

A. I. N° - 274068.0019/18-3  
AUTUADA - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI  
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.08.2022

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0117-05/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. MULTA. No que diz respeito ao restabelecimento de benefício fiscal concedido pelo Estado, obteve o contribuinte, até o momento deste julgamento administrativo, provimento jurisdicional para continuar fruindo da redução da base de cálculo, com efeitos retroativos, decisão ainda não transitada em julgado, podendo dita decisão judicial, favorável ao sujeito passivo, ser revertida em instâncias superiores, de modo que, neste particular, os valores lançados envolvem matéria renunciada pela impugnante na seara administrativa, embora com constituição a salvo da decadência. Na parte que suplanta estes limites, várias questões preliminares e de mérito foram arguidas. As quatro preliminares de nulidade da autuação foram afastadas. Quanto ao mérito, assiste razão ao contribuinte no que toca à adoção da alíquota de 12%, em função da origem geoconômica das operações, e das devoluções de vendas recebidas, ao passo que assiste razão ao fisco no que tange aos pagamentos supostamente desconsiderados, às bonificações, aos produtos hortifrúti congelados supostamente sujeitos à isenção, às operações com água de coco, chá *namastea*, suco, xarope e vodcas “Ice”. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cumpre inicialmente dizer que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos feitos pelos partícipes do processo.

O presente auto de infração, formalizado em 27/09/2018, no valor histórico de multa de R\$ 1.869.715,94, afora acréscimos, em razão da empresa não ter pago no prazo o imposto devido a título de antecipação parcial.

A infração ganhou o código 07.15.05.

A exigência aludiu a fatos geradores ocorridos de janeiro a outubro e dezembro de 2016, janeiro e março a dezembro de 2017.

Teve a conduta enquadramento no art. 12-A da Lei 7.014/96, com multa de 60%, estabelecida no art. 42, II, “d” da Lei retro mencionada.

Dão suporte à cobrança, na sequência do PAF, entre outros documentos, científicação de início da ação fiscal (fl. 06), e-mail endereçado a empresa dando conta de inconsistências auditadas (fl. 07), e-mail endereçado a empresa perguntando se tais inconsistências foram objeto de outra autuação ou denúncia espontânea (fl. 08), planilha denominada Anexo 1 – Demonstrativo da Antecipação

Parcial (fls. 10/11, em excertos), planilha denominada Anexo 2 – Arrecadação Parcial (fls. 12/13, em excertos) e CD contendo na inteireza os Anexos antes mencionados, a EFD e notas fiscais correspondentes (fls. 18/19).

Ciente do lançamento em 05.10.2018, a impugnação (fls. 21/35) foi protocolada em 06.12.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 20).

Após afiançar a tempestividade da defesa e descrever os fatos irregulares, a autuada abre as seguintes preliminares: anulação do lançamento tendo em vista que a empresa já justificou em diligência anterior a irregularidade apontada, no decorrer da ação fiscal. Como prejudicial de mérito, nulidade da autuação em face de afronta à verdade material, porquanto a auditoria deveria carrear aos autos todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria ventilada, instruindo o processo de forma ampla, como reflexo dos fatos realmente sucedidos; neste sentido cita o art. 142 do CTN, art. 2º do RPAF-BA e art. 2º da Lei 9.784/99. Também como prejudicial de mérito, pede o cancelamento da exigência em decorrência da inadequada capitulação contida no auto de infração, comportamento que violou os princípios da estrita legalidade, tipicidade e reserva legal, visto que a acusação fiscal possui fundamentação genérica, causando a ausência de correlação entre o descritivo da infração e o dispositivo legal infringido, procedimento que importou em cerceamento do direito de defesa; considera então inobservados os comandos do art. 18, IV, “a” do RPAF-BA e transcreve julgados do CARF e do TIT-SP.

No mérito, a autuada começa alegando que foram incluídas na cobrança mercadorias que não foram objeto do pedido de benefício de base reduzida circunscrito no proc. 178.481/2016, resultando em Termo de Acordo entre o Estado e a empresa, denunciado posteriormente com efeitos a partir de 01.4.2017. Depois pondera que as bebidas alcoólicas fizeram parte de outro pleito de benefício fiscal, formalizado via proc. 163.738/2016-0. Em seguida, passa a atacar o ato administrativo que cassou o incentivo fiscal, aduzindo desrespeito aos princípios da legalidade estrita, livre iniciativa, livre concorrência, segurança jurídica, razoabilidade e proteção da confiança. Por fim, solicita realização de diligência para apuração correta da infração, em especial dos valores de multa, nos termos do art. 123, § 3º, c/c o art. 145, ambos do RPAF-BA.

Acompanharam a contestação o comprovante de inscrição e situação cadastral junto ao fisco federal (fl. 36), documentos de representação legal (fls. 37/39), Parecer da Sefaz baiana nº 3320/2017 (fl. 43), CNH do peticionário da defesa (fl. 44) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 45), dentre outros documentos.

No seu informativo fiscal (fls. 47/53), a i. auditora fiscal, após sintetizar as razões defensivas, sustenta que enviou e-mail para a autuada durante a ação fiscal, perguntando sobre as inconsistências encontradas, não obtendo qualquer resposta. Pondera que observou a verdade material, até porque procedeu à descrição dos fatos e correspondente enquadramento legal da infração e da multa aplicada, com entrega dos demonstrativos feita ao contribuinte; tais demonstrativos apontam os dados necessários à presente cobrança, isto é, data e número do documento fiscal, descrição do produto, preço, alíquota e redução da base indevida. Quanto à inadequação da capitulação do auto de infração, afirma que os comandos de lei citados aludem à tipificação da irregularidade. Quanto à bebida alcoólica, afirmou que o outro processo mencionado pelo contribuinte foi indeferido pelo Estado, encartando imagem comprobatória na própria peça informativa; **e refez os demonstrativos excluindo as bebidas alcoólicas dos meses de janeiro e março de 2017**, anexando um novo CD (fl. 56). Sobre a cassação do benefício, apresenta um breve histórico do que motivou a perda do direito e disse que agiu conforme o Dec. 7799/2000. Ao final, diz ser desnecessária a diligência, posto já estarem nos autos todos os elementos necessários para a conclusão da procedência do lançamento.

Neste CD, junta novo demonstrativo, que chamou de Anexo 3.

Em virtude do refazimento dos cálculos, o contribuinte é intimado para se manifestar e assim o faz (fls. 63/89), oportunidade em que, além de reiterar as razões defensivas já produzidas, trouxe

como novidade o argumento de que a alteração dos valores procedida pela fiscalização só fez reforçar a falha do procedimento fiscal, trazendo a nulificação da cobrança, inclusive em face do cometimento de erro de direito, impeditivo de novo lançamento, conforme entende o STJ. Ademais, a retirada do benefício fiscal encontrou rechaço no Judiciário, ao contemplar em favor do contribuinte uma liminar (fls. 90/94) suspendendo os efeitos da decisão da autoridade que cassou a redução da base de cálculo. Reforçou-se, também, o pedido de diligência.

Na sua réplica (fls. 98/101), a autuante informa que não houve falha, mas simples ajustes dos valores inicialmente lançados, com previsão explícita no art. 18, § 1º do RPAF-BA, ficando o sujeito passivo deles ciente, sem haver necessidade de se fazer novo lançamento. Acerca do pronunciamento obtido judicialmente, ponderou que os efeitos da liminar não alcançam a autuação, haja vista no seu texto constar ressalva expressa neste sentido, pelo fato de não retroagir à época dos fatos geradores atingidos com a autuação. Por último, insiste na prescindibilidade da diligência.

Ao voltar para este Colegiado prosseguir com a instrução, decidiu-se por nova diligência (fl. 111), desta feita com os objetivos abaixo:

*1. Por parte da AUTUANTE:*

- 1.1 *Apresentar cópias de todos os Termos de Acordo celebrados com o Estado da Bahia e que acobertem - com o benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000 e alterações posteriores - todas as operações alcançadas na presente autuação, acompanhadas das respectivas cassações, se for o caso.*
- 1.2 *Elaborar novo levantamento fiscal considerando o valor integral dos créditos fiscais consignados nos documentos fiscais de aquisição que foram alcançados pela autuação, nos termos do art. 12-A da Lei baiana do ICMS, para efeito de recálculo do montante devido a título de antecipação parcial, abatimento dos valores já pagos sob esta rubrica e incidência da multa de 60%. Deve o levantamento efetuar a totalização mês a mês.*
2. *Após iniciativa da autuante, intimar o autuado para que este, no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se – querendo – acerca dos novos elementos probatórios e levantamentos produzidos pela auditoria, falando especificamente dos novos valores encontrados. Vale também lembrar o compromisso assumido pelo contribuinte na sessão de julgamento de cooperar para o bom andamento do procedimento fiscal, inclusive juntando as vias do Termo de Acordo que considera válidos quando dos fatos geradores alcançados pela auditoria.*

Em 15.8.2019, atravessa a impugnante uma petição (fls. 117/119) noticiando que a 3ª Vara da Fazenda Pública deferiu a tutela de urgência no intuito de suspender todos os efeitos das decisões administrativas proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo provisoriamente os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte através dos processos 365491/2014-9 e 028558/2007-1. Naquela oportunidade, o contribuinte complementa que a citada decisão judicial determina que os efeitos da decisão administrativa revogadora dos incentivos foram suspensos, de sorte que os atos posteriores à cassação também restaram atingidos, interrompendo o processo de positivação do crédito tributário até ulterior deliberação.

Apensada decisão interlocutória da 3ª VFP, nos termos explicados anteriormente (fls. 120/121), dados cadastrais, procuração, CNH e CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 122/127).

A autuante manifesta-se da seguinte maneira (fls. 129/134):

- a) Dentro do período de cobrança da multa, apenas de abril de 2017 a dezembro de 2017 não foi concedido o benefício fiscal fixado no Termo de Acordo no proc. 028.558/2007-1 e denunciado no proc. 178.481/2016-2, com ciência dada em 31.3.2017. Assim, os fatos geradores entre janeiro de 2016 e março de 2017 não foram afetados pela decisão interlocutória de 07.8.2019, mencionada antes.
- b) Acerca da quesitação formulada pela 5ª JJF, assim foram as respostas da autuada:
  1. A empresa fez, sim, redução da base de cálculo nas vendas dos produtos relacionados aos códigos de atividade do Anexo Único e art. 1º do Dec. 7799/2000, entre 01.01.2017 e 31.3.2017.
  2. O Termo de Acordo que ampara a redução da base de cálculo referida no item 1 está nos procs. 02855820071 e 36549120149.
  3. A empresa fez, sim, redução da base de cálculo nas vendas dos produtos relacionados aos códigos de

atividade do Anexo Único e art. 1º do Dec. 7799/2000, entre 01.04.2017 e 31.12.2017.

4. O Termo de Acordo que ampara a redução da base de cálculo referida no item 3 está nos procs. 02855820071 e 36549120149.
  5. A empresa fez, sim, redução da base de cálculo nas vendas de bebidas alcoólicas, entre 01.10.2016 e 31.3.2017.
  6. O Termo de Acordo que ampara a redução da base de cálculo referida no item 5 está no proc. 02997620181.
  7. A empresa fez, sim, redução da base de cálculo nas vendas de bebidas alcoólicas, entre 01.4.2017 e 31.12.2017.
  8. O Termo de Acordo que ampara a redução da base de cálculo referida no item 7 está no proc. 02997620181.
- c) Pesquisou o Sistema de Controle de Pareceres Tributários (CPT) e detectou dois processos deferidos e posteriormente cassados, consoante quadro que apontou (fl. 132).
- d) Sobre o proc. 028.558/2007-1, assegurou que o termo de acordo nele celebrado (cassado depois no proc. 178481/2016-2) abrangia os incentivos previstos nos arts. 1º, 2º e 3-A a 3-F do Dec. 7799/2000.

E reproduz a redação do art. 3-F, à época da vigência dos fatos geradores:

*Nas importações do exterior e nas operações de saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, com bebidas alcoólicas das posições NCM 2204, 2205, 2206 2207 e 2208, exceto bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8% (NCM 2208.9), realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 41,176%, observado o disposto no art. 7º (efeitos de 01.10.2016 a 15.6.2017)*

*Nas operações de saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, com bebidas alcoólicas das posições NCM 2204, 2205, 2206 2207 e 2208, exceto bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8% (NCM 2208.9), realizadas por contribuintes que se dediquem à atividade de comércio atacadista, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 41,176%, observado o disposto no art. 7º (efeitos a partir de 16.6.2017).*

- e) Mesmo raciocínio para o proc. 365.491/2014-9, que contemplou termo de acordo para reduzir a base de cálculo nas entradas de mercadorias importadas (com carga de 4%, cassado depois no proc. 233.229/2016-9), conforme art. 7-C do Dec. 7799/2000.
- f) A cláusula sexta do proc. 028.558/2007-1 e a cláusula quarta do proc. 365.491/2014-9 enunciaram que o Estado da Bahia pode suspender, alterar ou revogar o Termo de Acordo, no interesse da Administração Pública.
- g) De acordo com as respostas dadas pela autuada às questões 06 e 08, atrás transcritas, a autuada efetuou a redução da base de cálculo nas vendas de bebidas alcoólicas, baseado no proc. 029.976/2018-1. Ocorre que este processo tem vigência a partir de 06.02.2018, conforme se vê às fls. 145 a 147 deste PAF.
- h) Sustentou que apesar do restabelecimento dos benefícios fiscais, feito através do Judiciário, tal decisão é de caráter provisório, de sorte que o lançamento fiscal deve ser mantido para evitar a decadência.
- i) Pede que a 5ª JJF se manifeste sobre o prosseguimento do item 1.2, inscrito no despacho de diligência.

Apresentada pelo fisco documentação pertinente à instrução do processo (fls. 136/168 – termos de acordo e pareceres fazendários).

Em nova manifestação (fls. 173/175), o contribuinte pondera que por decisão do juiz da 3ª VFP ficaram suspensos os efeitos da cassação administrativa dos benefícios fiscais concedidos, com retroação até o ato administrativo que formalizou tal cancelamento. Esclarece, por outro lado, que a Fazenda baiana, através do PAF 27123020199, assinalou, em 16.9.2017, parecer final pugnando pelo deferimento da assinatura do termo de acordo, retroativo a 31.3.2017, no sentido de usufruir dos benefícios previstos nos arts. 1º e 2º do Dec. 7799/2000, desde a data da ilegal cassação.

Juntado o parecer fazendário por último mencionado (fls. 176/177).

Em 04.10.2019, novamente vem o contribuinte aos autos para trazer ao conhecimento do órgão julgador da existência de decisão interlocatória da 3ª VFP determinando a suspensão dos efeitos

da denúncia do acordo celebrado no bojo do proc. 028.558/2007-1, restabelecendo os benefícios fiscais concedidos à autuada. Ato contínuo, o Tesouro Estadual exarou o parecer 32357/2019, restaurando o dito termo de acordo.

Anexada a decisão judicial referida (fls. 183/184), além do parecer final da Sefaz (fls. 185/186), entre outros documentos.

Mais uma vez o PAF chegou a este Colegiado e naquela ocasião foi subscrito o seguinte pedido de diligência (fls. 189/191):

*Após o presente PAF ter sido pautado para julgamento, o sujeito passivo atravessou petição (fl. 182, frente e verso) dando ciência que desde agosto de 2019 a 3ª Vara de Fazenda Pública prolatou decisão interlocutória, deferindo tutela de urgência no intuito de suspender, até posterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas prolatadas nos proc. 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo assim provisoriamente os benefícios fiscais concedidos ao autuado através dos proc. 365491/2014-9 e 028558/2007-1.*

*Juntou-se cópia deste decisum nos autos (fls. 183/184).*

*Compulsando-se a situação atual do processo judicial em comento, constata-se em princípio que a autuada continua a fruir os efeitos da tutela de urgência concedida.*

*Não obstante, de acordo com o que determina o art. 141 do CTN, a seguir transcrito, o crédito tributário só ficará suspenso nas hipóteses taxativamente estipuladas naquela codificação, fora das quais não podem ser dispensadas a sua efetivação e garantias, sob pena de responsabilidade funcional:*

*“Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias” (negritos da transcrição).*

*Em acréscimo, malgrado não ter ficado claro no teor da citada decisão que deveria o incentivo retroagir à data da sua cassação (s.m.j.), imediatamente a Administração Tributária restabeleceu o referido benefício com data retroativa a 31.3.2017, conforme se colhe do parecer final também juntado na última petição defensiva (fls. 185/186).*

*Por outro lado, verifica-se que parte da diligência solicitada à fl. 111 não foi atendida pela auditoria, designadamente o quanto inscrito no item 1.2, apesar de neste interregno ter ocorrido um fato processual novo, isto é, o pronunciamento interlocutório atrás mencionado, que poderá interferir na adoção correta do mecanismo da não cumulatividade.*

*Não se perca de vista que a cobrança em tela atine a multa percentual sobre o ICMS que deixou de ser pago no vencimento correto, devido a título de antecipação parcial, deixando a auditoria de considerar a redução de base de cálculo do Dec. 7799/2000, a partir de abril de 2017, em face da cassação do incentivo fiscal.*

*Logo, a questão tratada na ação judicial tem apenas efeitos reflexos no presente lançamento, embora não seja exata e completamente a pretexto disto que se esteja efetuando a exigência tributária.*

*Com efeito, há períodos que estão fora deste debate, precisamente de janeiro de 2016 a março de 2017, e, mesmo depois dele, estão inclusas mercadorias constantes dos arts. 1º e 2º do Dec. 7799/2000, objeto dos regimes especiais restabelecidos retroativamente, e mercadorias constantes do art. 3-F do mesmo diploma normativo, não textualmente referenciadas no parecer fazendário referido.*

*Noutro viés, cabe aqui relembrar o comando do art. 117 do RPAF-BA, de compulsória reprodução, cuja aplicação se tem dúvida no caso ora sob exame:*

*“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.*

*§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:*

*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preeexistente;*

*II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.*

*§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:*

*I - acompanhada do depósito do seu montante integral;*

*II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.*

*§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes”.*

*Neste compasso, muitas questões de natureza jurídica se erguem, sendo de bom alvitre o posicionamento do órgão consultivo do Estado nesta área, de sorte que, **inicialmente**, deve o PAF ser convertido em diligência para oitiva da d. PGE, com o fito de serem respondidas as seguintes indagações:*

*1. É sabido que, na forma do art. 151 do CTN, a concessão de medida liminar em mandado de segurança e a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Pode a tutela de urgência – modalidade nova prevista no CPC de 2015 – também configurar causa suspensiva e implicar na renúncia da instância administrativa ou haverá necessidade de colocá-la no rol do Codex Tributário, a exemplo do que ocorreu com o parcelamento, pela via da LC 104/2001?*

*2. Deveria a Administração Tributária acatar imediatamente a decisão interlocatória e restabelecer o multicitado benefício fiscal ou ficaria a medida dependendo de uma prolação judicial definitiva?*

*3. Considerando que não há clara determinação no decisum do restabelecimento do favor fiscal ser retroativo, a despeito da Administração Fazendária fazê-lo com efeitos, por assim dizer, “ex tunc”, deve prevalecer o entendimento de retroagir-se o restabelecimento da redução da base de cálculo ou apenas fazê-lo incidir a partir da data em que o Estado da Bahia tomou ciência da decisão judicial multireferida?*

*4. Conforme indicado no parecer final, designadamente na ementa e no primeiro parágrafo do seu teor (fl. 185), o contribuinte parece ter se limitado a solicitar administrativamente o restabelecimento do benefício fiscal tão-somente aplicável às mercadorias relacionadas nos arts. 1º e 2º do Dec. 7799/2000, ficando excluídas as mercadorias arroladas no art. 3-F do mesmo diploma normativo. As mercadorias apontadas neste último dispositivo continuam sem contar com o incentivo da diminuição da base imponível?*

*5. Como o objeto da ação judicial visou restabelecer os favores fiscais circunscritos aos processos administrativos 365491/2014-9 e 028558/2007-1, que admitiram a redução da base de cálculo para as mercadorias autuadas apenas em período **parcial** afetado pelo lançamento, com efeitos apenas **reflexos** neste último, até porque a cobrança refere-se a multa e tem outra fundamentação, como se proceder no julgamento administrativo? Ficará todo ele sujeito à força do art. 117 do RPAF-BA ou deve esta JJF forçosamente pronunciar-se acerca da matéria tributável que não diga respeito ao alcançado pela decisão judicial e pelo pedido administrativo de restabelecimento formulado pela autuada?*

*Por fim, a depender de como vier o pronunciamento da Procuradoria Estadual, deixa-se logo **consignado** que, prosseguindo o presente processo, **haverá necessidade de**, independente da ciência das partes, **separar**-se os cálculos entre os valores e períodos que não consideram a redução de base de cálculo e os valores e períodos que consideram este procedimento, cujo detalhamento será solicitado no momento processual oportuno, sem prejuízo do quanto solicitado no item 1.2 do pedido de diligência de fl. 111 ou ainda se, de outra forma, a juízo deste Colegiado, tais providências acabarem quedando prejudicadas.*

Por meio do parecer 008/2020 (fls. 197/206), a douta Procuradoria:

Acerca da questão 01 contida no despacho diligenciador e transcrita retro, respondeu que a decisão de urgência pode ser em conteúdo equiparada à medida liminar ou tutela antecipada, suspendendo com mesma força a exigibilidade do crédito tributário.

Acerca da questão 02 contida no despacho diligenciador e transcrita retro, respondeu que a Administração Fazendária tem que acatar imediatamente toda e qualquer ordem judicial, por terem natureza vinculativa.

Acerca da questão 03 contida no despacho diligenciador e transcrita retro, respondeu que a manutenção dos benefícios fiscais deverá ser aplicada retroativamente, visto que o deferimento da tutela de urgência não se deu de forma parcial.

Acerca da questão 04 contida no despacho diligenciador e transcrita retro, respondeu afirmativamente, lembrando que os incentivos fiscais devem ser interpretados restritivamente, sugerindo a verificação do próprio termo para conferência fidedigna das mercadorias em relação às quais se implementou a redução da base de cálculo.

Acerca da questão 05 contida no despacho diligenciador e transcrita retro, respondeu que, se a decisão judicial se mostra incapaz de repercutir sobre o processo administrativo, não há que se falar em superposição de instâncias, de modo que deverá o PAF prosseguir, em homenagem ao devido processo legal e ao direito subjetivo do contribuinte ter a sua defesa apreciada em sede administrativa.

A pedido da própria Procuradoria Assistente (fl. 208), o parecer anteriormente expedido é revisto (fls. 211/216), adotando-se entendimento externado em outro PAF, resumido nos termos absorvidos em novo pedido de diligência desta Junta, adiante reproduzido.

No regresso do PAF da d. PGE, emergiu a necessidade de novas providências, assim contextualizadas:

*Vale frisar inicialmente que a presente diligência tem o intento da i. autuante atender o quanto solicitado em diligência anterior, item 1.2 (fl. 129), considerando que o posicionamento da d. PGE foi no sentido de que a tutela de urgência conseguida pelo contribuinte, com decisão judicial anexada às fls. 138/139, não teve efeitos retroativos, inatingindo os fatos geradores relacionados com a autuação.*

*Daí a necessidade de se fazer revisão dos levantamentos fiscais inicialmente quantificados, no intuito de serem compensados os créditos fiscais a que faz jus a autuada.*

*Para melhor explicar o estágio atual do processo e justificar a necessidade de nova diligência, necessário desenvolver o seguinte histórico:*

*Exige-se neste PAF recolhimento a menor de ICMS em face de erro na determinação da sua base de cálculo quando das saídas de mercadorias, visto que usou indevidamente benefícios fiscais, conforme termos de acordo celebrados sob a luz do Dec. 7799/00.*

*Na sessão de julgamento de 03.7.2019, após sustentação oral de autuante e autuada, ficou constatado o seguinte:*

*A impugnante ponderou que o termo de acordo denunciado foi o de alimentos, permanecendo ainda válido o de bebidas alcoólicas, não sendo objeto de cassação, ainda que no PAF ficasse evidenciado que o pedido de benefício para tais bebidas fora indeferido desde o seu nascênciouro. Sobre esta questão, a i. autuante enunciou que o Termo de Acordo citado no auto de infração englobava bebidas alcoólicas e outras mercadorias.*

*Ficou também esclarecido na assentada de julgamento que os levantamentos fiscais, ao adotarem a base de cálculo cheia (vale dizer, sem a redução, em face da perda do benefício), computaram os débitos fiscais cheios, de modo que, em respeito ao mecanismo constitucional da não cumulatividade, os créditos fiscais a serem abatidos também deverão ser cheios, sem o limitador de 10%, previsto no Dec. 7799/2000.*

*Sendo assim, para prestigiar o contraditório, esta JJF resolveu deferir o pedido de diligência formulado pela defendente à fl. 43 e segs., no sentido do PAF retornar para a unidade fazendária de origem com o objetivo de:*

*1. Por parte da AUTUANTE:*

1.3 Apresentar cópias de todos os Termos de Acordo celebrados com o Estado da Bahia e que acobertem - com o benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000 e alterações posteriores - todas as operações alcançadas na presente autuação, acompanhadas das respectivas cassações, se for o caso.

1.4 Elaborar novo levantamento fiscal abatendo-se dos débitos fiscais cheios computados, em face da perda do benefício, os créditos fiscais estornados, em função do limitador de 10%, e que deixou de existir em função da adoção da base de cálculo cheia de 100%. Deve o levantamento efetuar a totalização mês a mês a partir de abril de 2017.

2. Intimar o autuado para que este, no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se – querendo – acerca dos novos elementos probatórios e levantamentos produzidos pela auditoria, falando especificamente dos novos valores encontrados e apontando os respectivos produtos que continuam com o benefício da redução, excluindo-os, se for o caso, da reelaboração dos cálculos feita pela fiscalização. Vale também lembrar o dever assumido pelo contribuinte em cooperar para o bom andamento do procedimento fiscal.

*A diligência foi parcialmente atendida pela i. autuante, ficando pendente de resolução o item 1.2 que, em função de fato novo trazido pela autuada, poderia se tornar desnecessário, aliás conforme bem advertido no informativo fiscal.*

*É que a defendente – fls. 135/139 - trouxe a conhecimento desta 5ª JJF decisão interlocutória judicial que veio guarnecer a empresa de alguns direitos, restabelecendo provisoriamente os benefícios fiscais relativos ao Dec. 7799/00.*

*Este acontecimento judicial suscitou novo pedido de diligência deste Colegiado, desta feita para a d. PGE, questionamentos formulados às fls. 193 a 195, à vista da decisão judicial interlocutória apensada às fls. 138 e 139, deferindo – vale a pena repetir - tutela de urgência no intuito de suspender, até posterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas prolatadas nos proc. 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo assim provisoriamente os benefícios fiscais concedidos ao autuado através dos proc. 365491/2014-9 e 028558/2007-1.*

*Cinco quesitos foram formulados na oportunidade, obtendo-se as seguintes respostas:*

1. É sabido que, na forma do art. 151 do CTN, a concessão de medida liminar em mandado de segurança e a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, suspendem a exigibilidade do crédito

tributário. Pode a tutela de urgência – modalidade nova prevista no CPC de 2015 – também configurar causa suspensiva e implicar na renúncia da instância administrativa ou haverá necessidade de colocá-la no rol do Codex Tributário, a exemplo do que ocorreu com o parcelamento, pela via da LC 104/2001?

*Resp: Neste particular, a dnota Procuradoria entende que a decisão interlocatória da 3ª VFP, ao deferir o pedido de tutela de urgência oposto pelo contribuinte, suspende a exigibilidade do crédito tributário mas não impede o curso do processo administrativo.*

2. Deveria a Administração Tributária acatar imediatamente a decisão interlocatória e restabelecer o multicitado benefício fiscal ou ficaria a medida dependendo de uma prolação judicial definitiva?

*Resp: Aqui entendeu o órgão especializado que a mencionada decisão judicial necessita ser cumprida sim pela Administração Fazendária.*

3. Considerando que não há clara determinação no decisum do restabelecimento do favor fiscal ser retroativo, a despeito da Administração Fazendária fazê-lo com efeitos, por assim dizer, “ex tunc”, deve prevalecer o entendimento de retroagir-se o restabelecimento da redução da base de cálculo ou apenas fazê-lo incidir a partir da data em que o Estado da Bahia tomou ciência da decisão judicial multireferida?

*Resp: Acerca desta indagação, a r. PGE entendeu ter havido o equívoco cometido pela Administração Pública ao restabelecer os benefícios fiscais com efeitos retroativos (fl. 206), sem que a decisão judicial o tivesse, dessa forma e expressamente, determinado. E acrescenta que a autoridade competente deve ser orientada a rever seu ato de restabelecimento dos benefícios fiscais, corrigindo a data de início de vigência para aquela em que o Estado tenha sido cientificado da decisão judicial (fl. 207).*

*Logo, como a decisão interlocatória em comento foi proferida em 07.8.2019, bem depois dos fatos geradores afetados pelo presente lançamento de ofício, termo final em dezembro de 2017, é de se ver que nenhum efeito obstativo tem ela sobre o PAF, independente da data da ciência do Estado, a despeito de ser ela um dado importante para servir de ponto de partida a fim de revigorar-se os benefícios fiscais.*

4. Conforme indicado no parecer final, designadamente na ementa e no primeiro parágrafo do seu teor (fl. 185), o contribuinte parece ter se limitado a solicitar administrativamente o restabelecimento do benefício fiscal tão-somente aplicável às mercadorias relacionadas nos arts. 1º e 2º do Dec. 7799/2000, ficando excluídas as mercadorias arroladas no art. 3-F do mesmo diploma normativo. As mercadorias apontadas neste último dispositivo continuam sem contar com o incentivo da diminuição da base imponível?

*Resp: Manifesta a respeitável Procuradora Assistente que se encontram restabelecidos todos os benefícios fiscais objeto do pleito administrativo do contribuinte, a qual se reporta textualmente a decisão proferida no PA 028558/2007-1, inclusive o disciplinado no art. 3-F do dec. 7799/2000 (fl. 207).*

5. Como o objeto da ação judicial visou restabelecer os favores fiscais circunscritos aos processos administrativos 365491/2014-9 e 028558/2007-1, que admitiram a redução da base de cálculo para as mercadorias autuadas apenas em período parcial afetado pelo lançamento, com efeitos apenas reflexos neste último, até porque a cobrança refere-se a multa e tem outra fundamentação, como se proceder no julgamento administrativo? Ficará todo ele sujeito à força do art. 117 do RPAF-BA ou deve esta JJF forçosamente pronunciar-se acerca da matéria tributável que não diga respeito ao alcançado pela decisão judicial e pelo pedido administrativo de restabelecimento formulado pela autuada?

*Resp: Apesar da d. PGE inferir que, constatando-se superposição absoluta, deve ser encerrada a instância administrativa e encaminhado os autos para inscrição em dívida ativa, mas que, neste PAF, ainda remanescem questões preliminares e de mérito pendentes de apreciação por este Conselho, o fato é que os efeitos da decisão interlocatória não atingem temporalmente os fatos geradores objeto da presente cobrança, porque anteriores à sua própria prolação, 07.8.2019, vale repetir.*

*O que se conclui estar todo o auto de infração liberto da retroação dos efeitos jurídicos do pronunciamento judicial de urgência, segundo defende a d. PGE, de sorte que forçosamente sob tal ponto de vista este Colegiado continuará a instruir o processo.*

*Nestes moldes, tem o presente despacho o intuito do PAF ser encaminhado à unidade fazendária de origem para serem adotadas as seguintes providências:*

**I- POR PARTE DO TITULAR DA UNIDADE FAZENDÁRIA DE ORIGEM DO PAF:**

1. Mandar comunicar à autoridade fazendária competente para deferir, cassar ou indeferir benefícios fiscais que modifiquem a data de vigoramento dos benefícios fiscais objeto da decisão interlocatória judicial, seguindo as orientações da d. PGE a partir do enunciado à fl. 206, inclusive no que concerne à fixação da data exata em que o Estado da Bahia tomou ciência da decisão interlocatória multireferida, juntada às fls. 138 e 139.

**II- POR PARTE DA AUTUANTE:**

1. Atender ao quanto solicitado em diligência anterior, item 1.2, fl. 129, sobretudo agora em que os benefícios fiscais permanecem cassados durante todo o período autuado, prestando informações fiscais explicativas do novo levantamento.

**III- POR PARTE DO AUTUADO, EM 10 (DEZ) DIAS:**

1. Manifestar-se a respeito das informações e documentos juntados às fls. 147 a 185.
2. Manifestar-se a respeito dos pareceres exarados pela d. PGE às fls. 197 a 202 e 204 a 209.

3. Manifestar-se a respeito das novas informações produzidas pela i. autuante, demonstrativos e demais elementos instrutórios apensados em face da diligência solicitada à fl. 129, item 1.2, reiterada retro.

Efetivados estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

Para dar sequência lógica ao relato, vale a pena repetir o teor do quanto solicitado à fl. 111, item 1.2:

*Elaborar novo levantamento fiscal considerando o valor integral dos créditos fiscais consignados nos documentos fiscais de aquisição que foram alcançados pela autuação, nos termos do art. 12-A da Lei baiana do ICMS, para efeito de recálculo do montante devido a título de antecipação parcial, abatimento dos valores já pagos sob esta rubrica e incidência da multa de 60%. Deve o levantamento efetuar a totalização mês a mês.*

Instada a se manifestar, assim redarguiu a autuante (fls. 228/232):

No que atine ao item 1.2 do despacho de diligência anterior de fl. 129, declara que é contra a medida, pois não é obrigação do fisco neste caso conceder o crédito ao contribuinte. Opina que a empresa é quem deve pedir administrativamente o crédito, porquanto se for dado o crédito neste processo, a Sefaz ficará sem controle diante de um eventual pedido de crédito referente ao mesmo assunto.

Explica que as empresas adotam dois métodos para usar os créditos no limite de 10% do valor da operação, fixados no art. 6º do Dec. 7799/2000. No primeiro o contribuinte lança o valor no estorno de crédito, diretamente no Apuração do ICMS; no segundo a empresa se credita no limite de 10% do valor da operação, quando escritura as NF de entradas no registro de entradas correspondente. A autuada se valeu do segundo método.

Continua dizendo que para calcular qual seria o valor do ICMS destacado na NF-e para compará-lo ao ICMS lançado na EFD, não é correto simplesmente considerar como base de cálculo o mesmo valor da operação e multiplicar pela alíquota interestadual. Examinado as NF-e de entrada, constata-se que algumas NF-e de entrada têm redução da base de cálculo por parte do fornecedor. Se considerar como base de cálculo o mesmo valor da operação e multiplicar pela alíquota interestadual seria concedido um crédito maior que o destacado no documento fiscal, no caso em que existe redução da base de cálculo por parte do fornecedor. Seria outorgado um crédito presumido sem amparo legal. O mesmo aconteceria com as mercadorias sujeitas a 4% e de fornecedores do simples nacional.

Cita como exemplo o item 17872 - SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L da NF 4.398 (dados do contribuinte). Este item tem o valor do produto de R\$ 3.478,20 e alíquota de 18%, portanto 3.478,20 x 18% = 626,08, entretanto na NF-e o ICMS destacado é R\$ 368,26. Um suposto crédito a maior de R\$ 257,82. Foi printada na peça processual parte da nota fiscal.

Logo, é necessário vincular para cada item lançado na EFD o respectivo crédito destacado na nota fiscal.

Ressalta que os dados lançados na EFD referente às entradas não são lançados exatamente como constam na NF-e de entrada. Muda-se o código do produto, descrição do produto e ICMS creditado conforme o caso. Tomando como base a mesma NF 4.398, na NF-e o código do produto do fornecedor é 1452 e o código do produto do contribuinte na EFD é 17872. Na NF-e a descrição do fornecedor é ALIM. SOJA LV BATAVO 1000 e na EFD a descrição do contribuinte é SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L.

#### DADOS DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD

```
|0200|17871|SUCO SOJA ORIGINAL ZERO NATURIS 12X1L|7891097017902||CX|00|22029000||||0||  
|0200|17872|SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L|7891097014529||CX|00|22029000||||0||  
|C100|0|1|2004728|55|00|1|4398|2917121404946700382255001000043981411200276|12122017|1  
3122017|5530,2|1|0|0|5530,2|0|0|0|3252,87|585,52|0|0|0|91,25|420,29|0|0|
```

|C170|1|17871|45|CX|2052|0|0|020|1102|50001|1206,99|18|217,26|0|0|0|||0|0|0|50|2052|1,6  
5|||33,86|50|2052|7,6|||155,95|1436|  
|C170|2|17872|85|CX|3478,2|0|0|020|1102|50001|2045,88|18|368,26|0|0|0|||0|0|0|50|3478,2  
1,65|||57,39|50|3478,2|7,6|||264,34|1436|  
|C190|020|1102|18|5530,2|3252,87|585,52|0|0|2277,33|0||

Portanto, foi necessário desenvolver um caminho para identificar a diferença entre o ICMS creditado e o ICMS destacado na NF-e.

Um dado para vincular o produto do fornecedor na NF-e com o produto do contribuinte na EFD poderia ser o número do item, já que no GUIA PRÁTICO DA EFD - Versão 2.0.20, folhas 54 do arquivo em PDF em anexo, determina o leiaute do REGISTRO C170, campo 2 (número do item), tem como descrição **o número sequencial do item no documento fiscal**. Porém, a informação do número do item constante na NF-e não é o mesmo utilizado pelo contribuinte na EFD e com isto a utilização do número do item fica prejudicada. Vide NF 4.398 que na NF-e o item 1 é ALIM. SOJA LV BATAVO 1000, valor R\$ 3.478,20, enquanto na EFD aparece como item 2, valor R\$ 3.478,20, SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L.

### REGISTRO C170: ITENS DO DOCUMENTO (CÓDIGO 01, 1B, 04 e 55).

Registro obrigatório para discriminar os itens da nota fiscal (mercadorias e/ou serviços constantes em notas conjugadas), inclusive em operações de entrada de mercadorias acompanhadas de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de emissão de terceiros.

Conforme item 2.4.2.2.1 do Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008, o termo "item" é aplicado às operações fiscais que envolvam mercadorias, serviços, produtos ou quaisquer outros itens concernentes às transações fiscais suportadas pelo documento, como, por exemplo, nota fiscal complementar, nota fiscal de resarcimento, transferências de créditos e outros casos.

Não podem ser informados para um mesmo documento fiscal dois ou mais registros com o mesmo conteúdo no campo NUM\_ITEM.

**IMPORTANTE:** para documentos de entrada, os campos de valor de imposto, base de cálculo e alíquota só devem ser informados se o adquirente tiver direito à apropriação do crédito (enfoque do declarante).

Nº	Campo	Descrição	Tipo	Tam	Dec	Entr	Saída
01	REG	Texto fixo contendo "C170"	C	004	-	O	O
02	NUM_ITEM	Número sequencial do item no documento fiscal	N	003	-	O	O
03	COD_ITEM	Código do item (campo 02 do Registro 0200)	C	060	-	O	O

Por este motivo, fez-se necessário intimar a empresa para apresentar uma relação DE/PARA dos códigos usados pelos fornecedores com os códigos usados pela empresa. Por exemplo:

ChvNfe	ITEM EFD	ITEM NF-e
'21170117835042002270550010000885421084352089'	001	2
'26170121229645004915550010000298531158037894'	001	2
'26170121229645004915550010000298531158037894'	002	1
'26170150706019001106550010000198371583157264'	001	3
'26170150706019001106550010000198371583157264'	002	1
'26170150706019001106550010000198371583157264'	003	2

Lembra que a impugnante foi notificada através da Intimação 29 a apresentar a relação DE/PARA. A ciência se deu em 03/02/2021, sendo o fim do prazo em 05/03/2021. Todavia, a defendant, após terminado o prazo de 30 dias e até a presente data, 10/03/2021, não apresentou a relação DE/PARA o que torna a execução da diligência impossível.

E conclui postulando a procedência parcial do auto de infração.

Em 29.3.2021, a impugnante, através de petição (fls. 236/237), visando atender a intimação fiscal nº 29, traz à colação documentação instrutória (fls. 238/369), entre as quais, em papel, planilha de 61 páginas dentro da qual, na última coluna, indica o nº do item da NF-e (Anexo 1), onde se faz a associação “DE/PARA”, solicitada pela autuante.

Satisfeita a intimação e sendo possível a partir dali fazer a revisão fiscal, assim a autuante apresentou a **metodologia** abaixo, *ipsis litteris* (fls. 371/373):

*Apesar do pedido de diligência citar que: “os benefícios fiscais permanecem cassados durante todo o período autuado”, observei que o Termo de Acordo referente ao Processo 028.558/2007-1, foi cassado através do Processo 178.481/2016-2, cuja ciência se deu em 31/03/2017. Por este motivo apenas o período a partir de abril de 2017 deve passar a receber 100% do crédito destacado, excluindo-se é claro, as mercadorias sujeitas ao benefício do art. 268, XXII, do RICMS/BA (carga tributária de 12% para óleo de soja).*

*Para atender a diligência foi:*

*1 - Gerado, através do SIAF, a RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA CONFORME EFD (Escrituração Fiscal Digital).*

*2 - Foram feitas as seguintes filtragens:*

*2.1 - Foi feita uma filtragem por mês para ficar com o período de 01/04/2017 a 31/12/2017.*

*2.2 - Desta relação só foram considerados os itens que estão relacionados no ANEXO 3.*

*2.3 - Foram excluídas as operações internas.*

*2.4 – Foram excluídos os seguintes CFOP por serem situações em que não geram os créditos fiscais estornados em função do limitador de 10%.*

CFOP	Descrição
2.908	Entrada de bem por conta de contrato de comodato
2.909	Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato
2.912	Entrada de mercadoria ou bem recebido para demonstração
2.913	Retorno de mercadoria ou bem remetido para demonstração
2.915	Entrada de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo
2.922	Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de compra para recebimento futuro
2.923	Entrada de mercadoria recebida do vendedor remetente, em venda à ordem
2.949	Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada

*2 .5 - Utilizando os dados do relatório de parametrização do SIAF, foi feito um filtro para a carga tributária superior a 10% (12%, 18% e 27%).*

*2.6 - Foram excluídos os casos em que a base de cálculo é igual ao valor da operação.*

*3 – O contribuinte foi intimado para apresentar a relação DE/PARA.*

*4 – De posse da relação DE/PARA do contribuinte, foi colocado na RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA CONFORME EFD, o item da NF-e, a descrição da NF-e, a base de cálculo, a alíquota e o ICMS destacado na NF-e.*

*5 – Foi verificado se a descrição do item da NF-e informado é a mesma descrição do item da EFD. Exemplo no item de ordem 0017, a descrição da EDF é V AR LATITU 33 MALBEC TT 750ML e a descrição da NF-e é CHANDON BRUT ROSE 750 ML. Só foram considerados os itens com a mesma descrição.*

*6 – Foi aplicado um filtro para considerar apenas os itens, cujas NF-e de entrada tinham alíquota destacada de carga superior a de 10%.*

*7 – Foi calculada a diferença entre o ICMS destacado e o ICMS lançado.*

*8 – O valor do ICMS referente ao estorno de crédito foi calculado por mês.*

*9 – O valor do ICMS mensal referente ao estorno de crédito foi lançado na planilha ANEXO 5 - DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL - DILIGÊNCIA 2, para atender a determinação da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. Assim, concedeu-se o valor do anterior estorno de crédito, referente ao Termo de Acordo Atacadista que foi cassado.*

E arremata ratificando a procedência parcial do lançamento de ofício.

Juntados pela fiscalização, em papel e mídia eletrônica, relação de notas fiscais de entrada conforme EFD – Diligência 2 (Anexo 4) e demonstrativo da antecipação parcial - Diligência 2 (Anexo 5), INTIMAÇÃO 29 - RELAÇÃO DE/PARA NOTAS FISCAIS DE ENTRADA - DILIGÊNCIA 2 (Anexo 1) e recibo de arquivos eletrônicos respectivo (fls. 374/377).

Mais uma vez, a autuada, depois de garantir a tempestividade de sua iniciativa (fls. 385/392):

Elabora uma síntese dos motivos ensejadores do despacho de diligência.

Como preliminares, ratifica as razões impugnatórias e noticia que a Administração Fazendária tomou ciência de nova decisão que ratificou a antecipação dos efeitos da tutela, prolatada pela 3<sup>a</sup> VFP, no sentido de que a “**manutenção de qualquer exação com base na ilegal cassação dos benefícios previstos no Decreto 7.799/00**” (fl. 388) implicará em descumprimento de comando judicial, ensejando multa diária, sem prejuízo de encaminhamento ao MP para apuração de eventual crime de desobediência. São reproduzidos trechos da nova decisão judicial.

No mérito, afirma estar incorreta a revisão fiscal efetivada. Para o Anexo 5, não foi considerado o valor integral dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais para o período de janeiro de 2016 a março de 2017; em verdade, nas operações apontadas no citado Anexo, deveria ter sido considerada na metodologia a alíquota de 12%, conforme destacado nas notas fiscais, em vez do crédito de 10%.

Em relação ao período de abril de 2017 a dezembro de 2017, existem diversas notas fiscais com valores zerados e deveria ter sido ajustado para ser considerada a diferença de 2%, fato que deixou de ser observado na revisão fiscal. E traz como exemplo a NF 362801, de 25.7.2017.

Conclui, portanto, estar a revisão fiscal com inconsistências.

E solicita a realização de nova diligência, em vista do que ponderou.

**Juntados a nova decisão interlocutória (fls. 393/394) e pareceres fazendários restabelecendo a partir de 31.3.2017 os benefícios concedidos no proc. 271.230/2019-9 (fls. 397/398) e restabelecendo a partir de 13.3.2017 os benefícios concedidos no proc. 275.863/2019-5 (fls. 400/401), além de cópias do Anexo 3 e Anexo 4 elaborados pelo fisco (fls. 403/476), entre outros documentos.**

Em novo informativo fiscal (fls. 478/484), a autuante fornece o relato abaixo:

*Lembra que a impugnante citou que: "O processo de fiscalização foi realizado por e-mail, anterior a autuação, e que no procedimento fiscal foi constatado crédito superior ao débito." Mas assegura que a citação não corresponde com a realidade, pois não confere com o que está escrito na primeira informação fiscal, folhas 47 a 59. Por e-mail foi informado a inconsistência, folhas 7. Este fato já foi esclarecido na segunda informação fiscal, folhas 99. Os documentos utilizados para fiscalização são NF-e e EFD que constam no banco de dados da SEFAZ, dados do Sistema de Informação do Contribuinte - INC que constam a arrecadação e dados do CPT que constam os Termos de Acordo.*

*Menciona que a defendente também alega que segundo a fiscalização o termo de acordo referente às bebidas alcoólicas foi indeferido, contudo retificou sua autuação, a fim de reduzir a base de cálculo desses produtos entre janeiro e março. Cabe acrescentar a informação complementar à frase da defendente. O processo que foi citado pela impugnante referente às bebidas alcoólicas e estava indeferido foi o 163.738/2016-0. Na primeira manifestação defensiva, a recorrente arguiu que o Termo de Acordo celebrado referente às bebidas alcoólicas se deu por meio do processo nº 163.738/2016-0, não sendo, portanto, objeto da cassação presente no processo nº 178.481/2016-2. Em resposta na primeira informação fiscal, folhas 50 e 51, foi explicado que em pesquisa ao Sistema de Informação do Contribuinte – INC constata-se que o processo nº 163.738/2016-0 foi INDEFERIDO, conforme imagem que encartou, abaixo também transcrita:*

The screenshot shows a Windows application window titled "Dados Fiscais". At the top, there are fields for "Inscrição Estadual" (064.833.153) and "CNPJ/CPF" (07.041.307/0001-80). Below these are fields for "Razão Social" (SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA) and tabs for "SEPD", "Diferimento", "Processos Tributários", "ECF", and "AIDF".

Nº Processo	Data Protoc.	Tipo	Situação	Nº Parecer	Assunto
16540320144	03/09/2014	Autorização - Reci	INDEFERIDO	23047/2014	Recolhimento Prazo N
16373820160	14/09/2016	Termo de Acordo	INDEFERIDO	35136/2016	Decreto 7.799/00
14150120080	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	14614/2008	Crédito Fiscal
14149520083	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	15034/2008	Crédito Fiscal
14148220087	07/08/2008	Consulta - Crédito	INDEFERIDO	14602/2008	Crédito Fiscal
14147720081	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	14598/2008	Crédito Fiscal
09539520156	19/05/2015	Restituição - ICMS	DEFERIDO	26723/2015	ICMS
09502820188	14/05/2018	Autorização - Retif	DEFERIDO	17324/2018	Retificação da EFD R
08583420185	27/04/2018	Autorização - Retif	DEFERIDO	16088/2018	Retificação da EFD R

In the bottom left, there is a note in Portuguese:

**Ementa:** Termo de Acordo Decreto 7799/00 - art. 3º F Redução na base de cálculo das operações de importação e nas saídas internas de bebidas alcoólicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208 - PELO INDEFERIMENTO

*Com relação à correção feita para bebida alcóolica entre janeiro e março de 2017, deve-se ao fato de que o Processo nº 028.558/2007-1, folhas 155 a 157, incluía bebida alcoólica e este processo estava vigente até 31/03/2017, pois foi denunciado através do Processo nº 178.481/2016-2, com ciência em 31/03/2017, folhas 158 a 160. Sendo assim, a correção está de acordo com os processos válidos para o período de janeiro a março de 2017.*

*De acordo com a defendente, foi comunicado à 5ª JJF o deferimento de tutela de urgência proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e ante o fato superveniente, o julgamento foi convertido em diligência, após o que foi apresentado pela Autoridade nova metodologia de cálculo, considerando o decidido na decisão proferida pela 3ª VFP.*

*Após o conhecimento do Processo nº e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001 original, a 5ª JJF encaminhou diligência para a PGE se manifestar e conforme parecer, folhas 197 a 216, conclui que o efeito da decisão é a partir da ciência ao Estado. Após parecer da PGE, a 5ª JJF determinou diligência para elaborar novo levantamento fiscal considerando o valor integral dos créditos fiscais consignados nos documentos fiscais de aquisição que foram alcançados pela autuação, nos termos do art. 12-A da Lei baiana do ICMS, para efeito de recálculo do montante devido a título de antecipação parcial, abatimento dos valores já pagos sob esta rubrica e incidência da multa de 60%. Desta forma, a diligência não considerou os termos do comando judicial, pois seguiu a determinação da PGE. A fiscalização executou apenas o que estava determinado na diligência de conceder 100% do crédito destacado no período de abril a dezembro de 2017.*

*Ainda segundo a impugnante, em manifestação fiscal, foi ressalvado que os benefícios fiscais continuam cassados durante todo o período autuado. A citação da defendente não corresponde com a realidade, porque a autuação tem fato gerador de 2016 e 2017 e apenas o período de abril a dezembro de 2017 não foi considerado a redução da base de cálculo de 41,176% em função da cassação do Processo nº 028.558/2007-1.*

*Sobre o parecer da PGE, à luz da Decisão Interlocatória de 07/08/2019, no processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001, foram emitidos 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 ao Estado. Neste mesmo parecer da PGE deixou esclarecido que a bebida alcoólica tem o benefício do Processo nº 028.558/2007-1, até 31/03/2017. Com relação ao processo nº 271.230/2019-9, a PGE também orientou a Administração a rever o ato de restabelecimento dos benefícios fiscais, corrigindo a data de início de vigência para aquela em que o Estado tenha sido cientificado da decisão judicial.*

*Sobre a nova decisão interlocatória proferida pela 3ª VFP, proc. 0529035-03.2018.8.05.0001, rebate a afirmação da impugnante no sentido de que qualquer valor que tenha ensejado a multa percentual por ausência de recolhimento de ICMS, cuja base tenha sido a ilegal cassação dos benefícios fiscais do Decreto nº 7.799/00, devam ser afastados e julgados improcedentes.*

*Caso a nova decisão seja acatada pela 5ª JJF, observa que o Termo de Acordo foi cassado através do Processo 178.481/2016-2, cuja ciência se deu em 31/03/2017. Por este motivo apenas o período a partir de abril de 2017 estaria sujeito a receber a redução da base de cálculo de 41,176% e não teria mais direito a 100% do crédito destacado. Logo, o período anterior abrange cobranças subsistentes.*

*No tocante à infração propriamente dita, a defendente diz ter direito ao crédito integral no período de janeiro/2016 a março/2017. O contribuinte deseja cumulativamente a redução da base de cálculo e manter o crédito de 100% do imposto destacado.*

*Entre janeiro/2016 a março/2017, estava em vigor Processo nº 028.558/2007-1, sendo assim, foi aplicada a redução da base de cálculo de 41,176% nas saídas. De acordo com o art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes não poderão exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. Ainda conforme com art. 29, § 4º, inciso II da lei 7.014/96 C/C art. 310, inciso II do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, o crédito deve ser proporcional a saída.*

*Cita o inciso II, do § 4º, do art. 29 da Lei nº 7.014/96, aqui também reproduzido:*

*“Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

*...*

*§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*...*

*II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;”*

*Mesmo caminho para o inciso II, do art. 310 do RICMS.*

*“Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*...*

*II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;”*

*Por conseguinte, não cabe ao contribuinte o crédito de 100% do imposto destacado. O crédito deve ser proporcional a saída com redução da base de cálculo.*

A defendente alega que em relação ao período de abril de 2017 a dezembro de 2017, existem diversas notas fiscais com valores zerados, e deveria ter sido ajustada para ser considerada a diferença de 2% e cita o exemplo dos itens 16977 - VINAG ALCOOL GOTA 12X750ML e 11601 - VINAG ALCOOL MARATA 12X750ML.

A defendente não citou que dispositivo legal se baseou para tal alegação. Creio que a diferença de 2% se refira ao crédito presumido do art. 2º, do Decreto 7.799/00 que define que o contribuinte poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria. 16,667% sobre 12% (alíquota interestadual de saída para a Bahia) equivale a 2%. Neste caso, cabe o crédito presumido de 16,667% sobre as operações de saída. Como as notas do anexo 5 são notas fiscais de entrada, não se aplica o referido crédito presumido.

Consoante esclarecido na metodologia no item 5, foi verificado se a descrição do item da NF-e informado é a mesma descrição do item da EFD. Por exemplo: para o item 16977 - VINAG ALCOOL GOTA 12X750ML, na NF-e 362.801 foi informado o item da nota 4, que na realidade é VINAGRE MARATA MACA 12X750ML. Vinagre de álcool não é vinagre de maça. Outro exemplo é o item 11601 - VINAG ALCOOL MARATA 12X750ML, que para a NF-e 362.801 foi informado o item 1, que na realidade é VINAGRE MARATA ALCOOL 12X500ML. O item de 750 ML não é o item de 500 ML. Não se trata do mesmo item, por este motivo o crédito não pode ser considerado.

Ademais, se for aplicada a redução da base de cálculo de 41,176%, não cabe o crédito de 100% do valor do ICMS, como foi justificado acima.

Termina pontuando a desnecessidade da diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Conclui sua peça informativa em três linhas: (i) A decisão do Processo nº e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001 fere o direito da SEFAZ fazer o lançamento fiscal antes da decadência, caso a decisão provisória seja revertida. (ii) Caso a 5ª JJF aceite a nova decisão da sobre o Processo nº e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001, foi incluindo a redução da base de cálculo de 41,176% no Anexo 6. (iii) Caso contrário, fica valendo os dados do Anexo 3 para o período de janeiro/2016 a março de 2017 e os dados dos anexos 4 e 5 para o período de abril a dezembro de 2017.

Anexados, entre outros documentos, o Anexo 6 – Demonstrativo da Antecipação Parcial – Diligência, em papel (excertos) e meio eletrônico (todo o conteúdo), no formato excell, no qual a revisão fiscal aponta para um novo valor reclamado (fls. 485/502).

Emergindo nova necessidade de diligência, a 5ª JJF (fls. 507/508):

#### **RESUMO DOS FATOS E ARGUMENTOS JUSTIFICADORES.**

Envolve o presente lançamento de ofício multa de R\$ 1.869.715,94, mais consectários, à razão de 60%, em virtude da empresa não ter recolhido no prazo o ICMS devido a título de antecipação parcial, nos termos do art. 12-A, c/c o art. 42, II, “d”, ambos da Lei 7014/96.

Em primeiro lugar, é de se consignar que existe um processo judicial, de nº **0520286-31.2017.8.05.0001**, alusivo ao benefício aplicável especificamente para as vendas de bebidas alcoólicas, no qual consta decisão interlocatória (apensada às fls. 90/94) que revoga a sua cassação, aplicando os efeitos do restabelecimento do benefício a partir do dia em que o Estado tomou conhecimento do citado pronunciamento judicial. Veja-se trecho da citada decisão (fls. 93/94):

*“Entretanto, a contrário do que postula a requerente, não se pode nesse momento processual, por se tratar de medida de natureza antecipatória de natureza reversível, estabelecer os efeitos retroativos à data de requerimento pedido, o que será objeto de mérito de sentença”* (destaques da transcrição).

Por outro lado, fato novo relevante ocorrido neste processo diz respeito ao fato da autuada trazer ao conhecimento deste Colegiado uma nova decisão interlocatória, desta feita proferida pela 3ª VFP em outro processo, de nº **0529035-03.2018.8.05.0001**, na qual se ordena que os benefícios devem retroagir à data da sua concessão e não a partir da data em que o Estado dela tomou ciência.

A Administração Pública atende a ordem do Judiciário emitindo pareceres fazendários (nºs 3484/2021 e 3491/2021), restabelecendo os incentivos a partir de 31.3.2017, formalizados no proc. 271230/2019-9, e a partir de 13.3.2017, formalizados no proc. 275863/2019-5.

Em função destes acontecimentos, que interferem na quantificação do valor devido de multa, a auditoria firma novo posicionamento (fls. 478/484), ocasião em que é produzido e apensado o Anexo 6 (fl. 501).

Nele não se vê um demonstrativo sintético mensal do montante revisado, mas apenas totalizados em cada mês.

Além disto, o autuado não tomou conhecimento dos novos valores revisados e das últimas informações fiscais, as quais acrescentam outros argumentos ainda não examinados.

Tais pendências processuais e instrutórias necessitam ser resolvidas, em função do contraditório e da verdade material.

#### **DILIGÊNCIA.**

Isto posto, este Colegiado decidiu converter o processo em diligência para a **DAT METRO/IFEP COMÉRCIO**, no esforço de buscar na completude a melhor apreciação do caso concreto, pautada nas seguintes providências:

a) Por parte da AUTUANTE:

a.1) Informar se os cálculos elaborados no Anexo 6 já consideram os termos da decisão interlocatória proferida no proc. **0520286-31.2017.8.05.0001**, restabelecida do benefício incidente nas vendas com bebidas alcoólicas **a partir da data da ciência em que o Estado tomou ciência do citado pronunciamento judicial**.

a.2) No intuito de facilitar a instrução a dar liquidez ao PAF, inclusive quando da alteração dos valores nos sistemas fazendários (SIGAT), e acompanhando o demonstrativo analítico do Anexo 6, apresentar em **separado** o novo demonstrativo sintético de débito mensal do auto de infração.

a.3) Produzir informações fiscais apresentando as explicações detalhadas para o quanto anteriormente solicitado, fazendo as complementações que entender necessárias.

b) Após iniciativa da autuante, intimar o autuado para que este, no prazo de 10 (**dez** dias), manifeste-se – querendo – acerca dos novos elementos probatórios e levantamentos produzidos pela auditoria, **falando especificamente dos novos valores encontrados e das últimas informações fiscais produzidas, a que será produzida na forma do sibitem a.3) anterior e a de fls. 478/484.**

A autuante (fls. 513/515): (i) assegura que o Anexo 6 obedece aos ditames da 3<sup>a</sup> VFP, mandando restabelecer os benefícios de redução de base de cálculo tantas vezes referido neste relatório, com efeitos retroativos a 31.3.2017, confirmado pela Sefaz (fl. 397); (ii) revisa dito Anexo 6 para recalcular valores relacionados a água de coco, chá *namastea*, suco, xarope e mistura para bolo, os quatro primeiros porque excluídos do benefício de redução desde 2009, conforme Dec. 11.481/09 e posição do CONSEF (Ac. 0239-12/21), inclusos no Anexo 7 sem o incentivo, a última porque entrou na antecipação tributária total desde 01.02.2017; (iii) por tais motivos foram feitos os Anexos 7 (analítico) e o Anexo 8 (sintético).

Juntado CD com os Anexos 6, 7 e 8 (fl. 519).

O contribuinte, após minuciosa verificação dos Anexos 7 e 8 (fls. 525/553):

Rebate o pronunciamento fiscal que aponta já ter considerado os recolhimentos de antecipação parcial pré-autuação, inclusive feitos em períodos distintos, na forma do art. 332, § 2º, regulamentar.

Acusa a desnecessidade de pagamento da antecipação parcial em cujas regiões geoeconômicas venham com a alíquota de 12%.

Aponta casos em que não cabe a antecipação parcial porque não houve circulação de mercadorias, a exemplo de bonificações e devoluções de vendas.

Menciona casos de aquisições isentas de produtos hortifrúti congelados.

Salienta casos de cobrança da multa em face de aquisições beneficiadas de bebidas alcoólicas.

Requer realização de nova diligência.

Anexado CD e parecer técnico do IPT, a respeito do hortifrúti (fl. 553).

Na sua réplica (fls. 579/603), a autuante:

Sobre o pagamento já feito e lançamento considerando a data da MDF-e, nenhum DAE foi apresentado e a legislação aplicável para os fatos geradores é a anterior, não aquela alterada pelo Dec. 18085/17.

Sobre as regiões geoeconômicas, apenas aquelas operações com alíquota de 12% foram excluídas dos Anexos 09 e 10.

Sobre bonificações e “neutralizações” (anulações de operações, com mercadorias retornadas, CFOP 2949), as primeiras se sujeitam à antecipação parcial, ao passo que as últimas foram excluídas dos Anexos 9 e 10.

Sobre a suposta isenção de hortifrúti, mantém a cobrança, com apoio em decisões recentes deste Conselho.

Sobre as operações com bebidas, mantém a cobrança, com apoio em decisões recentes deste Conselho.

**Apensada mídia digital com Anexos 9 (analítico) e 10 (sintético - fl. 607), acusando a multa revisada no monte de R\$ 288.766,51.**

Contribuinte toma ciência (fls. 610/611) desta última informação fiscal e dos arquivos eletrônicos acostados, ocasião em que (fls. 613/645), de novidade:

Acerca dos recolhimentos já efetuados, pontua que o fisco tem acesso aos pagamentos e se quisesse os DAEs correspondentes, intimasse neste sentido. Ademais, mesmo pela norma de regência aplicável na época (art. 332, § 2º, do RICMS-BA), o sujeito ativo recebeu, sem prejuízo, o imposto de forma antecipada, “visto que o MDFe sempre é anterior à data da escrituração da entrada da mercadoria.

Acerca da origem geoeconômica dos produtos, ratificou sua posição anterior, desviando a discussão agora para a aplicação do benefício para as bebidas em geral.

Acerca das bonificações, pondera que, apesar do crédito do ICMS ter sido destacado nas notas de aquisições, isto não significa que tenha ocorrido o seu aproveitamento na escrita, para fins de compensação com os débitos fiscais. Além disto, caso o fisco desejasse demonstrar que as bonificações foram oneradas financeiramente ao consumidor e repassadas com intuito comercial, deveria provar que o destinatário desembolsou valores para obtenção do bem, com uso do crédito fiscal respectivo. Cita como suporte o Ac. CJF 0278-11/17.

Acerca das devoluções de vendas, nada mais disse a respeito.

Acerca dos produtos hortifrúti congelados cobertos pela isenção, reitera argumentos anteriores, inclusive reforçando com decisão do STJ e parecer do IPT de São Paulo, além da consignação de que fez consulta à Sefaz baiana sobre este mesmo assunto.

Acerca da inclusão na cobrança de bebidas, vale dizer, água de coco, chá *namastea*, suco e xarope, retiradas do benefício reducional pelo Dec. 11.481/2009, uma vez relacionadas com o CNAE 4635-4 (comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente), opõe reiterativamente que sua principal atividade está no CNAE 4639701 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral), nele sendo excluído apenas o atacado de rações e alimentos para animais, de sorte que o código 4639701 abarcaria também as bebidas.

Acerca dos casos com fase de tributação encerrada, alega que o fisco insiste em incluir na exigência produtos sujeitos à ST, com pagamento do imposto pelo fornecedor substituto, a exemplo de *vodka smironoff ice*, NCM 2208900, constante no Anexo 1 do RICMS-BA.

Ao cabo, renova o pedido de nova diligência.

Mídia digital constante à fl. 649.

Razões meramente reiterativas da fiscalização (fls. 656/674).

Devolvido o processo para esta relatoria.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer diliação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

## VOTO

Apesar da trajetória singular tomada neste processo, com idas e vindas envolvendo o órgão consultivo do Estado, múltiplos pronunciamentos de autuante e autuado, reviravoltas de entendimentos expressados no Judiciário, além de diversas diligências solicitadas por este Colégio, o seu desfecho parece desbancar para uma solução relativamente simples, conforme será exposto no presente voto.

Inicialmente, convém registrar que o lançamento cobra multa de 60% (sessenta por cento) sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, em face de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A discussão neste PAF encontra fulcro em saber se poderia o contribuinte fazer as reduções de base de cálculo previstas no Dec. 7.799/00, desprezadas pela auditoria porque **cassados** por pronunciamento administrativo fazendário, especialmente entre abril e dezembro de 2017, período em que se aloja o maior volume cobrado de multa.

Também há outras situações que orbitam o processo, não menos importantes, a serem apreciadas em tópicos, inclusive em sede antecedente de mérito.

## Questões prejudiciais.

## Restauração do benefício da redução de base de cálculo em operações contempladas no Dec. 7.799/2000.

Uma primeira questão que poderia obstar total ou parcialmente o exame de mérito do lançamento sob julgamento, alude à existência nos autos de cópia da decisão interlocutória proferida pela 3<sup>a</sup> VFP no proc. 0520286-31.2017.8.05.0001, na qual se concedeu em parte a tutela de urgência com o fito de suspender os efeitos da decisão administrativa e deferir à autuada os benefícios fiscais previstos nos Decs. 16984/16 e 16987/16, impondo-se as reduções tributárias ali contempladas, designadas no referido decreto e comercializadas pela autora, incluindo-se a redução do imposto para o percentual fixo de 16,70%, até ulterior deliberação deste juízo.

Todavia, da leitura do inteiro teor da decisão interlocutória proferida no proc. nº 0520286-31.2017.8.05.0001, trazida à baila às fls. 90 a 94, detecta-se que o pronunciamento judicial parecia assumir efeitos *ex nunc*, sem retroceder aos fatos geradores abarcados na presente autuação, aliás como já atentado pela i. auditora fiscal em seu segundo informativo.

Vale novamente transcrever a ressalva decisória:

*“Entretanto, a contrário do que postula a requerente, não se pode nesse momento processual, por se tratar de medida de natureza antecipatória de natureza reversível, estabelecer os efeitos retroativos à data de requerimento pedido, o que será objeto de mérito de sentença”* (destaques da transcrição).

Tendo sido proferida a decisão em 06.02.2018 e reportando-se a autuação a fatos tributáveis ocorridos em 2017, ficaria configurada a inocuidade dos seus efeitos para interferir neste julgamento.

Posteriormente, trouxe a impugnante às fls. 183 e 184 o teor da decisão interlocutória prolatada **em outro processo judicial**, designadamente o de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, no qual a magistrada deferiu a tutela de urgência suspendendo, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas externadas nos procs. 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo provisoriamente os incentivos fiscais disponibilizados para o contribuinte através dos procs. 365491/2014-9 e 028558/2007-1.

Neste diapasão, a tutela de urgência concedida não configuraria hipótese suspensiva da exigibilidade do presente crédito tributário, tampouco prejudicaria a análise de forma e de mérito a ser empreendida neste PAF, porquanto não teria efeitos obstativos à presente cobrança, visto que, em princípio teria validade, pelo menos, a partir em que foi datada, isto é, 07.8.2019, fora do período afetado pela autuação.

Entretanto, paralelo a este PAF, a autuada obteve um outro pronunciamento da 3<sup>a</sup> VFP, trazido à baila às fls. 393 e 394, no sentido de que a decisão interlocutória deveria revigorar os benefícios fiscais desfrutados pela autuada desde o início, isto é, março de 2017, porque restabelecer significa restaurar à condição original. Complementa aquele juízo:

*O descumprimento é manifesto e deve ser repelido, restabelecendo os benefícios retroativamente, de modo a que desapareça qualquer vazio temporal, como o que veio de 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 de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitada inicialmente a trinta dias.*

Diante do referido *decisum*, a Secretaria da Fazenda exarou pareceres (nºs 3484/2021 e 3491/2021) restabelecendo desde a origem os benefícios fiscais concedidos nos processos administrativos 028558/2007-1 (a partir de 31.3.2017) e 365491/2014-9 (a partir de 13.3.2017).

Consigne-se que de janeiro de 2016 a março de 2017 os fatos geradores afetados pelo lançamento de ofício estariam **desprotegidos** pelos efeitos da decisão interlocutória, relembrando-se que a autuação envolveu os períodos de janeiro de 2016 a dezembro de 2017 (exceto novembro de 2016 e fevereiro de 2017).

Neste prumo, uma questão merece reflexão, ainda que neste PAF nada – por enquanto – possa ser feito, em função da decisão judicial juntada às fls. 393 e segs, ainda que prolatada em caráter provisório: soa indefectível que, pelo menos até o presente momento, não se possa admitir-se como procedente a postulação fiscal, **naquela parte que ignorou os benefícios fiscais de diminuição de base de cálculo.**

Sem embargo, é factível que o entendimento externado pela 3<sup>a</sup> VFP seja revertido em grau de recurso, reconhecendo-se o direito potestativo do sujeito ativo de cancelar incentivos fiscais que não estejam acordes com os requisitos estipulados na legislação tributária, posto que não seria razoável continuar concedendo favores fiscais a contribuinte que estivesse descumprindo com as condições do termo de acordo. Isto ocorrendo, **se e quando ocorrer**, talvez o direito do Estado da Bahia já estivesse comprometido, **em relação aos valores autuados cuja quantificação desconsiderou os benefícios fiscais fruídos pelo contribuinte**, outrora cassados mas que foram restabelecidos pela decisão judicial provisória.

Assim, em face da determinação temporária de primeiro grau e em harmonia com o pronunciamento da d. PGE, inscrito às fls. 200, 201 e 213, de que “o Estado da Bahia deve cumprir toda e qualquer ordem judicial, independente de ser provisória ou definitiva” (sic.), é de se considerar **prejudicado** o julgamento do presente auto de infração **no que diz respeito aos valores lançados em função da não consideração dos benefícios fiscais antes cancelados**, mas agora judicialmente restabelecidos, devendo a d. PGE manifestar-se a respeito desta parte quando do recebimento dos autos para fins de inscrição do crédito tributário em dívida ativa, se for o caso, inclusive, se necessário também for, empreendendo as medidas de saneamento pertinentes, até porque os valores já se encontram liquidados nos autos.

**Todo este raciocínio é externado em homenagem à preservação do direito do Estado de constituir créditos tributários dentro do prazo decadencial, situação ora perfectibilizada no presente PAF.**

Disto isto, é preciso dar **conformação final** ao debate administrativo travado naqueles aspectos que desbordam os efeitos produzidos pela decisão interlocatória atrás comentada.

**Em função dos efeitos retroativos atribuídos pela 3<sup>a</sup> VFP, a auditoria modificou o monte originalmente levantado e produziu levantamento fiscal denominado de Anexo 6, trazido aos autos à fl. 519 em formato digital.**

Em complemento, a auditoria na mesma oportunidade apresentou mais dois outros Anexos, os de nºs 7 e 8, nos quais analítica e sinteticamente fez a reinclusão de valores atrelados a operações com **água de coco, chá namastea, suco, xarope e mistura para bolo**, os quatro primeiros porque excluídos do benefício de redução desde 2009, conforme Dec. 11481/09 e posição do CONSEF, externada no Ac. 0239-12/21, inclusos no Anexo 7 sem o incentivo, a última porque entrou na antecipação tributária desde 01.02.2017. **Tal revisão implicou na fixação da multa em R\$ 325.656,08.**

E mais adiante, na sequência dos intensos debates acerca da matéria revolvida nos autos, travados entre a autuante e o autuado, aquela, por fim, recalculta o crédito tributário lançado, **encontrando o saldo a reclamar de R\$ 288.766,51, quantificado esmiuçadamente nos Anexos 9 e 10, arquivos encartados na mídia digital de fl. 607.**

**Por seu turno, quanto a esta última quantia atrás referenciada, não houve por parte do contribuinte, impugnação quanto à metodologia de cálculo empregada para a sua liquidação.**

Afora isso, outras matérias de forma e fundo foram igualmente controvertidas e serão analisadas caso a caso.

### **Questões preliminares.**

#### **Encerramento da instrução. Indeferimento de novas diligências.**

Após realização de diversas diligências neste processo, fundadas em múltiplas razões conforme atrás relatado, vale salientar a desnecessidade de conversão do processo em diligência ou produção de prova pericial para aferição dos fatos. A esta altura processual, as medidas soariam como protelatórias, visto que, após exaustiva instrução, todos os elementos instrutórios probatórios encontram-se nos autos.

Assim, com esteio no art. 147 do RPAF-BA, seja porque reputamos suficientes para formação do juízo decisório os elementos existentes no PAF, seja porque a prova dos fatos aqui relevantes independe de conhecimento técnico especializado, tornando-se prescindível ante os meios probatórios já produzidos, **indeferimos** os reiterados pedidos adicionais de realização de nova diligência formulados pela defendant.

#### **Anulação da cobrança em face do cumprimento de diligência anterior à autuação.**

A primeira preliminar enfrentada diz respeito ao fato da suposta irregularidade praticada ter sido devidamente justificada ainda no desenrolar da auditoria, em face da apresentação de documentos.

A despeito da autuante sinalizar que, à época do procedimento fiscalizatório, a empresa não respondeu e-mail solicitando explicações para a redução indevida da base imponível, tais documentos poderiam ser exibidos agora, já em fase de lide administrativa, no intuito de se desfazer a acusação fiscal.

Porém, nos autos nada se vislumbra de prova documental que possa desconstituir a infração, pelo menos totalmente, do ponto desta preliminar. Nem no procedimento, nem neste processo, há juntada de elementos que possam anular formalmente a autuação sob este prisma.

#### **Afastada esta preliminar.**

#### **Anulação da cobrança em face da inobservância ao princípio da busca da verdade material.**

A título de prejudicial de mérito, alega o sujeito passivo ser nula a autuação porque a autoridade fiscal teria o dever de buscar a verdade material, princípio jurídico corrente no processo administrativo tributário.

Isto porque a servidora fiscal deveria carrear para o PAF todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, tomando providências que estivessem embasadas em fatos verdadeiros.

Disto a auditoria desincumbiu-se satisfatoriamente.

Com efeito, a exigência envolve a redução indevida da base de cálculo nas saídas, tendo em vista a denúncia do Termo de Acordo que credenciava o contribuinte a usufrui-la.

Ao contrário da tese contestatória, vislumbra-se no processo em tela a presença dos elementos instrutórios que enunciam a realidade. Em mídia digital, há demonstrativos que **bem explicitam** as diferenças encontradas; traz-se o pronunciamento administrativo que defere a celebração do Termo de Acordo; traz-se, em contraposição, o pronunciamento administrativo que cancela o benefício, haja vista o cometimento de condutas proibidas por parte da empresa e do sócio principal da organização. Por fim, veio à luz uma última decisão judicial restaurando os benefícios cassados anteriormente.

Tudo isto suscitou revisões sucessivas dos valores lançados. Realização de inúmeras diligências. Pronunciamento de órgãos especializados. Debates entre as partes. Apresentação de dados e documentos.

O que mais se procurou neste PAF foi prestigiar a verdade material.

#### **Afastada a segunda preliminar.**

#### **Anulação da cobrança em face da capitulação inadequada feita no lançamento de ofício.**

Também como prejudicial de mérito, invoca a impugnante nulidade do lançamento por cerceamento ao exercício do direito de defesa, haja vista a capituloção inadequada contida no auto de infração.

Pois bem. Enquadrou-se a irregularidade pela inobservância ao art. 12-A da Lei Institutiva do ICMS, com proposição da multa prevista no art. 42, II, “d”, inscrita na mesma Lei mencionada.

Exceto o art. 42, que aborda matéria sancionatória, o dispositivo mencionado alude à previsão da cobrança da antecipação parcial, quando da aquisição em outras unidades federativas de produtos para comercialização.

Dúvidas não há de que a questão aqui esgrimida refere-se à exigência de **multa** pela falta de pagamento da antecipação parcial do imposto, devida na entrada, ainda que supervenientemente tivesse acontecido o recolhimento no instante da saída.

Encontra a autuação eco nos dispositivos legais referenciados no auto de infração.

Portanto, não há que se falar em óbice ao exercício da plena defesa, visto que o contribuinte compreendeu perfeitamente do que se trata a acusação fiscal.

Tipicidade perfeitamente caracterizada.

#### **Afastada a terceira preliminar.**

#### **Anulação da cobrança em face do refazimento dos valores originalmente lançados.**

Após a impugnação e o primeiro informativo fiscal, o sujeito passivo invoca uma nova preliminar na sua petição de fls. 63 a 89. É que resta nula a autuação porque os valores foram modificados pela auditoria, ocasionando erro de direito.

O recálculo do montante originalmente lançado constitui uma decorrência natural do contraditório, típico no processo administrativo tributário. Da postulação estatal o contribuinte contrapôs argumentos que convenceram a autuante, em intensidade suficiente para reduzir o valor autuado.

O objetivo do julgamento administrativo é exatamente este: fazer com que haja uma depuração dos valores inicialmente exigidos de crédito tributário, em sendo esta a hipótese. Neste particular, ganham fisco, contribuinte e sociedade que testemunham um debate administrativo que, em muitos casos, evita até que uma exigência inexposta seja submetida ao Judiciário, inclusive com encargos de sucumbência.

#### **Afastada a quarta preliminar.**

#### **Questões de mérito.**

#### **Pagamentos desconsiderados.**

Consta a alegação empresarial de que a auditoria não considerou pagamentos feitos a título de antecipação parcial. Esta questão foi repisada no decorrer de todo o processo.

Repetidas vezes o Estado apontou um a um que os recolhimentos existentes na base fazendária de arrecadação tinham sido considerados quando da elaboração do Anexo 2, demonstrativo referência para a autuação, com discriminação de dados repriseada por último às fls. 657 a 672. Outros pagamentos aludem a meses fora da autuação. Já os recolhimentos feitos sob a rubrica 1145, a título de antecipação total, nenhuma correlação guarda com o objeto da autuação, que trata de antecipação parcial e multa respectiva.

Tivesse o sujeito passivo mais um outro recolhimento que passasse despercebido pelo fisco, deveria fazê-lo especificadamente, com indicação de valores e competências, para fins de análise quando do julgamento.

Com razão a auditoria.

### **Alíquota de 12%. Origem geoeconômica.**

A posição defensiva no particular reside no fato de que nas aquisições oriundas de unidades federativas situadas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Espírito Santo, a alíquota destacada é de 12%, sendo que nas operações internas com base reduzida a carga tributária é menor do que aquela. Logo, não haveria de se falar em antecipação parcial.

À fl. 583, a auditoria reconheceu que nestas situações realmente é incabível a exigência da antecipação parcial e, via de consequência, incabível também a multa pela falta do pagamento sob esta rubrica.

As retificações foram efetuadas nos Anexos 9 e 10 que não contaram com resistência por parte da impugnante na última vez que falou nos autos.

Com razão o contribuinte.

### **Bonificações.**

Acerca das bonificações, a impugnante pondera que, apesar do crédito do ICMS destacado nas notas de aquisições, isto não significa que tenha ocorrido o seu aproveitamento na escrita, para fins de compensação com os débitos fiscais. Além disto, caso o fisco desejasse demonstrar que as bonificações foram oneradas financeiramente ao consumidor e repassadas com intuito comercial, deveria provar que o destinatário desembolsou valores para obtenção do bem, com uso do crédito fiscal respectivo. Cita como suporte o Ac. CJF 0278-11/17.

Não é isso que descreve a auditoria. Pelo contrário, esta afirma que além do crédito destacado no documento fiscal, houve seu aproveitamento na escrita, a exemplo da NF 346139, cujo CFOP assumido foi o de nº 2910.

Compulsando-se os dados contidos nos Anexos 09 e 10, verifica-se que mais de onze mil (11.000) itens foram registrados na escrita a este título, em valores comerciais significativos, o que implica em ter havido operação de circulação com transferência de propriedade da mercadoria, logicamente com incidência do ICMS.

Neste particular, aderimos ao entendimento da auditoria.

### **Devolução de vendas recebidas.**

A defesa está pautada na circunstância de não ser devida a antecipação parcial em devoluções de mercadorias anteriormente vendidas. Por extensão, indevida também seria a sanção pecuniária pelo não pagamento da antecipação parcial.

Às fls. 583 e 584, a auditoria admite que as operações sob CFOP 2949 não sofrem a cobrança da antecipação parcial. Tanto é que procedeu a retirada dos valores respectivos nos Anexos 9 e 10.

Matéria tornou-se controversa. Com razão o contribuinte.

### **Produtos hortifrúti congelados sujeitos à isenção.**

No que tange à isenção nas operações com hortifrúti congelados, a impugnação está no argumento de que simples congelamento não retira a condição natural de tais produtos.

Nem mesmo depois da inserção no RICMS-BA do § 5º ao art. 265, efetivada após a ocorrência dos fatos geradores atingidos neste PAF, pode-se dizer que os produtos hortifrúti congelados usufruam da isenção. Veja-se o dispositivo:

§ 5º Em relação ao benefício previsto na alínea “a” do inciso I:

Nota: O § 5º foi acrescentado ao art. 265 pelo Decreto nº 19.184, de 23/08/19, DOE de 24/08/19, **efeitos a partir de 01/09/19**.

I - aplica-se também às saídas dos produtos ali indicados, ainda que ralados, exceto coco seco, cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, submetidos ao

processo de branqueamento, desde que não cozidos e não tenham adição de quaisquer outros produtos que não os relacionados, mesmo que simplesmente para conservação;

II - tratando-se de produtos resfriados, o benefício somente se aplica nas operações internas.

A resposta dada à consulta citada pela impugnante à fl. 637 (cujo mérito aqui não cabe comentar) levou em consideração o citado § 5º que, repita-se, ingressou na legislação interna a partir de 01.9.2019, ao passo que os fatos imponíveis ora examinados reportam-se a exercícios anteriores que, sequer, admitiam a desoneração para produtos que não estivessem *in natura*.

Por sua vez, a matéria é de conhecimento deste Conselho que, em reiteradas vezes, admitiu a desoneração tributária se tais produtos estivessem em estado natural, conforme ressalva expressa contida na cláusula primeira, inciso I do Conv. ICM 44/75. Resfriamento é diferente de congelamento. Este último, claramente fora da isenção, traduz processo de industrialização.

A decisão do STJ cotejada isoladamente na manifestação defensiva, especificamente às fls. 632 a 636, não tem caráter vinculativo, até porque não está totalmente correlacionada com a matéria discutida neste PAF. O mesmo se diga ao entendimento do instituto paulista que absolutamente pode aqui servir como prova emprestada.

Preferimos ficar com o entendimento esposado em acórdão recente do CONSEF, isto é, o de nº 0097-02/20-VD, com ementa transcrita às fls. 590 a 597.

Com razão a auditoria.

#### **Água de coco, chá *namastea*, suco e xarope.**

Cumpre recordar que a auditoria, no momento processual em que revisou os valores protegidos pelos efeitos da decisão interlocatória proferida pela 3ª VFP, apresentou também os Anexos 9 e 10, nos quais foram **preservadas** as operações envolvendo os produtos em epígrafe.

A contestação do sujeito passivo atine à circunstância de que as transações com bebidas podem ser encaixadas no CNAE 4639701 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral), nele sendo excluído apenas o atacado de rações e alimentos para animais. Logo, referido código também abrange as bebidas.

Tal ilação não merece prosperar. A hierarquia estabelecida pelo IBGE separa nitidamente o comércio atacadista de bebidas do comércio atacadista com alimentos em geral. O primeiro tem o CNAE 46.35, enquanto que o segundo pertence a um outro grupo, qual seja, CNAE 46.39. Por pertencerem a grupos distintos, não é possível considerar um dentro do outro.

Examinando-se o Dec. 7.799/00, com foco nas normas aplicáveis aos fatos geradores alcançados na autuação, constata-se que o item 6-A (CNAE 4635-4/99 - Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) do Anexo Único deixou de produzir efeitos a partir de 09.4.2009, em período bem anterior, portanto. Sendo tal atividade excluída do incentivo de redução de base, torna-se cabível a antecipação parcial e, consequentemente, a sanção pecuniária pelo não pagamento sob esta rubrica.

A tese fiscal tem amparo em acórdãos recentes (CJF 0239-12/21 e JJF 0206-03/21 NF-VD), conforme registros feitos pela própria auditoria, fls. 600 a 602.

#### **Vodcas “Ice”.**

Às fls. 643/644, a impugnante afirma que a auditoria fez incluir na exigência produtos sujeitos à ST, com pagamento do imposto pelo fornecedor substituto, nomeadamente a *vodka smironoff ice*, embalagens de 269 ml e 275 ml, NCM 2208900, constante no Anexo 1 do RICMS-BA, vigorante em 2016 e 2017.

Este tema não foi abordado no informativo de fls. 656 a 674, **mas constitui matéria de direito**, pois basta verificar qual a legislação aplicável aos fatos geradores alcançados na cobrança.

De fato, ao consultar o Anexo 9, esta relatoria se depara com umas poucas operações envolvendo

o produto nas apresentações antes mencionadas.

Porém, ao confrontar o texto vigente neste período (2016 e 2017) do Anexo 1 do RICMS baiano, REDAÇÃO VIGENTE ANO 2016, DE 01/01/16 ATÉ 09/03/16, REDAÇÃO VIGENTE ANO 2016, EFEITOS DE 10/03/2016 A 31/01/2017 e REDAÇÃO VIGENTE ANO 2017, A PARTIR DE 01/02/2017, não há referência de que a mercadoria atrás nominada estivesse inclusa na substituição tributária.

Improcede o arrazoado do contribuinte.

De todo o exposto, conluso ser a autuação **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, considerando a revisão procedida pela auditoria condensada nos Anexos 09 e 10, consoante demonstrativos inseridos na mídia de fl. 607, remanescendo o valor histórico da multa de **R\$ 288.766,51, afora consectários.**

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0019/18-3**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa de 60% no valor histórico de **R\$ 288.766,51**, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2022.

TOLstoi Seara Nolasco - Presidente

Vladimir Miranda Morgado – Relator

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR