

A. I. Nº - 274068.0005/22-0
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0168-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS PARTILHADO. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/15. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS. Revisão fiscal da lavra da autuante possibilitou a redução do valor autuado. Infração parcialmente subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos comprovados. Acusação não elidida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisto o lançamento para efeito de exclusão de parcelas indevidas. Infração parcialmente subsistente. Vencido o voto do relator quanto a esta infração. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS/BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluído do lançamento exigência que recaiu sobre aquisição de bem amparado pelo diferimento para pagamento do imposto, com base em Resolução conferida pelo Programa PROBAHIA. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe teve sua expedição ocorrida em 31/03/2022 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 155.092,85, mais multas, em decorrência das seguintes acusações:

- **INFRAÇÃO 01 – 002.001.028:** *“O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da federação. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA e ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO - REPARTIÇÃO DA RECEITA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 1.470,81. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.*

- **INFRAÇÃO 02 – 003.002.002:** *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota de 18% que é diversa da prevista na legislação através das notas fiscais relacionadas do anexo 3. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota de 25% através das notas fiscais relacionadas do anexo 3 e lançou o fundo de pobreza no REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo estorno de créditos, com a descrição 2% ICMS NORMAL SOBRE VENDAS DE*

BEBIDAS CFOP 5102 COM ALIQ 25%. O valor do estorno de crédito consta na coluna M do anexo 3 e abateu a diferença entre a alíquota de 25% de 27%. O contribuinte, através das decisões judiciais, 0529035-03.2018.8.05.0001 e 0529035-03.2018.8.05.0001, tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00. Tudo conforme ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - 2018 e ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO - FUNDO DE POBREZA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 15.202,23. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- INFRAÇÃO 03 – 003.002.005: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte utilizou uma redução na base de cálculo superior ao estabelecido na legislação. A empresa, através das decisões judiciais, 0529035-03.2018.8.05.0001 e 0529035-03.2018.8.05.0001, tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00. Tudo conforme ANEXO 5 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ERRO NA BASE DE CÁLCULO - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 105.017,17. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

- INFRAÇÃO 04 – 006.001.001: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo próprio estabelecimento. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e uso e consumo do próprio estabelecimento. O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO, com a descrição DIFERENCIAL DE ALIQUOTA, valor menor que o devido. Tudo conforme ANEXO 6 - DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇA DE ALIQUOTA - 2018 e ANEXO 7 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA DIFERENÇA DE ALIQUOTA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 33.402,64. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.*

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 38 a 58, onde, após efetuar uma síntese dos fatos, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de falta da documentação comprobatória mencionada nos autos, elementar à pretensão de cobrança administrativa de imposto, notadamente a escrituração fiscal digital, pelo menos em seus extratos da apuração do imposto em questão, bem como a memória de cálculo relatado na peça acusatória.

Após tecer outras considerações nesse sentido, pugnou pela nulidade do Auto de Infração com base no Art. 18 e seus incisos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Adentrou, em seguida, ao tópico intitulado “*Prejudicial de Mérito: Violação ao princípio da Verdade Material*”, citando o Art. 142, Parágrafo único, do Código Tributário Nacional, mencionando que a autuante fundamentou as infrações em dispositivos legais, porém genéricos, para destacar que a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material, visando a garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que se possa verificar a veracidade dos fatos e, conseqüentemente, defender-se mediante apresentação de impugnação.

A este respeito mencionou o Art. 2º do RPAF/BA, assim como o artigo 37, *caput* da Constituição Federal que determina quais os princípios os atos da Administração Pública estão vinculados, afirmando que o texto constitucional citado impõe que tais atos, dentre eles a lavratura de Auto de Infração e imposição de multa devem se basear no princípio da legalidade, o que não ocorreu no presente lançamento, uma vez que a autuante não se prestou a efetuar a busca pela verdade material da presente demanda, razão pela qual defende a anulação do Auto de Infração por inexistência de motivação, imprescindível para o lançamento.

Ao ingressar ao mérito da autuação, se reportou à Infração 01, afirmando que o enquadramento legal foi apontado genericamente, e que deve ser julgada improcedente pelos motivos que passou a expor. Neste sentido passou a argumentar que a autuação possui diversos vícios em razão de: *i*) a autuante não abateu a DIFAL correspondente as devoluções de vendas; *ii*) cobrança indevida sobre mercadorias que incidiram o ICMS ST e *iii*) não considerou o pagamento da DIFAL sobre diversas notas fiscais.

No tocante a não dedução das notas fiscais de devolução destinadas à consumidores finais dos Estados de Sergipe (onde diz possuir inscrição estadual e recolhe a DIFAL por apuração) e Alagoas, citou que as notas fiscais são as seguintes: 693934, 697203, 707806, 711353, 734912, 740473, 742007 e 749201, representando o valor da DIFAL a deduzir na ordem de R\$ 384,70 (fls. 36 a 43 da defesa).

Em relação as mercadorias que tiveram a incidência do ICMS ST, citou a NF 70691 (fl. 44 da defesa) referente a “*Biscoito cream cracker Vitnadelli*” e *Bis Maisena Vitadelli*”, que representa R\$ 24,94 a deduzir a título de DIFAL.

Acrescentou que a autuante não levou em consideração diversas notas fiscais em que foi efetuado o recolhimento da DIFAL, dizendo que a relação destas se encontram no arquivo anexo.

Quanto a infração 02 que trata de recolhimento a menos do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação, pontuou que a autuante está cobrando ICMS de diversas notas fiscais que foram devidamente quitadas, conforme arquivo que disse estar juntando à peça defensiva, afirmando, com isso, que a infração não merece prosperar.

No que diz respeito a infração 03, que também trata de recolhimento de imposto a menos por aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação, argumentou que não merece prosperar em razão de: *i*) parte das mercadorias suco, chá e xarope possuírem os benefícios do Decreto nº 7.799/00; e *ii*) não foi considerada a redução de alíquota para 7% dos produtos *MILHO BRANCO* e *MILHO XEREM*, conforme o art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em seguida passou a discorrer a respeito de “UTILIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA DE ICMS PARA BEBIDAS”, onde assevera que a autuante, de forma equivocada, entendeu que utilizou base de cálculo a menor, de forma indevida.

A este respeito consignou que usufrui dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, isto é, a redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como sucos, chás e xaropes, conforme decisões judiciais emanadas no processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001, conforme a própria autuante reconhece na descrição da Infração 03.

Aduziu que, neste sentido, a autuante alegou que por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481, de 08/04/2009, publicado no DOE e produzindo efeitos a partir de 09/04/2009, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, sendo assim considerou indevida a redução da base de cálculo de 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00.

Entretanto, ponderou que ao analisar a operação envolvendo os supramencionados itens, a autuante considerou que estes estariam embarcados apenas em relação ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente), sendo assim não poderiam ser objeto da redução da base de cálculo que realizou, porém, conforme a descrição de seu CNPJ presente no site do Ministério da Economia, sua principal atividade econômica está relacionada ao CNAE

46.39-7-01 (Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral), conforme *print* afixado aos autos, citando ainda que o seu CNAE principal apresenta como hierarquia, segundo o site do IBGE, um CNAE utilizado para produtos alimentícios, não se excluindo bebidas, conforme *print* que afixou.

Expressou que, neste sentido, a autuante alegou que por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481, de 08/04/2009, publicado no DOE e produzindo efeitos a partir de 09/04/2009, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, sendo assim considerou indevida a redução da base de cálculo de 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00.

Entretanto, ponderou que ao analisar a operação envolvendo os supramencionados itens, a autuante considerou que estes estariam embarcados apenas em relação ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente), sendo assim não poderiam ser objeto da redução da base de cálculo que realizou, porém, conforme a descrição de seu CNPJ presente no site do Ministério da Economia, sua principal atividade econômica está relacionada ao CNAE 46.39-7-01 (Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral):

ITEM	CÓDIGO	ATIVIDADE ECONÔMICA
8	4639-7/01	Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral

Noutro giro, frisou que o incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto nº 7.799/00, estão vinculados a atividade da empresa e não ao produto específico, transcrevendo o seu Art. 1º:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento: (Redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03.02.2003, DOE BA de 04.02.2003, com efeitos a partir de 01.01.2003)”

Citou, também, o Art. 5º do mesmo Decreto que assim se apresenta:

Art. 5º A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º- E somente se aplicará às saídas internas de mercadorias, cuja alíquota incidente na operação seja de 18% (dezoito por cento) a 20% (vinte por cento). (Redação dada pelo Decreto nº 17.164, de 04.11.2016 - DOE BA de 05.11.2016)

Em vista dos argumentos acima expostos, sustentou não ser correta a interpretação da autuante no sentido de que para os produtos Suco, Chá e Xarope não cabe a redução, alegando ainda que o item 6-A do anexo único do referido decreto foi revogado em 09/04/2009, com efeitos a partir de 09/04/2009, não possuem qualquer vínculo com o caso em tela, voltando a destacar que o incentivo fiscal está vinculado a atividade e não ao produto, observando que as mercadorias que usufruem da redução da base de cálculo estão devidamente listadas na coluna “Justificativa” no arquivo anexo (Pág. 34 - CD).

Concluiu este tópico sustentando que é errôneo o entendimento da autuante de que as bebidas não estariam contempladas na redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7.799/00, por decorrência da revogação do CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) pelo Decreto Estadual nº 11.841/2009, devendo, portanto, estarem sujeitas aos benefícios do referido Decreto.

Em seguida passou a se referir ao que intitula como “DEMAIS SITUAÇÕES QUE DESCONSTITUEM A INFRAÇÃO 03 – REDUÇÃO DE ALÍQUOTA DE ICMS PARA O PRODUTO MILHO”, sob a alegação de que a autuante não considerou a redução de alíquota de ICMS para 7% dos produtos MILHO BRANCO e MILHO XEREM, conforme o art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96:

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;"

Neste tópico alegou que a autuante glosou o valor de R\$ 1.599,03 para o produto MILHO BRANCO e R\$ 392,24 para o produto MILHO XEREM, ao argumento de que o MILHO XEREM, é nada mais que o MILHO seco quebrado, de modo que também é beneficiado pela redução da alíquota de ICMS. Assim, ainda que o produto seja submetido à quebra, limpeza e degerminação o mesmo continua sendo classificado como MILHO, não fugindo do que cita o dispositivo legal acima transcrito.

Citou que a autuante possui um entendimento exclusivo sobre o tema, divergindo assim do entendimento geral dos demais Auditores Fiscais do Estado da Bahia, e por tal motivo, lhe imputa a perda de competitividade no mercado, isto porque, os concorrentes utilizam o benefício da redução de alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO, nos termos o art. 16, inciso I, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, conforme as notas fiscais anexadas (Pág. 46 a 48), portanto, considera que o entendimento da autuante também não está de acordo com as práticas de mercado no Estado da Bahia.

Considera que é inegável que permitir a utilização da redução da alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO para certos contribuintes e negar para outros fere os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição Federal (Art. 170, IV), concluindo que de acordo com todo o exposto, em razão à obediência aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição Federal, é de rigor reconhecer a redução da alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO conforme pratica.

Ao adentrar à Infração 04, relacionada a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso ou consumo próprio, ponderou que tal acusação não merece prosperar em razão de que a autuante: *i*) estar cobrando equivocadamente o DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção; e *ii*) estar cobrando equivocadamente o DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia.

Nesse sentido pontuou que a autuante está exigindo equivocadamente a DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção da nota fiscal 286 (Pág. 50 a 52), isto é, o ICMS não foi recolhido devido ao benefício previsto no Decreto Estadual nº 13.780/12, art. 286, inciso XXV, ratificado pela autorização concedida pelo programa PROBAHIA (Pág. 52).

"Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

"XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;"

Alegou, também, que está sendo exigido DIFAL equivocadamente sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia nas notas fiscais 1082903, 1157124 e 1204993 (Pág. 53 a 55), tendo em vista que a aquisição teve toda sua carga tributária encerrada no Estado da Bahia a partir do pagamento por substituição tributária do ICMS, de modo não há o que se falar em DIFAL, observando o que cita o art. 28 da Lei 7.014/96.

Por fim, ressaltou que a autuante está cobrando o ICMS de diversas notas fiscais de forma indevida, conforme arquivo juntado (Pág. 49 a 55), concluindo que, ante aos argumentos suscitados não cabe a cobrança do ICMS na Infração 04.

Requeru a realização de diligência fiscal para fim de apuração correta da infração que lhe fora

imputada, observando que pela própria descrição das infrações, o suposto ilícito tributário consistiu em “ausência de recolhimento de ICMS”, de modo que o valor do imposto somente será perfeitamente identificado se forem analisados de forma conjunta os débitos e os créditos, sendo necessário que sejam feitas diligências a fim de se apurar o efetivo crédito da empresa, e sem isso torna-se nula a infração, tendo em vista que a alegação de “falta de recolhimento de ICMS” não subsiste na medida em que os levantamentos foram efetuados sem observar o princípio que rege o tributo, qual seja, o da não-cumulatividade.

Em conclusão apresentou os seguintes pedidos:

Total anulação do presente Auto de Infração, afastando a pretensa cobrança de créditos de ICMS, tendo em vista: **a)** a preliminar de nulidade apontada, em razão da ausência de elementos probantes; **b)** subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, seja acolhida a prejudicial de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas; **c)** na hipótese de ultrapassadas a preliminar e a prejudicial de mérito, no mérito a improcedência do Auto de Infração em razão de erros na apuração do ICMS, onde a autuante utilizou referência diversa a corretamente utilizada, fato este que gerou o suposto montante de ICMS a recolher; e **d)** caso a Autoridade Julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas, e, ou seja determinado o retorno nos autos à Autoridade Fiscal para que proceda à reratificação do Auto de Infração, afastando as operações regulares justificadas e comprovadas na presente Impugnação, em observância ao Princípio da Busca pela Verdade Material.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 95 a 113, pontuando que não prospera a alegação de nulidade suscitada pela defesa, posto que as infrações foram baseadas nas NF-e e na EFD, documentos estes emitidos pelo autuado e se encontram em sua posse. Disse que nas mídias de fl. 30 constam a Escrituração Fiscal Digital – EFD, Escrituração da Apuração, Entrada e Saída gerados pelo Sistema Público de Escrituração Digital – Sped - Versão 2.7.1 do Visualizador e notas fiscais de entrada e saída em XML, constando, também, todos os anexos mencionados no respectivo PAF, que foram dados ciência ao contribuinte através do DT-e, conforme fl. 35, ao tempo em que nos anexos existem todas as informações necessárias para demonstrar o imposto reclamado como data, número e chave do documento fiscal, código da mercadoria, descrição da mercadoria, NCM, valor da mercadoria, redução da base de cálculo, alíquota e imposto por item., asseverando que toda documentação necessária foi apresentada, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Quanto a alegada violação ao princípio da verdade material, sustentou que as alegações defensivas não procedem, pois, o autuado descreveu a infração indevidamente de forma incompleta, uma vez que nas folhas 1 a 4 têm as descrições das infrações, com descrição complementar, o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo o que determina o art. 18 do RPAF/BA, enquanto que os anexos foram entregues ao autuado através do DT-e, conforme fl. 35, sustentando que as planilhas são claras e objetivas, enquanto nos anexos existem todas as informações necessárias para demonstrar o imposto reclamado como data, número e chave do documento fiscal, código da mercadoria, descrição da mercadoria, NCM, valor da mercadoria, redução da base de cálculo, alíquota e imposto por item.

Citou que constam nos autos os documentos e provas necessárias, a escrita fiscal, notas fiscais constantes no arquivo magnético, fl. 30, enquanto que os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pelo próprio autuado, que, em momento algum questionou as informações da EFD e que seguiu o que estabelece os dispositivos legais: art. 129, § 1º, III, do COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF, destacando, ainda, que a impugnação efetuada de forma minuciosa é prova de que o autuado entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

No mérito, em relação à infração 01, disse que o autuado alegou que não se está abatendo a DIFAL

correspondente às devoluções de vendas relacionadas as notas fiscais nº 693934, 697203, 707806, 711353, 734912, 740473, 742007, 749201, que representam um valor a deduzir do DIFAL cobrado de R\$ 384,70, citando que não existe memória de cálculo para comprovar tal valor.

Pontuou que as notas citadas foram analisadas e foram consultadas através do site <https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaResumo.aspx?tipoConteudo=7PhJ+gAVw2g=>, para encontrar o valor total do ICMS interestadual UF remetente, cujos *printes* das telas estão em anexo, enquanto que os valores constam no ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO DE NOTA DE DEVOLUÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL, que totaliza R\$ 37,38, acrescentando que o valor do Anexo 9 será abatido no ANEXO 8 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL, na coluna K.

Prosseguiu citando que o autuado arguiu que está sendo exigido DIFAL sobre mercadorias que incidiram o ICMS ST. As mercadorias em questão são: “BIS CR CRACKER VITADELLI 20X400G” e “BIS MAISENA VITADELLI 20X400G”, argumento este que disse não proceder na medida que se trata de operações interestaduais para consumidor final, não incidindo a DIFAL.

Quanto ao argumento de que não foram consideradas diversas notas fiscais em que foi efetuado o recolhimento do ICMS DIFAL e que a relação destas notas está no arquivo em anexo observou que não consta na mídia, fl. 71, arquivo sobre a infração 1. Os pagamentos foram demonstrados no Anexo 2 e os valores foram transferidos para o Anexo 1, coluna J (valor original) e Anexo 8, coluna J (valor da informação fiscal).

Isto posto, concluiu pugnando pela Procedência Parcial da Infração 01 no valor de R\$ 1.405,09 conforme quadro à fl. 109, relativo ao Anexo 08 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL, o qual, acaso o CONSEF concorde com a metodologia, fica valendo para a infração 01.

Ao adentrar a infração 02, que se refere a recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, disse que o autuado alegou que se está exigindo ICMS de diversas notas fiscais, as quais foram devidamente quitadas, conforme arquivo que teria juntado aos autos, entretanto não consta na mídia de fl. 71 nenhum arquivo relacionado a infração 02. Manteve a autuação integralmente.

No que pertine a infração 03, pontuou que se refere a recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação na base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo que, segundo o autuado, parte destas mercadorias se referem a suco, chá e xarope, e possuem os benefícios do Dec. 7799/00, e como tem o CNAE 46.39-7-01 – Comércio Atacadista de produtos alimentícios em geral e o referido CNAE apresenta como hierarquia, segundo o site do IBGE, se mostra como um CNAE utilizado para produtos alimentícios, não se excluindo bebidas.

Sustentou que a alegação defensiva não prospera, pois, bebida está inclusa no CNAE 46.35, e alimento está no grupo 46.39, ou seja, se existe um grupo específico para bebida, este item não pode estar no item de alimentos, por isso bebidas não têm o benefício do Decreto nº 7.799/00.

Hierarquia

Seção:	G COMÉRCIO; REPARAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS
Divisão:	46 COMÉRCIO POR ATACADO, EXCETO VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS
Grupo:	46.3 Comércio atacadista especializado em produtos alimentícios, bebidas e fumo
Classe:	46.35-4 Comércio atacadista de bebidas
Subclasse:	4635-4/01 Comércio atacadista de água mineral
	4635-4/02 Comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante
	4635-4/03 Comércio atacadista de bebidas com atividade de fracionamento e acondicionamento associada
	4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente

Pontuou, também, que o autuado alegou que o incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto 7.799/00, estão vinculados a atividade da empresa e não ao produto específico e reproduz o art. 1º do Decreto nº 7.799/00. Considera equivocada esta interpretação defensiva na medida em que o mesmo dispositivo estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, e, neste anexo, nos itens de 1 a 16, bebidas foram excluídas.

Aduziu que o autuado também defende ter direito ao benefício, porque o art. 5º, do Decreto nº 7.799/00 cita que a redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E somente se aplicará às saídas internas de mercadorias, cuja alíquota incidente na operação seja de 18% (dezoito por cento) a 20% (vinte por cento), entretanto, na realidade o Decreto 7.799/00 estabelece condições para ter o benefício da redução da base de cálculo, sendo que, uma delas é para as mercadorias dos itens 1 a 16 do citado Anexo e outra condição, cumulativa, é para quando as operações forem internas e com alíquota de 18% a 20%, sendo obrigatório o atendimento destas duas condições simultaneamente e não individualmente.

Citou e transcreveu jurisprudência deste CONSEF em relação a matéria aqui enfrentada, relacionados ao mesmo estabelecimento; autuado, a exemplo do Acórdão CJF nº 0239-12/21-VD, cujo excerto assim se apresenta:

“(…)

Quanto ao item “a)”, se observada a planilha elaborada pela fiscal autuante, média à fl. 88, é possível constatar que foi aplicada a redução prevista no decreto das atacadistas nº 7799/2002, em 41,176%, para todos os itens ali inseridos, com exceção para os “greenday néctar de frutas”, classificados pela NCM 22029000, “Santille suco uva”, NCM 20096100, “MSP-800 MEXEDOR PEQUENO”, NCM 39241000 e “Namastea Chá Verde”, NCM 21012010, “Mochila Nespresso”, NCM 42021220, cujas atividades vinculadas não constam listadas junto ao Anexo Único do Decreto nº 7799/2002”.

Citou, também, excerto do Voto extraído do Acórdão NF nº 0206-03/21NF-VD:

“(…)

Ora, a discriminação de operações com mercadorias relacionadas com específicos e distintos CNAES, elencadas no Anexo Único do Dec. nº 7.799/00, tem o claro objetivo da Administração Tributária de eleger as operações interestaduais com mercadorias que visem a eficácia e a melhoria na arrecadação. Portanto, a exclusão do CNAE referente ao Comércio Atacadista de Bebidas do Anexo Único, não é aleatória a atende a esse propósito gerencial. Ademais, estar-se a tratar na presente Notificação de benefício fiscal concedido pelo Fisco que, por óbvio, a norma que veicula concessão de benefícios tributários deve ser interpretada em sua literalidade. Portanto, inexistindo no Dec. nº 11.481/09, em relação às operações interestaduais com bebidas relacionadas com o Item revogado 6-A - CNAE 46.35-4/99, qualquer indicativo de que, com essa exclusão, as operações interestaduais com essa mercadoria migrariam para outro item do aludido Anexo Único, não há que se falar na inclusão dessas operações no Item 8, CNAE 4639- 7/01, Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral, como pretende o Notificado em sua justificação. Assim, nos termos expendidos, por entender consentâneo com a legislação de regência, comungo com o entendimento da Auditora Fiscal, esposado em sede de informação fiscal, e concluo que restou evidenciado o acerto da Notificação ao apurar, nos termos dos demonstrativos apresentados, a utilização indevida de crédito fiscal presumido pelo Notificado. Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal”.

Outro argumento defensivo foi de que não foi considerada a redução de alíquota para 7% dos produtos MILHO BRANCO e MILHO XEREM, conforme o art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A este respeito pontuou que com relação ao MILHO BRANCO, este passa por processo de beneficiamento e deve ter a alíquota normal, conforme se extrai do processo SIPRO nº 1376422015, Parecer nº 19311/2015, fl. 113:

“(…)

No tocante ao produto citado pela Consulente, “milho de mungunzá”, também denominado como “milho para canjica branca e amarela”, o entendimento já pacificado nesta Diretoria de Tributação é no sentido de que o mesmo não se caracteriza como milho comum, podendo apresentar-se pré-cozido, com condimento, ou após processo de beneficiamento que lhe modificou a natureza, a cor, entre outras características.

Com efeito, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o milho de pipoca, que não sofre qualquer alteração física ou química para que seja utilizado com essa finalidade (sendo, portanto, tributado pela alíquota de 7%), o chamado milho para canjica, encontrado no mercado normalmente em grãos na cor branca e, em menor proporção, na cor amarela, é obtido retirando-se o gérmen, usado na extração do óleo, e a película externa do grão. Após essas operações, os grãos são polidos para a retirada do pó, lavados, secados e embalados. Esse processo de beneficiamento extra é justamente o que confere a esse tipo de milho maior valor econômico, descaracterizando-o como o milho comum integrante da chamada “cesta básica”, e tributado pela alíquota reduzida.

Diante do exposto, temos que o “milho para mungunzá” ou “milho para canjica” deve ser tributado pela alíquota normal de 17%, não estando alcançado pela tributação diferenciada estabelecida no art. 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.”

Frisou que, como este parecer é de 2015, deve-se levar em consideração que a alíquota normal foi alterada para 18%, não existindo correção a ser feita em relação ao MILHO BRANCO.

Com relação ao MILHO XEREM, disse que foi utilizada a mesma alíquota que o autuado usou nos documentos fiscais. A alíquota foi corrigida para 7% e neste caso não existe direito a redução da base de cálculo estabelecida no art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, porque o art. 5º do Decreto nº 7.799/00 estabelece que a redução de base de cálculo prevista no art. 1º somente se aplicará às saídas internas de mercadorias, cuja alíquota incidente na operação seja de 18% (dezoito por cento) a 20% (vinte por cento), cuja correção foi feita no ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ERRO NA BASE DE CÁLCULO - 2018 - INFORMAÇÃO FISCAL. Desta maneira indicou que a infração 03 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 104.624,92, consoante quadro constante à fl. 112.

Ao ingressar à infração 04, referente a recolhimento a menos de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e uso e consumo do próprio estabelecimento, citou que foi alegado pelo autuado que está sendo exigido equivocadamente a DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção, e que o ICMS não foi recolhido devido ao benefício previsto no Decreto Estadual nº 13.780/12, art. 286, inciso XXV.

Sustentou que a alegação defensiva não procede, uma vez que este benefício é destinado ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários, para planta de produção, consoante prevê o inciso XXV, do art. 286, do RICMS/BA:

“XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo”.

Citou que o autuado anexou à fl. 89 a ratificação da Resolução nº 001/2015, porém não anexou a Resolução nº 001/2015, que é o documento que especifica qual é o benefício, acrescentando que, mesmo assim, outro fator deve ser levado em consideração é que o autuado tem os seguintes CNAE secundários: 1031700 - Fabricação de conservas de frutas e 1095300 - Fabricação de especiarias, molhos, temperos e condimentos.

Pontuou que o item na NF-e 286, fl. 87, é IMPRESSORA FLEXOGRAFICA THUNDER COMAT 900MM, sendo que o autuado não comprovou que a impressora tem relação com a planta de produção para fabricação de conservas de frutas ou de especiarias, molhos, temperos e condimentos, não havendo qualquer correção a ser feita em relação a este item.

Aduziu que o autuado alegou também que está sendo exigido DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia.

A este respeito disse que quando uma mercadoria está sujeita a antecipação tributária, mas é destinada ao ativo fixo ou uso e consumo, cabe ao contribuinte a restituição, sendo devida a

DIFAL neste caso. Manteve a exigência.

Observou, por fim, que o autuado alegou que se está exigindo imposto sobre diversas notas fiscais de forma indevida, conforme arquivo que disse estar juntando às pag. 86 a 92 da peça defensiva. A este respeito sustentou que nas citadas páginas não consta nenhum arquivo, apenas as notas e documentos citados acima. Na mídia das folhas 71 também não tem arquivo relativo à infração 4.

Manteve inalterada a exigência pertinente a infração 4.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado disse que não se faz necessária, pois constam no respectivo PAF todos os elementos suficientes para conclusão da procedência das infrações, concluindo pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado apresentou manifestação a respeito da informação fiscal, fls. 119 a 145, ratificando as preliminares apresentadas na peça de impugnação anterior, e suscitando a nulidade do Auto de Infração por erro de direito, tendo em vista o reconhecimento de falha na autuação pela própria autuante, destacando que o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA preleciona que é nulo o lançamento de ofício *“que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”*.

A este respeito sustentou que o enquadramento errôneo dos itens excluídos, bem como dos demais indevidamente incluídos, maculam o lançamento tributário ocasionando em nulidade o lançamento e, como consequência, de todo o Auto de Infração.

Arguiu também a nulidade do Auto de Infração por impossibilidade de sua retificação. Aqui apresentou como justificativa que a autuante tem o dever de buscar a verdade material, para garantia da legalidade tributária estrita e vinculada a lei tributária, de maneira a possibilitar que o contribuinte possa verificar a verdade dos fatos e se defender da infração que lhe for imputada, acrescentando que não houve uma investigação prévia dos fatos por parte da autuante, faltando uma motivação explícita, clara e congruente da autuante, o que ocasiona a nulidade do Auto de Infração, enquanto que, sua redução deixa mais clara a falta de fundamentação e, até mesmo, a dificuldade na localização de fundamentos que constituam em infração cometida.

No mérito, naquilo que se relaciona à infração 01, após apontar os vícios que considera existirem na acusação, alegou que a autuante não abateu corretamente a DIFAL correspondente às devoluções de vendas, cuja nota de origem foi destinada à consumidor final nos Estados de Sergipe e Alagoas, onde possui inscrição estadual e recolhe o DIFAL por apuração, voltando a indicar o número das notas fiscais, as quais, afirma, foram anexadas quando da Impugnação.

Citou que a autuante afirmou que não haveria memória de cálculo para comprovar o valor de R\$ 380,94, portanto, neste sentido, apresenta em anexo, a memória de cálculo (Pág. 30) que confirma tal valor, referente às devoluções de vendas que não foram levadas em consideração pela autuante, acrescentando que, pela simples verificação da memória de cálculo anexada, não foi considerado para o cálculo do ANEXO 9 apresentado pela autuante o valor de R\$ 291,36 referente à Nota Fiscal nº 749201, bem como o valor de R\$ 46,08 referente a Nota Fiscal nº 697203.

Adiante, pontuou que a autuante está efetuando cobrança indevida de DIFAL sobre mercadorias que incidiram o ICMS ST, inclusive com destaque em nota fiscal de compra NF 706901, que representa um valor a deduzir do DIFAL cobrado de R\$ 24,94, cujas mercadorias em questão são: “BIS CR CRACKER VITADELLI 20X400G” e “BIS MAISENA VITADELLI 20X400G”.

Voltou a citar que a autuante não levou em consideração diversas notas fiscais em que foi efetuado o recolhimento do ICMS DIFAL, as quais, afirmou, já foram juntadas no momento de apresentação da Impugnação.

Ante aos argumentos acima, defendeu que a Infração 01 deve ser julgada totalmente improcedente.

Ao se reportar à infração 02, citou que a acusação trata de recolhimento a menos de ICMS, em

razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, todavia está sendo exigido imposto de diversas notas fiscais, as quais foram devidamente quitadas, conforme arquivo que diz ter sido juntado em sua Impugnação, razão pela qual afirma que a infração 02 não merece prosperar.

Naquilo que pertine a Infração 03 alegou que também não merece prosperar em razão de: *i*) parte das mercadorias suco, chá e xarope possuem os benefícios do Decreto nº 7.799/00 da Bahia; e *ii*) não foi considerado a redução de alíquota para 7% dos produtos MILHO BRANCO, conforme o art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Sustentou, também, no tocante a “UTILIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA DE ICMS PARA BEBIDAS” que a autuante, de forma equivocada, alega que estaria utilizando base de cálculo a menor, de forma indevida.

Voltou a citar que usufrui dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, isto é, a redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como sucos, chás e xaropes, conforme decisões judiciais emanadas no processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001, conforme a própria autuante reconhece na descrição da Infração 03, repetindo todos os argumentos já suscitados na peça impugnatória anterior.

No tópico seguinte, intitulado como “INDEVIDA CLASSIFICAÇÃO DO XAROPE MONIN E DE CHÁS SACHÊ COMO BEBIDAS”, afirmando que a autuante, de forma indevida, classifica as seguintes mercadorias como bebida: Xarope Monin e Chás Sachês: (códigos 11714, 11715, 11716, 11717, 11718, 11719, 11720, 13100, 16061, 16209, 16210, 16267, 16268, 16269, 16270, 16271, 16272, 16273, 16274 e 16275), afirmando, contudo, que se tratam de alimentos, fazendo jus aos benefícios do Decreto nº 7.799/00.

Sobre o xarope Monin, disse que a classificação NCM é 2106.90.10, isto é, “*preparação para elaboração de bebida*”, conforme extrato da Declaração de Importação afixado abaixo:

Declaração: 20/1458008-0

Data do Registro: 21/09/2020

Adição: 20/1458008-0 / 001

Nº do LI : 20/2485135-7

Exportador/Fabricante/Produtor

Nome: GEORGES MONIN S.A.S.

País de Origem: FRANCA

Classificação Tarifária

NCM 2106.90.10 - Preparações do tipo utilizado para elaboração de bebida

NBM 2106.90.10

Condição de Venda

INCOTERM: FCA - FREE CARRIER

VCMV: 31.579,20

EURO/COM.EUROPEIA

Em seguida apresentou uma “Descrição Detalhada da Mercadoria”: 133951 - M70 PREPARAÇÃO ALIMENTÍCIA SABOR MAÇÃ VERDE 700 ML (e outros sabores), AROMATIZADO COM ADICAO DE CORANTES NATURAIS, DOS TIPOS UTILIZADOS PARA INCREMENTAR O SABOR DE ALIMENTOS, ELABORAÇÃO DE DRINQUES E SOBREMESAS. MERCADORIAS DESTINADAS A VENDA PARA RESTAURANTES, BARES E SIMILARES. MARCA: MONIN, apresentando ainda, à fl. 132, anúncio vinculado ao xarope Monin que o classifica como “preparado alimentício”.

Ao ingressar no tópico intitulado “*INOVAÇÃO LEGAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LIVRE CONCORRÊNCIA*”, pontuou que a autuante possui uma interpretação própria para especificar os requisitos necessários para que usufrua dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, isto é, a redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como sucos, chás e xaropes.

Neste sentido, afirmou que para a autuante, por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481/2009, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não

especificadas anteriormente) não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, tecendo outras considerações técnicas a este respeito, e afirmou que a autuante ao invés de agir de acordo com a regência da Lei, inovou a sua interpretação, ao dar sentido totalmente diferente daquele, usurpando a responsabilidade do legislativo, de modo a violar o princípio da separação dos poderes, uma vez que, como representante do Executivo, optou por, deliberadamente, dar tratamento totalmente equivocado ao Decreto Estadual nº 7.799/00.

Acrescentou que, além da incorreta interpretação de que os benefícios do Decreto Estadual nº 7.799/00 não poderiam ser utilizados para bebidas (suco, chá e xarope), uma vez que teria ocorrido a revogação para tais produtos, consoante termos já expostos no tópico anterior, defendeu que tal entendimento também não está de acordo com as práticas de mercado no Estado da Bahia, isto porque, concorrentes diretos seus, utilizam os benefícios previstos no Decreto Estadual nº 7.799/00, isto é, a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas, apontando exemplos.

Após tecer outras considerações nessa linha de argumentação, concluiu esse tópico pontuando que em razão à obediência aos princípios da separação dos poderes, livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição Federal, é de rigor reconhecer a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas (suco, chá e xarope) prevista no Decreto Estadual nº 7.799/00 também para as operações que pratica.

Quanto à redução de alíquota de ICMS para o produto MILHO, citou que a autuante não está considerando a redução de alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO BRANCO, conforme previsto no art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo sido glosado o valor de R\$ 1.599,03 para este produto.

Já o MILHO XERÉM que havia sido indevidamente incluído no Auto de Infração, foi excluído pelo Preposto Fiscal em sua manifestação.

Argumentou que MILHO BRANCO é um milho seco de cor branca, que comprova ser um milho comum, que não possui nenhuma alteração física ou química, do modo que mantém sua estrutura física originária, anexando fotos de algumas “espigas”, fl. 138, amoldando-se, pois, à redação do art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que apenas menciona “milho”, como característica suficiente para o benefício da redução de alíquota.

Após outras considerações a este respeito, inclusive reportando-se a forma de tributação que considera praticada por outras empresas do mesmo ramo que atua, concluiu argumentando que em razão à obediência aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição Federal, é de rigor reconhecer a redução da alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO BRANCO também para as operações que pratica.

Ao ingressar à Infração 04, que se refere a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, disse que a mesma não merece prosperar em razão de que: *i*) está sendo exigido equivocadamente DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção; e *ii*) está cobrando equivocadamente o DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia.

A este respeito, voltou a citar que está sendo cobrado equivocadamente DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção da nota fiscal 286, cujo imposto não foi recolhido devido ao benefício do diferimento previsto no Decreto Estadual nº 13.780/12, art. 286, inciso XXV, o qual foi ratificado pela autorização concedida pelo programa PROBAHIA, tendo anexado, como comprovação, a Resolução 001/2015, fl. 166, a qual lhe concede o benefício relativamente ao diferencial de alíquotas, para o momento em que ocorrer a desincorporação do bem.

Assim, por se tratar de contribuinte de estabelecimento com atividade industrial, tendo em vista

que a impressora adquirida se destinou ao seu ativo imobilizado e é utilizada no processo de implantação ou ampliação da planta de produção e destinada a fabricação de embalagens de mercadorias produzidas na forma de sachês, tais como molhos, temperos e condimentos, faz jus ao benefício, conforme preconizado no artigo 286 do RICMS e §§ 13, 14 e 15, afixando à fl. 142 e 143, fotos do maquinário adquirido e destinado ao seu ativo imobilizado.

Argumentou, também, que está sendo cobrado equivocadamente DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto pago por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia referente as notas fiscais 1082903, 1157124 e 1204993, isso porque, as aquisições tiveram toda sua carga tributária encerrada no Estado da Bahia a partir do pagamento por substituição tributária do ICMS, de modo não há o que se falar em DIFAL, observando o que cita o art. 28 da Lei 7.014/96 (não cumulatividade).

Por fim, voltou a ressaltar que ainda em relação à Infração 04, está sendo exigido ICMS de diversas notas fiscais, as quais foram devidamente quitadas, conforme arquivo juntado em sua Impugnação.

Com base nos argumentos supra, considera ser descabida a exigência contida na infração 04.

Concluiu reiterando a solicitação de diligência formulada na peça impugnatória inicial, assim como, os pedidos já apresentados.

A autuante voltou a se pronunciar, fls. 176 a 191, onde, em relação ao alegado erro de direito, não é procedente, posto que de acordo com o § 1º, do at. 18, do RPAF, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, observando que no presente caso o autuado foi cientificado das correções e se abriu prazo para as manifestações obedecendo o que determina § 1º, do at. 18, do RPAF, observando que também consta no PAF todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não havendo, pois, erro de direito.

Quanto a alegação de que não houve uma investigação prévia dos fatos por parte da Fiscalização tendo sido feito apontamentos sem fundamentos factuais, sustentou que a arguição não prospera, conforme demonstra a intimação e *e-mail* de fl. 9 a 16, que as informações fiscais foram analisadas.

No tocante a dita falta de motivação explícita, clara e congruente, bem como com a fundamentação genérica e a grande quantidade de infrações no mesmo Auto de Infração, sendo possível afirmar que houve o cerceamento da defesa do contribuinte, tornando, assim, nulo o auto de infração, ponderou que existe equívoco por parte do autuado, pois consta nas folhas 1 a 4 a descrição da infração com os respectivos enquadramentos legais e indicação dos anexos que demonstram a infração, não havendo que se falar que houve cerceamento de defesa.

No mérito, em relação a infração 01, que se refere a recolhimento a menos do ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade, citou que, em relação as devoluções de vendas, que o autuado alegou que não foram consideradas, disse que, na realidade, através dos anexos 8 e 9 foram consideradas diversas notas, exceto as notas 697203 e 749201, os quais foram refeitos, passando o valor para os demonstrativos 11 e 12, cujo o valor do Anexo 12 será abatido no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL 2, na coluna K.

A respeito da DIFAL SOBRE MERCADORIA COM ICMS ST onde o autuado argui cobrança indevida, disse que as mercadorias em questão, “BIS CR CRACKER VITADELLI 20X400G” e “BIS MAISENA

VITADELLI 20X400G”, afirma não proceder a arguição defensiva pois se trata de operações interestaduais para consumidor final, incidindo, pois, a DIFAL. Manteve a exigência.

Quanto a alegação de que houve pagamento integral de DIFAL sobre diversas notas fiscais e que não foram considerados pela autuante, observou que na primeira manifestação defensiva o autuado citou, fl. 47, parágrafo 39, que as notas estavam no arquivo em anexo, agora cita que as notas fiscais das operações já foram juntadas no momento da apresentação da impugnação.

A este respeito disse que os pagamentos foram demonstrados no Anexo 2 e os valores foram transferidos para o Anexo 1, coluna J (valor original) e Anexo 11, coluna J (valor da segunda informação fiscal).

Pontuou não prosperar a alegação defensiva da improcedência da infração 01 pois ainda existe valor remanescente conforme ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL 2, ao tempo em que, caso haja concordância do CONSEF com a metodologia fica valendo o Anexo 11 para a infração.

Após ratificar seus argumentos relacionados a infração 02 por considerar que o autuado nada trouxe de novo, adentrou a infração 03 que se refere a recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Disse que o autuado tenta desenvolver a tese de que a fiscalização admite que tem direito a redução da base de cálculo conforme decisão judicial no processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001, para produtos tais como sucos, chás e xaropes, argumento este que considera improcedente.

Pontuou que foi obedecida a decisão judicial que determina o benefício da redução da base de cálculo estabelecida no art. 1º, Decreto nº 7.799/00, ocorrendo, entretanto, que bebidas como suco, chá líquido e xaropes não estão abrangidas por este benefício, passando a se reportar a cada um de per si, conforme abaixo:

– CHA: O chá das marcas CASTELLARI, MARATA e REAL MULTIERVA são chás de saquinho e foram excluídos do anexo 13.

– XAROPE MONIN: disse que o autuado alega que xarope Monin, a classificação NCM é 2106.90.10, isto é, “preparação para elaboração de bebida”, conforme extrato da Declaração de Importação, entretanto não existe no anexo 10 o item XAROPE MONIN.

No que pertine a alegação de “VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LIVRE CONCORRÊNCIA” citou que, segundo o autuado os artigos 1º e 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00 são claros ao especificar que o requisito condicionante para aproveitamento do benefício é a atividade econômica principal do Contribuinte (CNAE) e não a classificação das mercadorias comercializadas, entretanto, sustenta que não procede tal argumento visto que de acordo com o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 a redução da base de cálculo é devida às **mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16. Portanto considera equivocada a interpretação do autuado que a redução se deve ao CNAE e não a mercadoria.**

Destacou que sua interpretação é a que prevalece por parte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, citando que às fls. 101 a 105, existem diversas decisões do CONSEF sobre o mérito que exclui bebidas do benefício da redução da base de cálculo estabelecido no art. 1º, do Decreto nº 7.799/00.

Faz alusão ao argumento defensivo de que o entendimento da fiscalização também não está de acordo com as práticas de mercado no Estado da Bahia. Isso porque, concorrentes diretos do impugnante utilizam os benefícios previstos no Decreto Estadual nº 7.799, isto é, a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas, afirmando que a tese não prospera, posto que, todos os concorrentes que têm o benefício do art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 também estão sujeitos a mesma interpretação, observando, ainda, se os estabelecimentos citados pelo autuado estão dando redução de base de cálculo conforme art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, para suco de tomate,

estão sujeitos a mesma autuação, visto que a lei é isonômica para todos.

Naquilo que se relaciona ao produto MILHO BRANCO, que o autuado diz que é um milho seco de cor branca, que comprova ser um milho comum, que não possui nenhuma alteração física ou química, do modo que mantém sua estrutura física originária, não concorda com essa afirmativa, mencionando que a NCM da foto à fl. 138, do suposto milho comercializado é 0709, sendo que, na realidade o produto comercializado é MILHO BRANCO CANJICA, com NCM 1104, conforme imagens afixadas à fl. 182, acrescentando que conforme consulta anexa à fl. 113, frente e verso, a tributação para canjica branca, conhecido na Bahia como mungunzá, tem tributação normal, ou seja, alíquota de 18%.

Por considerar que os demais argumentos trazidos pelo autuado não se revestem de fatos novos, ratificou a informação fiscal de fls. 95 a 115.

Ao adentrar a infração 04, referente a recolhimento a menos da DIFAL, destacou o argumento defensivo relacionado a “IMPLANTAÇÃO/AUTOMAÇÃO DE PLANTA DE PRODUÇÃO”, acolheu o argumento defensivo de que o ICMS não foi recolhido devido ao benefício previsto no Decreto Estadual nº 13.780/12, art. 286, inciso XXV, apresentando novo demonstrativo de débito no valor de R\$ 3.848,49 para esta infração, conforme fl. 191.

Quanto aos demais argumentos relacionados a presente infração, por não serem fatos novos, ratificou seus posicionamentos já inseridos através da informação fiscal anterior.

Voltou a se insurgir contra o pedido de realização de diligência e concluiu pugnando pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

Mais uma vez houve manifestação pelo autuado, fls. 200 a 220, referindo-se somente a aspectos meritórios da autuação, onde, em relação à infração 03, voltou a questionar as exigências relacionadas aos produtos suco e xarope por, ao seu entender, possuírem os benefícios do Dec. 7799/00 e a não consideração da redução da alíquota para 7% do produto Milho Branco, conforme art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96.

A este respeito traz uma longa exposição para respaldar seus argumentos que, a rigor, repetem aqueles já apresentados anteriormente e aqui já relatados em relação a ambos os aspectos citados.

De novidade trouxe para finalizar a discussão quanto a redução da base de cálculo para bebidas, o Acórdão 0350-11/22-VD, relacionado a sua empresa, fls. 221 a 239, no sentido de que sucos e xaropes não seriam bebidas e, sim, alimentos líquidos, cujo excerto do Voto transcreveu, para asseverar que sucos e xaropes são considerados “*alimentos em geral*” e podem, portanto, usufruir plenamente dos benefícios do Dec. 7799/00, citando ainda a posição do Xarope na TIPI – 2106 – Preparações alimentícias.

Conforme já mencionado, voltou a repetir os argumentos relacionados ao produto “*Milho Branco*” já que a autuação relacionada ao “*Milho Xerém*” foi excluída pela autuante, onde transcreveu a ementa do Parecer DITRI 06953/2009, fl. 217, para suscitar o reconhecimento da redução da alíquota deste produto para 7%.

No tocante a infração 04 relacionada a falta de recolhimento da Difal, citou equívoco da autuação ao exigir o imposto sobre mercadorias que tiverem seu imposto por substituição tributária destacada nas notas fiscais nº 1082903, 1157124 e 1204993, razão pela qual considera indevida a exigência recaída sobre estas notas fiscais.

Citou, também, que não foi levado em consideração o crédito no valor de R\$ 52,50 destacado nas informações complementares de nota fiscal nº 1792, chave de acesso 41380915741051000104550000000017921007056301 cujo fornecedor é inscrito no Simples Nacional, concluindo que não cabe a exigência da infração 04.

Ao final apresentou os mesmos pedidos já apresentados anteriormente.

A autuante voltou a se pronunciar, fls. 248 a 261, apresentando um resumo dos argumentos

defensivos trazidos em sua manifestação, e, em seguida, mencionou que, na fl. 202 não foi considerada a redução da alíquota de ICMS para 7% do produto Xerém, infração 03, o que não é verdadeiro, apenas não foi considerada a alíquota de 07% para o produto Milho Branco, cuja retificação para 07% ocorreu quando da primeira informação fiscal, fl. 105, conforme Anexo 10.

No tocante a redução da base de cálculo para bebidas, pontuou que o autuado repetiu os argumentos já apresentados anteriormente, trazendo, de novo, apenas o Acórdão CJF nº 0350-11/22, com a qual diz não concordar por considerar que um único acórdão não é vinculante e que existem decisões reiteradas de que os ditos sucos, que na realidade são néctar, não são contemplados no art. 1º do Dec. 7799/00.

Pontuou que o legislador definiu como critério o CNAE que não pode ser alterado para NCM, e, se existe CNAE específico para comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente (46.35-4/99) não se aplica o CNAE 46.39-7-01 (Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral) nos casos de bebidas, caso contrário não seria necessário existir tantos CNAE no Anexo 1 do Dec. 7799/00, cujas decisões reiteradas do CONSEF são nesse sentido.

Citou, ainda, que caso não seja acolhido seu posicionamento acima, o Acórdão CJF 0350-11-22 faz referência de alimento líquido como o suco natural, que não contém açúcar, conservantes e outros, explicando que existem dois tipos de produto, um, o suco que não contém açúcar e conservantes, e o outro é o néctar que contém conservantes e outros, sendo comum as pessoas chamarem néctar de suco, não sendo diferente com o autuado que denominou indevidamente néctar de suco.

Acrescentou que foi alegado pelo autuado que a decisão contida no referido acórdão é no sentido de que sucos e xaropes não seriam bebidas e, sim, alimentos líquidos, o que considera incorreta e omissa sua interpretação, incorreta porque a decisão não faz referência a xarope e omissa porque a decisão descreveu como alimento líquido o suco com propriedade naturais e omitiu que os itens que indevidamente chama de suco são na realidade néctar pois contém aditivos como açúcar, conservantes e outros, transcrevendo, com destaque, o seguinte excerto da voto ali inserido:

“(…)

*Alimentos in natura são obtidos diretamente de plantas ou de animais e não sofrem qualquer alteração após deixar a natureza: Alimentos minimamente processados correspondem a alimentos in natura que foram submetidos a processos de limpeza, remoção de partes não comestíveis ou indesejáveis, fracionamento, moagem, secagem, fermentação, pasteurização, refrigeração, congelamento e processos similares **que não envolvam agregação de sal, açúcar, óleos, gorduras ou outras substâncias ao alimento original. Nessas categorias encontram-se frutas, polpas de frutas e sucos de frutas naturais, inclusive aqueles engarrafados em que não adicionados de açúcar, corante e conservantes, apenas sofrem processo de pasteurização**”.* (grifo acrescido).

Transcreveu pesquisa efetuada na internet a respeito de sucos de caixinha, os quais não devem ser consumidos com frequência, já que contém grande quantidade de açúcar e aditivos químicos, enquanto que o néctar é uma bebida não fermentada que foi obtida através da diluição do suco, cujos produtos vendidos não contém mais de 55% de polpa, citando exemplos.

Concluiu afirmando que os produtos chamados indevidamente pelo autuado como sendo suco, na realidade são néctar e não são alimentos líquidos, o qual está no CNAE 4635-4/99 – Comércio de bebidas não especificadas anteriormente e não está contemplado pelo benefício do art. 1º do Dec. 7799/00.

Quanto ao produto Milho Branco disse que ratifica os pronunciamentos anteriores, enquanto que o autuado alega que o item objeto da autuação é milho em espiga para justificar a alíquota de 07% quando na realidade se tratam de Milho branco para canjica cujas fotos colacionou às fls. 257/258.

No que pertine a infração 04 ratificou suas informações anteriores, e, quanto ao argumento de que não foi levado em consideração no cálculo da Difal o crédito de R\$ 52,50 destacado em

documento fiscal emitido por fornecedor optante do Simples Nacional, disse não prosperar este argumento pois com o advento da nota fiscal eletrônica modelo 55, passou a existir um campo específico para o destaque do ICMS referente ao Simples Nacional, sendo que, inexistindo este destaque não existe o débito para a empresa remetente, também não existe crédito para o adquirente.

Observou que o destaque do imposto no campo informação complementar só é permitido para nota fiscal modelo 1, para a modelo 55 é obrigatório o destaque do ICMS no campo “vCrediICMSSN” da XML, e, sem este destaque, não existe o pré-requisito para concessão do crédito, citando que a NF-e 1792 não tem o crédito de ICMS destacado no campo próprio, conforme recorte da XML que indicou.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

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

VOTO VENCIDO (EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 03)

De acordo com o constante na inicial, o presente Auto de Infração foi expedido para exigir crédito tributário no montante de R\$ 155.092,85, mais multas, em decorrência das acusações aqui reproduzidas:

- INFRAÇÃO 01 – 002.001.028: *“O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da federação. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - REPARTIÇÃO DA RECEITA e ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO - REPARTIÇÃO DA RECEITA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 1.470,81. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.*

- INFRAÇÃO 02 – 003.002.002: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota de 18% que é diversa da prevista na legislação através das notas fiscais relacionadas do anexo 3. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota de 25% através das notas fiscais relacionadas do anexo 3 e lançou o fundo de pobreza no REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo estorno de créditos, com a descrição 2% ICMS NORMAL SOBRE VENDAS DE BEBIDAS CFOP 5102 COM ALIQ 25%. O valor do estorno de crédito consta na coluna M do anexo 3 e abateu a diferença entre a alíquota de 25% de 27%. O contribuinte, através das decisões judiciais, 0529035-03.2018.8.05.0001 e 0529035-03.2018.8.05.0001, tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00. Tudo conforme ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO – 2018 e ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO - FUNDO DE POBREZA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 15.202,23. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

- INFRAÇÃO 03 – 003.002.005: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte utilizou uma redução na base de cálculo superior ao estabelecido na legislação. A*

empresa, através das decisões judiciais, 0529035-03.2018.8.05.0001 e 0529035-03.2018.8.05.0001, tem direito aos benefícios do Decreto nº 7.799/00. Tudo conforme ANEXO 5 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ERRO NA BASE DE CÁLCULO - 2018, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 105.017,17. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- **INFRAÇÃO 04 – 006.001.001:** “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo próprio estabelecimento. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e uso e consumo do próprio estabelecimento. O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO, com a descrição DIFERENCIAL DE ALIQUOTA, valor menor que o devido. Tudo conforme ANEXO 6 - DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇA DE ALIQUOTA - 2018 e ANEXO 7 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA DIFERENÇA DE ALIQUOTA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, Escrituração Fiscal Digital – EFD e NF-e em meio magnético”. Valor lançado R\$ 33.402,64. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de falta da documentação comprobatória mencionada nos autos, elementar à pretensão de cobrança administrativa de imposto, notadamente a escrituração fiscal digital, pelo menos em seus extratos da apuração do imposto em questão, bem como a memória de cálculo relatado na peça acusatória.

Após tecer outras considerações nesse sentido, pugnou pela nulidade do Auto de Infração com base no Art. 18 e seus incisos, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Foi arguido, também, a anulação do Auto de Infração onde intitulou “*Prejudicial de Mérito: Violação ao princípio da Verdade Material*”, sob a alegação de que a autuante fundamentou as infrações em dispositivos legais genéricos, onde citou que a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material, visando garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que se possa verificar a veracidade dos fatos e, consequentemente, defender-se mediante apresentação de impugnação, não estando o procedimento baseado no princípio da legalidade, uma vez que a autuante não se prestou a efetuar a busca pela verdade material da presente demanda, ocorrendo inexistência de motivação, imprescindível para o lançamento.

Não acolho ambos os pedidos de nulidade da autuação. Isto porque, o procedimento fiscal foi iniciado de forma regular, mediante lavratura do termo próprio e precedido das intimações para apresentação de documentos e informações necessárias à execução da auditoria fiscal, sendo atendido pelo autuado, tudo conforme documentos de fls. 09 a 12.

Portanto, o procedimento fiscal atendeu o princípio da legalidade, posto que foi iniciado com base em Ordem de Serviço expedida por autoridade competente para essa finalidade, a busca pela verdade material foi feita na medida em que foi examinada e questionada a documentação julgada necessária pela autuante para efeito de elucidação e/ou esclarecimento dos fatos apurados, resultando, assim, na motivação para a efetivação do lançamento tributário.

O fato da autuante, quando da Informação Fiscal, ter acolhido parte dos argumentos defensivos e processado algumas alterações no lançamento não é motivo para nulidade da autuação, na medida em que as alterações foram decorrentes dos próprios argumentos apresentados na peça defensiva, e, sobre os quais, o autuado teve conhecimento e se pronunciou, em três

oportunidades, portanto não há que se falar em cerceamento de defesa, até porque, o autuado a exerceu à fatura.

Considerando, pois, que as acusações se encontram plenamente demonstradas e amparadas por demonstrativos analíticos que possibilitaram o entendimento das imputações, inclusive em relação ao seu enquadramento legal, vejo que foram atendidas as determinações estabelecidas pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e, por igual, as contidas no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA. Ressalto, ainda, que se porventura ocorreu alguma indicação incompleta do enquadramento legal da acusação, isto não é motivo para anulação do lançamento na medida em que a descrição da acusação está descrita de forma clara, acompanhada de demonstrativos analíticos que esclarecem a contento os fatos apurados, tendo o autuado a oportunidade de se manifestar nos autos a respeito das alterações processadas pela autuante, inclusive contestando-as.

Isto posto, afasto os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado e passo ao exame do mérito da autuação. Antes, porém, indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado, com sucedâneo no Art. 147, inciso I e II do RPAF/BA, tendo em vista as diversas intervenções já processadas nestes autos, por ambas as partes, autuado e autuante, razão pela qual considero que já se encontram presentes todas as informações e elementos necessários à formação de meu convencimento como julgador.

Assim é que, em relação a infração 01, no valor de R\$ 1.470,81, referente a falta de recolhimento do ICMS partilha destinado ao Estado da Bahia, exercício de 2018, pertinente a operações que destinaram mercadorias para consumidores finais localizados em outros estados (EC nº 87/15), as alegações defensivas se ampararam em três vertentes: *i)* falta de abatimento da Difal correspondente as devoluções de vendas; *ii)* cobrança indevida da Difal sobre mercadorias que incidiram o ICMS-ST e *iii)* falta de consideração do pagamento da Difal sobre “*diversas notas fiscais*”.

Neste sentido verifiquei que em relação a não consideração pela autuante das deduções relacionadas as devoluções de vendas, vejo que esta questão foi atendida corretamente pela autuante quando da sua segunda informação fiscal, consoante se verifica no demonstrativo Anexo 11, fl. 185, o qual se encontra na íntegra na mídia de fl. 192, onde se encontram indicados na coluna “K” do aludido demonstrativo as operações de devoluções que foram comprovadas, a título de deduções.

No tocante a segunda alegação relacionada a cobrança indevida da difal sobre mercadorias que incidiram o ICMS-ST, onde o autuado se refere de forma específica a nf. 706901, fl. 81, constatei não proceder o argumento defensivo na medida que se trata de saída dos produtos “BIS CR CRACKER VITADELLI 20X400G” e “BIS MAISENA VITADELLI 20X400G”, destinado a consumidor final localizado no Estado de Sergipe, portanto, apesar de conter destaque de ICMS-ST, não é cabível tal retenção já que não se destina a mercadoria com saída subsequente tributada, estando correto o posicionamento da autuante.

Naquilo que diz respeito a alegação de que não foram considerados pagamentos ocorridos em relação a “*diversas notas fiscais*”, constatei que a autuante examinou tal questionamento ao considerar que todos os pagamentos que foram realizados pelo autuado se encontram discriminados no Anexo 2, valores estes que foram transferidos para o Anexo 1, coluna “J”, quando da segunda informação fiscal, conforme Anexo 11, com o que concordo.

Isto posto, a infração 01 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.113,75, consoante a seguir: fev/18 R\$ 16,52; mar/18 R\$ 9,80; mai/18 R\$ 56,61; jun/18 R\$ 1,79; jul/18 R\$ 20,19; ago/18 R\$ 157,09; set/18 R\$ 87,90; out/18 R\$ 458,98; nov/18 R\$ 158,40 e dez/18 R\$ 146,47, conforme totalização mensal na mídia de fl. 192.

Em relação à infração 02, no valor de R\$ 15.202,23, referente a aplicação diversa da prevista pela legislação, a alegação defensiva foi apenas no sentido de que “*a autuante está cobrando ICMS de*

diversas notas fiscais que foram devidamente quitadas, conforme arquivo que disse estar juntando à peça defensiva, afirmando, com isso, que a infração não merece prosperar”, entretanto não trouxe aos autos quaisquer comprovações nesse sentido, o que me leva, tal como a autuante, a não acolher o argumento defensivo e julgar subsistente a infração 02.

Naquilo que se relaciona à infração 03, no valor de R\$ 105.017,17, decorrente de erro na determinação do valor da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a defesa centrou-se em dois argumentos: *i)* que parte das mercadorias, suco, chá e xarope possuem os benefícios do Dec. 7799/00 e *ii)* não foi considerada a redução para a alíquota de 7% para os produtos Milho Branco e Milho Xerém, previstos no Art. 16, I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto a primeira argumentação acima defendeu o autuado que usufrui dos benefícios do Dec. 7799/00, ou seja, redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como sucos, chás e xarope, conforme decisões judiciais emanadas no processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001, conforme a própria autuante reconhece na descrição da Infração 03, aduzindo que a autuante alegou que por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481, de 08/04/2009, publicado no DOE e produzindo efeitos a partir de 09/04/2009, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, sendo assim considerou indevida a redução da base de cálculo de 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00.

Destacou o posicionamento da autuante no sentido de que ao analisar as operações envolvendo os supramencionados itens, considerou que estes estariam embarcados apenas em relação ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente), sendo assim não poderiam ser objeto da redução da base de cálculo que realizou, porém, conforme a descrição de seu CNPJ presente no site do Ministério da Economia, sua principal atividade econômica está relacionada ao CNAE 46.39-7-01 (Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral).

Noutro giro, frisou que o incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto nº 7.799/00, estão vinculados a atividade da empresa e não ao produto específico, transcrevendo o seu Art. 1º:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento: (Redação dada pelo Decreto nº 8.435, de 03.02.2003, DOE BA de 04.02.2003, com efeitos a partir de 01.01.2003)”

Citou, também, o Art. 5º do mesmo Decreto que assim se apresenta:

Art. 5º A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º- E somente se aplicará às saídas internas de mercadorias, cuja alíquota incidente na operação seja de 18% (dezoito por cento) a 20% (vinte por cento). (Redação dada pelo Decreto nº 17.164, de 04.11.2016 - DOE BA de 05.11.2016)

Em vista dos argumentos acima expostos, sustentou não ser correta a interpretação da autuante no sentido de que para os produtos Suco, Chá e Xarope não cabe a redução, alegando ainda que o item 6-A do anexo único do referido decreto foi revogado em 09/04/2009, com efeitos a partir de 09/04/2009, não possuem qualquer vínculo com o caso em tela, voltando a destacar que o incentivo fiscal está vinculado a atividade e não ao produto, observando que as mercadorias que usufruem da redução da base de cálculo estão devidamente listadas na coluna “Justificativa” no arquivo anexo (Pág. 34 - CD).

Sustentou ser incorreto o entendimento da autuante de que as bebidas não estariam contempladas na redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7.799/00, por decorrência da revogação do CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) pelo Decreto Estadual nº 11.841/2009, devendo, portanto, estarem sujeitas aos benefícios do referido Decreto.

Quando da sua segunda manifestação sustentou como “INDEVIDA CLASSIFICAÇÃO DO XAROPE MONIN E DE CHÁS SACHÊ COMO BEBIDAS”, afirmando que a autuante, de forma indevida, classifica as seguintes mercadorias como bebida: Xarope Monin e Chás Sachês: (códigos 11714, 11715, 11716, 11717, 11718, 11719, 11720, 13100, 16061, 16209, 16210, 16267, 16268, 16269, 16270, 16271, 16272, 16273, 16274 e 16275), afirmando, contudo, que se tratam de alimentos, fazendo jus aos benefícios do Decreto nº 7.799/00, sendo que, para o xarope Monin, disse que a classificação NCM é 2106.90.10, isto é, “*preparação para elaboração de bebida*”, conforme foto do extrato da Declaração de Importação afixada a peça defensiva.

Apresentou uma “Descrição Detalhada da Mercadoria”: 133951 - M70 PREPARAÇÃO ALIMENTÍCIA SABOR MAÇÃ VERDE 700 ML (e outros sabores), AROMATIZADO COM ADICAO DE CORANTES NATURAIS, DOS TIPOS UTILIZADOS PARA INCREMENTAR O SABOR DE ALIMENTOS, ELABORAÇÃO DE DRINKES E SOBREMESAS. MERCADORIAS DESTINADAS A VENDA PARA RESTAURANTES, BARES E SIMILARES. MARCA: MONIN, apresentando ainda, à fl. 132, anúncio vinculado ao xarope Monin que o classifica como “preparado alimentício”.

Ao ingressar no tópico intitulado “*INOVAÇÃO LEGAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LIVRE CONCORRÊNCIA*”, pontuou que a autuante possui uma interpretação própria para especificar os requisitos necessários para que usufrua dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, isto é, a redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como sucos, chás e xaropes.

Neste sentido, afirmou que para a autuante, por decorrência do Decreto Estadual nº 11.481/2009, todos os produtos relacionados ao CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7799/00, tecendo outras considerações técnicas a este respeito, e afirmou que a autuante ao invés de agir de acordo com a regência da Lei, inovou a sua interpretação, ao dar sentido totalmente diferente daquele, usurpando a responsabilidade do legislativo, de modo a violar o princípio da separação dos poderes, uma vez que, como representante do Executivo, optou por, deliberadamente, dar tratamento totalmente equivocado ao Decreto Estadual nº 7.799/00.

Acrescentou que, além da incorreta interpretação de que os benefícios do Decreto Estadual nº 7.799/00 não poderiam ser utilizados para bebidas (suco, chá e xarope), uma vez que teria ocorrido a revogação para tais produtos, consoante termos já expostos no tópico anterior, defendeu que tal entendimento também não está de acordo com as práticas de mercado no Estado da Bahia, isto porque, concorrentes diretos seus, utilizam os benefícios previstos no Decreto Estadual nº 7.799/00, isto é, a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas, apontando exemplos.

Após tecer outras considerações nessa linha de argumentação, concluiu esse tópico pontuando que em razão à obediência aos princípios da separação dos poderes, livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição Federal, é de rigor reconhecer a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas (suco, chá e xarope) prevista no Decreto Estadual nº 7.799/00 também para as operações que praticou.

Por último mencionou que para finalizar a discussão quanto a redução da base de cálculo para bebidas, o Acórdão 0350-11/22-VD, relacionado a sua empresa, fls. 221 a 239, é no sentido de que sucos e xaropes não seriam bebidas e, sim, alimentos líquidos, cujo excerto do Voto transcreveu, para asseverar que sucos e xaropes são considerados “*alimentos em geral*” e podem, portanto, usufruir plenamente dos benefícios do Dec. 7799/00, citando ainda a posição do Xarope na TIPI – 2106 –Preparações alimentícias.

Tais argumentos foram rebatidos pela autuante sob as seguintes justificativas:

Sustentou que a alegação defensiva não prospera, pois, bebida está inclusa no CNAE 46.35, e alimento está no grupo 46.39, ou seja, se existe um grupo específico para bebida, este item não pode estar no item de alimentos, por isso bebidas não têm o benefício do Decreto nº 7.799/00.

Pontuou, também, que o autuado alegou que o incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto 7.799/00, estão vinculados a atividade da empresa e não ao

produto específico e reproduz o art. 1º do Decreto nº 7.799/00. Considera equivocada esta interpretação defensiva na medida em que o mesmo dispositivo estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, e, neste anexo, nos itens de 1 a 16, bebidas foram excluídas.

Aduziu que o autuado também defende ter direito ao benefício, porque o art. 5º, do Decreto nº 7.799/00 cita que a redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E somente se aplicará às saídas internas de mercadorias, cuja alíquota incidente na operação seja de 18% (dezoito por cento) a 20% (vinte por cento), entretanto, na realidade o Decreto 7.799/00 estabelece condições para ter o benefício da redução da base de cálculo, sendo que, uma delas é para as mercadorias dos itens 1 a 16 do citado Anexo e outra condição, cumulativa, é para quando as operações forem internas e com alíquota de 18% a 20%, sendo obrigatório o atendimento destas duas condições simultaneamente e não individualmente.

Citou e transcreveu jurisprudência deste CONSEF em relação a matéria aqui enfrentada, **relacionados ao mesmo estabelecimento autuado**, a exemplo do **Acórdão CJF nº 0239-12/21-VD**, cujo excerto assim se apresenta:

“(…)

Quanto ao item “a)”, se observada a planilha elaborada pela fiscal autuante, média à fl. 88, é possível constatar que foi aplicada a redução prevista no decreto das atacadistas nº 7799/2002, em 41,176%, para todos os itens ali inseridos, com exceção para os “greenday néctar de frutas”, classificados pela NCM 22029000, “Santille suco uva”, NCM 20096100, “MSP-800 MEXEDOR PEQUENO”, NCM 39241000 e “Namastea Chá Verde”, NCM 21012010, “Mochila Nespresso”, NCM 42021220, cujas atividades vinculadas não constam listadas junto ao Anexo Único do Decreto nº 7799/2002”.

Citou, também, excerto do Voto extraído do Acórdão NF nº 0206-03/21NF-VD:

(…)

Ora, a discriminação de operações com mercadorias relacionadas com específicos e distintos CNAES, elencadas no Anexo Único do Dec. nº 7.799/00, tem o claro objetivo da Administração Tributária de eleger as operações interestaduais com mercadorias que visem a eficácia e a melhoria na arrecadação. Portanto, a exclusão do CNAE referente ao Comércio Atacadista de Bebidas do Anexo Único, não é aleatória a atende a esse propósito gerencial. Ademais, estar-se a tratar na presente Notificação de benefício fiscal concedido pelo Fisco que, por óbvio, a norma que veicula concessão de benefícios tributários deve ser interpretada em sua literalidade. Portanto, inexistindo no Dec. nº 11.481/09, em relação às operações interestaduais com bebidas relacionadas com o Item revogado 6-A - CNAE 46.35-4/99, qualquer indicativo de que, com essa exclusão, as operações interestaduais com essa mercadoria migrariam para outro item do aludido Anexo Único, não há que se falar na inclusão dessas operações no Item 8, CNAE 4639- 7/01, Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral, como pretende o Notificado em sua justificação. Assim, nos termos expendidos, por entender consentâneo com a legislação de regência, comungo com o entendimento da Auditora Fiscal, esposado em sede de informação fiscal, e concluo que restou evidenciado o acerto da Notificação ao apurar, nos termos dos demonstrativos apresentados, a utilização indevida de crédito fiscal presumido pelo Notificado. Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal”.

Por último, quando da sua terceira informação fiscal, a autuante se reportou ao **Acórdão nº 0350-11/22-VD** sobre o qual divergiu do resultado, inclusive por considerar ser o único no sentido nele indicado, afirmando que existem decisões reiteradas deste CONSEF de que os ditos sucos, que na realidade são néctar, não são contemplados pelo art. 1º do Dec. 7799/00, ao tempo em que o legislador definiu como critério o CNAE que não pode ser alterado para NCM, isto é, se existe o CNAE específico para comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente (46.35-4/99) não se aplica o CNAE 46.39-7-01 comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, nos casos de bebidas, visto que, caso contrário não seria necessário existir tantos CNAE no Anexo 1 do Dec. 7799/00.

Foi efetuada ainda pela autuante uma análise do conteúdo do Acórdão 0350-11/22, o qual entende não se aplicar ao presente PAF, pois faz referência a alimento líquido como o suco natural, que não contém açúcar e conservantes, e o outro é o néctar que contém açúcar e conservantes, sustentando que a interpretação do autuado é incorreta porque a decisão não faz referência a

xarope e descreveu como alimento líquido o suco com propriedades naturais, diferentemente dos aqui citados.

Neste sentido concluiu que os produtos chamados indevidamente pelo autuado por suco, na realidade são néctar e não são alimentos líquidos, ao tempo em que o néctar está no CNAE 4635-4/99 – comércio atacadista de bebidas não especificados anteriormente, portanto não está contemplado pelo benefício do art. 1º do Dec. 7799/00.

Feita esta compilação dos argumentos trazidos aos autos pelo autuado e autuante, chego à conclusão que, de fato, os produtos comercializados pelo autuado, objeto do presente item em discussão, intitulados pelo mesmo como sendo suco e xarope, não se enquadram no benefício fiscal previsto pelo art. 1º do Dec. 7799/00.

Isto porque, na realidade, à luz das fotografias afixadas às fls. 253 a 256, não se tratam de frutos em seu estado natural, mas de néctar de frutas, com adição de açúcares, conservantes, aromatizantes e corantes, **diferentemente**, portanto, da interpretação contida no Acórdão 0350-11/22-VD.

Aliás, a interpretação da autuante está em consonância com o entendimento assente neste CONSEF, consoante pode ser visto nos **Acórdãos nº 0239-12/21-VD e 0206-03/21-NF-VD**, cujos excerto se encontram acima destacados, não se podendo olvidar que o art. 1º do Dec. 7799/00 estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu Anexo 1, onde não consta o item bebidas.

Desta maneira, acolho os argumentos da autuante e mantenho as exigências relacionadas aos produtos “sucos” e “xaropes” integrantes da autuação.

No que tange ao segundo item acima argumentado pelo autuado, citando que não foi considerada a redução para a alíquota de 7% para os produtos Milho Branco e Milho Xerém, previstos no Art. 16, I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, vejo que o Milho Xerém foi corretamente excluído da autuação pela autuante, considerando que sua tributação correta é pela alíquota de 7%, acolhendo, inclusive a citação do Parecer DITRI 06953/2009 pelo autuado, fl. 217, para suscitar o reconhecimento da redução da alíquota deste produto para 7%.

Argumentou o autuado que MILHO BRANCO é um milho seco de cor branca, que comprova ser um milho comum, que não possui nenhuma alteração física ou química, do modo que mantém sua estrutura física originária, anexando fotos de algumas “espigas”, fl. 138, amoldando-se, pois, à redação do art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que apenas menciona “milho”, como característica suficiente para o benefício da redução de alíquota.

Tais argumentos não foram acolhidos pela autuante mencionando que a NCM da foto à fl. 138, do suposto milho comercializado é 0709, sendo que, na realidade o produto comercializado é MILHO BRANCO CANJICA, com NCM 1104, conforme imagens afixadas à fl. 182, acrescentando que conforme consulta anexa à fl. 113, frente e verso, a tributação para canjica branca, conhecido na Bahia como mungunzá, tem tributação normal, ou seja, alíquota de 18%.

Quanto a argumentação do autuado relacionada a obediência aos princípios da separação dos poderes, livre iniciativa e da concorrência e não estando a autuante agindo de acordo com as práticas do mercado neste Estado, lhe imputando perda de competitividade no mercado porque os concorrentes utilizam o benefício da redução de alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO, nos termos o art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, observo que o que se analisa aqui são os fatos presentes nos autos relacionados ao estabelecimento do autuado e se porventura concorrentes seus estão agindo de forma semelhante à que pratica, esta é uma questão que compete às autoridades fazendárias efetuarem as verificações pertinentes.

Isto posto e ante aos fatos suscitados em ambas as peças processuais, acolho o posicionamento da autuante e o resultado consignado pela mesma no novo demonstrativo Anexo 13, **fls. 188 e 189**, que, após as exclusões levadas a efeito resultou no saldo devedor remanescente na infração 03 no valor de R\$ 90.606,85, o que torna a infração 03 parcialmente subsistente.

Por fim, a infração 04, que reclama falta de pagamento de DIFAL no valor de R\$ 33.402,64, o autuado trouxe os seguintes argumentos objetivando a improcedência desta infração: : *i)* está sendo cobrando equivocadamente o DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção; e *ii)* por igual, o DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia.

Nesse sentido pontuou que a autuante está exigindo equivocadamente a DIFAL sobre aquisição de maquinário para fins de implantação/automação de plantas de produção da nota fiscal 286 (Pág. 50 a 52), isto é, o ICMS não foi recolhido devido ao benefício previsto no Decreto Estadual nº 13.780/12, art. 286, inciso XXV, ratificado pela autorização concedida pelo programa PROBAHIA (Pág. 52).

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

“XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;”

Alegou, também, que está sendo exigido DIFAL equivocadamente sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia nas notas fiscais 1082903, 1157124 e 1204993 (Pág. 53 a 55), tendo em vista que a aquisição teve toda sua carga tributária encerrada no Estado da Bahia a partir do pagamento por substituição tributária do ICMS, de modo não há o que se falar em DIFAL, observando o que cita o art. 28 da Lei 7.014/96.

Por fim, ressaltou que a autuante está cobrando o ICMS de diversas notas fiscais de forma indevida, conforme arquivo juntado (Pág. 49 a 55), concluindo que, ante aos argumentos suscitados não cabe a cobrança do ICMS na Infração 04.

A autuante, quando da primeira informação fiscal, não acolheu os argumentos defensivos acima postos, ante as seguintes fundamentações:

- que o item na NF-e 286, fl. 87, é IMPRESSORA FLEXOGRAFICA THUNDER COMAT 900MM, sendo que o autuado não comprovou que a impressora tem relação com a planta de produção para fabricação de conservas de frutas ou de especiarias, molhos, temperos e condimentos, não havendo qualquer correção a ser feita em relação a este item.
- que foi alegado que está sendo exigido DIFAL sobre aquisições de materiais de consumo/imobilizado que tiveram seu imposto por substituição tributária destacado na nota fiscal, retido e recolhido aos cofres da Bahia. A este respeito disse que quando uma mercadoria está sujeita a antecipação tributária, mas é destinada ao ativo fixo ou uso e consumo, cabe ao contribuinte a restituição, sendo devida a DIFAL neste caso. Manteve a exigência.
- que o autuado alegou que se está exigindo imposto sobre diversas notas fiscais de forma indevida, conforme arquivo que disse estar juntando às pag. 86 a 92 da peça defensiva. A este respeito sustentou que nas citadas páginas não consta nenhum arquivo, apenas as notas e documentos citados acima. Na mídia das folhas 71 também não tem arquivo relativo à infração 4.

Na manifestação do autuante foram apresentados argumentos complementares que foram parcialmente acolhidos pela autuante, sobretudo em relação ao maquinário para implantação/automação da planta de produção, no caso a IMPRESSORA FLEXOGRAFICA THUNDER COMAT 900MM, a qual, de acordo com as fotografias apensas à fl. 142 não deixa qualquer dúvida quanto sua finalidade, o que, aliás, se confirma através da Resolução nº 001/2015 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, fl. 89. Isto posto, concordo com a exclusão da exigência no valor de R\$ 29.553,75, relativo a este item, referente ao mês de agosto/18.

Quanto aos demais argumentos defensivos, com sustentáculo nas argumentações trazidas pela autuante, deixo de acolhê-los, inclusive no que diz respeito ao argumento de que não foi levado em consideração no cálculo da Difal o crédito de R\$ 52,50 destacado em documento fiscal emitido por fornecedor optante do Simples Nacional, já que, conforme bem destacado pela autuante, com o advento da nota fiscal eletrônica modelo 55, passou a existir um campo específico para o destaque do ICMS referente ao Simples Nacional, sendo que, inexistindo este destaque não existe o débito para a empresa remetente, e, conseqüentemente, também não existe crédito para o adquirente.

É correto o posicionamento da autuante que o destaque do imposto no campo informação complementar só é permitido para nota fiscal modelo 1, para a modelo 55 é obrigatório o destaque do ICMS no campo “VCrediICMSSN” da XML, e, sem este destaque, não existe o pré-requisito para concessão do crédito, valendo acrescentar que a NF-e 1792 não tem o crédito de ICMS destacado no campo próprio, conforme recorte da XML colacionado pela autuante.

Neste contexto, julgo parcialmente subsistente a infração 04 no valor de R\$ 3.848,89 **conforme demonstrativo à fl. 191.**

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 110.771,72, com a configuração abaixo do débito:

- Infração 01 - Parcialmente procedente: R\$ 1.113,75.
- Infração 02 - Procedente no valor de...: R\$ 15.202,23
- Infração 03 - Parcialmente procedente: R\$ 90.606,85
- Infração 04 - Parcialmente procedente: R\$ 3.848,89

Tendo sido voto vencido em relação a infração 03 no valor acima de R\$ 90.606,85, cujo voto vencedor a julgou no valor de R\$ 9.469,87, o presente Auto de Infração remanesce Procedente em Parte, porém, no valor de R\$ 29.634,74.

VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 03

Manifesto meu respeito ao voto do i. Relator Julgador, frisando que dele divirjo apenas quanto aos fundamentos para manutenção da infração 03, que não concordou com qualquer das duas arguições de defesa, mais especificamente, de que (i) o levantamento não levou em consideração que o defendente usufrui dos benefícios fiscais do Dec. 7799/00, ou seja, a redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como “sucos”, “chás” e “xarope”; como também, (ii) o levantamento não levou em consideração a redução da alíquota ao percentual de 7% para os produtos “milho branco” e “milho xerém”, previstos no Art. 16, I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto a primeira argumentação da defendente de que usufrui dos benefícios do Dec. 7799/00, ou seja, redução de 41,176% da base de cálculo para bebidas, tais como “sucos”, “chás” e “xarope”, a discordância da agente Autuante é decorrente da disposição do Decreto Estadual nº 11.481, de 08/04/2009, publicado no DOE e produzindo efeitos a partir de 09/04/2009, onde especifica que todos os produtos relacionados ao **CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente)** não gozam do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, sendo assim considerou indevida a redução da base de cálculo de 41,176% prevista no Decreto nº 7.799/00, impondo, então, a cobrança do imposto, nos termos da imputação de nº 3 do Auto de Infração, em tela, dado a defendente ter procedido seu registro na sua escrita fiscal, com a aplicação do benefício fiscal do Decreto Estadual nº 7.799/00.

Pois bem. O Decreto Estadual nº 11.481 traz duas alterações produzidas no Decreto Estadual 7799/00, uma delas, está relacionada ao objeto do entendimento da i. agente Fiscal Autuante, é de que o **CNAE 4635-4 (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente)** fora excluída do benefício da redução da base de cálculo de 41,176%, para os atacadistas destacados no citado decreto, e por isso a defendente não poderia usufruir do benefício fiscal do Dec. 7799/00.

Vejo que restaria razão a agente Autuante, o que fora acompanhado pelo i. Relator Julgador, caso a atividade da defendente fosse apenas do **CNAE 4635-4**, quando, na realidade, a atividade principal da defendente é de **4639701 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral**; e nessa condição não vejo qualquer incongruência na aplicação do Decreto Estadual 7799/00 para o defendente, ao objeto da autuação, não obstante a defendente ter, também, como uma de suas atividades secundárias o **CNAE 4635-4**.

Cabe aqui, na realidade, trazer a tona as justificativas apresentada pelo Conselheiro José Rosivaldo Evangelista Rios da 1ª CJF, no julgamento do Recurso Voluntário do Acórdão desta própria 4ª JJF nº 0020-04/22-VD, em relação a essa mesma matéria e empresa autuada, cujo o resultado fora pelo seu provimento.

Naquela oportunidade o i. Conselheiro José Rosivaldo Evangelista Rios apresentou, em mesa, após pedido de vista ao processo, a discussão se “sucos” estaria enquadrado com “alimento”. Como tal, assim fora posto no voto do i. Conselheiro Idelmar José Landin para acatar a manifestação do Conselheiro José Rosivaldo Evangelista Rios, então manifestar seu voto pelo provimento do Recurso Voluntário:

ENQUADRAMENTO DE SUCOS COMO ALIMENTO

Discute-se se “sucos” estaria enquadrado como “alimento”. Segundo o GUIA ALIMENTAR PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA:

“Alimentos in natura são obtidos diretamente de plantas ou de animais e não sofrem qualquer alteração após deixar a natureza:

Alimentos minimamente processados correspondem a alimentos in natura que foram submetidos a processos de limpeza, remoção de partes não comestíveis ou indesejáveis, fracionamento, moagem, secagem, fermentação, pasteurização, refrigeração, congelamento e processos similares que não envolvam agregação de sal, açúcar, óleos, gorduras ou outras substâncias ao alimento original. Nessas categorias encontram-se frutas, polpa de frutas e sucos de frutas naturais, inclusive aqueles engarrafados em que não adicionados de açúcar, corante e conservantes, apenas sofrem processo de pasteurização”.

No site <https://brasilescola.uol.com.br/saude/suco.htm>, no artigo “Suco”, de Patrícia Lopes, consta:

“Suco é uma bebida produzida através o líquido extraído das frutas.....

(...)

O consumo desse alimento muitas vezes é pequeno, principalmente em razão da grande quantidade de sucos industrializados, ricos em açúcar, conservantes e sal. Além das fibras, os sucos naturais fornecem minerais e vitaminas.....”

“Na tabela da TIPI os sucos estão classificados na Seção IV, Produtos Alimentares, que engloba no Capítulo 20 “preparações de produtos hortícolas, fruta ou de outras plantas. Entendo que a atividade da Recorrente comporta o enquadramento dos sucos como de sua atividade, Comércio de alimentos em geral.”

Neste contexto, dado a clareza da discussão trazida pelo i. Conselheiro José Rosivaldo Evangelista Rios, **não me resta dúvida de que**, de fato, as operações desenvolvidas com “sucos”, como também “chás” e “xarope”, **estão em perfeita sintonia com a sua atividade relacionada ao CNAE 4639701 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral**; inclusive, pelo destaque acima relacionado da TIPI, **onde está claro o enquadramento dos sucos no campo de Produtos Alimentares** (Seção IV), que engloba as preparações de produtos hortícolas, fruta ou de outras plantas, **neste caso relacionando aos “chás” e “xarope”**.

Em sendo assim, vejo, seguindo o mesmo entendimento, agora, da decisão de segunda instância através do Acórdão CJF nº 0350-11/22-VD, que modificou decisão do Acórdão desta própria 4ª JJF nº 0020-04/22-VD, relativamente a este mesmo objeto, entendo que deva ser excluído da autuação as operações relacionadas a “sucos”, “chás” e “xarope” as quais a defendente praticou aplicando assertivamente o Decreto Estadual 7.799/2000, por entender seu enquadramento no campo de produtos alimentares.

Quanto a segunda argumentação da defendente de que o levantamento não levou em consideração a redução da alíquota ao percentual de 7% para os produtos “milho branco” e “milho xerém”, previstos no Art. 16, I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, apropriado-me da decisão da segunda instância exarada no Acórdão da 2ª CJF nº 0154-12/12 VD que deu provimento ao Recurso Voluntário impetrado pelo defendente, em relação a decisão de primeira instância, relativo ao Acórdão da 3ª JJF nº 0036-03/19, também, desta empresa autuada, onde se deu razão ao defendente, no caso a *SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA*, em relação ao “*milho branco canjica*”, fundamentado na esteira do decidido por este CONSEF, através do Acórdão CJF nº 0058-11/15 no voto vencedor, da lavra do i. Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, que volto a destacar nos termos a seguir:

Quanto ao produto milho e seus derivados, observa-se que a intenção do legislador foi tributar com a alíquota de 7% os alimentos que compõe a “cesta básica”, ou seja, o milho, fubá de milho, flocos, creme, flor.

Pela análise, por amostragem do demonstrativo que integra o CD à fl. 95, identifico que foi objeto da autuação:

MESANO	DESCRICAO	VLRBC	STRIBALIQ	ALIQUICMS
12/2005	MILHO BRANCO POLIGRAOS 500g	37,12	7,00	17,00
12/2005	MILHO CANJICA AMAR MUNGUZ YOKI 500g	34,72	7,00	17,00
12/2005	MILHO CANJICA BCO MUNGUZA YOKI 500g	41,22	7,00	17,00
12/2005	MILHO DE PIPOCA POLIGRAOS 500g	42,12	7,00	17,00
12/2005	MILHO P/MUNGUNZA SAVORY 500g	8,33	7,00	17,00
12/2005	MILHO PARA PIPOCA YOKI 500g	278,52	7,00	17,00
12/2005	MILHO PIPOCA COMBRASIL T 1 500g	54,30	7,00	17,00
12/2005	MILHO PIPOCA CORINGA 500g	101,36	7,00	17,00
12/2005	MILHO PIPOCA CUSCUMIL 500g	32,50	7,00	17,00
12/2005	MILHO PIPOCA PREMIUM YOKI 500g	301,76	7,00	17,00

*Logo, ao contrário do que foi fundamentado na Decisão ora recorrida de que os produtos autuados “são efetivamente tributados à alíquota de 17%”, milho mungunzá, milho pipoca, **milho branco** e **xerém** são tributados pela alíquota de 7%, a exemplo da Decisão quanto ao milho de pipoca não industrializado contido na Decisão proferida por esta 1ª CJF no Acórdão CJF Nº 0016-11/13.*

Assim sendo, embora não tenha sido quantificado o valor relativo às operações com estes produtos, considero equivocada a Decisão da primeira instância e acolho a tese recursiva de que as operações com milho, fubá, floco, creme, flor e milho de pipoca são tributados pela alíquota de 7% e improcedente a exigência fiscal com relação a tais produtos.

Assim sendo, contrário ao i. Relator Julgador, que acompanhou o entendimento da agente Fiscal Autuante, entendo restar razão a arguição de defesa, de que as operações com “*milho branco*” são tributadas pela alíquota de 7%, sendo improcedente a exigência fiscal com relação a tal produto, que, de fato, é tributado à alíquota de 7%, amoldando ao art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei Estadual nº 7.014/96

Sobre o “*xerém*”, como está posto no voto do i. Relator Julgador, não há lide, após a Informação Fiscal produzida pela agente Autuante que excluiu o produto da autuação, considerando, de fato, que sua tributação é pela alíquota de 7% em linha com o Parecer DITRI 06953/2009, bem assim com a decisão, também, do Acórdão CJF nº 0058-11/15, acima citado, relativo ao voto vencedor, da lavra do i. Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, que traz o destaque de que o produto “*xerém*”, de fato, é tributado à alíquota de 7%.

De tudo até aqui posto, observo que, ao consultar a planilhas constante do CD/Mídia de fl. 192, acostado aos autos pela i. Relatora, em sede de Informação Fiscal, onde traz o saldo remanescente de R\$ 90.606,85, após as exclusões que entendera ser devida da planilha original, em que apresentava o valor lançado de R\$ 105.017,17; os itens de produtos, objeto da glosa, constantes do saldo remanescente da Infração 03, são “*sucos*”, “*xarope*” e “*milho branco*” de várias marcas, que devem serem excluídos do saldo remanescente da autuação nos termos acima discorrido.

Logo, feitas as devidas exclusões, relativo aos itens acima destacados, ou seja, aos itens de produtos “*sucos*”, “*xarope*” e “*milho branco*” resta remanescente da infração 03 o valor de R\$

9.469,87 na forma do demonstrativo abaixo:

Demonstrativo de Débito da Infração 03 – 003.002.005				
Data Ocorr	Data Vencto	Valor do A. Infração antes da I. Fiscal -R\$	Valor do A. Infração após I. Fiscal – R\$	Valor Julgado – R\$
31/01/2018	09/02/2018	12.871,45	11.876,85	1,16
28/02/2018	09/03/2018	10.988,17	9.653,62	0,11
31/03/2018	09/04/2018	7.838,01	6.781,69	0,45
30/04/2018	09/05/2018	9.295,28	8.654,22	58,92
31/05/2018	09/06/2018	8.030,30	7.426,28	1.558,00
30/06/2018	09/07/2018	6.946,97	6.138,80	2,97
31/07/2018	09/08/2018	7.187,66	5.777,65	1,77
31/08/2018	09/09/2018	8.871,88	7.103,82	1.353,19
30/09/2018	09/10/2018	7.273,32	6.072,53	1.157,66
31/10/2018	09/11/2018	0,40	0,00	0,00
31/10/2018	09/11/2018	7.737,61	5.895,46	1.074,11
30/11/2018	09/12/2018	10.104,69	8.719,52	2.626,60
31/12/2018	09/01/2019	1,74	0,00	0,00
31/12/2018	09/01/2019	7.869,69	6.506,53	1.634,93
Total da infração 03		105.017,17	90.606,97	9.469,87

É como eu voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0005/22-0**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.634,74**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, incisos II, “f” e “a” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 08 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR – VOTO VENCIDO (INFRAÇÃO 03)

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR – VOTO VENCEDOR (INFRAÇÃO 03)

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA