque não é chocolate, é mistura para sobremesa, a mistura para sobremesa não está sujeita ao ICMS, assim como mistura para pudim, e segundo a posição da GESUT este item não está sujeito a substituição, o que está na ST, item 11 do Anexo 1 do RICMS, são os produtos descritos como chocolates das posições 1806 e 1704, este produto é da posição 2007, conforme descrito abaixo:

11	Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1	Não tem	Não tem	61,93% (Alíq. 4%) 56,87% (Alíq. 7%) 48,43% (Alíq. 12%)	40%
----	--	---------	---------	--	-----

Desta maneira, não estando o produto sujeito a ST no Estado da Bahia, **não existe correção a fazer neste item.**

- CEREAL NESCAU RADICAL 270G - A nota fiscal 10.632, fl. 52, tem o NCM 1904.1, que está no item 11.8 do Anexo 1 do RICMS/BA. – **O item deverá ser excluído da autuação.**
- CEREAL RITTER F VERM LIGHT 24X25G - A nota fiscal 48.582, fl. 53, tem o NCM 1806.32.20, que está no item 11.3 do Anexo 1 do RICMS/BA, **por isso deverá ser excluído da autuação.**
- COB SORV DUAS RODAS CHOC (MEIO AMARGO) - NCM 1901.90.90 – Cita que esta NCM só se enquadra no item com descrição preparados para fabricação de sorvete em máquina, e considerando que cobertura de sorvete não se enquadra como “preparados” para fabricação de sorvete em máquina, **mantém a autuação.**
- MIST CAKE CHOCOLATE ADIMIX 5X2KG e MIST CAKE MILHO ADIMIX 5X2KG - A nota fiscal 43.915, fl. 54, tem o NCM 1901.2, que está no item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/BA, **por isso deverá**

ser excluído da autuação.

- NUTELLA 12X350G e NUTELLA 350G – NCM 1806.90.00 – Observa que segundo o autuado estes itens se enquadram no regime de ST, baseado em seu NCM e na consulta realizada pelo Processo 57840920102. Menciona, entretanto, que segundo a Wikipédia (<https://pt.wikipedia.org/wiki/Nutella>) Nutella é uma marca de um creme de avelã com cacau e leite. No Brasil os ingredientes são: açúcar, óleo vegetal, avelãs (13%), cacau (7,4%), leite desnatado (8,7%), lactose, soro de leite, emulsificante (lecitina de soja) e aromatizante. Portanto o principal ingrediente é avelã e por também ter como o ingrediente cacau não é e nem deve ser considerado como chocolate, observando que para a mercadoria ser enquadrada na antecipação tributária deve ter o NCM e descrição conforme o Anexo 1 do RICMS/12. No item 11 deste anexo cita chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, enquanto que creme de avelã com cacau não é chocolate. Sustenta que a NCM está errada, e que a NCM 1806.90.00 é para outras preparações alimentícias contendo cacau, mas o cacau precisa ser o item mais relevante do produto para estar nesta NCM e o item mais relevante é a avelã. **Mantém a autuação.**

- VODKA SMIRNOFF ICE LATA, VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML, VODKA SMIRNOFF ICE RED, VODKA SMIRNOFF ICE STORM - NCM 22089000 – Concorda que o produto se enquadra na ST, pois é uma bebida com teor alcoólico inferior a 8% conforme diz o item 3.17 do ANEXO 1, RICMS, **razão pela qual deverão ser excluídos da autuação,** observando que caso este órgão julgador concorde com a metodologia o valor fica conforme o ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA.

Ao analisar os itens pontuados pelo autuado como “**outras situações**”, citou, inicialmente, o produto ABRIDOR GARRAFA AÇO PERRIER UM – NCM 82055100, que o autuado alega que se trata de um material promocional, onde na entrada não foi utilizado crédito sobre a mercadoria, conforme Nota Fiscal nº 192596 (Chave de acesso 35130953717120000170550000001925961752054834) (fl. 56). No anexo o CFOP é 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Neste caso o crédito deve ser estornado. Como na NF-e 192.596 de entrada, fl. 56, não há destaque de débito para este item **ele deverá ser excluído da autuação.**

Para os itens abaixo, no total de 70 (setenta), menciona que o autuado arguiu que na NF-e 523.645 o débito do imposto foi realizado, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, conforme EFD (SPED), não havendo, portanto, prejuízo ao Estado nessa situação, fls. 57 a 59:

ACUCAR REFIN ESTRELA 30X1KG
ALCAPARRA CAMPO BELO 2KG
AMEIXA SECA C CAROCO KG
AMENDOA S CASCA KG
AMENDOIM RAVAX GIGANTE KG
ASPARGO BRANCO TING 500G
ATUM G COSTA RALADO 24X170G
AZEITE COMP PASTORA 24X500ML
AZEITE DENDE OPALMA 12X500ML
AZEITON VERDE MAGUI 2KG
BATATA FLOCOS KG
CANELA CASCA
CASTANHA CAJU 240 W1 KG
CATCHUP CEPERA 3.5KG
CEREJA MARRASQUIN SURFRUT 2.2KG
CHANTILLY CARTE DOR CLASSIC TP 12X1LT
COCO RALADO COPRA COCO 1KG
COGUMELO CAMPO BELO 2KG
COLORIFICO
COMINHO PO
COUSCUS MARROQ TIPIAK 500G
CRAVO INDIA RAVAX KG
CREME CULINARIO LECO TP 12X1L
DOCE LEITE AUREA 9.8KG
FERM INST SUPER BREAD 500G
FERM ROYAL 12X100G
FUNDO ALCACHOFRA DI SALERNO 1.32KG

FUNGHI SECO KG
GELAT SUSTENTARE ABACAXI 1KG
GELAT SUSTENTARE CEREJA 1KG
GELAT SUSTENTARE LIMAO 1KG
GELAT SUSTENTARE MORAG 1KG
GELAT SUSTENTARE UVA 1KG
GELEIA RITTER FRAMBOESA 400G
GELEIA RITTER HORTELA 310G
GELEIA RITTER MORANGO 400G
GERGELIM RAVAX KG
GOIABA CALDA HELOMAR 12X850G
GOIABADA CORTE AUREA 7KG
LEITE COCO DUCOCO INT TP 12X1L
LEITE DESNAT DAMARE 12X1L
MAIZENA KG
MARG AMELIA CREM E BOLO 6X2KG
MARG AMELIA FOLHADA 06X2KG
MARG PASTELLA 15KG
MEL ABELHA FAVO DE OURO 700GR
MILHO VERDE GOIAS VERDE LT 2KG
MIST BOL ITAIQUARA CHOCOLATE 12X450G
MIST BOL ITAIQUARA COCO 12X450G
MIST BOL ITAIQUARA LARANJA 12X450G
MOLHO HELLMANN'S CASEIRO 475ML
MOLHO HELLMANN'S ITALIANO 475ML
MOLHO HELLMANN'S ROSE 475ML
MOLHO TABASCO RED 12X60ML
MOST DIJON PASTA MAILLE 215G
MOST EM GRAO (L ANCIENNE) MAILLE 210G
OLEO SOJA SOYA 20X900ML
OREGANO RAVAX KG
PALMITO PICADO SANTA CUCINA 1.8KG
PALMITO SALADA REIPAL 1.8KG
PASSAS PRETAS S CAROCO KG
PEITO FRANG DEF LIGHT CERATTI KG
PEPINO TING 2KG
PIM REINO PRETA PO KG
SUCO ADES ORIGINAL 12X1L
SUCO TOMATE SUPERBOM 12X500ML
TEMPERO CURRY IMP RAVAX KG
TOMATE SECO MANHATTAN 3KG
VINAG BALS VITALIA 500ML
VINAG MARATA ALCOOL 12X500ML

A respeito destes produtos, diz que analisando o “xml” no campo valor do ICMS para estes itens está zerado, porém, existe o débito no campo valor do ICMS da NF-e, conforme nota anexa, informando que houve um erro no “xml”, o que provocou uma base de dados inconsistente. Já que o débito consta da EFD, **estes itens deverão ser excluídos da autuação.**

- ADOC MARATÁ 12X100ML – NCM 21069090 – Após detalhar a situação, informa que por se tratar de situação semelhante à anterior, **este item deverá ser excluído da autuação.**
- BOMBOM BEL 180G e BOMBOM BEL 30X180G – NCM 17049020 – Diz que a classificação do NCM do item está errada no sistema do autuado e que conforme a Nota Fiscal de Entrada nº 26992 (Chave de acesso: 27151056073307000762550030000269921007711542), o NCM do produto é 1806.31.20 (fl. 64), pertencendo assim ao regime de Substituição Tributária, destacando que a inconsistência na emissão da NF-e de saída lhe induziu a erro, razão pela qual **deverá ser excluído da autuação.**
- CÂMERA DIGITAL CYBER SHOT SONY – NCM 85258029 – Cita que a alegação defensiva é de que se trata de produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais e que não foi utilizado crédito na entrada, razão pela qual **deverá ser excluída a exigência da autuação.**
- CERATTI PER TE – NCM 21069090 - Cesta composta de produtos da marca Ceratti. O débito do imposto foi realizado na baixa dos itens através das Notas Fiscais nºs 669269 e 669075 com CFOP 5926 (fls. 65 e 66). Não foi identificado vínculo entre as Notas Fiscais nºs 669269 e 669075 de entrada com as notas 669651 e 670114 de saída, razão pela qual diz que **não há correção a fazer para este**

item.

- CHARQUE PA SJ PARAISO 6X5KG – NCM 02102000 – Cita que o autuado alegou que a mercadoria foi adquirida através de compra a Conta e Ordem e que a Nota Fiscal deste item se refere à devolução onde não existe o destaque do imposto, já que o mesmo foi debitado pela Nota Fiscal nº 605140 (fls. 67 a 70), cujos dados conferem, por isso, **este item deverá ser excluído da autuação.**
- COOLER BALCAO SANTA DOSE e COOLER STORN UN – NCM 39269090 – Observa que de acordo com o autuado se trata de retorno realizado referente às Notas Fiscais nº 509386 e 128317 (fls. 71 a 72), respectivamente, sendo que os produtos vieram sem o destaque do ICMS, apesar de que a operação de devolução deva utilizar o CFOP 6.202. **Estes itens deverão ser excluídos da autuação.**
- DVD AUTO HBD 6680 2.7 USB AUX – NCM 85219090 – Se trata de produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais, não sendo utilizado crédito na entrada, e como nas NF-e 5641 e 5963 de entrada em 2015, não há destaque de débito para este item, **ele deverá ser excluído da autuação.**
- EMP LINDER R17B B4X095V00102 ELE SLE17 – NCM 84271019 – Informa se tratar de retorno de bem recebido em regime de locação, Nota Fiscal 710 de origem (fl. 73), consignando que já que os dados conferem, **este item deverá ser excluído da autuação.**
- FLOR SAL COMPANHIA DAS ERVAS 140G, LEITE ACHOC MARAJOARA 27X200ML, LOMBO CANADENSE CERATTI PC, MENU 4 BLENDS, NESPRESSO CARAMEL (V84) 50 CAPS e V AR TRAPICHE MALBEC TT 375ML – Cita que o autuado alega que as presentes mercadorias possuem redução na sua base de cálculo de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00. Ocorre que o Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, processo SIPRO nº 028.558/2007-1, fls. 12 a 14, foi denunciado através do processo SIPRO nº 178481/2016-2, com data da ciência em 31/03/2017, fls. 15 a 18, observando que estes itens só constam na autuação a partir da data de 01/04/2017, sem a redução de 41,176%, **portanto não há correção a fazer nestes itens, ficando mantida a autuação.**
- GEMINI CS100 220V – NCM 84198190 – Informa que de acordo com o autuado a remessa de demonstração teve seu retorno ocorrido pelas Notas Fiscais nº 581130, 606310 (fls. 74 a 77), sem a utilização do crédito, e já que os dados conferem para as notas de saídas nº 557.549 e 604.133, **estas notas deverão ser excluídas do lançamento.**
- GEMINI CS220 PLUG NOVO – NCM 84198190 – Informa que de acordo com o autuado a remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 565.603 (fls. 78 a 79), sem a utilização do crédito, cujos dados conferem com a nota de saída 557.553, **a qual deverá ser excluída da autuação.**
- GEMINI CS223 BR1 – NCM 84198190 – Cita que segundo o autuado a remessa de demonstração teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 153 (chave de acesso nº 27170617261661005485550010000001531000321996), sem a utilização do crédito, (fls. 80 a 81), enquanto que os dados conferem com a nota de saída nº 624.109, **a qual deverá ser excluída da autuação.**
- HOME THEATER DH41 – NCM 85219090 – Menciona que se trata de produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais, que não foi utilizado crédito na entrada, **razão pela qual deverá ser excluído da autuação.**
- LEITE DESNAT V DOURADO 12X1L e LEITE DESNAT ALIMBA 12X1L – NCM 04011010 – Informa que de acordo com o autuado os produtos foram adquiridos através de uma compra a conta e ordem de terceiros, enquanto que os débitos do imposto foram gerados nas notas de devolução nº 633145, 633145, 636775 e 633145, sendo as Notas Fiscais nºs 633146, 634565, 636779 e 670360, respectivamente, apenas para movimentação financeira, conforme recebimento das notas originais. Acrescenta que em consulta ao sistema a NF-e 633.145 coincide com os dados da NF 633.146, a NF-e 634.565 coincide com os dados da NF-e 634.566, NF-e 636.775 coincide com os dados da NF 636.779, e a NF-e

670.358 coincide com a NF-e 670.360, razão pela qual as notas fiscais nº 633.146, 634.566, 636.779 e 670.360 **deverão ser excluídas da autuação.**

- LEITE INTEGRAL BETANIA 12X1L – NCM 04012010 – Pontua que o autuado alega que conforme EFD (SPED) (fls. 62 a 63), apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado e que analisando o “xml” no campo valor do ICMS para este item está zerado, porém existe o débito no campo valor do ICMS da NF-e, conforme imagem abaixo. Destaca que houve um erro na “xml”, o que provocou uma base de dados inconsistente e que o débito consta da EFD, **por esta razão este item deverá ser excluído da autuação.**

- LEITE INTEGRAL V DOURADO 12X1L e LEITE INTEGRAL ALIMBA 12X1L – NCM 04012010 – Esclarece que o autuado alega que os produtos foram adquiridos através de uma compra a conta e ordem de terceiros, os débitos do imposto foram gerados nas notas de devolução nº 633145, 637851, 643374, 646102, 651207, 655281 e 656845, sendo as Notas Fiscais nºs 633146, 637858, 643375, 646104, 651208, 655282, 656526 e 656846, respectivamente, apenas para movimentação financeira, conforme recebimento das notas originais e que em consulta ao sistema foi constatado que as NF-e 655281, 633145, 637851, 643374, 646102, 651207, 656525 e 656845 coincidem respectivamente com as NF-e 655282, 633146, 637858, 643375, 646104, 651208, 656526 e 656846, razão pela qual as notas fiscais nº 655282, 633146, 637858, 643375, 646104, 651208, 656526 e 656846, **deverão ser excluídas da autuação.**

- NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRESSO FORTE 8524.82 50 CAPS, NESPRESSO LUNGO FORTE 8533.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100 – Pontua que o autuado alega que conforme EFD (SPED) fls. 82 a 83, apesar do CST ter sido destacado como operação não tributável, o débito do imposto foi realizado e que analisando o “xml” no campo valor do ICMS para este item está zerado, porém existe o débito no campo valor do ICMS da NF-e, conforme imagem anexa. Com isso houve um erro na “xml”, o que provocou uma base de dados inconsistente e que o débito consta da EFD. Por esta razão os itens da NF-e nº 524.054 **deverão ser excluídos da autuação.**

- NESPRESSO ESPRES DECAFFE 8580.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100 – Em relação a estes itens diz que o autuado alega que a remessa de demonstração teve seu retorno dado através das Notas Fiscais nº 581134, 581194, 586386, 581193 e 581984, sem a utilização do crédito, os quais conferem e **as referidas notas fiscais deverão ser excluídas da autuação.**

- PETISCO SABORES PETICITOS 50G, PETISCO TROFEU SABORES 20X50G e PETISCO TROFEU SABORES 20X50G – NCM 21061000 – Pontuou eu o autuado alega que os produtos deveriam estar classificados na NCM 1905.90.90, assim sendo pertence ao regime de substituição tributária conforme item 11.8 do Anexo 1, RICMS, Notas Fiscais dos fornecedores em anexo (fls. 84 a 85). Assevera que a informação confere e que a inconsistência na emissão da NF-e de saída lhe induziu a erro, razão pela qual **estes itens deverão ser excluídos da autuação.**

- PIRES GRANDE LINHA PROF 5314 UN e PIRES PEQUENO LINHA PROF UN – NCM 69111090 – Esclarece que se trata de emissão para acerto da Nota Fiscal nº 5 (chave de acesso nº 2916052124227100012355001000000051092086043) (fls. 86 a 87), que não teve todos os itens mencionados na Nota Fiscal de fato devolvidos, e que estes itens se referem a retorno de comodato que o contribuinte colocou o CFOP errado na nota fiscal 545.002. Assim, **estes itens deverão ser excluídos da autuação.**

- PIRES PEQUENO LINHA PROF UN – NCM 69111090 – Apurou que o autuado alega que a remessa de demonstração teve seu retorno, NF-e 563.114, dado pela Nota Fiscal nº 575552, sem a utilização do crédito (fls. 88 a 89). Considerando que os dados conferem, **este item deverá ser excluído da autuação.**

- POLENGUINHO TRAD 7X8X17G – NCM 04063000 – Diz que o autuado alega que a Nota Fiscal emitida para neutralizar Nota Fiscal de ajuste de estoque nº 612064, sem crédito do imposto, portanto, consequentemente a neutralização deve ser sem o débito. Ponderou que explica, mas não justifica, logo **não há ajuste a fazer para este item.**

- PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA e PORTA CAPSULA EM ACRILICO UN – NCM 44209000 e 39249000, respectivamente – Informa que o autuado alega que a remessa de demonstração teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nºs 565603, 575552 e 581130, sem a utilização do crédito. Estas notas só cobrem os retornos das NF-e 563.144, 557.549 e 557.551, **portanto estas notas deverão ser excluídas da autuação.**
- PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA – NCM 44209000 – Cita que a alegação defensiva é no sentido de que se refere a emissão para acerto da Nota Fiscal nº 1799 (chave de acesso nº 29170313250998000124550010000017991007721059), que não teve todos os itens mencionados na Nota Fiscal de fato devolvidos. Este item se refere a retorno de comodato que o contribuinte colocou o CFOP errado na nota fiscal 607.900, **por esta razão este item deverá ser excluído da autuação.**
- TV 42 LED FHD LG 42LY340C – NCM 85287200 – Explica que o autuado alega que se trata de produto ofertado por um fornecedor para uso nas atividades empresariais e que não foi utilizado crédito na entrada, mesmo procedimento adotado na saída, **por isso este item deverá ser excluído da autuação.**
- V AR LATITU 33 CHARDONNAY BC 750ML – NCM 22042100 – Informa que o autuado alega que se refere a Nota Fiscal da mercadoria emitida para neutralizar Nota Fiscal de ajuste nº 561449, gerada sem o crédito de ICMS e que consequentemente a sua neutralização é sem débito do imposto. **Considera que explica, mas não justifica por isso não há ajuste a fazer para este item.**
- XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UN – NCM 69111090 – Explica que o autuado alega que a remessa de demonstração, NF-e 563.114, teve seu retorno dado pela Nota Fiscal nº 575552, fls. 88 e 89, sem a utilização do crédito. Considerando que os dados conferem, **esta nota deverá ser excluída da autuação.**
- XICARA CAPUCCINO LINHA PROF 5312 UN – NCM 69111090 – A alegação defensiva foi que a emissão da NF-e 545.002 foi para acerto da Nota Fiscal nº 5 (chave de acesso nº 2916052124227100012355001000000051092086043), fls. 86 e 87, que não teve todos os itens mencionados na NF de fato devolvidos e que este item se refere a retorno de comodato que o contribuinte colocou o CFOP errado na nota fiscal 545.002. **O item deverá ser excluído da autuação.**
- XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UM – NCM 69111090 – Esclarece que o autuado alega que a emissão da NF-e 607.900 foi para acerto da Nota Fiscal nº 1799 (chave de acesso nº 29170313250998000124550010000017991007721059), que não teve todos os itens mencionados na NF de fato devolvidos e que a NF-e 607.900 foi para devolução de comodato da NF-e 1799, porém colocou o CFOP errado, por isso **este item deverá ser excluído da autuação.**
- ZENIUS PRO 110V UN – NCM 84198190 – Informa que a remessa para demonstração da NF-e 534.363 teve seu retorno dado pela NF-e 599.044 e sem a utilização do crédito e que os dados conferem, portanto, **este item deverá ser excluído da autuação.**
- ZENIUS NESLINK VERSION 1 220V UN – NCM 84198190 – Pontua que o autuado alega que a remessa para demonstração da NF-e 563.114 teve seu retorno dado pelas Notas Fiscais nºs 575552 e 581136, sem a utilização do crédito, enquanto que a NF-e 581.136 se refere a outro item, mas a NF-e 575.552, fl. 88, refere-se a NF-e 563.114. Portanto, **o item desta nota será excluído da autuação.**
- ZENIUS NESLINK VERSION 220V UN – NCM 84198190 – Menciona que o autuado alega que a NF-e 636.195 refere-se a retorno de conserto, mas não especifica a que nota de saída refere-se. Diz que em pesquisa ao sistema foi constatado que se refere ao retorno da NF-e 550.307, que não faz parte do anexo. A NF-e 581.136 refere-se ao retorno da NF-e 575.560, **cujo item será excluído da autuação.**

Quanto ao pedido de diligência requerido pelo autuado considera que não se faz necessária sua realização, pois constam no PAF todos os elementos necessários para as devidas conclusões.

Ao finalizar pontuou que por tudo o quanto aqui expôs mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado e pugna por um julgamento pela Procedência Parcial do

presente Auto de Infração, fazendo juntada do demonstrativo analítico do débito denominado Anexo 2, onde aponta os saldos remanescentes mês a mês.

De acordo com o constante à fl. 126 foi entregue ao autuado o inteiro teor da Informação Fiscal e do respectivo Anexo 2, através de arquivo digital (CD), tendo este se manifestado de acordo com o documento de fls. 132 a 143.

Nesta o autuado ratificou as razões apresentadas através da Impugnação inicial e requer que seja considerada conjuntamente com a presente Manifestação, ressaltando que a autuante excluiu da autuação diversos itens por inconsistências originais, observando que, neste passo, o valor histórico original foi reduzido de R\$246.271,54 para R\$9.057,04, os quais não são devidos nos termos da complementação da sua impugnação.

Suscitou a nulidade do Auto de Infração tendo em vista o reconhecimento de falha na autuação pela própria autuante e que o fato da inclusão de bebidas alcoólicas no período de janeiro a março o mesmo deve ser anulado, e discorre a respeito de erro de direito e do enquadramento errôneo dos itens da autuação, uma vez que não é possível certificar-se da correta capitulação da infração que lhe foi imputada.

Ao adentrar no que intitula como mérito da autuação cita que além dos valores já excluídos remanescem outros que foram indevidamente mantidos pela autuante, ficando claro que mesmo com a demonstração e a comprovação do cumprimento de todas as obrigações tributárias e não obrigatoriedade do recolhimento do tributo nos procedimentos anteriores a autuação, houve falha insanável no momento da elaboração do Auto de Infração, o que o torna nulo.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração por impossibilidade de sua retificação, e que a autoridade administrativa tem o dever da busca da verdade material, para garantia da legalidade tributária de maneira a possibilitar ao contribuinte verificar a verdade dos fatos e se defender infração que lhe for imputada.

Afirma que não houve uma investigação prévia dos fatos pela autuante e que faltou uma motivação explícita, clara e congruente pela mesma, o que ocasiona a nulidade do Auto de Infração.

Adiante diz que a autuante manteve indevidamente a tributação sobre produtos congelados, por considerar que eles não se encontram no estado natural, ressaltando que o mero congelamento não altera o estado natural do produto hortifrutícola, permanecendo em estado natural e conservando todas as suas características originais, voltando a se referir ao julgado deste CONSEF contido no Acórdão nº 0110-04/18, na decisão do STJ em relação a esta questão.

No que diz respeito aos produtos sujeitos a substituição tributária sustenta que há necessidade de realização de diligência para a correta apuração dos referidos produtos, uma vez que eles estão sim sujeitos a ST, frisando que neste passo a infração está incorreta e deve ser anulada em sua integralidade, ante a falta de fundamentação e pelas diversas falhas contidas, em especial a não observância dos princípios norteadores do direito tributário, em detrimento ao disposto no Art. 2º do RPAF/BA.

Voltou a pleitear a realização de diligência fiscal por considerar que a autuante não foi capaz de concluir com clareza o montante da autuação, uma vez que reduziu aproximadamente 96% do seu valor o que demonstra incerteza quanto ao lançamento.

Conclui pugnando pela anulação do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou conforme fls. 170 a 173, onde contesta o pedido de nulidade do Auto de Infração pontuando que eventuais incorreções ou omissões não acarretam em nulidade, as quais podem ser corrigidas com concessão de prazo ao autuado para se manifestar.

No tocante aos argumentos defensivos relacionados a procedimentos anteriores a fiscalização disse que o autuado foi notificado antes da autuação para se pronunciar acerca das inconsistências apuradas, entretanto este só o fez durante a defesa, sendo que, aquilo que foi aceito foi corrigido.

Em relação ao argumento que se refere a impossibilidade de retificação do Auto de Infração diz que a alegação não procede pois o fato do autuado ter se defendido a um nível tão minucioso é prova de que não houve cerceamento de defesa, enquanto que a sugestão de retificação do valor através da informação fiscal é possível desde que deliberada pelo órgão competente, enquanto que a revisão dos valores levada a efeito não diz respeito aos dispositivos legais aplicados, mas sim, aos dados utilizados para o cálculo da infração, os quais deveriam ter sido respondidos pelo autuado quando solicitado, e a omissão de esclarecimento por parte do mesmo é a causa da revisão que procedeu.

No que diz respeito ao questionamento relacionado a produtos isentos, onde o autuado sustenta que o congelamento dos produtos hortifrutícolas não mudam a natureza ou suas características, afirma que este argumento não procede na medida em que o Art. 265, I, “a” do RICMS/12 determina que são isentas as saídas internas e interestaduais desde que não destinadas à industrialização de produtos hortifrutícolas relacionados pelo Convênio ICM 44/75.

Acrescenta que os produtos congelados são descascados, cortados e embalados em um processo industrial, situação esta que o regulamento do IPI considera como procedimento de industrialização (embalagem), portanto os itens em questão tiveram suas saídas de estabelecimentos industriais e isto impede da obtenção da isenção.

Com referência ao texto citado pelo autuado de decisão do CONSEF sustenta que esta é baseada no RICMS/97 que previa isenção para produtos congelados diferentemente do que prevê o atual RICMS/12.

No tocante a alegação defensiva da necessidade de novo lançamento diante das incorreções que foram apontadas, sustenta que não procede pois através da Informação Fiscal é possível identificar com clareza o valor do Auto de Infração e que incorreções meramente formais não acarretam em nulidade.

Após considerar ser desnecessária a realização de diligência conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Na assentada da sessão de julgamento realizada em 04 de outubro de 2019, o autuado apresentou o Processo SIPRO nº 511823/2019-2, fls. 179 a 181, onde, através do mesmo, trouxe ao conhecimento desta 4ª Junta de Julgamento, Decisão Liminar deferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, determinando a suspensão de todos os efeitos das decisões administrativas proferidas nos Processos 233229/2016-9 e 178481/2016-1, que denunciaram o Acordo celebrado através do Processo nº 018.558/2007-1, restabelecendo os benefícios fiscais que lhes haviam sido concedidos anteriormente.

Acrescentou que, ato contínuo, o Governo do Estado da Bahia, em cumprimento a Decisão Judicial, emitiu o Parecer nº 32357-2019, Processo nº 271230/2019-9, determinando o restabelecimento do Termo de Acordo Decreto nº 7799/00, retroativo a 31/03/2017.

Desta maneira pontuou que o presente Auto de Infração, cuja composição de grande parte do crédito tributário ocorreu em razão da ilegal cassação do Termo de Acordo 7799/00 e, com o deferimento da liminar e restabelecimento do benefício de forma integral pelo Estado da Bahia, de forma retroativa, não há como subsistir a autuação na parte que trata do crédito tributário inerente a utilização dos termos do Acordo.

Concluiu requerendo a juntada da r. Decisão Liminar e do Parecer Normativo nº 32347-2019 para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração na parte de que trata o Termo de Acordo 7799/00.

Em 04 de outubro de 2019, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem/autuante, nos termos abaixo:

“Tendo em vista que na assentada da sessão de julgamento realizada nesta data o autuado apresentou cópia da Decisão Interlocatória proferida pela 3ª Vara da Fazenda por intermédio da Juíza de Direito Dra. Juliana de Castro Madeira Campos em 07 de agosto de 2019 deferindo o

pedido de tutela de urgência e suspendendo, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2 restabelecendo os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos processos 365491/2014-9 e 028558/2007-1, tendo também apresentado cópia do Parecer Final nº 32357/2019, da SAT/DIREF/GECON que deferiu o pedido formulado pelo autuado através do Processo nº 271230/2019-9 em relação ao Termo de Acordo Decreto 7799/00, retroagindo seus efeitos a 31/03/2017 e se estendendo até 31/12/2020, ambos anexos, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que a autuante, vez que consta inicial, (acusação fiscal), referência expressa aos processos citados na Decisão judicial, efetue revisão nos cálculos efetuados a partir de 31/03/2017 considerando os benefícios fiscais do Decreto 7799/00 na forma contida no processo original concessivo deste benefício, cuja cópia deverá ser juntada ao presente processo.

Em seguida o autuado deverá ser cientificado do resultado da diligência com entrega ao mesmo de cópia da mesma e da presente solicitação, devendo ser-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para se pronunciar.

Havendo manifestação pelo autuado a autuante também deverá se pronunciar sobre a mesma. Atendidas as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para continuidade da sua instrução e posterior julgamento”.

Em atendimento a autuante se pronunciou às fls. 190 a 197, destacando a Decisão Interlocatória de 07/08/2019 no Processo e-SAJ 0529035-03.2018.8.05.0001, fls. 188 a 200, onde ficou deferido o pedido de tutela de urgência, suspendendo, **até ulterior deliberação**, os efeitos das decisões proferidas nos processos 233.229/2016-9 e 178.481/2016-2, restabelecendo provisoriamente os benefícios fiscais concedidos ao autor através dos processos nº 365.491/2014 e 028.558/2017-1.

Disse que o autuado foi intimado em 23/07/2019 a apresentar todos os Termos de Acordo vigentes no período de outubro de 2016 a dezembro de 2017, sendo que, em 26/07/2019 o autuado respondeu ao questionamento formulado e apresentou os Processos nº 028.558/2007-1 e 029.976/2018-1, fls. 201 a 206.

Apontou que o autuado respondeu afirmativamente que no período de 01/01/2017 a 31/12/2017 procedeu redução da base de cálculo nos termos do Dec. 7799/00, utilizando, como parâmetro, os Termos de Acordo nº 365.491/2014 e 028.558/2017-1.

Disse, também, que o autuado respondeu que utilizou a redução da base de cálculo no período de 01/04/2017 a 31/12/2017 com base nos Termos de Acordo acima citados e que procedeu redução na base de cálculo nas vendas de bebidas alcóolicas no período de 01/10/2016 a 31/03/2017, tomando por base o Processo nº 029976-2018-1, acrescentando que o autuado também respondeu que no período de 01/04/2017 a 31/12/2017 procedeu de igual forma em relação a bebidas alcóolicas, com base no mesmo processo citado.

Em seguida apresentou um quadro extraído do Sistema de Controle de Pareceres Tributários – CPT, indicando que existem dois processos deferidos e posteriormente cassados, referentes aos períodos dos fatos geradores, conforme abaixo:

PROCESSO	CADASTRAMENTO	PARECER	SITUAÇÃO	CIÊNCIA
2855820071	15/02/2007	2312/2007	Cassado	06/03/2007
36549120149	15/12/2014	604/2015	Cassado	02/02/2015
17848120162	05/10/2016	3320/2017	Cassação deferida	31/03/2017
23322920169	26/12/2016	3457/2017	Cassação deferida	13/03/2017

Passou a explicar os benefícios aos quais o autuado passou a usufruir por cada processo acima indicado, mencionando que o de nº 02855820071 abrange os benefícios dos arts. 1º, 2º e 3º (bebidas alcoólicas) do Termo de Acordo, fl. 193, o qual foi cassado através do Processo nº 17848120162.

O Processo 365.491/2014-9, fls. 213 e 214, concedia redução na base de cálculo nas entradas de mercadorias importadas do exterior (carga tributária de 4%), o qual foi cassado mediante o processo nº 23322920169, fl. 216.

Acrescentou que de acordo com as respostas dados pelo autuado em relação aos questionamentos que lhe fizera através da referida intimação, foi efetuada redução da base de cálculo das vendas de bebidas alcoólicas baseado no Processo 029.976/2018-1, entretanto a vigência deste foi a partir de 06/02/2018, fls. 217 e 218, não cabendo o benefício para redução da base de cálculo para as bebidas alcoólicas para os fatos geradores deste PAF.

Observou que a Cláusula sexta do processo nº 02855820071 e a Cláusula quarta do processo 36549120149 estabelecia que a SEFAZ pode suspender, alterar ou revogar o Termo de Acordo no interesse da Administração Fazendária, fls. 207 a 209. Neste sentido pontuou que como a norma dando suporte ao restabelecimento dos benefícios fiscais concedidos ao autuado através dos processos nº 365.491/2014 e 028.558/2017-1 é de caráter provisório ponderou que o lançamento fiscal deve ser mantido para evitar a decadência, posto que, a Decisão Interlocutória não impede o lançamento do crédito tributário, mas tão somente sua exigibilidade até a Decisão final definitiva, enquanto que o presente Auto de Infração foi lançado antes da Decisão Interlocutória.

Acrescentou que o Parecer 32.357/2019, fls. 219 e 220, só foi emitido para dar cumprimento à decisão judicial e não por interpretação da própria SEFAZ, e mesmo assim só terá validade até 31/12/2020 ou até a data da liberação final da análise do pedido de prorrogação.

Citou que na consulta efetuada sobre o processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001 consta a situação **suspensão**, fl. 200, pois a PGE entrou com contestação em 19/09/2019, opinando que seja conveniente se obter um Parecer da PGE sobre a redução do valor reclamado.

Discordou do procedimento para elaboração de novos demonstrativos, ressaltando que a confecção dos novos demonstrativos se deve exclusivamente para atender o determinado pela 4ª JJF.

Disse que o autuado não anexou a Decisão Liminar nem o Parecer nº 32.357/2019, entretanto, como tais documentos já se encontravam em seu poder, está anexando cópia através desta diligência.

Pontuou que a diligência solicitou que fosse efetuada a revisão dos cálculos a partir de 31/03/2017, porém os efeitos da cassação se deram a partir de 01/04/2017 já que a ciência da denúncia se deu em 31/03/2017, fl. 18.

Apontou que existe uma divergência de entendimento entre ela e o autuado, vez que considera que o Processo SIPRO 028.558/2007-1 engloba bebidas alcoólicas, entretanto o autuado considera que em relação as bebidas alcoólicas recebem o benefício através do Processo SIPRO 029.976/2018-1, conforme resposta do mesmo à intimação, fl. 204.

Neste sentido disse que, no caso do autuado ter razão, não existe benefício a ser concedido para bebidas alcoólicas, razão pela qual elaborou dois demonstrativos, um considerando o Processo SIPRO 028.558/2007-1 que concede direito a redução da base de cálculo para bebidas alcoólicas, Anexo 3 – Demonstrativo de Débito a Menor e outro considerando que não existe o benefício concedido para bebidas alcoólicas, Anexo 4 – Demonstrativo de Débito a Menor.

De acordo com o documento de fl. 277 o autuado foi intimado para tomar ciência do resultado da diligência, oportunidade em que lhe foi entregue cópia dos documentos de fls. 190 a 224 e do CD room que a integra.

Em manifestação de fls. 231 a 241, o autuado se pronunciou, inicialmente efetuando um resumo dos fatos inerentes ao presente processo e, em seguida em preliminar, passou a se reportar sobre a decisão proferida pelo TJBA sobre o Agravo de Instrumento interposto pelo Estado da Bahia – Processo nº 8019605-14.2019.8.05.0000, sobre esclarecimento processual do instituto jurídico – Antecipação dos efeitos da Tutela x Tutela Cautelar, sobre a vinculação do ato administrativo – Restabelecimento dos benefícios de forma integral à data da ilegal cassação, para concluir que deve ser observado o Ato Administrativo que restabeleceu todos os benefícios do Termo de Acordo Decreto 7799/00 de forma retroativa a 31/03/2017, afastando todas as operações tidas como irregulares dela autoridade fiscal, afastando todas as exações inerentes as operações que realizou com fundamento no referido termo de acordo.

Passou a se referir ao mérito da autuação no tocante aos produtos congelados e sua isenção do ICMS nos termos do art. 265 do RICMS/BA e do Convênio ICM 44/75, ratificando os argumentos já trazidos anteriormente, sustentando, ao final, que os fatos de os produtos terem sido lavados, cortados, branqueados, congelados e embalados não tira sua qualidade de produto primário, de forma que a isenção em questão atinge as operações que praticou.

Em seguida passou a se referir a emissão de nota fiscal (saída ou entrada) para neutralizar operação inversa, citando que no levantamento elaborado pela autuante constam notas fiscais de saídas que foram emitidas para neutralizar/cancelar notas fiscais de entradas, visto que, quando da devolução em prazo superior a 24h é necessário neutralizar o estoque e se faz necessário dar entrada na referida mercadoria, citando que, em diversos casos o cliente não emite a nota de devolução em tempo, sendo necessário a geração de nota fiscal de entrada própria em substituição a do cliente, porém, posteriormente, é regularizado mediante a disponibilização da nota fiscal de devolução emitida pelo cliente, procedimento este que não causa nenhum dano ao erário. Juntos documentos comprobatórios fls. 255 a 277.

Apontou, também, operações citadas na Impugnação relacionadas a remessas para demonstração, CFOP 6912, as quais não foram excluídas da autuação pela autuante, doc. fls. 278 a 288.

Concluiu pugnando que seja observado o Ato Administrativo publicado pelo Estado da Bahia que determinou a restauração dos benefícios do Termo de Acordo do Dec. 7799/00 de forma retroativa a 31/03/2017, afastando todas as operações tidas como irregulares pela autuante, requerendo que seja declarado nulo o presente Auto de Infração, inclusive em razão da autuante não demonstrar com clareza o montante devido, mesmo com a realização de procedimentos anteriores a autuação.

De forma subsidiária, na hipótese do A.I. não ser declarado nulo, requereu o afastamento da cobrança do crédito tributário que remanesceu após a ratificação pela autuante, consoante as fundamentações que apresentou, concluindo, ao final que não há outra medida no presente caso senão a anulação do presente auto de infração e a realização de um novo lançamento afastando os valores indevidamente cobrados, mantendo-se, apenas, os valores controversos.

Em 29 de janeiro de 2021, o presente PAF foi, mais uma vez, convertido em diligência à Infaz de origem/autuante, nos termos abaixo:

“Em 04/10/2019 o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem / autuante, nos termos abaixo reproduzidos:

“Tendo em vista que na assentada da sessão de julgamento realizada nesta data o autuado apresentou cópia da Decisão Interlocatória proferida pela 3ª Vara da Fazenda por intermédio da Juíza de Direito Dra. Juliana de Castro Madeira Campos em 07 de agosto de 2019 deferindo o pedido de tutela de urgência e suspendendo, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2 restabelecendo os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos processos 365491/2014-9 e 028558/2007-1, tendo também apresentado cópia do Parecer Final nº 32357/2019, da SAT/DIREF/GECON que deferiu o pedido formulado pelo autuado através do Processo nº 271230/2019-9 em relação ao Termo de Acordo Decreto 7799/00, retroagindo seus efeitos a 31/03/2017 e se estendendo até 31/12/2020, ambos anexos, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que a autuante, vez que consta inicial, (acusação fiscal), referência expressa aos processos citados na Decisão judicial, efetue revisão nos cálculos efetuados a partir de 31/03/2017 considerando os benefícios fiscais do Decreto 7799/00 na forma contida no processo original concessivo deste benefício, cuja cópia deverá ser juntada ao presente processo.

Em seguida o autuado deverá ser cientificado do resultado da diligência com entrega ao mesmo de cópia da mesma e da presente solicitação, devendo ser-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para se pronunciar.

Havendo manifestação pelo autuado a autuante também deverá se pronunciar sobre a mesma. (Grifei).

Atendidas as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para continuidade da sua instrução e posterior julgamento”.

A diligência foi atendida pela autuante de acordo com os documentos de fls. 190 a 225, ao tempo em que, de acordo com o Aviso de Recebimento – AR fl. 228, o autuado foi cientificado do resultado da diligência em 04/11/20 com a concessão do prazo para manifestação de 30 (trinta) dias.

Em 30/11/2020 o PAF foi encaminhado ao CONSEF para efeito de julgamento, com base no Art. 131, XII do RPAF/BA, portanto, antes de vencido o prazo para que o autuado se manifestasse acerca da diligência fiscal que foi realizada pela autuante.

Em 04/12/2020 o autuado, através do Processo SIPRO nº 093716/2020-9, portanto, dentro do prazo concedido pela intimação, apresentou a Manifestação de fls. 231 a 241, além de uma série de documentos alusivos à mesma, fls. 242 a 323, sem que houvesse, contudo, manifestação pela autuante conforme está expresso no pedido de diligência, acima em destaque.

Diante do exposto, decidiu esta 4ª JJF, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em nova diligência à Infaz de origem no sentido de que a autuante se pronuncie acerca da manifestação apresentada pelo autuado e, em caso de acolhimento dos argumentos nela inseridos, de forma parcial ou total, que seja elaborado novo demonstrativo do débito”.

A autuante atendeu ao quanto acima solicitado de acordo com o constante às fls. 327 a 354, esclarecendo, inicialmente, que em relação a Decisão Interlocutória de 07/08/2019, Processo e-SAJ 0529035-03.2018.8.05.001, fls. 198 a 200, a PGE emitiu os pareceres PGE2019341094-0 e PGE2020009963-0, anexos, no sentido de que a decisão não retroage a 01/04/2017 e que sua validade é a partir da ciência pelo Estado.

Disse que, neste mesmo Parecer a PGE esclareceu que a bebida alcoólica tem o benefício do Processo nº 028.558/2007-1 até 31/03/2017 e, com relação ao Processo 271.230/2019-9 a PGE também orientou a Administração Tributária a rever o ato de restabelecimento dos benefícios fiscais, corrigindo a data de início da vigência para aquela em que o Estado tenha sido cientificado da decisão judicial.

Em seguida observou que o autuado, quando da sua manifestação, não se deteve apenas ao resultado da diligência, apresentando outros argumentos não relacionados a mesma, porém, e apesar disto, passou a enfrentá-los.

Em relação a pleiteada isenção dos produtos hortifrutícolas por não terem sido considerados como *in natura*, não acolheu tal argumento por entender que existe na legislação posição objetiva sobre esse produto que passou por industrialização. Para sustentar seu argumento, efetuou uma detalhada exposição sob o ponto de vista tributário, **aliada à ilustração de alguns produtos comercializados, em suas embalagens de cunho industrial**, além de citar e transcrever decisão originária da 2ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0097-02/20-VD a respeito desta matéria, e, também, os Acórdãos 0178-05/18 e 0213-12/15 todos relacionados a esta matéria.

Em relação aos argumentos relacionados a notas fiscais emitidas para neutralizar operações, disse que os argumentos defensivos se sustentam em parte. Isto porque, em relação a Nota Fiscal 570.919, emitida para neutralizar a NF 561.449, que teria sido de devolução, o CFOP é 1.949 e no campo informações complementares consta “Ajuste Inv 133060-ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária”, fls. 256 e 257, portanto não há correção a ser feita.

Quanto as notas fiscais 264 e 265, disse que a NF 612324 foi emitida para neutralizar a NF 612.064, fls. 264 e 265. Esta última nota fiscal apresenta a mesma situação do item anterior, portanto entendeu que deve ser mantida, enquanto que NF 614.954, emitida para neutralizar a NF 1, não pode haver cancelamento neste caso porque a nota de entrada não é de missão própria, mas, de terceiros.

Entretanto, acolheu os argumentos defensivos em relação as Notas Fiscais nºs 627.453, 577.409, 600.139, 605.419, 620.013, 620.015, 622.565, 620.017 e 642.163, as excluindo da autuação.

No tocante as notas fiscais de remessa para demonstração, CFOP 6.912, acolheu os argumentos defensivos e as excluiu da autuação, cujas correções se encontram do demonstrativo denominado Anexo 5.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

De acordo com o despacho de fl. 380v, datado de 26/05/2021, o PAF foi considerado com sua instrução concluída e encaminhado para efeito de inclusão em pauta para julgamento.

Após o despacho supra, com o processo já de posse da Secretaria do CONSEF, foi juntado ao mesmo os documentos de fls. 382 a 396, de acordo com despacho de fl. 382, com data de 28 de junho de 2021, através dos quais o autuado, por intermédio de seu Representante Legal, se referiu ao que denominou de *“recalcitrante descumprimento do que restou decidido no comando judicial, já noticiado a esta 4ª JJF e em outros autos de infração que envolvem o mesmo tema, em especial o Auto de Infração nº 274068.0018.18-7, onde foi julgada a infração, cuja decisão foi incorretamente mantida pela C. 2ª Câmara”*.

Neste sentido, disse que ante a postura da Administração Tributária e de alguns órgãos julgadores acerca do comando judicial, noticiou tais fatos ao MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, que proferiu nova Decisão Interlocutória, fls. 389 e 390, de 14 de abril de 2021, esclarecendo a finalidade e efeitos da tutela anteriormente concedida, bem como determinando o seu imediato cumprimento por todos os órgãos da Administração Tributária do Estado da Bahia, sob pena de pagamento de multa diária de R\$2.000,00 (dois mil reais), cujo trecho colacionou.

Neste rumo disse que para dar efetividade ao comando judicial, o Estado da Bahia emitiu três novos pareceres, materializando o cumprimento do comando judicial, restabelecendo todos os benefícios fiscais cassados ilegalmente, fls. 391 a 396.

Diante disso pontuou que, no caso concreto, é necessário que a infração que se pretende julgar seja revista pela Autoridade Fiscal para afastar quaisquer cobranças que envolvam benefícios previstos no Decreto 7799/00, devendo ser revisado o Auto de Infração para considerar o restabelecimento de todos os benefícios citados, com efeitos retroativos.

Tais fatos motivaram o encaminhamento do PAF em nova diligência à Infaz de origem/autuante em 06 de julho de 2021, fls. 398 e 399, nos seguintes termos:

“O Auto de Infração sob análise foi lavrado para exigir ICMS no montante de R\$246.271,64, abrangendo os exercícios de 2016 e 2017, sob a seguinte acusação: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1. O Termo de Acordo celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1 foi denunciado através do Processo nº 178.481/2016-2 e a ciência foi em 31/03/2017”.

Quando da Informação Fiscal a autuante, acolhendo os argumentos defensivos, processou uma série de alterações no lançamento, passando o débito a apresentar a seguinte configuração: meses 01/16 R\$3.243,48; 02/16 R\$2.672,32; 03/16 R\$4.018,02; 04/16 R\$4.487,34, 05/16 R\$6.350,86; 06/16 R\$9.225,08; 07/16 R\$14.616,96; 08/16 R\$14.545,14; 09/16 R\$12.029,69; 10/16 R\$9.104,61; 11/16 R\$5.240,59; 12/16 R\$4.133,75; 01/17 R\$5.923,89; 02/17 R\$3.332,26; 03/17 R\$3.239,72; 04/17 R\$5.906,03; 05/17 R\$8.657,92; 06/17 R\$4.642,57; 07/17 R\$8.681,77; 08/17 R\$5.254,76; 09/17 R\$5.686,16; 10/17 R\$5.993,99; 11/17 R\$5.305,35 e 12/17 R\$9.057,04, totalizando o débito remanescente apontado pela autuante no valor de R\$161.850,30.

Através da diligência realizada em 10/03/2021, a autuante processou novas alterações no débito reclamado, cujo resultado se encontra inserido no chamado Anexo 5, CD fl. 379.

Na assentada da sessão de julgamento realizada no dia 06/07/2021, o representante legal do autuado, apresentou novos documentos, fls. 381 a 397, os quais, quando detidamente analisados, motivaram o entendimento de que o PAF fosse encaminhado em diligência, não a PGE/PROFIS consoante cogitado, mas à própria autuante, para efeito de realização de nova diligência fiscal, tendo em vista o que consta na Decisão Interlocutória nº 0529035-03.2018.8.05.0001, datada de 14 de abril de 2021, fls. 389/390, “que houve descumprimento da Decisão Interlocutória anteriormente proferida”, tendo o MM Juiz de Direito Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, assim se expressado:

“(…)

O descumprimento é evidente, afinal o Réu procurou colmatar uma lacuna inexistente na decisão, expressamente clara, e o fez introduzindo uma presunção, qual seja, a de que, como o juiz não disse que a decisão teria efeitos retroativos, somente estaria obrigado a restabelecer os benefícios a partir da ciência do ato judicial.

Ora, a decisão da MM Juiza suspende os efeitos da decisão administrativa, o que, em si já seria o bastante para que os benefícios fiscais voltassem a vigorar como antes, mas S. Exa. foi clara, foi incisiva ao dizer que estava “restabelecendo” os benefícios fiscais concedidos ao autor. No contexto da decisão, restabelecer significa restaurar à condição original, senão qual seria o sentido de, para além de SUSPENDER – o que de per si já implicaria a paralisação (dos efeitos) e o retorno à vigência (dos benefícios), volte-se a dizer -, também RESTABELECER?

O descumprimento é manifesto e deve ser repelido, restabelecendo os benefícios retroativamente, de modo que desapareça qualquer vazio temporal como o que veio ocorrer por conta da interpretação que se deu à decisão judicial.

Posto isso, com fundamento nos artigos 297, 519, 520, § 2º, todos do CPC, fixo o prazo de dez dias para que o Réu cumpra a decisão reportada acima, sob pena de sujeitar-se ao pagamento da multa diária no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), limitada inicialmente a trinta dias.

Intimem-se.

Decisão com força de mandado/ofício”.

Analizando, também, cópia do Parecer da PGE/PROFIS datado de 17 de setembro de 2020, juntado aos presentes autos, consta à fl. 358 que:

“(...)

Necessário esclarecer quanto à questão nº 4 que, independentemente do que tenha administrativamente postulado o contribuinte, e do que tenha constado na ementa e parágrafo primeiro da decisão proferida pela Administração, certa é a necessidade de se dar total e efetivo cumprimento à decisão judicial, que restabeleceu provisoriamente “os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor dos processos 365491/2014/4-9 e 028558/2007-1”.

Considerando que a decisão proferida no processo administrativo nº 028558/2007-1 se reporta aos benefícios fiscais disciplinados nos arts. 1º, 2º, 3º, 3ºA, 3ºB, 3ºD, 3ºE e 3ºF, então todos eles se encontram igualmente restabelecidos pela decisão judicial em questão, que, portanto, deve ser cumprida in totum.

(...)”.

Isto posto, decidiu esta 4ª JJF pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à INFRAZ de origem no sentido de que a autuante adote as seguintes providências:

- 1) *A partir do resultado apurado nas diligências anteriores já realizadas, posto que já foram realizados expurgos de valores indevidos, seja refeito o levantamento fiscal considerando o restabelecimento de todos os benefícios fiscais, Dec. 7799/00, anteriormente cassados;*
- 2) *Seja, também, excluído da autuação a exigência pertinente ao produto NUTELLA, NCM 1806.90.00, consoante verificado à fl. 377, pertinente a decisão constante no Acórdão nº 0097-02/20 juntado aos autos pela própria autuante.*
- 3) *Pede-se que seja expressado ao final da conclusão da diligência o valor do débito revisado apurado, integrante das novas planilhas que deverão acompanhar o resultado apurado.*
- 4) *O autuado deverá ser cientificado desta solicitação de diligência e do resultado apurado pela presente diligência, com a entrega de todos os demonstrativos apurados, através de mídia digital, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, se assim o desejar.*
- 5) *Ocorrendo manifestação pelo autuado, a autuante também deverá se pronunciar.*

Atendidas as solicitações supra, o PAF deverá retornar ao CONSEF para os fins da sua competência”.

Em atendimento a autuante apresentou o parecer de fls. 404 e 405, esclarecendo que, como o Decreto 7799/00 foi cassado anteriormente a partir de 01/04/2017, apenas o período a partir dessa data deve ser revisto.

Pontuou, também, que a redução da base de cálculo de 41,176% não foi aplicada para sucos porque o item 6-A do Anexo Único do referido Decreto, com CNAE 4635-4/99 – Comércio Atacadista de Bebidas não especificadas anteriormente, foi revogado pelo Decreto nº 11.481 de 08/04/09, DOE de 09/04/09, e o fato gerador é de 2017.

Acrescentou que o produto Nutela, NCM 18.06.90.00 foi excluído da autuação, enquanto que, foi elaborado novo demonstrativo analítico do débito apurado, cujo valor devido é na ordem de R\$126.529,94, conforme fls. 01/148 e 148/148, juntados às fls. 406 e 407.

O autuado foi intimado acerca do resultado da diligência, fls. 409 e 410, que lhe foi entregue juntamente com o CD Room que engloba os novos demonstrativos elaborados, tendo este se manifestado conforme fls. 416 a 420, reconhecendo que a diligência houve por bem em expurgar valores indevidos, em razão de levantamento fiscal considerando o restabelecimento de todos os benefícios do Decreto 7799/00 e excluído da autuação a exigência pertinente ao produto Nutella, NCM 186.90.00.

Observou, entretanto, que do montante remanescente na ordem de R\$126.529,95 foi mantida a

exigência da quantia de R\$56.699,60 referente às mercadorias hortifrutícolas congeladas e beneficiadas pela isenção fiscal, pelo fato da autuante não considerar que elas se encontram no estado natural, reproduzindo argumentos já mencionados anteriormente, visando a exclusão de tais mercadorias da autuação, inclusive em relação aos pedidos finais formulados.

A autuante voltou a se pronunciar, fls. 428 e 429, observando que, com relação ao direito aos benefícios do Decreto 7799/00, foram reconhecidos em função de ordem judicial, a qual, diz discordar, respeitosamente. Concluiu mantendo o resultado obtido na última diligência efetuada, e pugnou que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Alex Pessanha Panchaud, OAB/SP nº 341.166, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi lavrado para exigir ICMS no montante de R\$ 246.271,64, abrangendo os exercícios de 2016 e 2017, sob a seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas no anexo 1. O Termo de Acordo celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1 foi denunciado através do Processo nº 178.481/2016-2 e a ciência foi em 31/03/2017”*.

Em sua defesa, o autuado apresentou argumentos suscitando a nulidade do Auto de Infração, os quais, em linhas gerais, estão relacionados à ausência de base fática para a autuação, vez que não houve investigação prévia dos fatos, violação ao princípio da verdade material, cerceamento ao direito de defesa em face de inadequada capitulação da infração imputada, e por ocasião da manifestação apresentada em função da informação fiscal prestada pela autuante, além de ratificar os argumentos já apresentados através da defesa inicial, acrescentou que houve ocorrência de erro de direito, ao aplicar sanção de multa em operações que foram realizadas de maneira correta, bem como da impossibilidade de retificação do Auto de Infração.

De início, destaco que não acolho qualquer dos argumentos trazidos pelo autuado em relação à decretação da nulidade do Auto de Infração. Isto porque, de imediato, vejo que sua lavratura obedeceu *in totum* ao regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Assim é que no tocante à dita diligência fiscal anterior à autuação, onde o autuado alegou que a infração já fora devidamente justificada, não se sustenta, vez que na realidade não houve qualquer diligência anterior à autuação realizada pela autuante. O que ocorreu de fato foi que no curso do desenvolvimento da ação fiscal, foram detectadas uma série de inconsistências que demandariam exigência do tributo, as quais foram listadas pela autuante e encaminhadas ao autuado para análise, conforme comprovam os docs. fls. 7 e 8, porém, não foram respondidas ou atendidas pelo mesmo. Este fato motivou a autuação, portanto, ao contrário do alegado, não houve qualquer justificação pelo mesmo, só o fazendo quando da apresentação da defesa.

Quanto a alegada violação ao princípio da verdade material, também não assiste razão ao autuado. Isto porque os fatos pontuados na autuação foram investigados e levantados com clareza, os quais foram submetidos à análise prévia pelo autuado, o qual não se pronunciou, e estão demonstrados de forma analítica no demonstrativo intitulado Anexo 1, do qual o autuado teve pleno conhecimento e sobre o mesmo direcionou toda sua defesa. Importante frisar que tal demonstrativo foi elaborado com base nas notas fiscais eletrônicas emitidas pelo próprio autuado e na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, documentos estes de geração própria. Desta maneira, não houve qualquer violação pela autuante ao Art. 2º do RPAF/BA, e no tocante à citação da Lei nº 9.784/99, por se tratar de processo administrativo no âmbito federal, não se aplica ao presente caso. De qualquer maneira, existiu a motivação para o lançamento, a qual está explícita nos autos, razão pela qual também não acolho este argumento de nulidade do Auto de Infração.

No que diz respeito à alegação de que houve cerceamento ao seu direito de defesa ante à inadequação da capituloção da infração, vejo que os dispositivos citados pela autuante para fundamentar a autuação estão relacionados ao fato gerador do imposto, entretanto, isto por si só não é motivo para nulidade do Auto de Infração, mesmo porque a exigência fiscal se inspirou na falta de pagamento do imposto, em situações onde se configurou a ocorrência do fato ferrador.

Aliás, conforme bem pontuado pela autuante, eventuais incorreções, omissões ou a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do lançamento (§ 1º, Art. 18 do RPAF/BA), vez que, através da própria acusação e do demonstrativo de apuração do débito minuciosamente elaborado pela autuante, foi possível determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário, sobre o qual o autuado se defendeu de forma plena, detalhada e objetiva, não ocorrendo, desta maneira, qualquer cerceamento ao seu direito de defesa. Não acolho, portanto, este pedido de nulidade do Auto de Infração.

Quando da sua manifestação acerca da informação fiscal, o autuado voltou a pugnar pela nulidade do Auto de Infração por dois motivos: o primeiro por erro de direito da autuante ao aplicar sanção de multa em operações que foram realizadas de maneira correta, e que ocorrendo erro no lançamento, o correto seria a realização de um novo lançamento tributário.

Mais uma vez não posso concordar com o argumento defensivo. É perfeitamente possível a realização de revisão do lançamento tributário, quando o sujeito passivo aponta equívocos cometidos quando do lançamento, e estes são comprovados e acolhidos pelo agente fiscalizador, como foi o caso ocorrido nestes autos, sendo desnecessário um novo lançamento tributário. O alegado erro de direito foi sanado, remanescedo as demais parcelas para apreciação quando do julgamento. A sanção de multa aplicada que recaiu sobre a totalidade do lançamento, permanece sobre as parcelas discutidas, que poderão ou não, ao final permanecer. Não acolho este argumento de nulidade.

O último argumento de nulidade do Auto de Infração trazido pelo autuado diz respeito à impossibilidade de retificação do Auto de Infração, citando inclusive que a considerável redução do Auto de Infração pela autuante, deixa clara sua falta de fundamentação. Ora, a retificação nos valores do lançamento, desde que para menos, é perfeitamente possível, quer no momento da informação fiscal, quando o agente fiscal acolhe um determinado posicionamento defensivo, ou através da realização de diligência fiscal, quando solicitada pelo órgão julgador. Portanto, isto não é motivo para anulação do lançamento, a não ser que se vislumbre a ocorrência de um erro formal que não seja possível de correção, o que não foi o caso. No que diz respeito à dita *“considerável redução do Auto de Infração”* citada pelo autuado, adiante me reportarei a esta questão, eis que posta de forma equivocada pelo autuado.

Superados então, ao meu entender, os pontos questionados em preliminar, adentro ao mérito da autuação.

Entretanto, inicialmente observo que quando da Manifestação pelo autuado a respeito da Informação Fiscal, este alegou que a autuante reduziu consideravelmente o valor original do débito autuado de R\$ 246.271,64, para R\$ 9.057,04. Não foi isto que ocorreu. De acordo com o demonstrativo Anexo 2 elaborado pela autuante, cuja cópia foi entregue ao autuado conforme recibo de fl. 126, **o valor de R\$ 9.057,04 citado pelo mesmo, corresponde apenas ao somatório das ocorrências relacionadas ao mês de dezembro de 2017, último período autuado**, e isto está claro no novo demonstrativo de débito intitulado Anexo 2, elaborado pela autuante, cujo inteiro teor é do conhecimento do autuado, vez que se manifestou a respeito do mesmo.

Por outro lado, se vê no novo demonstrativo Anexo 2, de acordo com as peças processuais enviadas ao CONSEF e que reproduzem o constante no CD entregue ao autuado, o qual foi elaborado tal como o constante na inicial, isto é, mês a mês, como não poderia deixar de ser, vez que o lançamento inicial comporta 24 períodos, e não na forma citada pelo autuado em sua manifestação, os valores que remanesceram após a revisão fiscal levada a efeito pela autuante, no momento da Informação Fiscal, assim se apresentam: 01/16 R\$ 3.243,48; 02/16 R\$ 2.672,32; 03/16 R\$ 4.018,02; 04/16 R\$ 4.487,34, 05/16 R\$ 6.350,86; 06/16 R\$ 9.225,08; 07/16 R\$ 14.616,96; 08/16 R\$ 14.545,14;

09/16 R\$ 12.029,69; 10/16 R\$ 9.104,61; 11/16 R\$ 5.240,59; 12/16 R\$ 4.133,75; 01/17 R\$ 5.923,89; 02/17 R\$ 3.332,26; 03/17 R\$ 3.239,72; 04/17 R\$ 5.906,03; 05/17 R\$ 8.657,92; 06/17 R\$ 4.642,57; 07/17 R\$ 8.681,77; 08/17 R\$ 5.254,76; 09/17 R\$ 5.686,16; 10/17 R\$ 5.993,99; 11/17 R\$ 5.305,35 e 12/17 R\$ 9.057,04, **totalizando o débito remanescente apontado pela autuante no valor de R\$ 161.850,30**, após a Informação Fiscal, e não apenas R\$ 9.057,04, conforme dito erroneamente pelo autuado através da sua manifestação.

Antes porém de adentrar ao efetivo exame do mérito da autuação, necessário se torna manifestar-me a respeito da Decisão Interlocutória de 07/08/2019, Processo e-SAJ 0529035-03.2018.8.05.001, fls. 198 a 200, tendo a PGE emitido os pareceres PGE2019341094-0 e PGE2020009963-0, cópias anexas, no sentido de que a decisão não retroage a 01/04/2017 e que sua validade é a partir da ciência pelo Estado e sua repercussão em relação ao presente feito.

Vê-se que consta na referida Decisão que foram restaurados os benefícios anteriormente concedidos ao autuado com base no Decreto 7799/00, os quais haviam sido cassados pelo Estado, que “*Ao caso ora tratado se deve então aplicar o entendimento de que os benefícios referidos devem ser mantidos, ao menos até nova deliberação*” (grifo acrescido).

E adiante está consignado: “*Defiro, pois, o pedido de tutela de urgência, suspendendo até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo provisoriamente assim os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos processos 365491/2014-9 e 028558/2007-1*” (grifos acrescidos).

Por outro ângulo, quando da assentada da sessão de julgamento realizada no dia 06/07/2021, o autuado, através de seu Representante Legal, se pronunciou sustentando que tendo em vista o que consta na Decisão Interlocutória nº 0529035-03.2018.8.05.0001, datada de 14 de abril de 2021, fls. 389/390, “*houve descumprimento da Decisão Interlocutória anteriormente proferida*”, tendo o MM Juiz de Direito Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, assim se expressado:

“(…)

O descumprimento é evidente, afinal o Réu procurou colmatar uma lacuna inexistente na decisão, expressamente clara, e o fez introduzindo uma presunção, qual seja, a de que, como o juiz não disse que a decisão teria efeitos retroativos, somente estaria obrigado a restabelecer os benefícios a partir da ciência do ato judicial.

Ora, a decisão da MM Juiza suspende os efeitos da decisão administrativa, o que, em si já seria o bastante para que os benefícios fiscais voltassem a vigorar como antes, mas S. Exa. foi clara, foi incisiva ao dizer que estava “restabelecendo” os benefícios fiscais concedidos ao autor. No contexto da decisão, restabelecer significa restaurar à condição original, senão qual seria o sentido de, para além de SUSPENDER – o que de per si já implicaria a paralisação (dos efeitos) e o retorno à vigência (dos benefícios), volte-se a dizer -, também RESTABELECER?

O descumprimento é manifesto e deve ser repelido, restabelecendo os benefícios retroativamente, de modo que desapareça qualquer vazio temporal como o que veio ocorrer por conta da interpretação que se deu à decisão judicial.

Posto isso, com fundamento nos artigos 297, 519, 520, § 2º, todos do CPC, fixo o prazo de dez dias para que o Réu cumpra a decisão reportada acima, sob pena de sujeitar-se ao pagamento da multa diária no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), limitada inicialmente a trinta dias.

Intimem-se.

Decisão com força de mandado/ofício”.

Verificando também, cópia do Parecer da PGE/PROFIS datado de 17 de setembro de 2020, juntado aos presentes autos, consta à fl. 358 que:

“(…)

Necessário esclarecer quanto à questão nº 4 que, independentemente do que tenha administrativamente postulado o contribuinte, e do que tenha constado na ementa e parágrafo primeiro da decisão proferida pela Administração, certa é a necessidade de se dar total e efetivo cumprimento à decisão judicial, que restabeleceu provisoriamente “os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor dos processos 365491/2014/4-9 e 028558/2007-1”.

Considerando que a decisão proferida no processo administrativo nº 028558/2007-1 se reporta aos benefícios fiscais disciplinados nos arts. 1º, 2º, 3º, 3ºA, 3ºB, 3ºD, 3ºE e 3ºF, então todos eles se encontram igualmente restabelecidos pela decisão judicial em questão, que, portanto, deve ser cumprida in totum.

(...)”.

Ressalto ainda, que foram trazidos aos autos pelo autuado os seguintes Pareceres da lavra da Administração Tributária da SEFAZ, por intermédio da SAT/DIREF/GECON:

- Processo nº 02461020214: Parecer Final nº 3484/2021, de 12/05/2021, fls. 391/392.

EMENTA: Restabelecimento dos Benefícios Fiscais a partir de 31/03/2017 em razão de Decisão Judicial. Credenciamento Decreto 7799/00 – art. 1º e 2º redução na base de cálculo nas saídas internas e crédito presumido nas saídas interestaduais – PELO DEFERIMENTO. Efeitos de 31/03/2017 até 31/12/2022.

- Processo nº 02461120210: Parecer Final nº 3491/2021, de 12/05/2021, fls. 393/394.

EMENTA: Restabelecimento dos Benefícios Fiscais a partir de 13/03/2017 em razão de Decisão Judicial. Credenciamento Decreto 7799/00 – Art. 7º C - Redução na base de cálculo nas entradas de mercadoria importada do exterior (carga de 4%). PELO DEFERIMENTO. Efeitos de 13/03/2017 até 31/12/2022.

- Processo nº 08800520203: Parecer Final nº 2583/2021, de 09/04/2021, fls. 395/396.

EMENTA: Prorrogação de Benefício Fiscal. Credenciamento Decreto nº 7799/00, Parecer 4581/2019 – Art. 3º F – Redução na base de cálculo das operações de importação e nas saídas internas de bebidas alcóolicas das posições NCMs 2204, 2205, 2207 e 2208. Efeitos de 01/01/2021 a 31/12/2022.

De maneira que, à luz do quanto acima exposto, decidiu esta 4ª JJF por nova conversão do PAF em diligência no sentido de que a autuante adotasse as seguintes providências:

A partir do resultado apurado nas diligências anteriores já realizadas, posto que já foram realizados expurgos de valores indevidos, seja refeito o levantamento fiscal considerando o restabelecimento de todos os benefícios fiscais, Dec. 7799/00, anteriormente cassados;

Seja, também, excluído da autuação a exigência pertinente ao produto NUTELLA, NCM 1806.90.00, consoante verificado à fl. 377, pertinente a decisão constante no Acórdão nº 0097-02/20 juntado aos autos pela própria autuante.

Pede-se que seja expressado ao final da conclusão da diligência o valor do débito revisado apurado, integrante das novas planilhas que deverão acompanhar o resultado apurado.

Tais solicitações foram atendidas pela autuante, fls. 404 e 405, que esclareceu que como o Decreto 7799/00 foi cassado anteriormente, a partir de 01/04/2017, apenas o período a partir dessa data deve ser revisto. Explicou que a redução da base de cálculo de 41,176% não foi aplicada para sucos, porque o item 6-A do Anexo Único do referido Decreto, com CNAE 4635-4/99 – Comércio Atacadista de Bebidas não especificadas anteriormente, foi revogado pelo Decreto nº 11.481 de 08/04/09, DOE de 09/04/09, e o fato gerador é de 2017, e ainda, que o produto Nutella, NCM 18.06.90.00 foi excluído da autuação, tendo nessa oportunidade elaborado novo demonstrativo analítico do débito apurado, cujo valor remanescente devido é da ordem de R\$ 126.529,94, conforme fls. 01/148 e 148/148, juntados às fls. 406 e 407.

O autuado foi intimado acerca do resultado da diligência, fls. 409 e 410, oportunidade em que lhe fora entregue o CD Room que engloba os novos demonstrativos elaborados, tendo este se manifestado conforme fls. 416 a 420, reconhecendo que a diligência houve por bem em expurgar valores indevidos, em razão de levantamento fiscal considerando o restabelecimento de todos os benefícios do Decreto 7799/00, e excluído da autuação a exigência pertinente ao produto Nutella, NCM 186.90.00.

De maneira que os questionamentos do autuado quanto à cassação dos benefícios fiscais relacionados ao Decreto 7799/00 estão superados, na medida em que a autuante procedeu ao refazimento dos levantamentos que continham tal exigência, processando os respectivos expurgos, tendo o autuado, concordado neste sentido, portanto, nada mais a se discutir a este respeito, razão pela qual também acolho as exclusões levadas a efeito pela autuante.

Isto posto, passo a analisar os demais argumentos relacionados ao mérito da autuação.

Assim é que em relação à exigência relacionada as mercadorias hortifrutícolas, onde o autuado questiona a manutenção da exigência no valor de R\$ 56.699,60, o argumento defensivo é de que à luz do Art. 265 I “a” do RICMS/12, são isentas nas operações de saídas internas e interestaduais, enquanto a autuante manteve a exigência ao argumento de que se tratam de saídas de produtos congelados e industrializados, os quais não sofrem apenas o processo de branqueamento, são descascados, cortados, lavados e embalados, diferentemente do que prevê o Convênio ICM 44/75, que se refere a produtos hortifrutícolas em estado natural, isto é, *in natura*.

Para justificar seu argumento o autuado cita que o CONSEF já proferiu diversas decisões reconhecendo que mesmo em estado congelado ou embalado, a mercadoria hortifrutícola mantém seu estado *in natura*. A este respeito vejo que o autuado apesar de se referir a diversas decisões do CONSEF, não as apresentou, citando apenas uma da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 0110-04/18, a qual, ao meu entender, não serve como paradigma, por se tratar de decisão isolada de 1ª Instância, e que não foi submetida à revisão por instância superior e se refere também a fatos relacionados ao RICMS/97, conforme muito bem pontuado pela autuante.

A este respeito, vejo que o texto do mencionado acórdão faz referência ao Art. 14, I do RICMS/97, que admitia a isenção desses produtos em estado natural, resfriados ou congelados, o que não ocorre em relação ao atual Regulamento.

O referido dispositivo regulamentar (Art. 14, I RICMS/97), assim se apresentava:

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extractivos animais e vegetais:

I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05): (grifos acrescidos).

Por sua vez, o Art. 265, I do RICMS/2012, base para autuação, dispõe:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I – as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

Desta maneira, vejo que a jurisprudência deste CONSEF, ao contrário do quanto citado pelo autuado, vem se posicionando no sentido de que os produtos objeto da autuação, os quais, como já citado, são descascados, cortados, lavados e embalados, sofreram processo de industrialização, e em consequência, as saídas deveriam ocorrer com incidência do ICMS, por não mais se encontrarem em estado “*in natura*”, e isto se confirma em consulta realizada em diversos julgados, a exemplo dos Acórdãos nº 0213-12/15, 127-01/16, 0309-11/16, 0009-03/17, 0291-12/17, 0167-05/17, 0168-01/16, dentre outros.

Isto posto, e com a devida vênia, transcrevo excerto extraído do voto proferido através do Acórdão nº 0167-05/17, cujos fundamentos nele inseridos, coaduno:

“(...)

PRODUTOS HORTÍCOLAS E DESIDRATADOS

Também resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento. Resultam, portanto, em um novo produto com seu valor econômico potencializado pela adição do processo. São produtos industrializados. Assim, os produtos hortícolas desidratados, em contraposição às razões de defesa da Autuada, interpostas às fls. 44 a 46 do PAF, resultaram da submissão das matérias-primas em estado natural, a um processo industrial, envolvendo, a higienização, seleção, corte, secagem e acondicionamento (embalagem). Resultam em um novo produto, ao qual foi agregado valor econômico, gerando uma nova identidade e a qualidade de desidratados, diversa portanto, daqueles em estado natural, os quais são alcançados pelo benefício da Isenção, previsto nos Art. 14, I, “a” do Dec. 6.284/97 - (RICMS - BA) e Art. 265, I, “a” Dec. 13.780/12 - (RICMS - BA).

Por fim, em relação à respeitável decisão do E. STJ citada pelo autuado, por não possuir efeito

vinculante, não pode ser acolhida, razão pela qual, interpretando a regra do Art. 265, I, ‘a’ do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência dos fatos inerentes à presente autuação, os produtos hortifrutícolas autuados, por se tratarem de produtos industrializados, não gozam da isenção prevista pelo mencionado artigo, e em consonância com a jurisprudência predominante neste CONSEF, mantenho a exigência tributária relacionada a estes artigos, inclusive em relação aos produtos ervilha seca e arroz 7 cereais marca Tio João 500G, os quais são tributáveis.

Quanto aos produtos questionados pelo autuado, que estariam incluídos no rol da substituição tributária, e que por isso descabe a exigência fiscal, nos termos assinalados no presente Auto de Infração, a autuante, quando da sua Informação Fiscal, acolheu em grande parte os argumentos defensivos, e apresentando fundamentação individualizada para cada item, expurgou da autuação os produtos adiante indicados, **com o que concordo**. Deixo, entretanto, de reproduzir a fundamentação para a exclusão destes itens neste voto, pelo fato de já constar no relatório que o antecede, e também em face da quantidade considerável de produtos computados no bojo da autuação, entretanto, mantenho *in totum* os fundamentos já mencionados e apresentados pela autuante para efeito da exclusão dos seguintes itens: BUCHO BOV FRIVASA KG, BUCHO BOV KG e BUCHO BOVINO FRIBARREIRAS KG – C NCM 0206.29.90; CEREAL NESCAU RADICAL 270G; CEREAL RITTER F VERM LIGHT 24X25G; MIST CAKE CHOCOLATE ADIMIX 5X2KG e MIST CAKE MILHO ADIMIX 5X2KG; VODKA SMIRNOFF ICE LATA, VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML, VODKA SMIRNOFF ICE RED e VODKA SMIRNOFF ICE STORM - NCM 22089000.

Em relação aos demais itens questionados, remanesceram neste tópico apenas três que foram mantidos na autuação pela autuante, com o que também concordo, ante às seguintes razões:

- CARTE DOR MOUSSE CHOC 400G e CARTE DOR MOUSSE CHOC BRANCO 400G – Estes produtos não se enquadraram na NCM 1704.9010 porque não é chocolate, é mistura para sobremesa.
- COB SORV DUAS RODAS CHOC (MEIO AMARGO) - NCM 1901.90.90 – Esta NCM só se enquadrava no item com descrição preparados para fabricação de sorvete em máquina, e este produto não se enquadrava como “preparados” para fabricação de sorvete em máquina.

Naquilo que diz respeito ao produto - NUTELLA 12X350G e NUTELLA 350G – NCM 1806.90.00, segundo o autuado, estes itens se enquadraram no regime de ST, baseado em sua NCM e na consulta realizada no Processo 578409/2010.2, relacionado a contribuinte diverso do autuado, no qual a GECOT / DITRI, através do Parecer nº 21.676/2010, fl. 55, assim se posicionou em relação a esta questão:

Ementa: ICMS. Substituição Tributária. A Nutella, produto à base de chocolate, da NCM 1806.90.00, consta da relação de produtos sujeitos à substituição tributária de que cuida o item 8.5 do inciso II do art. 353, do RICMS/BA, uma vez que este tratamento tributário aplica-se aos produtos, cuja NCM e descrição correspondente, estejam devidamente relacionados na citada norma regulamentar.

Esta é uma questão já enfrentada por este órgão julgador em relação a outros processos envolvendo o próprio autuado, e neste sentido, me alinho ao entendimento esposado no Voto proferido pelo i. Julgador Valtércio Serpa Júnior, através do Acórdão nº 0097-02/20-VD, cujo excerto, com a devida vênia, transcrevo:

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 confeitoraria, 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>), e não amendoim, como sustenta a autuante, há de se considerar tanto o posicionamento da SEFAZ Bahia exarado em Parecer, quanto da Receita Federal, trazidos pelo contribuinte, o que implica na retirada do lançamento, diante do entendimento de estar incluído na substituição tributária.

De maneira que acolho a exclusão levada a efeito pela autuante em relação ao presente produto, em atendimento à diligência fiscal solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

No tocante aos demais itens da autuação, no total de 88 (oitenta e oito), citados pela defesa como

“*demais itens indevidamente tributados*”, a autuante os analisou de forma individualizada, mencionando inicialmente o produto ABRIDOR GARRAFA ACO PERRIER UM – NCM 82055100, que o autuado alega se tratar de um material promocional, onde na entrada não foi utilizado crédito, conforme Nota Fiscal nº 192596 (Chave de acesso 35130953717120000170550000001925961752054834), (fl. 56). No anexo o CFOP é 5.927, lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Neste caso, o crédito deve ser estornado. Como na NF-e 192.596, de entrada, fl. 56, não há destaque de débito para este item, ponderou que ele deverá ser excluído da autuação, **com o que concordo**.

Em seguida listou outro rol de produtos constantes da NF-e nº 523.645, cujo débito do imposto foi efetivado em sua escrita fiscal, sugerindo a exclusão da exigência em relação a mesma, **com o que concordo**.

Continuando, a autuante passou a apontar, justificar e fundamentar os itens que foram excluídos e os que remanesceram na autuação na forma a seguir indicada. No tocante aos itens que foram excluídos, dado a sua quantidade e pelo fato de concordar com os fundamentos aduzidos pela autuante e já delineados no relatório que antecede este voto, levando em consideração que em alguns casos não se discute simplesmente a questão de que o produto se encontra ou não incluído na ST, mas envolve questões formais de lançamento e/ou emissão de documento fiscal, considero ser despicando reproduzir aqui estes fundamentos, e listo apenas os itens que serão excluídos, **rerito, com base nos argumentos da autuante que concordo e acolho**: ADOC MARATÁ 12X100ML – NCM 21069090, BOMBOM BEL 180G e BOMBOM BEL 30X180G – NCM 17049020; CÂMERA DIGITAL CYBER SHOT SONY – NCM 85258029; CHARQUE PA SJ PARAISO 6X5KG – NCM 02102000; COOLER BALCAO SANTA DOSE e COOLER STORN UN – NCM 39269090; DVD AUTO HBD 6680 2.7 USB AUX – NCM 85219090; EMP LINDER R17B B4X095V00102 ELE SLE17 – NCM 84271019; GEMINI CS100 220V – NCM 84198190; GEMINI CS220 PLUG NOVO – NCM 84198190; GEMINI CS223 BR1 – NCM 84198190; HOME THEATER DH41 – NCM 85219090; LEITE DESNAT V DOURADO 12X1L e LEITE DESNAT ALIMBA 12X1L – NCM 04011010; LEITE INTEGRAL BETANIA 12X1L – NCM 04012010; LEITE INTEGRAL V DOURADO 12X1L e LEITE INTEGRAL ALIMBA 12X1L – NCM 04012010; NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRESSO FORTE 8524.82 50 CAPS, NESPRESSO LUNGO FORTE 8533.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100; NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRESSO FORTE 8524.82 50 CAPS, NESPRESSO LUNGO FORTE 8533.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100; NESPRESSO ESPRES DECAFFE 8580.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS, NESPRESSO ESPRES LEGGERO 8551.82 50 CAPS e NESPRESSO RISTRETTO 8854.82 50 CAPS – NCM 09012100; PETISCO SABORES PETICITOS 50G, PETISCO TROFEU SABORES 20X50G e PETISCO TROFEU SABORES 20X50G – NCM 21061000; PIRES GRANDE LINHA PROF 5314 UN e PIRES PEQUENO LINHA PROF UN – NCM 69111090; PIRES PEQUENO LINHA PROF UN – NCM 69111090; PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA e PORTA CAPSULA EM ACRILICO UN – NCM 44209000; PORTA CAPSULAS B2B EM MADEIRA – NCM 44209000; TV 42 LED FHD LG 42LY340C – NCM 85287200; XICARA CAPUCCINO LINHA PROF 5312 UN – NCM 69111090; XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UM – NCM 69111090; XICARA ESPRESSO LINHA PROF 5310 UM – NCM 69111090; ZENIUS PRO 110V UN – NCM 84198190; ZENIUS NESLINK VERSION 1 220V UN – NCM 84198190 e ZENIUS NESLINK VERSION 220V UN – NCM 84198190.

Desta maneira, remanesceram apenas os itens abaixo, cuja autuação foi mantida com base nos fundamentos a seguir aduzidos, com os quais também concordo:

- CERATTI PER TE – NCM 21069090 - Cesta composta de produtos da marca Ceratti. O débito do imposto foi realizado na baixa dos itens através das Notas Fiscais nºs 669269 e 669075, com CFOP 5926 (fls. 65 e 66). Não foi identificado vínculo entre as notas 669269 e 669075, de entrada, com as notas 669651 e 670114, de saída, razão pela qual deve ser mantida a exigência fiscal.
- FLOR SAL COMPANHIA DAS ERVAS 140G, LEITE ACHOC MARAJOARA 27X200ML, LOMBO CANADENSE CERATTI PC, MENU 4 BLENDS, NESPRESSO CARAMEL (V84) 50 CAPS e V AR TRAPICHE MALBEC TT 375ML – A alegação defensiva é no sentido de que estas mercadorias possuem redução na sua base de cálculo de 41,176%, conforme o Termo de Acordo no Decreto nº 7.799/00. Ocorre que o Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, processo SIPRO nº 028.558/2007-1, fls. 12 a 14, foi denunciado através do processo SIPRO nº 178481/2016-2, com data da ciência em 31/03/2017, fls. 15 a 18, observando que estes itens só constam na autuação a partir da data de 01/04/2017, sem a

redução de 41,176%, portanto, não há correção a fazer nestes itens, ficando mantida a exigência fiscal.

- POLENGUINHO TRAD 7X8X17G – NCM 04063000 – Diz que o autuado alega que a Nota Fiscal nº 612064 foi emitida para neutralizar a nota fiscal de ajuste de estoque, sem crédito do imposto, portanto, consequentemente, a neutralização deve ser sem o débito. Fato não devidamente justificado, mantida a exigência fiscal. O mesmo ocorrendo em relação ao produto V AR LATITU 33 CHARDONNAY BC 750ML – NCM 22042100, com relação a Nota Fiscal emitida para neutralizar a Nota Fiscal de ajuste nº 561449, gerada sem o crédito de ICMS, e que consequentemente, a sua neutralização é sem débito do imposto, justificativa esta também não comprovada.

Quando da terceira manifestação pelo autuado, relacionada à diligência efetuada pela autuante, este se referiu a questões remanescentes na autuação, relacionadas a notas fiscais emitidas para neutralizar operações, remessa para demonstração, situações estas que foram analisadas pela autuante, tendo, em relação as notas fiscais emitidas para neutralizar operações anteriores de devoluções, a autuante excluiu da autuação as Notas Fiscais nºs 627.453, 577.409, 600.139, 605.419, 620.013, 620.015, 622.565, 620.017 e 642.163, tendo em vista que quando ocorre devolução de mercadorias com prazo superior a 24 horas, se torna necessário equalizar o estoque mediante emissão de nota fiscal de entrada, visto que o cliente não emite a nota fiscal de devolução, o que foi feito pelo autuado e acolhido corretamente pelo autuante.

Não foram acolhidas, entretanto, as alegações relacionadas a Nota Fiscal 570.919, emitida para neutralizar a NF 561.449, que teria sido de devolução, visto que o CFOP indicado é 1.949, e no campo informações complementares consta “Ajuste Inv 133060-ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária”, fls. 256 e 257, portanto não há correção a ser feita, com o que concordo.

Da mesma forma, quanto às Notas Fiscais 264 e 265, visto que a NF 612324 foi emitida para neutralizar a NF 612.064, fls. 264 e 265, pois esta última nota fiscal apresenta a mesma situação do item anterior, portanto, entendeu a autuante de forma correta, que deve ser mantida, enquanto que a NF 614.954, emitida para neutralizar a NF 1, não pode haver cancelamento neste caso, porque a nota de entrada não é de missão própria, mas de terceiros.

Isto posto, acolho o posicionamento da autuante quanto as exclusões levadas a efeito neste item.

No tocante às remessas para demonstração, foram excluídas da autuação as notas fiscais questionadas pelo autuado, inclusive em relação a NF. 55.755, cuja numeração correta é 557.551, com o que também concordo.

De forma que à luz de tudo quanto aqui exposto, acolho as revisões levadas a efeito pela autuante, todas de pleno conhecimento pelo autuado, que se pronunciou em quatro oportunidades distintas nestes autos, resultando no débito na forma consignada através do Anexo 06, encaminhado a este órgão julgador através do endereço eletrônico específico, conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO		
mês/ano	Vlr. Autuado	Vlr. Revisado/julgado
jan/16	3.951,59	2.690,43
fev/16	3.072,88	2.297,20
mar/16	18.688,94	3.447,62
abr/16	5.720,52	4.138,95
mai/16	6.605,69	5.911,87
jun/16	9.257,45	8.838,97
jul/16	14.707,43	13.873,58
ago/16	16.076,54	13.592,56
set/16	12.288,16	11.812,17
out/16	13.665,36	8.065,15
nov/16	12.199,95	4.058,63
dez/16	9.049,69	3.491,87
jan/17	14.054,94	5.923,89
fev/17	6.745,12	2.649,31

mar/17	6.636,15	3.752,66
abr/17	9.044,84	3.121,22
mai/17	13.192,45	3.160,48
jun/17	8.790,59	2.236,80
jul/17	13.317,90	5.257,62
ago/17	11.687,79	2.889,61
set/17	9.742,75	3.344,79
out/17	7.973,27	3.525,89
nov/17	6.172,16	3.120,82
dez/17	13.629,48	5.327,64
TOTAL	246.271,64	126.529,73

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$126.529,73, na forma acima demonstrada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0016/18-4, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$126.529,73**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR