

A. I. N° - 298958.0005/13-5
AUTUADO - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 19.12.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0314-01/13

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que as mercadorias vendidas e constantes dos demonstrativos de débito não são “creme vegetal”, mas “margarina”, tendo ocorrido erro ao nomear tais mercadorias para revenda. O próprio autuante na informação fiscal acata a argumentação defensiva e exclui os valores indevidos. Quanto ao produto “composto lácteo” não é o mesmo produto “leite em pó”, sendo, desse modo, inaplicável a redução de base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, para o produto “composto lácteo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$57.808,91, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.021,15, acrescido da multa de 60%;

2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.666,78, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 62 a 65) consignando que, relativamente à infração 01, a irregularidade foi confirmada através do levantamento que realizou razão pela qual nada tem a acrescentar.

Quanto à infração 02, diz que existem dois itens de mercadorias relacionados como se houvesse erro na aplicação da alíquota cabível, contudo, verifica-se que este fato não ocorreu, com relação ao leite em pó e margarina.

Reporta-se sobre o leite em pó, dizendo que o artigo 87, inciso XXI, do RICMS, ao reduzir a base de cálculo para as operações internas não faz ressalva, logo, não há balizamento legal quanto a exclusão de leite em pó A ou leite em pó B. Reproduce o referido dispositivo regulamentar.

Quanto a margarinas, afirma que o mesmo ocorre com esta mercadoria, pois o autuante excluiu alguns tipos de margarinas e a legislação não impõe esta exclusão.

Afirma que, desse modo, estes itens de mercadorias são indiscutivelmente beneficiados com a alíquota de 7%.

Alega que também foram excluídos os itens de mercadorias denominados erroneamente de “Creme Vegetal”, quando, na verdade, se trata de margarinas. Salienta que esta situação foi provocada por erro em seu cadastro, pois, ao verificar as notas fiscais de aquisições constatou que a sua denominação como também o seu enquadramento no código NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul, enquadram como margarinas, fato este confirmado com a comparação do NCM descritos nas notas fiscais de aquisições, Acrescenta que para melhor elucidação descreve o capítulo do item na tabela do código NCM.

Sustenta que não há o que discutir, pois o simples fato de um erro no cadastro não pode caracterizar a modificação na tributação da mercadoria.

Registra que, em face do explanado, procedeu a exclusão dessas mercadorias – leite em pó e margarinas – o que resultou na redução do ICMS devido nesta infração para R\$334,00, conforme tabela que apresenta. Solicita que sejam reconhecidos os valores apontados e provados, reformando assim a autuação original.

Conclui requerendo a procedência total da infração 01 e a improcedência parcial da infração 02. Requer, ainda, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais expedido por perícia técnica designada por este órgão julgador, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 93 a 99) registrando, inicialmente, que o autuado reconheceu integralmente a infração 01, limitando sua defesa exclusivamente em relação à infração 02.

Contesta a alegação defensiva atinente à infração 02, afirmando que a mercadoria “leite em pó”, não é objeto de autuação. Acrescenta que, em verdade, a infração aponta justamente o equívoco do autuado em considerar como sendo leite em pó o que na verdade é “composto lácteo” e, portanto, sem direito ao benefício da redução da base de cálculo relativo exclusivamente ao primeiro.

Afirma que o autuado, desse modo, estendeu indevidamente o benefício fiscal aludido, nas saídas do produto “Composto Lácteo”, sem o permissivo legal autorizado, o que proporcionou a consequente diminuição do “quantum debeatur”.

Sustenta que, dessa forma, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO +1, LEITE EM PÓ NINHO 3+, LEITE EM PÓ NINHO 6+, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO são compostos lácteos, e não leite em pó, como denominados pelo contribuinte. Acrescenta que tal fato comprova-se pela simples análise dos rótulos destes produtos, onde consta claramente a indicação que estes não são leite em pó, servindo de alerta aos consumidores, conforme prescrição contida na Instrução Normativa n. 28/07.

Assinala que a referida Instrução Normativa nº 28/07, expedida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA – assim classifica os mencionados produtos, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, no item 9.3 (IN-28/07).

Salienta que no ordenamento jurídico pátrio, as normas complementares, como a citada Instrução Normativa, têm validade concedida pela norma hierárquica superior, no particular, pela Lei nº. 1.283, de 18 de dezembro de 1950 – Código Tributário nacional. Acrescenta que, como é de conhecimento geral, as leis são criadas para atender a um propósito da sociedade, logo, este no particular, seria o de regular a produção e comercialização dos produtos lácteos, de forma a atender aos interesses e necessidades regulatórias para assegurar o bem estar da população.

Diz que o legislador infraconstitucional baiano, harmonizado com a Constituição Federal, particularmente quanto ao disposto no seu art. 155, que respeita ao princípio da seletividade, concedeu tratamento tributário diferenciado objetivamente ao “LEITE EM PÓ”, com o fito de desonerar parcialmente do ICMS o produto e proporcionar o acesso universal de todas as classes sociais às fontes proteicas e nutricionais do “LEITE EM PÓ” puro.

Assegura que essa foi a vontade do legislador, até mesmo, porque à época da edição do diploma legal inciso XXI do art. 87 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, ainda não existia a figura do “Composto Lácteo” que não pode ser contemplado com o status de “LEITE EM PÓ” segundo o MAPA, pela simples razão de que Leite, não é. Aduz que, desse modo, se o Composto Lácteo não é Leite em Pó, não pode gozar do benefício da redução da base de cálculo prevista para este.

Frisa que corrobora o seu entendimento o Acórdão JJF Nº. 0268-02/12, cuja ementa reproduz. Esclarece que esta decisão foi ratificada em Segunda Instância administrativa pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal – CJF, cuja ementa transcreve.

Conclui que dessa forma, não resta dúvida quanto à exigibilidade do imposto na situação descrita no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Quanto ao “CREME VEGETAL (MARGARINA)” admite assistir razão ao autuado, por ter restado comprovado, “in loco”, que os produtos vendidos e constantes dos demonstrativos de débito não são “creme vegetal”, mas “margarina”, tendo ocorrido erro ao nomear tais mercadorias para revenda.

Resumidamente diz que:

- quanto às saídas de “leite em pó”, na verdade, “composto lácteo”, não merece guarida as alegações do autuado em sua defesa, devendo ser mantida integralmente a autuação;
- quanto às saídas de “creme vegetal”, assiste razão em parte ao autuado, devendo ser reduzido o valor do imposto lançado, conforme novo demonstrativo que elaborou acostado aos autos.

Finaliza afirmando que as argumentações sustentadas pelo autuado não foram suficientes para elidir integralmente a autuação.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 143 a 147) registrando que o autuante acatou a sua argumentação defensiva atinente ao “creme vegetal e margarina”, razão pela qual não irá se reportar a tal mercadoria, já que houve plena concordância de sua explanação.

Entretanto, no que diz respeito ao item “Leite em Pó”, diz que só lhe resta protestar, conforme passa a fazer.

Frisa que o autuante afirma que comprou “composto lácteo” e não “leite em pó”, por isso não faz jus a redução da base de cálculo de 58.825%.

Assevera que esta afirmativa é totalmente descabida, pois, conforme as notas fiscais de aquisições que acostou aos autos, todas se referem à aquisição de Leite em Pó, com o NCMs 19011010 e 04022120. Acrescenta que se em sua descrição e na classificação fiscal o vendedor afirma que se trata de leite, parece-lhe que não resta dúvida que tal mercadoria é leite e não composto lácteo.

Salienta que à fl. 77 dos autos, o autuante diz que a intenção do legislador era contemplar somente o “Leite em Pó” e não o “Composto Lácteo”, pois, conforme afirma, “Este Foi a vontade do legislador, porque à época da edição do diploma legal Inciso XXI, do Art. 87, do Decreto 6.284/97, ainda não existia a figura do “Composto Lácteo”.

Diz que como é cediço, na interpretação legal deve prevalecer o “*Ipsis litteris*”, “*ou seja, o que literalmente está expresso no dispositivo legal.*”

Aduz que não é admissível que o autuante crie novas normas legais sob a justificativa de que esta seria a vontade do legislador. Aduz que a vontade do legislador está expressa no dispositivo legal e, não tendo este contemplado a hipótese pretendida pelo autuante, não há que se cogitar que este, sob a alegação de estar cumprindo a vontade do legislador, faça as vezes de membro do poder legislativo, imputando nova responsabilidade que não está abarcada na legislação, fruto, portanto, da vontade do autuante, e não do legislador.

Salienta que, caso pretendesse o legislador excluir especificamente algum tipo de leite em pó, usaria uma redação excludente, deveria constar que aquela redução seria para “LEITE EM PÓ EXCETO”, aí sim, a sua vontade estava manifestada. Repete os termos apresentados na peça de defesa inicial quanto ao tratamento dispensado pelo RICMS/97 ao leite em pó.

Consigna que o silêncio do autuante sobre a materialidade incontestada dos fatos, ou seja, as notas fiscais de origem com a perfeita identificação do produto, inclusive com o código do NCM-Nomenclatura Comum do Mercosul, de forma definitiva prova a sua afirmativa.

Diz que ainda que não bastasse tal fato, verificou que o argumento da pressuposta intenção do legislador, está definitivamente provado ao contrário, já que recentemente esta intenção veio a tona, fruto da alteração 15 do Regulamento do ICMS, efetuada através do Decreto 14.681 de 30/07/2013, onde são contempladas as operações internas com leite em pó e composto lácteo, com uma carga tributária correspondente a 7%, ficando assim explícita a vontade do legislador em equiparar os dois produtos, já que antes ele se silenciou sobre tal tributação, certamente este cuidado do legislador, tem como mister evitar discussões infundadas sobre tal tributação.

Observa que, caso toda esta injustiça fosse apreciada, a fim de respeitar o verdadeiro sentido da legalidade dos impostos não-cumulativos, caberia ao autuante reconhecer o seu direito ao crédito fiscal integral e não o crédito fiscal reduzido como utilizou, logo, teria o autuante que refazer suas planilhas, a fim de promover a justiça fiscal.

Quanto aos rótulos acostados aos autos às fls. 110 a 112, como prova, afirma que não merece sua apreciação, pois, trata-se de itens comercializados neste exercício de 2013 e não aqueles que vendeu em 2008 e 2009, cabendo ao autuante, contradizer os documentos de aquisição da época, onde explicitamente está descrito “Leite em Pó, NCMS 04022120 e 19011010.”

Conclui reiterando o pedido de improcedência, nos termos contidos nas razões de defesa.

O autuante se pronunciou (fls. 151/152) consignando que o autuado em sua manifestação apresentou o seu inconformismo tão somente, em relação do produto “COMPOSTO LÁCTEO”, insistindo em classificá-lo como se leite em pó fosse, contudo, sem que nenhum fato novo tenha sido apresentado, senão os já analisados e devidamente redarguidos na Informação Fiscal.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

A infração 01 - *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada* – foi reconhecida pelo autuado, sendo, dessa forma, procedente.

A infração 02 - *Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas* – foi impugnada pelo sujeito passivo na sua integralidade.

Alega o impugnante que dois itens de mercadorias arrolados na autuação, no caso, leite em pó e margarinas, não tiveram erro de aplicação da alíquota cabível, conforme a acusação fiscal. Isto porque, no que tange ao leite em pó, o artigo 87, inciso XXI, do RICMS, não estabelece qualquer condição para aplicação da redução da base de cálculo para as operações internas, logo, não há balizamento legal quanto a exclusão de “leite em pó A” ou “leite em pó B.” Quanto a “margarinas”, afirma que o mesmo ocorre com esta mercadoria, pois o autuante excluiu alguns tipos de margarinas e a legislação não impõe esta exclusão. Afirma que, desse modo, estes itens de mercadorias são indiscutivelmente beneficiados com a alíquota de 7%.

Argumenta, ainda, que o autuante excluiu os itens de mercadorias denominados erroneamente de “Creme Vegetal”, quando, na verdade, se trata de margarinas.

Na informação fiscal o autuante contestou a argumentação defensiva atinente ao “leite em pó”, afirmando que este item de mercadoria não foi objeto de autuação. Diz que a infração aponta justamente o equívoco do autuado em considerar como sendo “leite em pó” o que na verdade é “composto lácteo” e, portanto, sem direito ao benefício da redução da base de cálculo que alcança exclusivamente o “leite em pó”.

Assinala que o fato de se tratar de “composto lácteo” se comprova pela simples análise dos rótulos deste produto, onde consta claramente a indicação de que não é leite em pó, servindo de alerta aos consumidores, conforme prescrição contida na Instrução Normativa n. 28/07, expedida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA. Observa que a referida Instrução Normativa obriga aos fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, no item 9.3 (IN-28/07). Mantém a autuação quanto a este item de mercadoria.

Já em relação ao “CREME VEGETAL (MARGARINA)” acata a argumentação defensiva, no sentido de que as mercadorias vendidas e constantes dos demonstrativos de débito não são “creme vegetal”, mas “margarina”, tendo ocorrido erro ao nomear tais mercadorias para revenda.

Portanto, a discussão sobre esta infração está adstrita ao “composto lácteo”. Entende o autuado que se trata de “leite em pó”, razão pela qual faz jus ao benefício de redução da base de cálculo do imposto, na forma prevista no art. 87, inciso XXI, do RICMS. Já o autuante entende que se trata de mercadoria diversa de leite em pó, portanto, não fazendo jus ao referido benefício fiscal.

Observo que a matéria “leite em pó” X “composto lácteo” não é nova no âmbito deste CONSEF, sendo prevalecente o entendimento de que não se trata da mesma mercadoria. Ou seja, o benefício da redução da base de cálculo previsto no art. 87, inciso XXI, do RICMS, aplica-se exclusivamente ao leite em pó e não ao composto lácteo.

Nesse sentido, invoco e reproduzo abaixo trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator Valtércio Serpa Júnior, no Acórdão CJF Nº 0289-13/13, por ser bastante esclarecedor quanto à distinção existente entre o *leite em pó* e o *composto lácteo*.

(...)

O presente Recurso Voluntário tem por objetivo o reexame da Decisão de primeiro grau que julgou procedente o lançamento, o qual versa sobre recolhimento a menos do ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, diante do fato do recorrente dar ao produto “composto lácteo”, o tratamento tributário do produto “leite em pó”, diante de sua interpretação de que ambos os produtos são os mesmos.

Inicialmente, entendo de bom alvitre especificar que a discussão ora posta, versa apenas sobre o aspecto tributário, devendo ser desprezadas outras facetas mencionadas pela empresa como a relação de consumo ou econômica, diante, inclusive, do fato de que contrariamente ao contido na peça recursal, o que se verifica nas gôndolas dos supermercados é o fato de que o preço do “leite em pó” é muitas vezes inferior ao do “composto lácteo”, comparando-se os produtos “Molico” e “Ninho” em suas versões “leite em pó” e “composto lácteo”, respectivamente.

Adentrando na discussão, a legislação do Estado da Bahia, inseriu na norma regulamentar, especialmente no RICMS/97 a seguinte previsão:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Ou seja: as operações com leite em pó possuem base de cálculo reduzida, de forma a que a carga tributária equivalha a 7%.

Dito isso, passemos ao conceito de “leite em pó”. Ele nada mais é do que o processo a que se submete o leite, que desidratado, tem sua longevidade estendida. O leite em pó é feito a partir da secagem do leite comum (líquido). Para extrair a água, que compõe cerca de 90% da massa do leite, as fábricas fazem-na evaporar num processo lento, que não estraga as proteínas do produto.

Primeiro, o leite escorre em paredes metálicas verticais aquecidas a 77 °C, porque o líquido não pode ser fervido. Nessa etapa evapora até 50% da água, e o leite fica pastoso. O produto concentrado passa por um processo no qual são borrifadas minúsculas gotículas contra um jato de ar quente a 180 °C. Um rápido contato é o suficiente para fazer com que o restante da água evapore, e as gotículas de leite se transformem em grãos de leite seco. Então o leite é separado em diferentes fases: flocos, granulado e pulverizado.

Este leite em pó pode apresentar-se com diferentes teores de gordura, conforme o leite utilizado tenha a gordura natural do leite, seja parcialmente desnatado, ou seja magro.

De qualquer forma a proteína do leite em pó é a mesma que no leite líquido, com valores próximos de 30 a 35%.

No processo de industrialização do leite em pó, a primeira etapa vem a ser o preparo e padronização, a matéria-prima ordenhada das vacas é preaquecida a 45°C e colocada em uma centrífuga, que separa a gordura do resto do leite. Essa gordura é, então, devolvida ao leite na proporção desejada: 26% no caso do leite integral, zero para o leite desnatado. Depois de duas pasteurizações (processo que elimina as bactérias), começa a segunda etapa: a concentração. No concentrador tubular, o leite vai escorrendo em filmes finos em uma série de tubos por onde passa vapor. Isso faz com que ele perca água e vire uma pasta. No caso do leite em pó, é necessária uma última etapa, a secagem: a pasta é borrifada na forma de uma fina nuvem de gotículas em uma câmara fechada, cheia de ar quente e seco, como uma sauna.

Quando as gotículas chegam ao piso, já perderam quase toda a água e caem em forma de pó. Neste momento, basta envasar o conteúdo, adicionando gás nitrogênio para impedir a oxidação da gordura, se for o caso.

Analisando o aspecto legal, o Decreto Federal nº 30.691, de 29.03.02, que trata da Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, estabelece que:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

(...)

Art. 665 - Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

Parágrafo único. Deverá ser atendido o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade específico, oficialmente adotado.

Por outro lado, o item 2.3 do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos, aprovado pela Portaria nº 146, de 7 de março de 1996, do Ministério da Agricultura, dispõe que o leite em pó deverá ser designado “leite em pó”, “leite em pó parcialmente desnatado” ou “leite em pó desnatado”, acrescentado da denominação “instantâneo” se o produto apresentar tal característica.

Pela legislação federal em comento, a denominação “leite”, sem qualquer especificação, corresponde somente ao “produto oriundo da ordenha de vaca”. Já leite em pó, por definição, é o produto obtido da desidratação do leite de vaca.

Já a definição legal de “composto lácteo” encontra-se, conforme já mencionado no voto do órgão julgador de primeira instância, na Instrução Normativa nº 28, de 12 de junho de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 14 de junho de 2007, Seção 1, Página 8, e em pleno vigor, a qual “aprova o regulamento técnico para fixação de identidade e qualidade de composto lácteo”, que em seu Anexo, no item 2.11 estabelece que:

“Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substâncias alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado.

Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto”.

Ou seja: O "composto lácteo" é uma mistura de ingredientes, inclusive leite em pequena proporção, com outros, inclusive gordura, açúcares, maltose dextrina e demais ingredientes lácteos ou não, devendo os ingredientes lácteos corresponder a 51% dos ingredientes, cabendo a cada fabricante adotar a fórmula que melhor lhe couber.

Comparando tal conceito com o de "leite em pó" mencionado no início deste voto, salta aos olhos a diferença existente entre ambos os produtos. E mais: de acordo também com o conceito legal contido no Decreto Federal nº 30.691, supracitado "composto lácteo" não se confunde com "leite em pó". Pode ser um produto lácteo, um derivado do leite, mas jamais ser equiparado a "leite em pó", como pretende o recorrente.

Assim, não pode prosperar a argumentação recursal de que a Decisão atacada baseou-se apenas na informação da embalagem de que o “composto lácteo” não era “leite em pó”, diante do fato de que a mesma trilhou por outra linha.

E mesmo que assim se baseasse, esta afirmação estaria, inclusive, estribada nos próprios sites das empresas fabricantes de “composto lácteo”, como o recorrente, darem a mesma informação, ou seja, **“composto lácteo não é leite em pó”**, conforme se pode ver nos endereços abaixo, mencionados a título ilustrativo:

http://www.nestle.com.br/site/marcas/ideal/leites_em_po/composto_lacteo_ideal.aspx

<http://www.itambefoodservice.com.br/pagina/2242/composto-le-225-cteo.aspx>

Digno de registro também é o fato de que pela similitude de embalagens entre o “leite em pó” e o “composto lácteo”, estar causando uma série de reclamações, haja vista a reportagem abaixo transcrita, da Folha de São Paulo, edição online, disponível no site <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1154020-procon-investiga-composto-lacteo-da-nestle-que-tem-cara-de-leite-e-deixa-pais-confusos.shtml>. 16/09/2012 - 02h56.

Procon investiga composto lácteo da Nestlé que tem 'cara' de leite e deixa pais confusos.

MARIANA VERSOLATO DE SÃO PAULO

As embalagens de Ninho e Ninho Fases são semelhantes: latas redondas e amarelas com a marca Ninho em letras grandes. Mas consumidores mais atentos verão que, dos dois, só um é leite em pó.

Diferentemente do leite Ninho, o Ninho Fases é um composto lácteo, uma mistura à base de leite e outros ingredientes, como óleos vegetais. A frase "este produto não é leite em pó" está na parte de trás da lata. Ele tem diferentes versões para cada faixa etária, de um a cinco anos.

Por causa da possibilidade de o consumidor ser induzido a erro, o Procon de São Paulo começou a investigar a Nestlé, após receber a denúncia de um consumidor.

Até há poucas semanas, o próprio site da Nestlé colocava o Ninho Fases na categoria de leite. Só mudou após uma notificação do PROCON. A entidade agora analisa o material publicitário da empresa e poderá multá-la ou exigir contrapropaganda. O prazo para o resultado da análise é de 120 dias, segundo Paulo Arthur Góes, diretor executivo do Procon-SP.

"A informação nem sempre é clara. O consumidor não sabe a diferença entre leite e composto lácteo. Para ele, é tudo leite, mas o composto lácteo não tem as mesmas propriedades."

O Ministério da Agricultura também recebeu denúncias sobre o Ninho Fases.

QUALIDADE

Não há consenso entre os especialistas sobre se é melhor dar composto lácteo ou leite integral às crianças a partir de um ano - antes disso, o ideal é que ela receba leite materno.

Segundo Edson Credidio, médico nutrólogo e pesquisador em alimentos funcionais da Unicamp, o leite integral, por ser mais rico em nutrientes, é melhor para o desenvolvimento dos pequenos.

"Os melhores suplementos nutricionais estão nos alimentos e não no que se adiciona a eles. Essas novidades são meramente comerciais."

O publicitário Adriano Ferreira, 37, de Sorocaba (SP), ficou surpreso quando a médica de sua filha Heloísa, 3, disse que o Ninho Fases não era leite e pediu que ele trocasse de produto.

"Escolhi o Fases no supermercado porque vi que tinha um monte de vitaminas. Para mim era um leite Ninho mais incrementado. Você olha a embalagem e nem questiona se é leite porque conhece a marca Ninho. Me senti enganado."

Em blogs, outros pais se dizem surpresos e até revoltados quando descobrem que o Ninho Fases não é leite e contém xarope de milho, um tipo de açúcar.

Sophie Deram, pesquisadora e nutricionista do ambulatório de obesidade infantil do HC da USP, afirma que a tentativa de elaborar produtos com menos gordura saturada e mais vitaminas e minerais que o leite natural cria produtos doces e educa o paladar das crianças dessa forma. *"Dou prioridade a alimentos reais, sem tantos processos industriais e adição de suplementos vitamínicos."*

Já o pediatra Moises Chencinski afirma que o composto lácteo tem uma formulação mais apropriada para a criança manter o peso adequado e prebióticos para a saúde da flora intestinal. *"O leite integral pode ter mais nutrientes, mas não são os adequados para essa faixa de idade."*

Cid Pinheiro, coordenador das equipes de pediatria do Hospital São Luiz e professor assistente da Santa Casa, afirma que, com o passar dos anos, o leite deixa de ser tão essencial para a criança porque as fontes de cálcio ficam mais diversificadas com a ingestão de outros alimentos, como queijo e iogurte, e, portanto, não há problemas em consumir o composto lácteo.

"No fim, a Decisão sobre qual tipo de leite a criança vai tomar depois do aleitamento materno tem que ser individualizada e orientada por um pediatra."

OUTRO LADO

Em nota, a Nestlé afirmou que respeita o direito de informação ao consumidor e cumpre a legislação referente à comercialização de compostos lácteos do Ministério da Agricultura.

A empresa diz que os ingredientes adicionados ao leite visam contribuir para a ingestão de nutrientes importantes na infância.

A reportagem também questionou a Nestlé sobre o uso de xarope de milho no Ninho Fases. O ingrediente adicionado a produtos industrializados, com alta concentração de frutose e composto também por glicose, já foi acusado de ser um dos culpados pela epidemia da obesidade nos EUA. O nutrólogo Edson Credidio afirma que nele há quase as mesmas calorias do açúcar.

A empresa diz que uso do ingrediente visa reduzir o dulçor do produto. *"O xarope de milho é um carboidrato que confere um sabor menos doce, o que garante a palatabilidade de Ninho Fases, colaborando para que as crianças acostumem o paladar a alimentos menos doces."*

Voltando ao foco da discussão, a aplicação do artigo 111 do CTN, contrariamente ao argumento recursal, é plenamente factível, diante do fato de que a norma regulamentar do Estado da Bahia prevê benefício fiscal de redução de base de cálculo para o produto "leite em pó". Assim reza tal dispositivo:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias

Diante de tal redação, desnecessário entendo mencionar o fato de que é pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores do país, no sentido de que a interpretação de tal artigo deve ser restritiva, e não, como pretende o recorrente, extensiva, à vista da farta coletânea de decisões existentes, como aquela do STJ no AgRg no REsp 1093720 RJ 2008/0197083-8, Relator Ministro Humberto Martins, em julgamento realizado em 14/04/2009, publicação no DJe 04/05/2009, no qual o ilustre relator literalmente posiciona-se: *"As isenções, diante da inteligência do art. 111, inciso II, do CTN, devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, pois sempre implicam renúncia de receita"*, o qual se coaduna com o entendimento do STF de que a redução de base de cálculo equivale a isenção parcial, como no exemplo da Decisão do Ministro Joaquim Barbosa, no processo RE 445065 MG, com julgamento em 16/03/2010, publicação no DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01573, no qual, reza a Ementa que:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. EQUIVALÊNCIA. VEDAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

Esta Corte considera análogas as figuras da redução da base de cálculo e da isenção parcial, de modo a atrair a vedação do direito ao crédito de ICMS, se não houver lei específica concessora do benefício fiscal. Agravo regimental a que se nega provimento".

Destarte, por tudo que foi exposto, resulta claro que aplicar as disposições da norma em destaque ao "composto lácteo" implicaria, necessariamente, em ampliar seu alcance para muito além do pretendido pelo legislador. Acima de tudo, importaria em modificar seu conteúdo, já que a denominação "leite em pó", a par de ser suficiente para designar o leite, não o é para o "composto lácteo". Este, quando referido em qualquer situação, necessariamente, jamais poderá ser considerado como aquele, sendo conveniente lembrar o ensinamento de Bernardo Ribeiro de

Moraes (Compêndio de Direito Tributário. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 451): “O intérprete deve proceder apenas à exegese da lei, sem procurar completá-la ou corrigi-la. Não é ele legislador”.

Aliado a tais argumentos, podemos tomar como exemplo, por ser plenamente correlacionada com a matéria ora discutida, a resposta dada a consulta realizada por contribuinte à Receita Federal, acerca de tratamento tributário ao produto “leite de soja”, que, sabidamente, também não se enquadra no conceito de leite em pó:

10ª REGIÃO FISCAL

DIVISÃO DE TRIBUTAÇÃO

SOLUÇÃO DE CONSULTA No- 109, DE 29 DE MAIO DE 2012

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins **EMENTA:** PRODUTOS DE ORIGEM VEGETAL. NÃO ENQUADRAMENTO COMO LEITE OU COMPOSTO LÁCTEO. Produtos de origem vegetal, tais como o assim chamado “leite de soja”, não se classificam como leite; tampouco os derivados daqueles produtos podem ser classificados como “compostos lácteos”. Portanto, “iogurtes” e “sucos” à base de “leite de soja” não se enquadram no inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.925, de 2004. **DISPOSITIVOS LEGAIS:** Lei nº 1.283, de 1950, arts. 1º e 2º, alínea “c”; Lei nº 10.925, de 2004, art. 1º, XI; Decreto nº 7.660, de 2011, Capítulo 4; IN Mapa nº 16, de 2005; IN Mapa nº 28, de 2007. **ASSUNTO:** Contribuição para o PIS/Pasep **EMENTA:** PRODUTOS DE ORIGEM VEGETAL. NÃO ENQUADRAMENTO COMO LEITE OU COMPOSTO LÁCTEO. Produtos de origem vegetal, tais como o assim chamado “leite de soja”, não se classificam como leite; tampouco os derivados daqueles produtos podem ser classificados como “compostos lácteos”. Portanto, “iogurtes” e “sucos” à base de “leite de soja” não se enquadram no inciso XI do art. 1º da Lei nº 10.925, de 2004. **DISPOSITIVOS LEGAIS:** Lei nº 1.283, de 1950, arts. 1º e 2º, alínea “c”; Lei nº 10.925, de 2004, art. 1º, XI; Decreto nº 7.660, de 2011, Capítulo 4; IN Mapa nº 16, de 2005; IN Mapa nº 28, de 2007.

CASSIA TREVIZAN

Auditora-Fiscal

p/Delegação de Competência

Logo, tal entendimento vai ao encontro deste ora esposado guardadas as devidas proporções, pois o que mais interessa, é a sedimentação da idéia de que o entendimento conceitual deve ser restrito, e não amplo, como pretende a Requerente.

Outra menção, no mesmo sentido da existência de diferenciação entre “leite em pó” e “composto lácteo”, pode ser observado no site <http://compostolacteo.com/start/main/>

Por último, como o nome já bem afirma, se o composto é “lácteo”, isso significa que ele é derivado do leite. Em bom português, sendo derivado do leite, logicamente leite ele não é. A questão parece, pois, cristalina, e indiscutível.

O laudo apresentado pelo recorrente, em que pese o seu valor, não serve, diante de tudo quanto exposto, para socorrê-la, sendo, pois, inaplicável no caso em exame.

De igual modo, falece competência a este órgão para apreciação de eventual inconstitucionalidade da matéria em foco, diante da argumentação recursal lastreada no princípio da seletividade, previsto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito, com base no artigo 125, inciso I, da Lei nº 3.956/81.

Há de se questionar se, contrariamente ao aqui ora discutido, a legislação estadual estabelecesse uma alíquota mais gravosa para o leite em pó, se o entendimento do recorrente seria o mesmo, ou seria adaptado à nova situação, a exemplo daqueles produtos que tiveram alíquotas maiores adotadas pela legislação estadual como perfumes, o que ensejou o aparecimento das “deo colônias” “águas desodorantes” e produtos afins que no entendimento das empresas eram produtos diferentes dos perfumes, apesar de similares ou derivados, até mesmo pelo fato do Dicionário Aurélio, em sua versão eletrônica, definir a expressão “derivada” como “*Quím. Diz-se de substância, composto ou estrutura, que se considera proveniente de outra, mediante uma ou mais modificações nesta, mesmo que tais modificações não sejam exequíveis na prática*”. Tal conceito, sepulta, pois, a discussão.

Assim, diante de tais argumentos, voto no sentido de que o Recurso Voluntário NÃO SEJA PROVIDO, ficando a autuação julgada totalmente procedente, tal como inicialmente lançada.

Portanto, coadunando integralmente com o fundamentado voto acima reproduzido, considero correta a exigência fiscal quanto ao composto lácteo, haja vista que o benefício fiscal previsto no art. 87, inciso XXI, do RICMS, aplica-se exclusivamente ao leite em pó e não ao composto lácteo.

Diante disso, a infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$3.905,44, conforme novo demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 100 a 109.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0005/13-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.717,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR