

**PROCESSO** - A. I. Nº 269197.0008/14-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**RECORRIDOS** - NESTLÉ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0037-06/16  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/12/2016

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0239-12/16**

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. **a)** OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA PARA EMPRESAS CADASTRADAS NA CONDIÇÃO "NORMAL". À época, o sujeito passivo era habilitado à redução da base de cálculo nestas operações, prevista no Decreto nº 7.799/00. Porém, não há como aproveitar a acusação fiscal de uso indevido do benefício fiscal destinado às empresas de pequeno porte e microempresas, sob pena de mudança do fulcro da imputação fiscal original, o que leva à declaração da improcedência da exação, nos termos previstos no art. 155 do RPAF. **b)** OPERAÇÃO DE SAÍDA PARA ESTABELECIMENTOS BAIXADOS OU INAPTOS NO CAD/ICMS. O recorrente é responsável pela verificação da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial, como também, conforme previsto no art. 8º, I, da Lei nº 7.014/96, é responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações de saída de mercadorias destinadas para contribuinte não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto. Mantida a Decisão; **c)** OPERAÇÃO DE SAÍDA DE COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A redução da base de cálculo nas operações internas de leite em pó, por se tratar de isenção parcial, sua aplicação legal deve ser literal, por força do art. 111 do CTN, cujo benefício fiscal só se estendeu ao composto lácteo a partir da Alteração nº 15, de 30/07/13, razão da exclusão parcial pela JJF dos valores da exação 5, após tal data. Razões recursais insuficientes para a reforma do Acórdão. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

## **RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0037-06/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$455.711,59, em razão de cinco irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1 e 5, e do Recurso Voluntário as exações 2 a 5, a saber:

**INFRAÇÃO 1** - Recolheu a menor do ICMS, no valor de R\$18.658,30, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas,

no exercício de 2011, decorrente de "... venda para outras empresas normais com o uso indevido do benefício do inc. II do par. 1º do art. 51 do RICMS/97 e do inc. II do par. 1º do art. 16 da Lei 7014/96".

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor do ICMS, no valor de R\$16.963,98, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no exercício de 2011, decorrente de "... venda para empresas com inscrição inapta ou baixada no Cadastro de Contribuintes da Bahia com o uso indevido do benefício do inc. II do par. 1º do art. 51 do RICMS/97 e do inc. II do par. 1º do art. 16 da Lei 7014/96".

INFRAÇÃO 3 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$9.922,23, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes, localizados neste Estado, com inscrição inapta ou baixada no Cadastro de Contribuintes da Bahia, no exercício de 2011.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$45.056,15, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nas operações de saída de diversos produtos, nos meses de janeiro a julho de 2013, uma vez que os produtos não são tecnicamente leite em pó, nos termos definidos nos Acórdãos CJF n. 0289-13/13 e 0168-11/14.

INFRAÇÃO 5 - Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$365.110,93, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tendo em vista que "a empresa utilizou o benefício inc. II do par. 1º do art. 16 da Lei 7014/96, tratando este que não seria aplicável às operações relativas ao produto IDEAL LEPO SACHET 50X200G BR, código 412824, aos quais não são oriundos da sociedade empresária autuada, mas sim da sociedade empresária NESTLÊ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, CNPJ BÁSICO nº 08.334.818 e detentora do Programa Desenvolve. Foi concedida a redução de base de cálculo de 41,176% do Decreto 7799/00".

O Acórdão recorrido julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 331.762,22, após consignar inexistir vícios de nulidade no lançamento de ofício; indeferir o pedido de diligência fiscal e salientar que, com exceção da infração 3, o cerne da questão consiste na avaliação a respeito da fruição do benefício fiscal - redução de base de cálculo do ICMS nas operações internas do sujeito passivo, nos termos a seguir:

Em relação à primeira infração:

*Quanto à Infração 1, verifico, após consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte - INC da SEFAZ/BA, que o sujeito passivo firmou Termo de Acordo com a Administração Tributária para gozo do benefício da redução de base de cálculo, no valor de 41,176%, prevista no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, conforme Parecer nº 7594/2007, Processo nº 109120/2007-6, cuja vigência compreende as datas de ocorrência dos meses de fev/11 a dez/11 consignadas pelos autuantes.*

*Constato que o levantamento fiscal, nas fls. 13 a 25, campo "% RED" do item "VALORES DEVIDOS", não contempla o devido tratamento disposto no Decreto nº 7.799/00, valor da redução de base de cálculo de 41,176%. Assim, concluo pela insegurança na determinação da base de cálculo e, por conseguinte, da imputação fiscal, tendo em vista que a inerente redução deveria ser aplicada, a luz da norma vigente. Logo, com base no art. 18, inciso IV, alínea "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, julgo nulo o lançamento da Infração 1.*

Inerente à segunda infração:

*No que se refere à Infração 2, os argumentos defensivos não são capazes de elidir a acusação administrativa, na qual descreve operações destinadas a empresas com inscrição inapta ou baixada no Cadastro de Contribuintes da Bahia e o uso indevido da redução da base de cálculo. O autuado apresenta extratos, a título de amostragem, de duas das empresas destinatárias de suas operações fiscais, consignadas no levantamento dos autuantes, com a situação cadastral "Habilitado", o que permitiria a utilização do benefício da redução da base de cálculo, fls. 124 e 125. No entanto, na fl. 46, demonstra-se a situação inapta da empresa de Inscrição Estadual nº 070.267.507 no período de 25/08/2010 a 11/11/2011 e na fl. 48, situação inapta da empresa de Inscrição Estadual nº 068.835.725 no período de 02/09/2008 a 05/12/2011. Tais períodos compreendem as datas de ocorrência do lançamento tributário - jan/11 a dez/11, não incluindo, no levantamento fiscal as operações relacionadas a partir das datas da situação cadastral ativa das empresas relacionadas pelo impugnante - 11/11/2011 e 05/12/2011. Registre-se que as demais operações não foram objeto de pedido contraposto específico.*

*Cabe mencionar que os autuantes juntam aos autos relatórios do histórico da situação cadastral, para comprovar o lançamento fiscal, fls. 43 a 59.*

*Não acolho o entendimento do impugnante a respeito da transferência da competência no que tange a fiscalização dos destinatários das suas operações, pois o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997 fixa nos seus arts. 178 e 181, respectivamente, a possibilidade de identificação do estabelecimento, mediante acesso público no endereço eletrônico "<http://www.sefaz.ba.gov.br/>" e a responsabilidade do contribuinte, neste caso o autuado, na verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto-atendimento da Secretaria da Fazenda, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial.*

*Aplico as normas específicas contidas no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 e no Regulamento do ICMS vigente - RICMS/97, para deslinde desta questão.*

*O art. 1º do Decreto nº 7.799/00, fixa que a fruição da redução da base de cálculo em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), esteja adstrita às operações internas entre contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) e o arts. 13, 142, 150 e 165 do RICMS/97, determinam, respectivamente, condição para a outorga de benefício fiscal; obrigações do contribuinte; a obrigatoriedade de inscrição, no Cadastro de Contribuintes, antes do início das atividades mercantis e a desabilitação de contribuinte do Cadastro, em decorrência de baixa, suspensão ou inapetência da inscrição. Tais normas não foram observadas pelo sujeito passivo. Neste contexto, os argumentos defensivos não devem prosperar.*

*Assim, concluo ser pertinente a acusação fiscal em análise, pelo que julgo subsistente o lançamento descrito na Infração 2, em virtude da falta de cumprimento da condição da situação cadastral ativa, por entender, através da definição regulamentar, que os destinatários com as inscrições baixadas, suspensas e inaptas são estabelecimentos não inscritos no Cadastro da SEFAZ/BA, constituindo-se óbice para o reconhecimento do benefício fiscal inerente ao art. 16, inciso I, alínea "c", da Lei nº 7.014/96 e art. 1º do Decreto nº 7.799/00. Igualmente, aplico o art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, decorrente da falta de impugnação específica na integralidade dos fatos geradores lançados.*

#### **Quanto à terceira infração:**

*No que tange à Infração 3, inicialmente, considero inaplicável a redução da base de cálculo em 41,176% nas operações nela descritas, tendo em vista a norma contida no art. 4º do Decreto nº 7.799/00 e a sujeição, ao caso em tela, da regra estabelecida pelo art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, exclusivamente, para as operações com o produto Leite em Pó, em virtude da aplicação da interpretação restritiva conferida pelo art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN - Lei nº 5.172, de 25/10/66, dada a natureza jurídica de isenção parcial do benefício da redução de base de cálculo.*

*O impugnante, novamente, junta extratos da situação cadastral, a título de amostragem, de duas das empresas destinatárias das suas operações sujeitas ao Regime de Substituição Tributária para elidir o lançamento tributário, fl.128. Contudo, equivoca-se, na medida em que entende a situação cadastral "Habilitado" no período fiscalizado, pois a data desta situação indica o seu marco inicial. A empresa de Inscrição Estadual nº 070.267.507, no período de 25/08/2010 a 11/11/2011, estava com a situação inapta. Aquela de Inscrição Estadual nº 050.682.793 possui situação "Habilitado", a partir de 18/10/2013, nos termos do art. 178, inciso VIII, do RICMS/97. Registre-se, também, que as demais operações não foram objeto de pedido contraposto específico.*

*Os autuantes juntam demonstrativos, nas fls. 61 a 74, acerca das operações consideradas irregulares que foram impugnadas em parte, de forma específica, pelo sujeito passivo.*

*Com base nas razões aludidas ao desfecho da Infração 2, notadamente, quanto à interpretação de contribuinte não inscrito no Cadastro da SEFAZ/BA, na qual reitero o entendimento para alcançar, por definição regulamentar, as inscrições estaduais baixadas, suspensas ou inaptas, do teor do art. 353, inciso I, do RICMS/97, além das disposições normativas expostas neste lançamento, concluo pela pertinência da acusação fiscal posta, em virtude da caracterização da sujeição passiva por substituição. Nesta irregularidade, aplico, novamente, o art. 140 do RPAF/99, decorrente da falta de impugnação específica na integralidade dos fatos geradores lançados. Logo, julgo subsistente o lançamento descrito na Infração 3.*

#### **No tocante à quarta infração:**

*Acerca da Infração 4, não acolho os argumentos defensivos elencados em virtude das razões a seguir aduzidas.*

*Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em lições da Doutrina e apresentação de decisões do Poder Judiciário, contudo, sem comprovar o caráter erga omnes e, por isso, não vinculantes, entendo não ser adequada a interpretação extensiva para a aplicação da redução da base de cálculo às operações internas com Composto Lácteo, diante do comando normativo disposto no art. 111, inciso II, do CTN, que impõe a interpretação literal.*

*Em face da literalidade das normas regulamentares postas - art. 87, inciso XXI, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/97; art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12 e da natureza jurídica de isenção parcial conferida ao mencionado benefício fiscal, a norma legal complementar não permite*

*ao aplicador do direito o uso dos critérios da seletividade e essencialidade mencionados pelo sujeito passivo para aplicar o benefício fiscal.*

*A Instrução Normativa nº IN 28/2007, de 12/06/07, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, que aprova o Regulamento Técnico para fixação de identidade e qualidade de Composto Lácteo, publicada no Diário Oficial da União de 14/06/07, Seção 1, pág. 8, e em pleno vigor, expressa a definição e distinção entre os produtos Composto Lácteo e Leite em Pó, respectivamente, nos itens 2 e 9.3 do seu Anexo. Nos autos, às fls. 105 a 108; 243 e 244, os servidores fiscais juntam cópias de espelhos das imagens de produtos denominados Compostos Lácteos, cujas operações foram objetos do lançamento tributário em questão, para comprovar as distintas classificações dos citados produtos.*

*Não considero plausível o entendimento defensivo de que a disposição obrigatória da expressão: "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ", nos rótulos dos produtos, possui a finalidade de atender, apenas, às normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11/09/90, pois a informação, além de fidedigna, o inerente dever de informação relaciona-se com o cumprimento do Princípio da Boa Fé objetiva independentemente da relação jurídica com o Estado ou decorrente da relação de consumo.*

*Os Relatórios Técnicos nº 001.277/12 do Instituto Nacional de Tecnologia - INT e nº 56/2010 do INT apresentados pelo impugnante não expressam que o produto Composto Lácteo é Leite em Pó, e sim, destacam a harmonia dos produtos, o idêntico processo tecnológico e a produção a partir do Leite em Pó.*

*Ademais, o acréscimo da hipótese do benefício fiscal às operações internas com Composto Lácteo - alteração, a partir de 01/08/13, do art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780, de 16/03/12 - corrobora, também, com a distinção dos produtos Leite em Pó e Composto Lácteo.*

*A decisão proferida no Acórdão 0034-03/13 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, não expressa o entendimento majoritário do CONSEF. No sentido da aplicação literal do benefício da redução da base de cálculo, ou seja, a não aplicação da isenção parcial nas operações internas com o Composto Lácteo, têm-se as decisões nos Acórdãos de nºs: 0012-13/14; 0102-12/14; 0141-11/14; 0142-11/14; 147-11/14; 0168-11/14; 0289-13/13; 0445-13/13; 0347-11/15, da 2ª Instância de Julgamento Fiscal e Acórdãos de nºs: 0112-05/15; 0268-01/14; 0273-02/13 e 0268-02/13; 0132-02/15, da 1ª Instância de Julgamento Fiscal.*

*Do exposto, julgo subsistente o lançamento tributário constante da Infração 4.*

**No que diz respeito à quinta infração:**

*Das razões de mérito aduzidas para a Infração 4, julgo subsistente em parte a acusação fiscal consignada na Infração 5, relativa ao uso do benefício fiscal de redução de base de cálculo nas operações internas com o Composto Lácteo denominado IDEAL LEPO SACHET 50X200G BR, código 412824, nos meses de 2011 e de 2013, consoante as disposições normativas conferidas pelos arts. 87, inciso XXI, do RICMS/97 e 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12.*

*De fato, nas fls. 105 e 244, constam imagens demonstrando que o citado produto comercializado pelo autuado é Composto Lácteo.*

*Ocorre que, com advento do art. 1º, inciso II, do Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13, no qual altera o art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12, as operações internas com Composto Lácteo em pó estavam sujeitas à carga tributária correspondente a 7%. E, dessa forma, o sujeito passivo realizou as respectivas operações fiscais, conforme levantamento fiscal, campo "Aliq" do item "Nota Fiscal", demonstrativos analíticos do Anexo V, fls. 83 a 90. Todavia, os autuantes exigiram diferença de ICMS decorrente de erro na aplicação da redução da base de cálculo, nos meses de ago/13 a dez/13, de forma contrária à norma apresentada.*

*Assim, no que se refere à Infração 5, excluo os valores exigidos no período de ago/13 a dez/13, mantenho aqueles referentes aos meses de jan/11 a dez/11 e jan/13 a jul/13, resultando o valor de ICMS devido de R\$259.819,86, conforme demonstrativo abaixo, para votar na procedência parcial do respectivo lançamento. (...)*

*PAF.*

**Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.**

**No Recurso Voluntário, às fls. 281 a 298 dos autos, inicialmente, o recorrente requer a nulidade do Acórdão recorrido sob o fundamento de que a negativa da JJF para realização da diligência para verificar a regularidade cadastral das empresas destinatárias de suas vendas implicou em grave cerceamento de defesa e afronta ao princípio da verdade material.**

**Em seguida, em relação às infrações 2 e 3, o recorrente aduz que não merece prosperar o entendimento do Acórdão recorrido de que as empresas destinatárias estavam com a situação cadastral inapta ou irregular à época dos fatos, impondo ao sujeito passivo a responsabilidade de recolher o imposto que certamente foi recolhido nas etapas subsequentes da operação.**

Destaca que efetuou venda de seus produtos para outras empresas do Estado aplicando a alíquota de 7%, nas saídas de estabelecimentos industriais deste Estado e destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, sujeitos à apuração do imposto pela sistemática do regime normal, as quais, à época da realização das operações, figuravam como legítimas à sua aplicação, nos termos do art. 51, I, “c”, do RICMS/97, ou seja, devidamente aptas e regulares no Cadastro de Contribuintes da Bahia, do que sustenta caber ao Estado e não ao recorrente fiscalizar seus clientes a fim de pesquisar seus registros junto aos órgãos públicos e, em consequência, descabida a acusação de ter efetuado vendas para empresas supostamente com inscrição estadual inapta ou baixada no Cadastro da SEFAZ. Salienta, ainda, que demonstrou por amostragem que algumas empresas, indicadas com inaptas ou baixadas, encontram-se em situação regular até hoje e que requereu diligência, essencial para a correta apuração do feito. Assim, pede o afastamento das infrações 2 e 3 da autuação.

Em relação às infrações 4 e 5, o apelante aduz que são baseadas no fato de que as operações internas com composto lácteo não teriam direito ao gozo do benefício fiscal de redução da base de cálculo de que tratam os artigos 87, XXI, do RICMS/97 e 268, XXV, do RICMS/12, tendo o Acórdão recorrido considerado inadequada a aplicação do benefício fiscal fundamentado na vedação disposta no art. 111 II, do CTN. Diz que o Convênio 128/94 trata o composto lácteo como produto indispensável da cesta básica. Já a DIEESE diz que a cesta básica é formada por 13 produtos, dentre os quais o leite e que a essencialidade impõe menor carga tributária para estes produtos, como forma de barateá-los aos consumidores de baixa renda.

O recorrente salienta que os produtos objeto da presente autuação são variações de marcas de leite em pó, dentre as quais: Ninho, Molico, Nan e Ideal, e alguns são desenvolvidos para os consumidores de baixa renda, a exemplo do produto Ideal, do que salienta inexistir óbice no art. 111, II, do CTN para a fruição do benefício fiscal, como aduzido no Acórdão recorrido, conforme já se manifestou o STJ (REsp 192.531/RS, de 16/05/05; REsp 200101023983, de 04/03/02).

O recorrente reitera que, ao contrário do que entendeu o Acórdão recorrido, faz jus à redução da base de cálculo, pois Ideal, NAN, Molico e Ninho são essencialmente leite em pó e, como tal, merecem a aplicação da mencionada redução, uma vez que possuem as mesmas características técnicas, nutricionais e a distinção do leite em pó é, unicamente, para fins regulatórios, em decorrência de normas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) que obriga a denominá-los de composto lácteo, o que não se desvincula do conceito geral de leite em pó, pois a única diferença é que, no caso do composto lácteo, há adição de alguns ingredientes e nutrientes, os quais não retiram do produto sua característica essencial de ser leite em pó.

O sujeito passivo alega que, apesar de disciplinar os mais variados tipos conhecidos de leite e derivados, o RIISPOA (Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, aprovado pelo Decreto nº 30.691/1952), não faz qualquer menção a composto lácteo, uma vez que não é um tipo próprio de derivado de leite, mas um tipo de leite em pó, pois originado do mesmo processo de produção.

Salienta que, ao contrário do que entendeu o Acórdão recorrido, a denominação diferenciada dos produtos autuados é, tão somente, uma proteção ao direito do consumidor, para que a embalagem de tal produto contenha informações claras de que o leite em pó puro e diferente do leite em pó denominado composto lácteo, na medida em que neste último são adicionados ingredientes, nutrientes e vitaminas.

O recorrente aduz que se os artigos 87 e 268 somente trouxeram a palavra leite em pó é evidente que quiseram tratar genericamente do termo e não restringi-lo, como pretende a fiscalização, do que destaca não se tratar de lacuna da lei ou erro do legislador, pois a explicação para o RICMS não distinguir as espécies de leite em pó é simples: na época de sua edição original (1997), não estava em vigor a Instrução Normativa nº 28/2007, que inaugurou a celeuma em torno da diferenciação do produto composto lácteo.

Diz que isso demonstra a intenção do legislador de conferir o benefício fiscal de forma ampla e genérica ao leite em pó, sem qualquer especificação quanto às suas variações de fórmula ou

adições de ingredientes. Intenção essa confirmada pela nova redação do RICMS/12, que, exatamente para evitar controvérsias, esclareceu que composto lácteo também deve aproveitar o benefício fiscal de ICMS.

Assim, o apelante requer o cancelamento das infrações 4 e 5 do Auto de Infração.

Por fim, caso a exigência não seja extinta na sua integralidade, o recorrente reitera suas alegações de que não cabe a aplicação da multa exigida na autuação, haja vista não ter cometido as infrações descritas, como também em razão do evidente caráter confiscatório da penalidade de 60% imposta, do que cita jurisprudência.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente às infrações 1 e 5, por ter a Decisão recorrida as considerado, respectivamente, nula e parcialmente procedente, exonerando o sujeito passivo do débito originalmente exigido em valor superior a R\$100.000,00, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, quanto às infrações 2 a 5 do lançamento de ofício.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida de julgar nula a primeira exação está fundamentada no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, em decorrência da insegurança na determinação da base de cálculo e, por conseguinte, da acusação fiscal, tendo em vista que no levantamento fiscal não se aplicou a redução da base de cálculo de 41,176% para a apuração do imposto exigido, prevista no Decreto nº 7.799/2000, conforme firmado no Termo de Acordo entre o sujeito passivo e a Administração Tributária, então vigente à época dos fatos geradores.

Há de se registrar que a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversas da prevista na legislação nas vendas de mercadoria destinadas para outras empresas normais com o uso indevido do benefício fiscal, nos termos do art. 51, § 1º, II, do RICMS/97, e art. 16, §1º, II, da Lei nº 7.014/96, previsto às empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, ensejando na carga tributária de 7%, cuja diferença do imposto, à alíquota de 17%, é objeto de cobrança, conforme se pode comprovar às fls. 13 a 25 dos autos.

Em consequência, uma vez comprovada a habilitação do sujeito passivo para aplicar a redução da base de cálculo de 41,176% nas operações realizadas com contribuintes sob regime de apuração do imposto na condição de “normais”, prevista no Decreto nº 7.799/2000, conforme firmado no Termo de Acordo entre o sujeito passivo e a Administração Tributária, então vigente à época dos fatos geradores, como concluiu o veredito, só nos resta, nos termos previstos no art. 155 do RPAF, concluir pela improcedência da primeira infração, uma vez que não se trata de aplicação indevida de benefício fiscal, destinadas para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, conforme acusação fiscal.

Quanto à quinta infração, a exoneração parcial de R\$365.110,93 para R\$259.819,86 decorreu da alteração na legislação, através do Decreto nº 14.681, com efeitos de 01/08/13 a 31/12/13, no qual altera o art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12, para incluir as operações internas com Composto Lácteo em pó com a carga tributária correspondente a 7%.

Em consequência, a Decisão recorrida, acertadamente, excluiu do lançamento de ofício original os valores relativos às competências de agosto a dezembro de 2013, no montante de R\$105.291,07, pois em tal período o sujeito passivo passou a ter direito ao benefício fiscal de redução de base de cálculo nas operações internas com o Composto Lácteo denominado IDEAL LEPO SACHET, remanescendo para a quinta infração o valor de R\$259.819,86, do que concordo.

Diante de tais considerações, concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Inerente ao Recurso Voluntário, inicialmente, há de ressaltar que a Decisão recorrida apreciou as provas e alegações trazidas ao processo, fundamentando todas as posições adotadas. O fato de ter

indeferido o pedido para realização de diligência, desde que devidamente justificado e diante das provas produzidas nos autos, não cerceia o pleno exercício do direito a ampla defesa e ao contraditório e nem afronta ao princípio da verdade material, como aduz o recorrente. Logo, inexistente omissão que venha maculá-la.

No mérito, em relação às infrações 2 e 3, o recorrente alega que as microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, à época das vendas, encontravam-se devidamente aptas e regulares no Cadastro de Contribuintes da Bahia para se beneficiarem da alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c”, do RICMS/97. O apelante alega, ainda, que não lhe cabe verificar a situação cadastral dos seus clientes e que demonstrou por amostragem que algumas empresas, indicadas com inaptas ou baixadas, encontram-se em situação regular, razão de ter requerido diligência para a correta apuração do feito.

Da análise dos demonstrativos que fundamentam as citadas exações, às fls. 30 a 42 e 61 a 74 dos autos, constam as inscrições estaduais das empresas adquirentes, sendo que às fls. 43 a 59 dos autos foram apensados histórico de situação cadastral dos adquirentes, os quais comprovam a condição de inaptos à época da operação comercial, a exemplo das inscrições citadas pelo recorrente, quando da impugnação do Auto de Infração, relativa aos números 70.267.507 e 68.835.725 (fls.124/125), as quais, conforme extratos de situação cadastral, às fls. 46 e 48 dos autos, encontravam-se na situação de “INAPTO”, respectivamente, nos períodos de 25/08/2010 até 10/11/2011 e de 02/09/2008 até 04/12/2011, cujas operações nestes interstícios temporais foram objeto das exigências de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação (7% em vez de 17% - infração 2) e da falta de retenção do ICMS por substituição tributária nas vendas para contribuintes inaptos (infração 3).

Há de se convir que, nos termos do art. 181 do RICMS/97, então vigente, o recorrente é responsável pela verificação, via INTERNET ou nos terminais de auto atendimento da SEFAZ, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial, como também, conforme previsto no art. 8º, I, da Lei nº 7.014/96, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações subsequentes, nas operações de saídas de mercadorias destinadas para contribuinte não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto.

Logo, descabida a alegação recursal de que não lhe cabe verificar a situação cadastral dos seus clientes e, em razão das provas nos autos, a desnecessidade da realização da diligência para verificar a situação cadastral de seus clientes, à época dos fatos geradores, sendo subsistentes as citadas infrações 2 e 3.

No que diz respeito às infrações 4 e 5, as razões recursais sustentam que o recorrente faz jus à redução de base de cálculo, pois os produtos: Ideal (objeto da infração 5, relativa aos exercícios de 2011 e 2013), NAN, Molico e Ninho (objeto da infração 4, relativa aos meses de fevereiro a julho de 2013) são essencialmente leite em pó e, como tal, merecem a aplicação da mencionada redução, uma vez que possuem as mesmas características técnicas, nutricionais e a distinção do leite em pó é, unicamente, para fins regulatórios, em decorrência de normas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), nas quais é obrigado a denominá-los de composto lácteo, o que não os desvincula do conceito geral de leite em pó. Assim, defende que composto lácteo não é um tipo próprio de derivado de leite, mas um tipo de leite em pó, pois originado do mesmo processo de produção, sendo a única diferença, no caso do composto lácteo, há adição de alguns ingredientes, vitaminas e nutrientes, os quais não retiram do produto sua característica essencial de ser leite em pó, enriquecido com ferro, vitaminas, sais minerais, soro de leite, xarope de milho, óleo vegetal, estes últimos basicamente para baratear o custo de fabricação.

Há de se registrar que a redução da base de cálculo do leite em pó, prevista no art. 87, XXI, do RICMS/97 e no art. 268, XXV, do Decreto nº 13.780/12, vigente até 31/07/2013, restringia-se às *“operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)”*. Só a partir da Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13), passou a incluir *“composto lácteo em pó”*.

Por não se tratar de leite em pó, conforme estabelece a NCM 0402.10 ou 0402.2, observo caber razão ao autuante em considerar excluído do aludido benefício fiscal os produtos, a exemplo de: NINHO 5+ CALCI-N; NINHO 3; NINHO 1; MOLICO ACTIFIBRAS; NAN SEM LACTOSE; NAN COMFOR 1; IDEAL LEPO SACHET; NINHO Fruti Blactea; NAN PRO 2 FORMULA INFANTIL; NAN COMFOR 2 FORMULA INFANTIL; NAN PRO 2 FORMULA INF; NAN AR FORMULA INF, etc., os quais o próprio recorrente reconhece tratarem de composto lácteo, de cujo produto alega não mudar a característica essencial de leite em pó, após adição de ingredientes, vitaminas e nutrientes, a exemplo de ferro, sais minerais, xarope de milho e óleo vegetal.

Ademais, conforme preceituam os artigos 475 e 665 do Decreto Federal nº 30.691/02, que trata de Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, abaixo transcritos, leite em pó é:

*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*

Leite em pó não possui ingredientes, a exemplo de xarope de milho e óleo vegetal, e, em consequência, os citados produtos, à época, não estavam abarcados pelo benefício fiscal da redução de base de cálculo para o leite em pó, pois os mesmos não são leite em pó, mas, sim, uma formulação onde também consta leite, contendo diversos outros ingredientes, a exemplo de vitamina C, niacina, vitamina E, pantotenato de cálcio, vitamina A, vitamina B6, vitamina B1, vitamina D, vitamina B2, ácido fólico, vitamina K, biotina.

Sendo assim, os referidos produtos não se classificam como leite em pó, mas, sim, como um composto alimentar, tanto é que não consta tal expressão (Leite em Pó) nos seus respectivos rótulos (fls. 243/244).

Registre-se que a Portaria nº 146/96 do Ministério da Agricultura do Abastecimento e da Reforma Agrária, a qual trata do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Leite em Pó, consta o seguinte objetivo: “Fixar a identidade e as características mínimas de qualidade que deverá apresentar o leite em pó e o leite em pó instantâneo destinado ao consumo humano, com exceção do destinado a formulação para lactantes e farmacêuticas”.

Por sua vez, o Secretário de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, através da Portaria nº 977/98, fixa a identidade e as características mínimas de qualidade a que devem obedecer as “Fórmulas Infantis para Lactentes” e as “Fórmulas Infantis de Seguimento”, ao definir que “Considera-se Fórmula Infantis para Lactentes o produto em forma líquida ou em pó, destinado a alimentação de lactentes, sob prescrição, em substituição total ou parcial do leite humano, para satisfação das necessidades nutricionais deste grupo etário. Excetuam-se as fórmulas destinadas a satisfazer necessidades dietoterápicas específicas.”

Assim, infere-se que aqueles produtos, tidos como compostos alimentares ou composto lácteo, em que pese serem produzidos a partir do leite em pó (utilizado como insumo), não se caracterizam como leite em pó (entendido como leite de vaca pelo Decreto Federal 30.691/02), pois são acrescentados de certos ingredientes para se destinar à alimentação de lactentes (em substituição ao leite humano/materno) ou para outras faixas de mercado.

O legislador ao adotar a expressão “Leite em Pó”, não pretendeu estender o alcance do benefício de redução de base de cálculo a outras mercadorias similares. Assim, tratando-se de isenção parcial, a interpretação do dispositivo legal deve ser literal, por força do art. 111 do CTN, cujo benefício fiscal só se estendeu ao composto lácteo a partir da Alteração nº 15 (Decreto nº 14.681, de 30/07/13), razão da exclusão parcial pela JF dos valores da quinta infração, após tal data, conforme analisado no Recurso de Ofício.

Por fim, quanto às decisões judiciais citadas na peça recursal relativas à aplicação extensiva do



art. 111 do CTN, vislumbro não restar nelas comprovado o efeito *erga omnes*, por tratarem de objetos diversos. Também, nos termos previstos no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81, por falecer competência a este Colegiado, deixo de apreciar o carácter confiscatório da penalidade, a qual está prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, para manter inalterada a Decisão recorrida.

#### **VOTO DIVERGENTE (quanto às infrações 4 e 5)**

Peço a devida vênia para discordar do i. Presidente/Relator quanto ao seu posicionamento em relação às Infrações 4 (considerada subsistente) e 5 (subsistente em parte), sendo mantida a decisão recorrida, ficando IMPROVIDO o Recurso Voluntário apresentando pelo sujeito passivo.

A existência da Infração 4 tem o objetivo de cobrar do sujeito passivo ICMS, pois no entender da fiscalização, houve erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas das mercadorias: NAN, Molico e Ninho, utilizando-se da redução de base de cálculo do ICMS de 58,825%, considerando que tais produtos são compostos lácteos, sendo que a redução prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/BA – Decreto nº 6284/97 há época dos fatos geradores era específica para o leite em pó.

Analisando o dispositivo supracitado, fica nítido que o benefício da redução da carga tributária refere-se às saídas em operação interna de leite em pó. Acontece que as mercadorias relacionadas possuem a mesma finalidade do produto leite em pó.

Considerando que a matéria em debate já foi demasiadamente discutida pelas diversas Câmaras deste Conselho, permito-me trazer o voto divergente da lavra do Conselheiro Leonardo Baruch Miranda de Souza, da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão de nº CJF 0289-13/13 – em processo análogo ao presente, com o qual me alinho integralmente:

*“Com a devida vênia, entendo que a matéria em debate, para melhor apreciação, demanda uma análise mais cuidadosa acerca do próprio conceito de “composto lácteo” e também acerca da técnica de interpretação da norma instituidora da redução de sua base de cálculo.*

*De início, convém pontuar que, a partir dos elementos constantes nos autos, restou plenamente evidenciado que a conceituação de “composto lácteo” prevista na Instrução Normativa MAPA nº 28/2007 não tinha por objetivo disciplinar as repercussões tributárias sobre a venda do aludido produto, mas sim aperfeiçoar o direito de informação dos consumidores acerca dos produtos lácteos disponíveis no mercado.*

*Demais disso, os documentos que instruem o PAF demonstram que o produto intitulado pelo MAPA de “composto lácteo” apresenta, inegavelmente, uma composição química praticamente idêntica ao “leite em pó”, o que torna plenamente razoável a tese sustentada pelo recorrente, de que sua mercadoria “leite IDEAL” seria efetivamente “leite em pó”, fazendo jus à redução de base de cálculo prevista no dispositivo em análise, sobretudo quando o texto legal deixa dúvidas sobre a hipótese.*

*A dúvida sobre o texto legal torna-se ainda mais contundente a partir da constatação de que o RICMS/97, em diversos outros dispositivos disciplinadores de hipóteses de isenção, cuidou de detalhar o tipo de leite susceptível de benefício tributário, a exemplo do art. 14, inciso XII, abaixo transcrito:*

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

*(...)*

*XII - nas saídas internas de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura, de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, com 2,0% de gordura e de leite pasteurizado tipos A e B (Conv. ICM 25/83 e Conv. ICMS 121/89).*

*Causa espécie a singeleza com que o art. 87, inciso XXI, tratou da matéria em debate, limitando-se a consignar o conceito genérico “leite em pó”, sem descer a detalhes como fizera no exemplo citado adrede.*

*Ora, não estamos diante de um erro ou de uma lacuna deixada pelo legislador. Em verdade, o RICMS/97 limitou-se em tratar genericamente o “leite em pó” como produto susceptível do benefício pelo simples fato de que, a época de sua edição, ainda não estava em vigor a Instrução Normativa MAPA nº 28/2007, que inaugurou a celeuma em torno da diferenciação do produto em “composto lácteo”.*

*Com isso, demonstra-se, sem sombra de dúvidas, que a intenção do legislador foi conferir o benefício da redução de base de cálculo de forma ampla e genérica ao produto “leite em pó”, sem ponderar sobre a eventual*

*existência de variações em sua fórmula ou se tal produto dispõe de mais ou menos nutrientes.*

*Tocante ao argumento suscitado pela Doutra 2ª Junta de Julgamento no bojo acórdão vergastado, no sentido de que a tese sustentada pelo recorrente representaria ofensa ao art. 111 do CTN por utilizar suposta interpretação ampliativa da norma isentiva, com a devida vênia, razão não lhe assiste.*

*Isso porque, o referido art. 111, malgrado eleja a interpretação literal como método de interpretação para se extrair o sentido da norma de isenção, não impede, de maneira nenhuma, que o aplicador do direito utilize outros métodos hermenêuticos para compor o melhor entendimento, sobretudo diante de eventual dúvida existente quanto ao texto legal. Em verdade, o legislador quis ressaltar que as matérias insertas no retro citado artigo não podem ser objeto de ilações ampliativas, com o objetivo de estender os benefícios fiscais a hipóteses não contempladas na lei.*

*Sobre o tema, convém transcrever o magistério enriquecedor de Hugo de Brito Machado, in verbis:*

*"O direito excepcional deve ser interpretado literalmente, e este princípio de hermenêutica justifica a regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal. Ocorre que o elemento literal, como por nós já várias vezes afirmado, é absolutamente insuficiente. Assim, a regra do art. 111 do Código Tributário Nacional há de ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliativa nem integração por equidade. Sendo possível mais de uma interpretação, todas razoáveis, ajustadas aos elementos sistemático e teleológico, deve prevalecer aquela que mais se aproximar do elemento literal. É inadequado o entendimento segundo o qual a interpretação das normas reguladoras das matérias previstas no art. 111 do Código Tributário não admite outros métodos, ou elementos de interpretação, além do literal. O elemento literal é de pobreza franciscana, e utilizado isoladamente pode levar a verdadeiros absurdos, de sorte que o hermenêuta pode e deve utilizar todos os elementos da interpretação, especialmente o elemento sistemático, absolutamente indispensável em qualquer trabalho sério de interpretação, e ainda o elemento teleológico, de notável valia na determinação do significado das normas jurídicas." (Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário, 15.ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 88 e 89.)*

*No caso em debate, a interpretação adotada pelo recorrente sobre o quanto disposto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/BA, não representa uma tentativa de ampliar o sentido da norma que instituiu o benefício, mas sim conferir ao texto o verdadeiro sentido idealizado pelo legislador, que jamais pretendeu limitar a utilização da redução da base de cálculo para outros produtos que eventualmente derivassem de uma subdivisão conceitual criada posteriormente pelos técnicos do MAPA; tal entendimento é resultado da interpretação sistemática, histórica e teleológica do ordenamento em questão, como deve ser.*

*Inclusive, sobre a possibilidade de se utilizar outros métodos de interpretação sobre as hipóteses do art. 111 do CTN, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem vasta jurisprudência que a alberga. Vejamos:*

*"O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas." (STJ. REsp 192531/RS. Rel.: Min. João Octavio de Noronha. 2ª Turma. Decisão: 17/02/05. DJ de 16/05/05, p. 275.)*

*"Os dispositivos legais que tratam de isenção devem ser interpretados literalmente, sem, contudo, ser desvirtuado seu caráter teleológico." (STJ – REsp - Nº 567.873 – Rel. Min. LUIZ FUX - j. 10 de fevereiro de 2004.)*

*Por fim, cumpre registrar que este E. Conselho já enfrentou matéria similar, conforme ACÓRDÃO JJF Nº 0034-03/13 proferido pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.*

*Segundo entendimento unânime dos Doutos Julgadores do referido Órgão, o produto intitulado "leite NAN", também tratado como "composto lácteo", foi considerado como "leite em pó" para fins de redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/97. Segue transcrição do voto:*

*No mérito, a primeira infração acusa o autuado de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas, referente a produtos modificados e compostos a base de leite, como se fossem leite em pó, com alíquota inferior à devida.*

*Compulsando os autos, vejo que o impugnante ao comercializar os produtos rotulados como leite em pó – Nestogeno, NAN, Molico, Vale Prateado e Manacá, aplicou a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/97 do estado da Bahia. A controvérsia consiste, portanto, em se decidir se as citadas mercadorias são leite em pó e teriam o amparo do benefício da redução de base de cálculo estampado no inciso XXI do art. 87 da citada norma regulamentar, que assim dispõe:*

*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).*

*Da análise do dispositivo regulamentar acima transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer limitação relativamente à composição do produto para enquadrá-lo neste benefício, exigindo apenas, que sejam operações internas com leite em pó. Não vejo nos autos qualquer indício de que os produtos relacionados no levantamento fiscal, fls.08/20, sejam comercializados sob denominação diversa de leite em pó.*

*Constato que os produtos alvo da lide, como Nestogeno, Molico, Manacá, são comumente conhecidos e rotulados como leite em pó e alguns deles, a exemplo do leite NAN, possuem adição de elementos que enriquecem sua composição, com nutrientes como vitaminas, ferro, cálcio, para atender a uma categoria específica, como os Lactentes, sem no entanto descaracterizá-los da qualidade de leite em pó. Se a lei não limita ou amplia um conceito tributário, não cabe ao operador do direito fazê-lo. Concluo, portanto, pela improcedência desta infração.”*

Complemento a análise tratando do NCM. No site do catálogo online de produtos <http://cosmos.bluesoft.com.br/>, ao pesquisar pelo produto leite em pó molico desnatado, código de barras (GTIN/EAN): 7891000101506 veremos que o mesmo se encontra na subposição de leite em pó, não deixando dúvidas se tratar de produto do gênero de leite em pó, conforme segue: NCM: 0402.21.20 - Leite e laticínios; ovos de aves; mel natural; produtos comestíveis de origem animal, não especificados nem compreendidos em outros Capítulos - Leite e creme de leite, concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes - Em pó, grânulos ou outras formas sólidas, com um teor, em peso, de matérias gordas, superior a 1,5%: - Sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes - Leite parcialmente desnatado.

No que tange a Infração 5, o valor cobrado à partir da competência de agosto/13, onde já existia a previsão de redução de base de cálculo para o composto lácteo dada pelo Decreto nº 14.681, o qual altera o art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12, foi desconsiderado pela JJF, restando apenas para discussão os valores cobrados referente às competências anteriores à agosto/13.

Desta forma, pelas mesmas razões levantadas para rebater a Infração 4 e por restar claro que o sentido da norma tem um alcance que alberga todos os produtos que tem como base o leite em pó, mesmo aqueles nos quais são adicionados novos nutrientes, como os compostos lácteos, que possui as mesmas características e funcionalidades do leite pó, sendo produzido, inclusive, a partir de substâncias orgânicas idênticas, modifico assim a decisão recorrida.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, referente às Infrações 4 e 5.

## 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 o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269197.0008/14-0**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$331.762,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infrações 4 e 5) - Conselheiros: Denise Mara Andrade Barbosa, Luiz Alberto Amaral Oliveira e Fernando Antônio Brito de Araújo

VOTO DIVERGENTE (Infrações 4 e 5) – Conselheiros (as): Daniel Ribeiro Silva, José Carlos Barros Rodeiro e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

TIAGO DE MOURA SIMÕES – VOTO DIVERGENTE  
(Infrações 4 e 5)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS