

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0017/18-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDOS - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0259-05/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0121-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES E PRODUTOS ALCANÇADOS PELO BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7799/2000. PREJUDICIALIDADE. OPERAÇÕES E PRODUTOS NÃO ALCANÇADOS PELO BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7799/2000. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedida pela 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia, Brasil, nos termos do Parecer nº 3484/2021, extraído do Sistema CPT da SEFAZ/BA, objeto do Processo 02461020214, emitido pela SAT/DIREF/GECON, em 12/05/2021, retificado pelas unidades Administrativas Fiscais superiores na mesma data. Há parcela da autuação que engloba operações e produtos não bafejados pelo citado incentivo, isto é, as operações com sucos industrializados e águas de coco, mantidas na exigência. Somente as atividades e mercadorias que se encaixem no Anexo único do Decreto nº 7799/2000 possuem a redução da base de cálculo. A interpretação restritiva de benefícios fiscais significa que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente. Afastadas as preliminares suscitadas e indeferidas novas diligências. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 5ª JJF, respectivamente, em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 00259-05/24-VD, às fls. 426/443 dos autos, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em tela, lavrado em 27/09/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 4.888.868,04, em razão de uma única infração, descrita a seguir:

INFRAÇÃO 1 – 03.02.05: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2017, conforme demonstrativos de fls. 04 a 17, constantes do CD/Mídia de fl.18 dos autos.*

Enquadramento legal: Art. 17 a 21; e art. 23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese), mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “a”, da lei 7.014/96

Consta de informações complementares de que o Contribuinte utilizou uma redução na base de cálculo superior ao benefício na legislação. O Termo de Acordo baseado no Decreto nº 7.799/00 (Atacadista), celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1, foi denunciado através do Processo nº 178481/2016 e a ciência foi em 31/01/2017.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 22/10/2024 (fls. 426 a 443) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade, através do Acórdão de nº 00259-05/24-VD, o qual foi

fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

De começo, deve-se apreciar as preliminares levantadas no processo.

Vamos a todas elas, portanto.

Antes, porém, convém registrar que o lançamento cobra pagamento a menor de imposto porque a empresa diminuiu equivocadamente a base de cálculo nas saídas, porquanto a partir de 01.04.2017 o incentivo fiscal fora cassado pela administração fazendária, em face de irregularidades verificadas em relação à pessoa jurídica e em relação à situação pessoal de sócio da empresa, além de incluir operações com mercadorias que não se enquadram no benefício fiscal.

Questões preliminares.

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

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

Porém, nos autos nada se vislumbra de prova documental que possa desconstituir a infração, mesmo depois de realizada a diligência solicitada pela defendente. Nem no procedimento, nem neste processo, há juntada de elementos que possam anular a autuação.

Afastada esta preliminar.

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

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

Disto a auditoria desincumbiu-se satisfatoriamente.

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

Ao contrário da tese contestatória, vislumbra-se no processo em tela a presença dos elementos instrutórios que enunciam a realidade. Em mídia digital, há demonstrativos que bem explicitam as diferenças encontradas; traz-se o pronunciamento administrativo que defere a celebração do Termo de Acordo; traz-se, em contraposição, o pronunciamento administrativo que cancela o benefício, haja vista o cometimento de condutas proibidas por parte da empresa e do sócio principal da organização.

A diligência realizada só fez reduzir o quantum debeatur.

Afastada a segunda preliminar.

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

Pois bem. Enquadrou-se a irregularidade pela inobservância aos arts. 17, 18, 19, 20, 21 e 23 da Lei Institutiva do ICMS, com proposição da multa prevista no art. 42, II, “a”, inscrita na mesma Lei mencionada.

Exceto o art. 42, que aborda matéria sancionatória, os demais mandamentos legais referidos tratam das diversas modalidades de base impositiva, seja quando o contribuinte está no regime jurídico da tributação normal, seja quando o contribuinte está no regime jurídico da tributação antecipada, com as diversas variantes de quais componentes econômico-financeiros devem ou não integrá-la.

Dúvidas não há de que a questão aqui esgrimida refere-se à quantificação da base de cálculo. No entender da auditoria, deve ser considerada sem qualquer redução (salvo, de janeiro a março de 2017, cujo percentual de diminuição aplicado foi maior); no entender do sujeito passivo, há de permanecer a redução a qual desfrutava antes da cassação do benefício fiscal. Além disso, a segunda trilha de cobrança se refere a produtos e operações (bebidas) que estariam fora do benefício, estando ou não estando o termo de acordo cassado.

Logo, deve o enquadramento da autuação encontrar eco nos dispositivos legais que tratam da base de cálculo em operações de saída. E tal tratamento é abrigado em todos os dispositivos referenciados no auto de infração.

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

Nenhuma correlação guarda a autuação com o uso inapropriado de crédito presumido, como infere erroneamente a defendente à fl. 36. A discussão está adstrita tão-somente à base impositiva, se sujeita à

diminuição ou não.

Inaplicáveis, por sua vez, os escólios oriundos da instância administrativa federal e paulista, ecoados à fl. 37.

Tipicidade perfeitamente caracterizada.

Afastada a terceira preliminar.

Encerramento da instrução. Indeferimento de novas diligências.

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

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

Questão prejudicial.

Restauração do benefício da redução de base de cálculo em operações contempladas no Dec. 7799/2000.

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

Todavia, da leitura do inteiro teor da decisão interlocutória proferida no proc. nº 0520286-31.2017.8.05.0001, trazida à baila às fls. 90 a 94, detecta-se que o pronunciamento judicial parecia assumir efeitos ex nunc, sem retroceder aos fatos geradores abarcados na presente autuação.

Vale novamente transcrever a ressalva decisória:

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

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

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

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

Entretanto, paralelo a este PAF, a autuada obteve um outro pronunciamento da 3ª VFP, trazido à baila neste processo através de petição datada de 23.02.2022, no sentido de que a decisão interlocutória deveria revigorar os benefícios fiscais desfrutados pela autuada desde o início, isto é, março de 2017, porque restabelecer significa restaurar à condição original. Complementa aquele juízo:

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

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

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

Consigne-se que de janeiro de 2016 a março de 2017 os fatos geradores afetados pelo lançamento de ofício estariam desprotegidos pelos efeitos da decisão interlocutória, lembrando-se que a autuação envolveu os períodos de janeiro a dezembro de 2017.

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

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

Em síntese, pedimos licença para pensar diferente do que pensa o autuado no que respeita a supostamente ter ocorrido desatenção ao quanto decidido – até o presente momento – pelo Poder Judiciário, vale dizer, haver resistências do Poder Executivo em relação ao incentivo da redução da base de cálculo em algumas operações.

Primeiro porque a irregularidade aludiu a erro na determinação da base de cálculo, não só porque o termo de acordo de atacadista foi cassado, mas também porque outras operações experimentaram indevidamente redução da base impositiva. Neste diapasão, não há que se falar em erro de direito, pois não houve mudança do fulcro da autuação, como pensa o sujeito passivo. Desde o lançamento original a exigência aludiu a lapsos na quantificação da base de cálculo. Por um motivo ou pelo outro.

A consideração estatal de descaber a redução em virtude da cassação do benefício previsto no Dec. 7799/00 não pode prosperar; pelo menos por ora, enquanto permanecer produzindo efeitos jurídicos a decisão judicial que restabeleceu o incentivo tributário. Mas ainda continua merecedora de apreciação a circunstância de determinadas operações, em face de suas peculiaridades, mesmo com o termo de atacadista restabelecido, continuarem escapes da redução quantitativa.

Segundo porque, após diligências efetivadas, há no PAF nítida separação entre os fatos geradores e períodos afetados pelo favor fiscal e os fatos geradores que desbordam do incentivo fiscal, seja porque, vale a pena repetir, segundo pensa o fisco, a irregularidade lançada vai além das operações marcadas pelo benefício, seja porque a mercadoria não está agraciada pela diminuição da base.

Terceiro porque inexistente tergiversação estatal. Em nome do direito de constituir o crédito tributário antes do prazo decadencial, a fazenda pública efetuou o lançamento e a sua discussão deve continuar, naquilo que não induzir à prejudicialidade. A apreciação da matéria por parte dos órgãos julgadores administrativos não colide com o pronunciamento judicial, naquilo que não traduzir prejudicialidade, cumpre reprimir.

Analisar administrativamente uma exigência tributária não significa implementar medidas coativas no intuito de valer-se de instrumentos para compelir o sujeito passivo em pagar o imposto. Apenas há impulsionamento do processo na parcela inatingida pela questão prejudicial, pelo menos no entender do Colegiado Administrativo. Após o encerramento da discussão interna corporis, aí sim, caberá a quem de direito promover ou não a cobrança judicial, solicitando inclusive as medidas de coerção processualmente cabíveis.

Assim, em face da determinação temporária de primeiro grau, é de se considerar **parcialmente prejudicado o julgamento do presente auto de infração no que diz respeito aos valores lançados em função da não consideração dos benefícios fiscais antes cancelados**, mas agora judicialmente restabelecidos, devendo a d. PGE manifestar-se a respeito desta parte quando do recebimento dos autos para fins de inscrição do crédito tributário em dívida ativa, se for o caso, inclusive, se necessário também for, empreendendo as medidas de saneamento pertinentes, até porque os valores já se encontram liquidados nos autos.

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

Vale salientar que esta 5ª JF já proferiu decisão semelhante, em face do mesmo contribuinte, no tocante à prejudicialidade ora enfrentada, quando da apreciação do AI nº 274068.0019/18-3.

Mérito residual.

Todavia, há uma parte remanescente do crédito tributário discutido, desprotegida da tutela jurisdicional tantas vezes aqui comentada.

Bom lembrar que o lançamento inicial importou em R\$ 4.888.868,04, e quase a totalidade deste valor foi invulnerado provisoriamente pela decisão judicial de primeiro grau.

Quase a totalidade porque o fisco manteve fora dos efeitos do benefício reinstaurado as operações com bebidas (sucos e água de coco, preponderantemente). Por conseguinte, o debate gira ao redor de saber se tais

mercadorias estariam também bafejadas pela redução de base ou não.

Bom dizer que o fisco assentiu em retirar da exigência residual os valores de ICMS relativos aos sachês de chá. Efetivamente, não se pode qualificar tais mercadorias como bebidas, ainda que possam se transformar em líquido, depois da adição de água. Daí o monte residual ter caído de R\$ 70.733,39 para R\$ 61.777,34. Mas no estado em que são comercializados, não podem ser classificadas como bebidas e desse modo justifica-se a exclusão.

Acerca das operações remanescentes com bebidas (sucos industrializados e água de coco), caminhamos na sintonia do pensamento majoritário externado nos Ac. CJF 0239-12/21, JJF 0206-03/21 e JJF 0117-05/22, mencionados pela autuante.

Isto porque assim dispõe o art. 1º do mencionado diploma:

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:

Logo, somente as atividades e mercadorias que se encaixem neste Anexo Único possuem a redução da base de cálculo.

Com relação ao atacado de bebidas, o CONCLA/IBGE previu os grupos abaixo:

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:		4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente

Ao tempo da ocorrência dos fatos geradores alcançados pela autuação, o CNAE 46.35-4 não se encontrava no Anexo Único.

Nem mesmo o CNAE 4635-4/99, posto que o item 6-A do Anexo Único do Dec. 7799/00 foi revogado desde abril 2009, através do Dec. 11.481, bem antes dos fatos geradores afetados na autuação.

Assim rezava a norma contida no item, que contemplava o seguinte CNAE do benefício da redução de base:

6-A Revogado

Nota: O item 6-A foi revogado pelo Decreto nº 11.481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 09/04/09

Redação anterior dada ao item 6-A pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07, efeitos de 12/04/07 a 08/04/09:

“6-A 4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente”

Portanto, a atividade atacadista de comercialização de bebidas “não especificadas anteriormente” foi retirada do benefício.

A partir daí, não há no Anexo Único nenhum outro item que preveja o atacado de bebidas como beneficiário do incentivo fiscal. Não se pode enquadrar tais atividades no CNAE 4639701, como quer a autuada, considerando que existe um CNAE específico para qualificar o atacado de bebidas, não previsto no Dec. 7799/00, qual seja, o de nº 46.35-4.

Vale dizer também que o Ac. CJF Nº 0350-11/22-VD não serve de paradigma para favorecer o argumento empresarial. É que lá se disse que suco se extrai da fruta, mas aqui os sucos são industrializados, conforme imagens coladas pela auditoria às fls. 415, 416, 417 e 418, com adição de muitos produtos químicos. E mesmo que fossem sucos naturais, discordaríamos respeitosamente do entendimento ali tracejado, porque da mesma maneira que o chá em sachês são um produto alimentício, logo ainda não são bebida, faltando adicionar água,

o suco (natural ou industrializado) deixa de ser alimento sólido para ser comercializado como bebida. Se o legislador quisesse incluir bebidas e alimentos no benefício, das duas uma: ou o CNAE desde a origem seria um único para designar atacado de alimentos e bebidas sem distinguir CNAEs diferentes, ou os dois CNAEs estariam no Anexo Único do Dec. 7.799/00. Entretanto, as duas hipóteses são falsas.

Não se pode esquecer que o estabelecimento autuado desfruta de um benefício fiscal, de modo que sem ele a tributação seria maior, à razão de 17% ou 18%, a depender do caso. Portanto, a sociedade está abrindo mão de uma arrecadação que seria revertida em prol de políticas públicas. Assim, toda interpretação de renúncia fiscal requer cautela, sem raciocínios generalizantes. Não é só porque o autuado é atacadista que, obtido o termo de acordo, toda e qualquer operação fique debaixo da tributação reduzida. Há que se seguir os requisitos da norma, tal qual acontece com o Dec. 7.799/00. Não fosse assim e bastaria a empresa comercializar no atacado para usufruir do favor fiscal e, sabemos, não é assim que se opera a redução da base de cálculo.

Quanto ao milho branco e milho xerém, ao compulsar a mídia de fl. 362, Anexo 7, onde constam as situações fora do alcance do Dec. 7.799/00 (basicamente sucos e água de coco), não identificamos qualquer operação envolvendo este tipo de mercadoria. Portanto, para a matéria que consideramos não prejudicada, nada há a apreciar neste sentido.

Pelo exposto, considera-se o auto de infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, no montante histórico de R\$ 61.777,37, devendo ser adotado para fins de liquidação o demonstrativo de débito mensal circunscrito à fl. 359.

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

O contribuinte autuado foi cientificado da decisão de primeiro grau, relativo ao Acórdão 5ª JJF Nº 0259-05/24-VD, através do Termo de Intimação de fl. 448 dos autos, em cumprimento ao disposto no art. 166 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por AR-Correio, em 02/12/2024, na forma do documento de fl. 449 dos autos e, por Mensagem DT-e de fl. 452, emitida em 22/11/24 e ciência mesma data; então, com fundamento no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, interpôs Recurso Voluntário às fls. 454/470, mediante o qual aduz o que se segue.

SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA., devidamente qualificada nos autos do auto de infração em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, por meio de seus procuradores que nesta subscrevem, com fulcro no artigo 171 do Decreto Estadual nº 7.629/99, apresentar seu Recurso Voluntário contra a decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 274068.0017/18-0 (Doc. 01), lavrado em 27 de setembro de 2018, pelos fatos e motivos que passa a expor:

I. FATOS

Diz que foi autuada através do Auto de Infração nº 274068.0017/18-0, em 27 de setembro de 2018, o qual exigiu o pagamento de crédito tributário no valor de R\$ 8.161.805,22 (oito milhões cento e sessenta e um mil oitocentos e cinco reais e vinte e dois centavos), incluindo principal, moratório e multa, contendo uma infração referente à diversos períodos de 2017.

Na sequência, após sessão de julgamento realizada no dia 25/08/2022 e por decisão do D. Relator, foi determinada a conversão do julgamento em diligência, justamente para análise e correção da equivocada base de cálculo utilizada pela Autoridade Fiscal para a lavratura do AIIM e para que fossem juntados os termos de acordo que tratam da regulamentação do Decreto nº 7.799/00, referentes aos benefícios usufruídos pela Recorrente.

Assim, diz que a Autoridade Autuante tratou de adequar a autuação quanto ao Decreto nº 7.799/00. Sucedeu, então, que, a Autoridade Fiscal ainda exigia débito a título de ICMS devido em razão de:

- i.** Não considerar que parte das mercadorias suco, água de coco, chá e xarope possuem os benefícios do Decreto nº 7.799/00 da Bahia; e
- ii.** Não considerar a redução de alíquota de ICMS para 7% do produto MILHO.

Aduz que, em face das alegações da Autoridade Autuante, apresentou Manifestação sustentando que supostas e citadas exigências não se sustentam, em virtude das seguintes razões defensivas:

(1) Utilização da base de cálculo reduzida de ICMS para bebidas;

(2) Inovação legal – Violação ao princípio da separação de poderes e da livre concorrência;

(3) Redução de alíquota de ICMS para o produto milho.

Oportunamente e tempestivamente, diz que apresentou a defesa formal, via Impugnação requerendo a nulidade do auto de infração, ante a violação ao Princípio da Verdade Material, visto que houve imputação à infração por meio de justificativa infundada, aplicando uma forma diversa de apuração do tributo e nulidade do auto de infração, por cerceamento do direito de defesa por inadequação da capitulação ao auto de infração.

No mérito, diz ter esclarecido que o Termo de Acordo celebrado às bebidas alcoólicas se deu por meio do Processo nº 163738/2016-0, não sendo, portanto, objetos da cassação presente no Processo nº 178.481/2016-2.

Diz que, na sessão de julgamento realizada em 22 de outubro de 2024, a 5ª JJF deliberou por converter o presente processo em diligência para as seguintes providências:

- (i) Intimar o Autuado para apresentar, o prazo de 10 (dez) dias, as notas fiscais relativas às operações de saídas e retornos a título de comodato, no período fiscalizado, bem como a comprovação contábil das operações de comodato, inclusive o controle de inventários dos itens em poder de terceiros;
- (ii) Se for apresentada a documentação solicitada, considerar as quantidades no levantamento de estoques dos itens objeto da autuação fiscal, de acordo com os documentos fiscais e contábeis que comprovem a existência de bens em poder de terceiros e as operações de saídas e retornos em comodato;
- (iii) Na intimação, deve ser solicitado ao Recorrente que apresente demonstrativo das mercadorias incluídas na revisão efetuada e que não constavam no levantamento das entradas e saídas originalmente efetuado. Se comprovado, essas mercadorias devem ser excluídas da apuração realizada.

Registra que o Auto de infração foi julgado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em 22 de outubro de 2024, o qual proferiu decisão de parcial procedência do auto de infração, conforme a ementa do julgado:

EMENTA: ICMS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES E PRODUTOS ALCANÇADOS PELO BENEFÍCIO DO DEC. 7799/2000. PREJUDICIALIDADE. OPERAÇÕES E PRODUTOS NÃO ALCANÇADOS PELO BENEFÍCIO DO DEC. 7799/2000. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Apesar da autuação aludir a erros na fixação da base de cálculo, via estornos indevidos de débitos fiscais, a parte que envolve benefício de redução de base de cálculo encontra uma questão prejudicial, vale dizer, a existência de decisão judicial que impede o exame da defesa. Todavia, há uma outra parcela que engloba operações e produtos não bafejados pelo citado incentivo, isto é, operações com sucos industrializados e água de coco, mantidas na exigência. Afastadas as preliminares suscitadas e indeferidas novas diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

Assim sendo, diz que, após as diligências e o julgamento da Impugnação, o valor do débito principal foi reduzido originalmente de R\$ 8.161.805,22 (oito milhões cento e sessenta e um mil oitocentos e cinco reais e vinte e dois centavos) para R\$ 61.777,37 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e sete reais e trinta e sete centavos).

Pontua, então, que, ainda que tenha ocorrido a redução do valor do débito principal, a manutenção da autuação apresenta graves incorreções, que não foram sanadas pelos julgadores da instância inferior, sendo necessária a revisão da decisão para a correção desses vícios.

Ademais, registra que há de se considerar que o presente auto de infração é nulo, como será bem demonstrado nos fundamentos do recurso a seguir expostos.

II. FUNDAMENTOS DO RECURSO VOLUNTÁRIO

II.1. Preliminar – Violação ao Princípio da Verdade Material

Tendo em vista o resultado do julgamento da Impugnação, necessário relembrar o teor do artigo 142 do Código Tributário Nacional que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, diz que a autoridade administrativa tem o dever de buscar a “verdade material”, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, com a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o Recorrente autuado possa verificar a veracidade dos fatos e, conseqüentemente, defender-se.

Consigna que a autoridade fiscal lançadora do crédito tributário objeto da autuação deve verificar aquilo que é realmente verdadeiro, visando tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade e, mais ainda, deve carrear todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, instruindo seus processos de forma ampla e, ao menos, suficiente para comprovar suas alegações.

Registra que, se os tivesse melhor apurado, inclusive, analisando as respostas lhe enviada antes pela própria Recorrente, teria averiguado os fatos justificados, de maneira que teria evitado o auto de infração ora recorrido. Destaca disposições da Lei nº 9784/99 (RPAF/BA).

Diz que, em razão do não atendimento ao princípio da “verdade material”, específico no âmbito do direito tributário, merece anulação ao auto recorrido por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento.

III. MÉRITO

III.1. DA UTILIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA DE ICMS PARA BEBIDAS.

Diz que, caso ultrapassada a preliminar e prejudicial de mérito, o que se admite *ad argumentandum tantum* e em razão do princípio da concentração da defesa passa a tratar das questões mérito compreendidas pela Recorrente.

No que tange à infração nº 1 – 03.02.05 (recolher a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas), entendeu os julgadores da 5ª Junta de Julgamento Fiscal a manutenção de um saldo remanescente no valor histórico de R\$ 61.777,37 (sessenta e um mil, setecentos e setenta e sete reais e trinta e sete centavos), pelo fundamento de que as operações com bebidas (sucos industrializados e água de coco) não estariam incluídos no incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto nº 7.799/00.

Aponta trecho do r. acórdão, ora recorrido:

“Acerca das operações remanescentes com bebidas (sucos industrializados e água de coco), caminhamos na sintonia do pensamento majoritário externado nos AC. CJF 0239-12/21, JJF 0206-03/21 e JJF 0117-05/22, mencionados pela autuante.

Isso porque assim dispõe o art. 1º do mencionado diploma:

Art. 1º. Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro dos Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes no 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:

Logo, somente as atividades e mercadorias que se encaixem nesse Anexo único possuem a redução da base de cálculo.

(...)

Ao tempo da ocorrência dos fatos geradores alcançados pela autuação, o CNAE 46.35-4 não se encontrava no Anexo Único.

Nem mesmo o CNAE 4635-4/99, posto que o item 6-A do Anexo Único do dec. 7799/00 foi revogado desde abril 2009, através do Dec. 11.481, bem antes dos fatos geradores afetados na autuação.
(...)

Portanto, a atividade atacadista de comercialização de bebidas “não especificadas anteriormente” foi retirada do benefício.

A partir daí, não há no Anexo Único nenhum outro item que preveja o atacado de bebidas como beneficiário do incentivo fiscal. Não se pode enquadrar tais atividades no CNAE 4639701, como quer a autuada, considerando que existe um CNAE específico para qualificar o atacado de bebidas, não previsto no Dec. 7799/00, qual seja, o de nº 46.35-4.

Vale dizer também que o Ac. CJF nº 0350-11/22-VD não serve de paradigma para favorecer o argumento empresarial. É que lá se diz que suco se extrai da fruta, mas aqui os sucos são industrializados, conforme imagens coladas pela auditoria às fls. 415, 416, 417 e 418, com adição de muitos produtos químicos. E mesmo que fossem naturais, discordaríamos respeitosamente do entendimento ali tracejado, porque da mesma maneira que o chás em sachês são um produto alimentício, logo ainda não são bebida, faltando adicionar água, o suco (natural ou industrializado) deixa de ser alimento sólido para ser comercializado como bebida. Se o legislador quisesse incluir bebidas e alimentos no benefício, das duas uma: ou o CNAE desde a origem seria um único para designar atacado de alimentos e bebidas sem distinguir CNAEs diferentes, ou os dois CNAEs estariam no Anexo Único do Dec. 7.799/00. Entretanto, as duas hipóteses são falsas.
(...)”

Diz que discorda do entendimento acima exposto do Ilustre Sr. Presidente Relator da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme será demonstrado a seguir:

Inicialmente, pondera que o debate não trata se o item é ou não industrializado, sendo natural ou não, **o produto é um alimento**.

Registra que, a título de esclarecimento e confirmação de que trata-se de um alimento, importante destacar o trecho do voto do Conselheiro Sr. José Rosivaldo Evangelista Rios, acatada por unanimidade, em julgamento do Acórdão nº 0350-11/22-VD, senão vejamos:

“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, pausterização, refrigeração, congelamento e processos similares que não envolvam agregação de sal, açúcar, 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 pausterização”.

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

“Suco é uma bebida produzida através do 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 TIPI os sucos estão classificados na Seção IV, Produtos Alimentares, que engloba no Capítulo 20 “preparações de produtos hortícolas, frutas ou de outras plantas. Entendo que a atividade da Recorrente comporta o enquadramento dos sucos como de sua atividade. Comércio de alimentos em geral.

Nesse sentido, diz que não se pode perder de vista que refeição é o conjunto de substâncias alimentares, em estado sólido ou líquido (“que se comem e que se bebem”), ingeridas para subsistência do ser humano na medida em que fornece elementos essenciais para a nutrição do organismo do ser vivo. A refeição em si é a combinação de grupos alimentares para se obter uma adequada alimentação.

Potua que o Guia Alimentar para a População Brasileira, divulgado pelo Ministério da Saúde (<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentar-para-a-pop-brasiliera-Miolo->

PDF-Internet.pdf), além de discorrer sobre nutrientes e hábitos alimentares saudáveis, dedica-se a exemplificar formas de combinar tais nutrientes destacando as refeições saudáveis dos brasileiros, tomando por base as três principais refeições do dia, café da manhã, almoço e jantar, nas quais sempre se verifica a presença de frutas, tanto na forma de suco (líquido) ou de pedaços (sólido). Traz figuras ilustrativas à folha 463 dos autos.

Após outras considerações, diz que o entendimento de que suco faz parte da refeição é inclusive corroborado pelo Ministério do Trabalho na sua sessão de “*Perguntas Frequentes*” sobre o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (<http://portalfat.mte.gov.br/programas-e-acoes-2/caged-3/perguntas-frequentes/programa-de-alimentacao-do-trabalhador>), esclarecendo que, por se tratar de item já integrante da refeição (“cardápio”) do trabalhador, o suco não pode ser um substitutivo da obrigação de se fornecer uma porção de fruta ao trabalhador como forma de estimular uma alimentação saudável, esclarecendo que esses dois alimentos devem integrar a refeição fornecida pelo empregador.

Ampliando suas considerações, diz que é possível verificar nas notas explicativas da hierarquia do CNAE 4639-7/01, este compreende *COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL*, excluindo-se apenas comércio atacadista de ração e outros produtos alimentícios para animais. Ou seja, ainda que o Decreto Estadual nº 11.481/2009, tenha revogado o benefício do para o CNAE (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não há como afastar a possibilidade de a Recorrente usufruir do benefício disposto no artigo 1º do Decreto Estadual nº 7.799/00, em relação às bebidas descritas anteriormente, uma vez que seu CNAE principal (46.39-7-01 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral) já abarcaria a tais produtos, demonstrando, portanto, que a autuação do Preposto Fiscal é indevida.

Noutro giro, aduz 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, vejam o diz o Art. 1º do referido *Decreto*.

“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)”

Traz, também, o destaque do Art. 5º do mesmo Decreto nº 7.799/00, que diz mencionar o Art. 1º, vejam:

“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).”

Sendo assim, diz que não é correta a interpretação no sentido de que a recorrente não possa fazer jus ao incentivo fiscal, 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.

Diz que, com a devida vênia, é errôneo o entendimento do acórdão de que as bebidas não estariam contempladas na redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7.799, 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 Decreto nº 7.799/00.

Nesse sentido, cita a ementa do Acórdão CJF nº 0350-11/22-VD no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0016/18-4 (pág. 18 à pág. 36), em que destaca na ementa o seguinte: **“o benefício da redução de 41,76% que trata o art. 1º do Decreto 7.799/00 não é vinculado ao produto e sim a atividade da empresa, sendo que o CNAE 4639-7/01”**.

Assim, diante de todo o exposto, é de rigor reconhecer a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas não alcoólicas (suco, água de coco e xarope) prevista no Decreto Estadual nº 7.799/00 também para a Recorrente, aplicando-se o entendimento dos acórdãos de instância superior supratranscritos.

IV. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA

Diz que as fundamentações apresentadas no presente Recurso Voluntário têm o condão de anular o auto de infração como um todo, ante a clara violação ao disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como ao artigo 18, § 1º do RPAF.

Contudo, caso estes ínclitos julgadores entendam que não é possível a anulação integral do auto pelas inúmeras incorreções, estas devem ser reanalisadas, através da diligência fiscal, nos termos do disposto no artigo 123, § 3º do Decreto nº 7.629/1999, para a correção dos evidentes erros que ocorreram na lavratura deste auto de infração, mantendo-se, apenas, o montante realmente devido pela Recorrente.

V. PEDIDOS

Por conseguinte, pleiteia-se pela reforma do Acórdão JJF nº 0259-05/24-VD, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, determinando-se a total anulação do Auto de Infração nº 2740680017/18-0, afastando a sua cobrança, tendo em vista:

- a) Seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a violação ao princípio da verdade material, nos termos do disposto no artigo 142 do CTN c/c artigo 2º da Lei nº 9.784/1999.
- b) Na remota hipótese de ultrapassada a preliminar, no mérito, a anulação do AIIM é medida que se impõe e, sendo assim, pleiteia-se pela total anulação do Auto de Infração nº 2742740680017/18-0, afastando a pretensa cobrança de ICMS em decorrência da errônea imputação da base de cálculo da cobrança do tributo, bem como pela visível ocorrência de bis in idem nas autuações, aplicando-se o disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF.
- c) 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.

Registrada a presença dos representantes Srs. Anderson Ramos, Andressa Gomes e Ana Luiza Carvalho e, a autuante Sra. Crystiane Menezes Bezerra, na sessão de videoconferência que participaram e exerceram o direito regimental da fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão de Piso proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em 22/10/2024, através do Acórdão 5ª JJF Nº 0259-05/24-VD, às fls. 426/443 dos autos, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/09/2018, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503821/18 constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 4.888.868,04, decorrente de 01 (uma) imputação de irregularidade por ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2017, conforme demonstrativos de fls. 04 a 17, constantes do CD/Mídia de fl.18 dos autos, com enquadramento legal nos Art. 17 a 21; e Art. 23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese), mais multa de 60% tipificada no Art. 42, inc. II, “a”, do mesmo diploma legal.

Consta de informações complementares, na descrição dos fatos da autuação, de que o Contribuinte utilizou uma redução na base de cálculo superior ao benefício na legislação. O Termo de Acordo baseado no Decreto nº 7.799/00 (Atacadista), celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1, foi denunciado através do Processo nº 178481/2016 e a ciência foi em 31/01/2017.

Neste contexto, no que pertine ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JF (Acórdão Nº 0197-05/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo, de forma significativa, reduzindo o débito lançado de R\$ 4.888.868,04, para o montante de R\$ 61.777,37, em valores históricos, conforme os registros no quadro abaixo, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico-R\$	Valor após Inf. Fiscal-R\$	Valor Julgado-R\$
31/01/2017	09/02/2017	10.439,65	102,70	102,70
28/02/2017	09/03/2017	9.233,40	84,53	84,53
31/03/2017	09/04/2017	7.042,79	79,19	79,19
30/04/2017	09/05/2017	522.394,84	5.665,55	5.665,55
31/05/2017	09/06/2017	485.648,59	7.032,73	7.032,73
30/06/2017	09/07/2017	448.595,90	4.878,57	4.878,57
31/07/2017	09/08/2017	463.848,01	8.305,34	8.305,34
31/08/2017	09/09/2017	469.206,13	8.959,06	8.959,06
30/09/2017	09/10/2017	464.708,97	9.466,13	9.466,13
31/10/2017	09/11/2017	553.429,61	6.557,60	6.557,60
30/09/2017	09/12/2017	583.717,15	5.135,49	5.135,49
39/12/2017	09/01/2018	870.603,00	5.510,48	5.510,48
Total		4.888.868,04	61.777,37	61.777,37

Pois bem! Depois de várias intervenções das Partes no presente PAF, ou seja, depois de várias intervenções, no presente PAF, do Contribuinte Autuado e da agente Fiscal Autuante, por solicitação dos membros da 5ª JF, em sede de instrução dos autos, vê-se às fls. 261/262, cópia da Decisão Interlocutória no Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedido pelo Juízo Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, em 14/04/2021, deferindo a suspensão dos efeitos das decisões administrativas, da SEFAZ/BA, proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2, restabelecendo assim os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor (SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA), através dos processos 365491/2014-9 e 028558/2007-1.

Em razão da necessidade de cumprimento da Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, à fl. 266/266-v, vê-se cópia do Parecer nº 3484/2021, extraído do Sistema CPT da SEFAZ/BA, objeto do Processo 02461020214, cuja a ementa é a seguinte:

Restabelecimento dos Benefícios Fiscais a partir de 13/03/2017, em razão de Decisão Judicial. Credenciamento Decreto nº 7799/00 – Artº 1º e 2º redução na base de cálculo nas saídas internas e crédito presumido nas saídas interestaduais - PELO DEFERIMENTO. Efeitos de 31/03/2017 a 31/12/2022. (Grifos acrescidos)

Neste contexto, com o restabelecimento dos Benefícios Fiscais do Decreto nº 7799/00, do Contribuinte Autuado, (SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA), vê-se, às fls. 273/281, Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal Autuante, datada de 17/10/2022, a pedido dos membros da 5ª JF, em que apresenta um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 70.733,39.

Seguindo, às fls. 292/306, têm-se uma manifestação do Contribuinte Autuado, datada de 03/11/2022, à Informação Fiscal de fls. 273/281, complementada por uma nova manifestação de fls. 335/340, datada de 06/12/2022, em que deflui uma nova Informação Fiscal de fls. 348/359, datada de 10/01/2023, produzida pela a agente Fiscal Autuante, onde apresenta um novo demonstrativo de débito da autuação no valor de R\$ 61.777,34.

Seja a Informação Fiscal de fls. 273/281, em que a agente Fiscal Autuante apresenta a alteração do lançamento fiscal original de R\$ 4.888.868,04 para o valor de R\$ 70.733,39, com o restabelecimento do Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00, em respeito a Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001 (fls. 266/266-v), seja a Informação Fiscal de fls. 348/359, em que, a autuante, apresenta um novo demonstrativo de débito da autuação no montante de R\$ 61.777,34, dado, considerações de mérito do Contribuinte Autuante nas variadas manifestações juntadas aos autos, acompanho na sua literalidade.

intão, ainda, com outras razões e contrarrazões acostadas aos autos pelas Partes, o i.Relator

Julgador da primeira instância, após as medidas instrutórias tomadas, até aqui, entendendo como satisfatórios os elementos probatórios trazidos aos autos, para formação do seu convencimento e dos demais membros da 5ª JJF, assertivamente, concluiu que o presente PAF estava devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória adicional, inclusive diligência ou perícia, então pautou os autos para julgamento na sessão do dia 22/10/2024.

Da análise, portanto, da decisão de piso que deu provimento à redução do lançamento original de imposto (ICMS), relativo ao Auto de Infração, em tela, do valor de R\$ 4.888.868,04 para o valor de R\$ 61.777,34, com o restabelecimento do Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00, em respeito a Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, peço vénia aos demais membros desta 2ª CJF, para apresentar os seguintes destaques:

“A consideração estatal de descaber a redução em virtude da cassação do benefício previsto no Dec. 7799/00 não pode prosperar; pelo menos por ora, enquanto permanecer produzindo efeitos jurídicos a decisão judicial que restabeleceu o incentivo tributário. Mas ainda continua merecedora de apreciação a circunstância de determinadas operações, em face de suas peculiaridades, mesmo com o termo de atacadista restabelecido, continuarem escapes da redução quantitativa.

Segundo porque, após diligências efetivadas, há no PAF nítida separação entre os fatos geradores e períodos afetados pelo favor fiscal e os fatos geradores que desbordam do incentivo fiscal, seja porque, vale a pena repetir, segundo pensa o fisco, a irregularidade lançada vai além das operações marcadas pelo benefício, seja porque a mercadoria não está agraciada pela diminuição da base.

Terceiro porque inexistente tergiversação estatal. Em nome do direito de constituir o crédito tributário antes do prazo decadencial, a fazenda pública efetuou o lançamento e a sua discussão deve continuar, naquilo que não induzir à prejudicialidade. A apreciação da matéria por parte dos órgãos julgadores administrativos não colide com o pronunciamento judicial, naquilo que não traduzir prejudicialidade, cumpre reprimir.

Analisar administrativamente uma exigência tributária não significa implementar medidas coativas no intuito de valer-se de instrumentos para compelir o sujeito passivo em pagar o imposto. Apenas há impulsionamento do processo na parcela inatingida pela questão prejudicial, pelo menos no entender do Colegiado Administrativo. Após o encerramento da discussão interna corporis, aí sim, caberá a quem de direito promover ou não a cobrança judicial, solicitando inclusive as medidas de coerção processualmente cabíveis.

Assim, em face da determinação temporária de primeiro grau, é de se considerar parcialmente prejudicado o julgamento do presente auto de infração no que diz respeito aos valores lançados em função da não consideração dos benefícios fiscais antes cancelados, mas agora judicialmente restabelecidos, devendo a d. PGE manifestar-se a respeito desta parte quando do recebimento dos autos para fins de inscrição do crédito tributário em dívida ativa, se for o caso, inclusive, se necessário também for, empreendendo as medidas de saneamento pertinentes, até porque os valores já se encontram liquidados nos autos.

Está claro portanto, que a redução do lançamento original de imposto (ICMS), relativo ao Auto de Infração, em tela, do valor de R\$ 4.888.868,04 para o valor de R\$ 61.777,34, decorre com o restabelecimento do Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00, em respeito a Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedida pela 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia, Brasil, nos termos do Parecer nº 3484/2021, extraído do Sistema CPT da SEFAZ/BA, objeto do Processo nº 02461020214, expedido pela SAT/DIREF/GECON, em 12/05/2021, acima destacado, ratificado pelas unidades Administrativas Fiscais superiores na mesma data.

Aliás essa Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedida pela 3ª Vara de Fazenda Pública, prometeu a emissão de 2(dois) outros Pareceres, relacionados ao Contribuinte Autuado, SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA. São eles: Parecer nº 3491/2021 (fl. 263/263-v) e Parecer 2583/2021 (fl. 264-v/265), todos relacionados aos restabelecimentos do Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00, relativo a itens específicos do programa de incentivo.

Neste contexto, vejo que a decisão recorrida não merece qualquer reparo, pois está amparado no exame dos autos perpetrado, pelo próprio agente Fiscal Autuante, com o restabelecimento Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00 nos termos do Parecer nº 3484/2021 (fls. 266/266-v), extraído do Sistema CPT da SEFAZ/BA e a partir das incongruências apontadas, pelo Contribuinte Autuado, com elementos probantes acostados aos autos e acolhidas, em sede de Informação Fiscal, cujo resultado atesta os valores remanescentes levantados. Assim, nego provimento ao recurso de

ofício.

Quanto ao recurso voluntário, inicio destacando que, o Contribuinte Autuado, traz 2 (dois) fundamentos: um de nulidade, sob argumento de violação a princípio da verdade material; o outro, de mérito, propriamente dito, que diz respeito a utilização da base de cálculo reduzida de ICMS para bebidas.

Sobre a preliminar de mérito, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a “verdade material”, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, com a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o Recorrente autuado possa verificar a veracidade dos fatos e, conseqüentemente, defender-se.

Sem qualquer elemento probante acostados aos autos, registra que, se, a agente Fiscal Autuante, tivesse melhor apurado os fatos, no percurso da ação fiscal, inclusive, analisado as respostas lhes enviadas, quando inquirido, teria averiguado os fatos justificados, de maneira que teria evitado o auto de infração ora recorrido. Destaca disposições do arts. 2º, 50 e 53 da Lei nº 9784/99 (RPAF/BA).

Não vejo qualquer razão a tal arguição de prejudicial de mérito, primeiro é que no voto condutor da decisão de piso, tem todo um arrazoado rechaçando as várias nulidade arguidas em sede de primeiro instância, dentre elas esta que se repete em sede de recurso voluntário; e, por outro lado, a Recorrente, não traz qualquer elemento que ateste, nos autos, a falta do dever da autoridade administrativa buscar a “verdade material” no presente lançamento fiscal, dever este, intrínseco a todos os agentes Fiscais que integram o corpo administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Não merece prosperar, portanto, tal preliminar e prejudicial de mérito.

Sobre a arguição de mérito, propriamente dito, que diz respeito a utilização da base de cálculo reduzida do imposto (ICMS) nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, entendeu os julgadores da 5ª Junta de Julgamento Fiscal a manutenção de um saldo remanescente no valor histórico de R\$ 61.777,37, pelo fundamento de que as operações com bebidas (sucos industrializados e água de coco) não estariam incluídos no incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto nº 7.799/00.

Aponta trecho do r. acórdão, ora recorrido:

“Acerca das operações remanescentes com bebidas (sucos industrializados e água de coco), caminhamos na sintonia do pensamento majoritário externado nos AC. CJF 0239-12/21, JJF 0206-03/21 e JJF 0117-05/22, mencionados pela autuante.

Isso porque assim dispõe o art. 1º do mencionado diploma:

Art. 1º. Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro dos Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes no 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:

Logo, somente as atividades e mercadorias que se encaixem nesse Anexo único possuem a redução da base de cálculo. (Grifo acrescido)

(...)

Ao tempo da ocorrência dos fatos geradores alcançados pela autuação, o CNAE 46.35-4 não se encontrava no Anexo Único.

Nem mesmo o CNAE 4635-4/99, posto que o item 6-A do Anexo Único do dec. 7799/00 foi revogado desde abril 2009, através do Dec. 11.481, bem antes dos fatos geradores afetados na autuação.

(...)

Portanto, a atividade atacadista de comercialização de bebidas “não especificadas anteriormente” foi retirada do benefício.

A partir daí, não há no Anexo Único nenhum outro item que preveja o atacado de bebidas como beneficiário do incentivo fiscal. Não se pode enquadrar tais atividades no CNAE 4639701, como quer a autuada,

considerando que existe um CNAE específico para qualificar o atacado de bebidas, não previsto no Dec. 7799/00, qual seja, o de nº 46.35-4.

Vale dizer também que o Ac. CJF nº 0350-11/22-VD não serve de paradigma para favorecer o argumento empresarial. É que lá se diz que suco se extrai da fruta, mas aqui os sucos são industrializados, conforme imagens coladas pela auditoria às fls. 415, 416, 417 e 418, com adição de muitos produtos químicos. E mesmo que fossem naturais, discordaríamos respeitosamente do entendimento ali tracejado, porque da mesma maneira que o chás em sachês são um produto alimentício, logo ainda não são bebida, faltando adicionar água, o suco (natural ou industrializado) deixa de ser alimento sólido para ser comercializado como bebida. Se o legislador quisesse incluir bebidas e alimentos no benefício, das duas uma: ou o CNAE desde a origem seria um único para designar atacado de alimentos e bebidas sem distinguir CNAEs diferentes, ou os dois CNAEs estariam no Anexo Único do Dec. 7.799/00. Entretanto, as duas hipóteses são falsas. (Grifo acrescido) (...)

Diz, então, a Recorrente, que discorda do entendimento acima exposto do i. Relator Julgador da 5ª Jf. Inicialmente, pondera que o debate não trata se o item é ou não industrializado, sendo natural ou não, **o produto é um alimento**.

Registra que, a título de esclarecimento e confirmação de que se trata de um alimento, importante destacar o trecho do voto do Conselheiro Sr. José Rosivaldo Evangelista Rios, acatada por unanimidade, em julgamento do Acórdão 0350-11/22-D, senão vejamos:

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

“Suco é uma bebida produzida através do 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 TIPI os sucos estão classificados na Seção IV, Produtos Alimentares, que engloba no Capítulo 20 “preparações de produtos hortícolas, frutas ou de outras plantas. Entendo que a atividade da Recorrente comporta o enquadramento dos sucos como de sua atividade. Comércio de alimentos em geral.

Nesse sentido, diz que não se pode perder de vista que refeição é o conjunto de substâncias alimentares, em estado sólido ou líquido (“que se comem e que se bebem”), ingeridas para subsistência do ser humano na medida em que fornece elementos essenciais para a nutrição do organismo do ser vivo. A refeição em si é a combinação de grupos alimentares para se obter uma adequada alimentação.

Pontua que o Guia Alimentar para a População Brasileira, divulgado pelo Ministério da Saúde (<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentar-para-a-pop-brasiliera-Miolo-PDF-Internet.pdf>), além de discorrer sobre nutrientes e hábitos alimentares saudáveis, dedica-se a exemplificar formas de combinar tais nutrientes destacando as refeições saudáveis dos brasileiros, tomando por base as três principais refeições do dia, café da manhã, almoço e jantar, nas quais sempre se verifica a presença de frutas, tanto na forma de suco (líquido) ou de pedaços (sólido). Traz figuras ilustrativas à folha 463 dos autos.

Após outras considerações, diz que o entendimento de que suco faz parte da refeição é inclusive corroborado pelo Ministério do Trabalho na sua sessão de “Perguntas Frequentes” sobre o

Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (<http://portalfat.mte.gov.br/programas-e-aco-es-2/caged-3/perguntas-frequentes/programa-de-alimentacao-do-trabalhador>), esclarecendo que, por se tratar de item já integrante da refeição (“cardápio”) do trabalhador, o suco não pode ser um substitutivo da obrigação de se fornecer uma porção de fruta ao trabalhador como forma de estimular uma alimentação saudável, esclarecendo que esses dois alimentos devem integrar a refeição fornecida pelo empregador.

Ampliando suas considerações, diz que é possível verificar nas notas explicativas da hierarquia do CNAE 4639-7/01, este compreende *COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL*, excluindo-se apenas comércio atacadista de ração e outros produtos alimentícios para animais. Ou seja, ainda que o Decreto Estadual nº 11.481/2009, tenha revogado o benefício para o CNAE (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não há como afastar a possibilidade de a Recorrente usufruir do benefício disposto no artigo 1º do Decreto Estadual nº 7.799/00, em relação às bebidas descritas anteriormente, uma vez que seu CNAE principal (46.39-7-01 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral) já abarcaria a tais produtos, demonstrando, portanto, que a autuação do Preposto Fiscal é indevida.

Noutro giro, aduz 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, vejam o diz o Art. 1º do referido *Decreto*.

“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)”

Traz, também, o destaque do Art. 5º do mesmo Decreto nº 7.799/00, que diz mencionar o Art. 1º, vejam:

“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)”

Sendo assim, diz que não é correta a interpretação no sentido de que a recorrente não possa fazer jus ao incentivo fiscal, 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.

Aduz que, com a devida vênia, é errôneo o entendimento do acórdão de que as bebidas não estariam contempladas na redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº 7.799, 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 Decreto nº 7.799/00.

Nesse sentido, cita a ementa do Acórdão CJF nº 0350-11/22-VD no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0016/18-4 (fls. 471/490) e a ementa do Acórdão CJF nº 0153-12/23 no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0019/18-3 (fls. 490/503).

Assim, diante de todo o exposto, é de rigor reconhecer a redução da base de cálculo de ICMS em 41,176% para bebidas não alcoólicas (suco, água de coco e xarope) prevista no Decreto Estadual nº 7.799/00 também para a Recorrente, aplicando-se o entendimento dos acórdãos de instância superior supratranscritos.

Pois bem! Acerca das operações remanescentes com bebidas (sucos industrializados e água de coco), acompanho o voto condutor da Decisão de Piso, que caminha na sintonia do pensamento majoritário externado nos Acórdãos 2ª CJF nº 0239-12/21, 3ª JJF nº 0206-03/21 e 5ª JJF nº 0117-05/22, mencionados pela autuante na Informação Fiscal de fls. 273 a 280 dos autos.

Isso porque, **repetindo os argumentos trazidos no voto condutor da Decisão de Piso**, assim dispõe o art. 1º do mencionado diploma:

*Art. 1º. Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro dos Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes no **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:*

Logo, somente as atividades e mercadorias que se encaixem nesse Anexo único possuem a redução da base de cálculo. A interpretação restritiva de benefícios fiscais significa que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente.

De fato, com relação ao atacado de bebidas, o CONCLA/IBGE prevê os grupos abaixo:

Seção:	<u>G</u>	COMÉRCIO; REPARAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS
Divisão:		<u>46</u> COMÉRCIO POR ATACADO, EXCETO VEÍCULOS AUTOMOTORES E MOTOCICLETAS
Grupo:		<u>46.3</u> Comércio atacadista especializado em produtos alimentícios, bebidas e fumo
Classe:		<u>46.35-4</u> Comércio atacadista de bebidas
Subclasse:		4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente

Entretanto, ao tempo da ocorrência dos fatos geradores alcançados pela autuação, como bem destacado no voto condutor da Decisão de Piso, o CNAE 46.35-4 não se encontrava no Anexo Único. **Nem mesmo o CNAE 4635-4/99, posto que o “item 6-A” do Anexo Único do Dec. 7799/00 foi revogado desde abril 2009**, através do Dec. 11.481, bem antes dos fatos geradores afetados na autuação.

Assim rezava a norma contida no item, que contemplava o seguinte CNAE 46.35-4 do benefício da redução de base:

6-A Revogado

Nota: O item 6-A foi revogado pelo Decreto nº 11.481, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 09/04/09

Redação anterior dada ao item 6-A pelo Decreto nº 10.316, de 11/04/07, DOE de 12/04/07, efeitos de 12/04/07 a 08/04/09:

“6-A 4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente”

Portanto, a atividade atacadista de comercialização de bebidas “CNAE 4635-4/99 Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente” foi retirada do benefício.

Neste contexto, como posto no voto condutor da decisão de piso, não se pode enquadrar tais atividades no CNAE 4639701, como quer a autuada, considerando que existe um CNAE específico para qualificar o atacado de bebidas, não previsto no Decreto nº 7799/00, qual seja, o CNAE 46.35-4.

Corroborar, ainda, com o entendimento do voto condutor da decisão de piso de afastar a redução da base de cálculo (Decreto nº 7799-ATACADISTA) as operações de saídas de bebidas (sucos industrializados e água de coco), o parecer de nº 8580/2021, expedido pela SAT/DITRI/GECOT no bojo do Processo 37674920215, em resposta à Consulta Tributária efetuada, pela a própria Recorrente, cujo teor da ementa reproduzo abaixo:

ICMS. ATACADISTA. REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. Nas operações de saídas internas de bebidas não alcoólicas SUCOS (NCM 20098990), CHÁS (NCMs 09021000 e 21012010) e XAROPES (NCM 21069010) a Consulente não poderá aplicar a redução de base de cálculo por falta de previsão normativa. Decreto nº

7.799/2000, art. 1º e Anexo Único.

Aliás, esse parecer foi ratificado pelo Parecer de nº 3730/2022, expedido em 30/08/2022, pela SAT/DITRI/GECOT, no bojo do Processo nº 02867520229, em sede de pedido de reconsideração apresentado pela Recorrente.

Não merece prosperar, portanto, também, o recurso voluntário, no mérito, em relação as operações com bebidas (sucos industrializados e água de coco), objeto do saldo remanescente do Auto de Infração nº 274068.0017/18-0, em tela, vez que não estão incluídos no incentivo fiscal de redução de base de cálculo, conforme os benefícios do Decreto nº 7.799/00.

Diante do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, como também do Recurso Voluntário, para manter a decisão recorrida, de PROCEDENTE EM PARTE, relativo ao saldo remanescente do Auto de Infração, em tela.

VOTO EM SEPARADO (Quanto ao pedido de diligência)

Na sustentação oral, por meio do advogado, o recorrente solicitou que fosse realizado diligência à PGE/PROFIS, adotando o mesmo procedimento da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF no Processo nº 274068.006/22-7, após interposição do Recurso Voluntário da decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0146-05/23-VD.

Constato que naquele processo o pedido de diligência perquiriu:

*“Diante dessa constatação, a 1ª CJF deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito à PGE, para que se pronuncie sobre se de fatos os **sucos e nectares** podem ser classificados no conceito de alimentos para efeito de enquadramento do Dec. 7.799/00”.*

Conforme apreciado na decisão recorrida e acolhida pelo n.Relator, o art. 1º do Decreto nº 7.799/2000 indica os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o Decreto, para concessão dos benefícios fiscais, com indicação dos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16.

O contribuinte tem como atividade principal o CNAE 4639-7/01 - COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL e os fatos geradores objeto da autuação referem se ao exercício de 2017, quando o CNAE 46.35-4 não se encontrava no Anexo Único do Dec. 7.799/2000, bem como o CNAE 4635-4/99 - *Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente*, que integrava o “item 6-A” foi revogado a partir de abril 2009, através do Decreto nº 11.481/2009.

Além disso, já foi expedido o Parecer de nº 8580/2021 da SAT/DITRI/GECOT (Processo nº 37674920215), que promoveu resposta à Consulta Tributária efetuada pela Recorrente, acerca da redução da base de cálculo nas operações de saídas internas de bebidas não alcoólicas SUCOS (NCM 20098990), CHÁS (NCMs 09021000 e 21012010) e XAROPES (NCM 21069010), ratificado pelo Parecer de nº 3730/2022 (Processo nº 02867520229) do pedido de reconsideração apresentado pela Recorrente.

Neste contexto, entendo que, mesmo que esta matéria esteja sendo discutida em processo que tramita na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, os elementos contidos neste processo são suficientes para promover o julgamento do Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 147 do RPAF/BA e deve ser indeferido o pedido de diligência, conforme entendeu o julgador por considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos.

VOTO DIVERGENTE I (Prejudicialidade)

Peço vênica ao ilustre Relator para, respeitosamente, inaugurar divergência quanto a questão prejudicial de mérito do qualificado voto apresentado quando do julgamento do Recurso Voluntário.

Como se vê em diversos trechos do voto apresentado, a questão ora versada relaciona-se à redução do lançamento original de imposto (ICMS), relativo ao Auto de Infração, em tela, do valor de R\$ 4.888.868,04 para o valor de R\$ 61.777,34, decorre com o restabelecimento do Benefício Fiscal

do Decreto nº 7.799/00, **em respeito a Decisão Interlocutória, objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedida pela 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia, Brasil**, nos termos do Parecer nº 3484/2021, extraído do Sistema CPT da SEFAZ/BA, objeto do Processo nº 02461020214, expedido pela SAT/DIREF/GECON, em 12/05/2021, acima destacado, ratificado pelas unidades Administrativas Fiscais superiores na mesma data.

Há que se registrar ainda que, a referida Decisão Interlocutória objeto do Processo de nº 0529035-03.2018.8.05.0001, expedida pela 3ª Vara de Fazenda Pública, promoveu a emissão de 2(dois) outros Pareceres, relacionados ao Contribuinte Autuado, SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA. São eles: Parecer nº 3491/2021 (fl. 263/263-v) e Parecer nº 2583/2021 (fl. 264-v/265), todos relacionados ao restabelecimento do Benefício Fiscal do Decreto nº 7799/00, relativo a itens específicos do programa de incentivo.

Portanto, a questão ora versada esta umbilicalmente ligada a discussão judicial intentada pelo ora Recorrente acerca da matéria tratada no presente PAF, sendo claro o ataque frontal ao Auto de Infração objeto desta lide, notadamente em contraposição à capitulação legal adotada pelo Autuado e à temática central da discussão narrada na descrição do auto de infração, conforme destaques do voto condutor.

Guardo entendimento no sentido de que a norma de regência não oferta ao contribuinte tal direito, conforme se verifica nos seguintes dispositivos:

COTEB (LEI Nº 3.956 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1981)

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

RPAF (DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999)

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

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

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

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

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

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

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

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

(...)

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

I - com a extinção do crédito tributário exigido;

II - em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal;

III - pela transação;

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

V - com a decisão administrativa irrecorrível;

VI - por outros meios previstos em lei.

Não vejo, ainda que sob outro prisma, que das normas citadas resta margem interpretativa para conceder ao julgador administrativo a opção de selecionar quais das matérias passíveis de discussão podem remanescer após a opção do contribuinte pela via judicial.

Registro ainda que não verifico plausibilidade na tese recursal ainda que sob a chancela dos princípios da legalidade e ampla defesa, na medida em que no âmbito do processo judicial, na perspectiva das garantias, tem-se muito mais amplitude, relevo e proteção.

Logo, tendo optado pela discussão judicial e na impossibilidade de concomitância de discussões administrativas e judiciais versando sobre o mesmo objeto, ou seja, a higidez do auto de infração em comento, devem ser aplicados ao caso o art. 126 do COTEB (LEI Nº 3.956 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1981) c/c arts. 117 e 122 do RPAF, com consequente renúncia ao processo administrativo fiscal.

Do exposto, considero PREJUDICADA a análise do mérito do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE II (Quanto ao mérito)

Eminentes pares, rogo-lhes vênua para deixar registrada, respeitosamente, a minha dupla dissidência em relação ao encaminhamento deste PAF e o seu deslinde.

Primeiro, propus que o mesmo fosse retirado de pauta e encaminhado à PGE/PROFIS ante a constatação de que há feito em que se debate a mesma questão, pendente de parecer sobre as mesmas operações e mercadorias, sobre o mesmo enquadramento fiscal, envolvendo o mesmo sujeito passivo interessado, e sob a égide da mesma norma de regência. O risco, portanto, de emissão de decisões contraditórias ou, no mínimo, desprovidas de fundamentação coerente é evidente!

Não se pode olvidar que o dever de coerência de preservação da segurança jurídica, povoam relevantes dispositivos tais como os dos arts. 926 e 927 do CPC (e tribunais, ali, são também os administrativos - art. 15 do CPC), e do art. 30 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiras.

Vencido que fiquei nesta questão processual, passo a examinar o mérito.

Faço-o com tranquilidade e segurança, em relação à possibilidade de equiparar sucos a alimentos, no caso específico em testilha, porque participei do julgamento unânime desta Câmara quando decidiu, com voto da lavra do Conselheiro Gabriel Henrique Lino Mota, exarando o Acórdão CJF nº 0153-12/23, j. 08/05/2023 (transcrevo em parte):

5. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL – UTILIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA DE ICMS PARA BEBIDAS

O que está a se discutir sobre esse item “5”, que abrange os produtos água de coco, chá e sucos, não é apenas o código de atividade CNAE 4635-4/99 (comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) ter sido revogado a partir de 09/04/2009, data anterior ao período fiscalizado, e sim o fato destes produtos serem abarcados pelo CNAE 4639-7/01 (comércio atacadista de produtos alimentícios em geral). Alega o Autuado que o CNAE 4639-7/01 contempla, além de alimentos, as bebidas. Anexa à impugnação o print abaixo do site oficial do IBGE:

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:	46.39-7 Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral
Subclasse:	4639-7/01 Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral
Notas Explicativas: Esta subclasse compreende: - o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral	

Diz que a hierarquia do CNAE 4639-7/01 compreende todos estes produtos, tais como alimentos e bebidas. Excluindo-se apenas o Comércio atacadista de ração e outros produtos alimentícios para animais (4623-1/09).

Corroborando com o entendimento exposto, a 1ª CJF proferiu voto sobre este tema através do Acórdão CJF 0350-11/22-VD, a favor do contribuinte SOST IND. E COM. DE ALIMENTOS EIRELI, conforme transcrito:

“Ou seja, ainda que o Decreto Estadual nº 11.481/2009, tenha revogado o benefício do para o CNAE (Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente) não há como afastar a possibilidade de a Recorrente usufruir do benefício disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/00, em relação às

bebidas descritas anteriormente, uma vez que seu CNAE principal (46.39-7-01 – comércio atacadista de produtos alimentícios em geral) já abarcaria a tais produtos, demonstrando, portanto, que a autuação do Preposto Fiscal é indevida. Necessário ressaltar que ao CNAE principal da Recorrente ainda consta na lista do Anexo Único do Decreto Estadual nº 7.799. Noutro giro, importante frisar, 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 aos produtos específicos(...).”

Friso que o benefício da redução de 41,176% que trata o Art. 1º do Decreto nº 7.799/00 não é vinculado ao produto, e sim a atividade da empresa. Vale ressaltar, que o CNAE 4639-7/01 consta no Anexo Único do referido decreto, item “8”.

Neste entendimento, dou razão ao autuado.

Pelo exposto, e por dever de coerência antes referido, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para excluir do lançamento, também, o crédito tributário atinente a sucos que se equiparam a alimentos. Acompanho o Relator no que tange ao Recurso de Ofício.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0017/18-0**, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 61.777,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e, para além deste valor, fica prejudicada a parte protegida por decisão judicial.

VOTO EM SEPARADO (Diligência) – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Gabriel Henrique Lino Mota, Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE (Diligência) – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira e João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

VOTO VENCEDOR (Prejudicialidade) – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE (Prejudicialidade) – Conselheiros: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Henrique Silva de Oliveira e Gabriel Henrique Lino Mota.

VOTO VENCEDOR (Mérito – Recurso Voluntário) – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DIVERGENTE (Mérito – Recurso Voluntário) – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira, Gabriel Henrique Lino Mota e João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES - VOTO DIVERGENTE
(Prejudicialidade)

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DIVERGENTE
(Mérito – Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS