

A. I. N° - 269352.0039/14-8
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26.07.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-06/16

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. **a)** OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA PARA ESTABELECIMENTOS DESABILITADOS OU INAPTOSS NO CAD/ICMS. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se nas saídas internas de mercadorias para estabelecimentos inscritos no Cadastro Estadual. Interpretação da definição regulamentar de contribuinte não inscrito. Argumentos defensivos incapazes de elidir a acusação fiscal. Art. 1º do Decreto nº 7.799/00; arts. 13, 51, I, "c", 142, 150, 165, 178 e 181 do RICMS/97 e art. 140 do RPAF/99. Infração subsistente. **b)** OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEM CONSIGNAÇÃO DO DESCONTO EM DOCUMENTO FISCAL. Sujeito passivo signatário de Termo de Acordo. Lançamento tributário sem contemplar a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00. Insegurança na determinação da base de cálculo no levantamento e, por conseguinte, da imputação fiscal. Art. 18, IV, "a", do RPAF/99. Lançamento nulo. **c)** OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA PARA EMPRESAS CADASTRADAS NA CONDIÇÃO "NORMAL". A ordem normativa vigente fixa benefício fiscal voltado às operações com Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cuja obrigatoriedade em averiguar a situação cadastral dos adquirentes é do autuado. Ausência de comprovação de fato modificativo, extintivo, impeditivo da imputação fiscal. Ônus do sujeito passivo. Art. 1º do Decreto nº 7.799/00; arts. 13, 51, I, "c", 142, 150, 165, 178 e 181 do RICMS/97 e arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99. Infração caracterizada. **d)** OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA DE COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constatado o uso indevido do benefício fiscal previsto para as operações internas de saída de Compostos Lácteos, discriminados no levantamento fiscal, que não são Leite em Pó. Interpretação literal da norma regulamentar. Art. 111, II, do CTN; art. 87, XXI, do RICMS/97 e Instrução Normativa nº IN 28/2007 do MAPA, Anexo: itens 2 e 9.3. Infração 04 subsistente. **e)** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS EM EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDA SUPERIOR AO DE ENTRADA. Presunção apurada em conformidade com as normas vigentes. Ausência de comprovação de fato modificativo, extintivo,

impeditivo da imputação fiscal. Ônus do sujeito passivo. Art. 60, II, "a", do RICMS/97; art. 13, I, da Portaria nº 445/98 e arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99. Incompetência da 1ª Instância Julgadora para apreciar redução ou cancelamento das multas propostas decorrentes de descumprimento de obrigação tributária principal e consideradas confiscatórias pelo impugnante. Arts. 158, 159 e 167, I, do RPAF/99. Pedido de diligência indeferido. Art. 147, I, "a", do RPAF/99. Preliminares suscitadas pelo impugnante não acolhidas. Recomendada a análise da renovação de lançamento fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/14, exige ICMS no valor histórico de R\$348.067,61, mediante as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Acrescenta o autuante: "aplicação indevida da alíquota de 7% nas vendas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelecida no Art. 51, I, alínea c do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, por conta de estarem com a Inscrição Estadual na qualidade de DESABILITADOS (diferentes de ATIVO) ou INAPTOs, conforme banco de dados da SEFAZ, por ocasião da data da venda. RELATÓRIOS CONSTANTES DO ANEXO I". Valor de R\$155.672,90. Multa de 60%. Meses de jan/11 a dez/11.

INFRAÇÃO 2 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Complementa o autuante: "aplicação indevida da alíquota de 7% nas vendas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelecida no Art. 51, I, alínea c do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, haja vista que não cumpriu a obrigatoriedade prevista no inciso II, do § 1º do art. 51 do mesmo diploma legal, qual seja, a aplicação do desconto de forma expressa no Documento Fiscal. RELATÓRIOS CONSTANTES DO ANEXO II". Valor de R\$39.149,08. Multa de 60%. Meses de jan/11 a dez/11.

INFRAÇÃO 3 - "Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Acrescenta o autuante: "nesta infração, houve aplicação indevida do benefício de microempresas nas vendas a contribuinte normal, configurando uso indevido de alíquota de 7%, previsto no Art. 51, I, c, do RICMS/97. Aplica-se neste caso, a alíquota de 17%, com redução de base de cálculo em 41,176% uma vez que o contribuinte é signatário de termo de acordo, se os adquirentes das mercadorias estão devidamente Ativos no cadastro da Secretaria da Fazenda". Valor de R\$27.064,51. Multa de 60%. Meses de jan/11 a dez/11.

INFRAÇÃO 4 - "Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Acrescenta o autuante: "aplicou indevidamente redução de base de cálculo de 58,827% no produto COMPOSTO LÁCTEO, prevista ao Leite em Pó, conforme art.87, inciso XXI do RICMS/BA - Dec 6284/97. RELATÓRIOS CONSTANTES DO ANEXO IV ". Valor de R\$70.440,29. Multa de 60%. Meses de jan/11 a dez/11.

INFRAÇÃO 5 - "Falta de recolhimento do imposto relat. a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis". Acrescenta o autuante: "RELATÓRIOS CONSTANTES DO ANEXO V". Valor de R\$55.740,83. Multa de 100%. Mês de dez/11.

O autuado interpõe impugnação tempestiva às fls. 61 a 86, através de advogados constituídos, conforme instrumentos de mandato, fls. 88 e 90. Ao resumir a acusação fiscal, refuta o procedimento realizado, consoante fundamentos a seguir expostos.

Em sede preliminar, relata que o autuante não considerou os valores pagos decorrentes das operações lançadas nas infrações 1, 2, 3 e 4. Suscita a nulidade destas irregularidades com base nos arts. 39, inciso IV e 18, § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/99, diante da insegurança na determinação dos respectivos débitos tributários.

Menciona que na Infração 1 não houve a juntada de documentos para comprovar as irregularidades cadastrais. Aduz que as empresas destinatárias das suas operações possuíam situação irregular em período posterior das vendas, como demonstrado, por amostragem, na fl. 5 da peça impugnativa. Suscita, novamente, a nulidade do lançamento, com base no art. 18, IV, "a" do RPAF/99, em virtude dos elementos carreados aos autos não permitirem a identificação com precisão da ilicitude, requisito indispensável, nos termos dos arts. 129, §1º, III e 130, II, do Código Tributário do Estado da Bahia - Lei Estadual nº 3.956/81.

Sob as razões normativas dispostas aponta o caráter genérico dos dispositivos regulamentares relacionados com as infrações 1, 2 e 3, arts. 50, 51 e 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, de modo a não indicar com clareza a violação ao comando normativo, revelando-se prejuízo à individualização infracional e à defesa do autuado, de modo a pedir a declaração de nulidade dos respectivos lançamentos.

No mérito, aponta as razões de cancelamento ou revisão do auto de infração para cada irregularidade lançada.

Quanto à Infração 1, afirma a ausência de prova suficiente da infração, o que não restou demonstrada a irregularidade dos adquirentes das mercadorias comercializadas pelo autuado. Em virtude do não cabimento ao autuado a fiscalização da regularidade cadastral das empresas de Pequeno Porte e Microempresa, aduz que a imposição de autuação decorrente de eventual constatação de irregularidade, não comprovada pelo autuante, é descabida. Cita e transcreve o art. 51, inciso I, alínea "c", do RICMS/97, para apontar a improcedência do lançamento.

No que se refere à Infração 2, pede o cancelamento do lançamento por ausência de prejuízo ao Estado da Bahia e aos adquirentes diante da aplicação correta da alíquota reduzida de 7% nas operações destinadas às empresas de Pequeno Porte e Microempresas, beneficiárias da citada redução. Dessa forma, entende ter recolhido integralmente o imposto devido ao Estado da Bahia, suscitando a improcedência do respectivo lançamento.

Acerca da Infração 3, entende não estar suficiente demonstrada a ilicitude apontada em face do art. 51 do RICMS/97, pelo autuante. Isto porque, a aplicação da alíquota reduzida de 7% não consiste apenas para transações que envolvam Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Ambulantes, mas também para as operações em que haja a circulação das mercadorias relacionadas no art. 51, inciso I, alínea "a" do RICMS/97. Afirma que o autuante não demonstrou, nem comprovou que as pessoas jurídicas adquirentes não possuíam situação cadastral de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte ou Ambulantes e que as mercadorias vendidas não constavam da discriminação do art. 51, inciso I, alínea "a", do RICMS/97. Dessa forma, suscita a improcedência do lançamento tributário.

Sobre a Infração 4, afirma ter utilizado, de forma correta, o benefício da redução da base de cálculo disposta nos arts. 87, inciso XXI, do RICMS/97, transcrita na sua peça.

Entende que a concessão do benefício fiscal mencionado visa à adequação da legislação baiana ao Convênio ICMS nº 128/94, o qual reduz a tributação dos produtos integrantes da cesta básica, dentre eles o leite. Elenca os produtos integrantes da cesta básica, de acordo com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE, em consonância com o mandamento constitucional da seletividade do ICMS, previsto no art. 155, §2º, inciso III, da Constituição Federal, em virtude do caráter essencial desses produtos, ao impor menor carga tributária, como forma de diminuir os preços praticados para ao consumidor final, especialmente aqueles de baixa renda.

Afasta a interpretação restritiva do art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN, para definir o Composto Lácteo como produto indispensável da cesta básica. Para sustentar seu entendimento, colaciona julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que abordam interpretação extensiva com base na finalidade da norma positivada inerente a imposto da União. Considera os Compostos Lácteos espécies de Leite em Pó, com ingredientes necessários para atender os consumidores das classes C, D e E, além de suprir eventuais deficiências.

Assevera o correto uso do benefício fiscal, pelo fato dos Compostos Lácteos são essencialmente Leite em Pó e, como tal, merecem a aplicação da redução da base de cálculo nas operações de saída interna, uma vez que possuem as mesmas características técnicas, nutricionais e a destinação do Leite em Pó. Menciona que, unicamente, para fins regulatórios, em decorrência de normas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, o autuado é obrigado a denominá-los de Composto Lácteo, sem desvincular tais produtos do conceito geral de Leite em Pó, além de citar que as diferentes características do Leite em Pó Integral, Desnatado e Semi-Desnatado não afastam, também, da classificação de Leite em Pó.

Relata que o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal - RIISPOA, aprovado pelo Decreto nº 30.691/1952, não faz menção a Composto Lácteo, pelo seguinte motivo: Composto Lácteo não é um tipo próprio de derivado de leite, mas um tipo de Leite em Pó, por ser originado do mesmo processo de produção.

Observa que a definição de Composto Lácteo como espécie de Leite em Pó, derivado essencialmente do leite de vaca, sendo leite integral em pó com adição de outros ingredientes lácteos e não-lácteos a partir da edição da Instrução Normativa nº 28/07 - IN 28/2007, do MAPA, cuja finalidade é atender à proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Tal atendimento, segundo o autuado não traz repercussão na seara tributária, uma vez que não afasta a natureza dos produtos da NESTLÉ, que são Leite em Pó.

Para corroborar seu entendimento, junta Relatórios Técnicos, fls. 131 a 160, que, a partir do exame da fabricação e características principais, classificam os produtos denominados Compostos Lácteos como Leite em Pó.

Do caráter genérico do termo Leite em Pó nos arts. 87 do RICMS/97 e 268 do Decreto nº 13.780/12, conferido pelo legislador, conclui o impugnante acerca da abrangência do benefício fiscal nas operações com Compostos Lácteos.

Entende não ser hipótese de lacuna da lei ou erro do legislador. Apenas, na época da edição original do benefício fiscal RICMS/97, não estava em vigor a IN 28/2007, que inaugurou a celeuma em torno da diferenciação do produto Composto Lácteo. Tal fato, na visão do impugnante, demonstra a intenção do legislador em 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. Para sustentar sua alegação, cita a atual redação do art. 268 do RICMS/12 e transcreve excerto do Acórdão JJF nº 0034-03/13.

Assim, requer a improcedência da autuação fiscal consignada na Infração 4, pelo suposto aproveitamento indevido do benefício fiscal do ICMS, tendo em vista que Compostos Lácteos são reconhecidamente marcas de Leite em Pó, fazendo jus ao aludido benefício fiscal.

Quanto à Infração 5, o impugnante aduz que a autoridade fiscalizadora pretende exigir imposto com base na presunção de que as diferenças de estoque apuradas em razão da existência de um número maior de entrada de certos produtos do que saída seriam classificadas como 'omissão de saídas'. Contudo, no levantamento fiscal, as perdas operacionais não foram consideradas, independentemente de prova documental de sua ocorrência, pois que são inerentes à atividade. Para sustentar seu entendimento traz julgados administrativos relacionados com a matéria, além de demonstrar exemplo de item elencado pelo autuante, cuja omissão importou o valor de 1,85% do total das entradas no período fiscalizado. Assim, considerando os percentuais razoáveis de perdas operacionais, o auto de infração deve ser julgado improcedente no que se refere à mencionada irregularidade.

Em razão da eventualidade, argui a inconstitucionalidade das multas, em virtude do caráter confiscatório, com base nos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do não confisco e da propriedade privada. Para sustentar seu entendimento, cita lição doutrinária e julgados do Supremo Tribunal Federal, cujas ementas estão transcritas na peça defensiva.

Requer, por fim:

1. Preliminarmente, o reconhecimento da nulidade, ainda que parcial, do presente auto de infração, em vista dos vícios insanáveis descritos;
2. No mérito, que seja julgado improcedente o auto de infração, uma vez que a fiscalização não conseguiu comprovar a existência das infrações que embasaram o lançamento do crédito tributário;
3. Subsidiariamente, caso não sejam acolhidos os argumentos expendidos, a realização de diligência para o recálculo do valor exigido, nos termos dos arts. 123, § 3º, e 145 do Decreto Estadual nº 7.629/99, bem como a juntada de documentos adicionais;
4. Caso não seja cancelada integralmente a autuação, o afastamento da multa ou a redução para o patamar de 20%.
5. O envio dos avisos e intimações relativos a este PAF, exclusivamente, em nome do advogado VINICIUS JUCÁ ALVES (OAB/SP nº 206.993), sob pena de nulidade, nos termos do art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil.

O autuante, nas fls. 202 a 210, ao prestar a informação fiscal, traz seus argumentos quanto às alegações do sujeito passivo, a seguir discriminados.

Quanto à preliminar suscitada, relata o equívoco da assertiva do autuado, visto que os relatórios juntados ao PAF, em meio impresso ou através do CD anexado à fl. 53, demonstram o lançamento das diferenças de imposto, conforme coluna denominada DIF, calculada pela subtração da coluna J pela coluna C. O somatório da coluna DIF é o valor consignado no Demonstrativo de Débito no Auto de Infração, como se pode observar nas fls.: 12 a 14 - Infração 1; 17 a 19 - Infração 02; 22 a 24 - Infração 3 e 26 a 28 - Infração 4.

Para a Infração 1, afirma que a data de situação consignada nos documentos juntados pelo autuado do site do SINTEGRA é a ultima data da situação cadastral do destinatário, e não o seu histórico. Relata o procedimento adotado cuja base está na data histórica da situação cadastral de cada adquirente da autuada, constante do Banco de Dados da SEFAZ, comparada com a data de emissão da Nota Fiscal. Assevera a comprovação da infração ao indicar as fls. 163 a 165, relatórios extraídos do sistema INC - Informações do Contribuinte, nos quais demonstram as situações cadastrais das três empresas exemplificadas pelo autuado, a saber: o contribuinte de CICMS nº 68.309.954 permaneceu INAPTO de 02/09/2008 a 13/02/2014, fl. 164; o de CICMS nº 46.840.314

permaneceu INAPTO de 04/08/2008 a 22/05/2012, fl. 165 e o de CICMS nº 72.535.911 permaneceu INAPTO de 02/09/2008 a 05/09/2012, fl. 163.

Esclarece que as condutas descritas nas Infrações 1, 2 e 3 são violadoras dos mesmos dispositivos normativos - erro na determinação da alíquota, devidamente enquadrados, mas por motivações diferentes. A Infração 1 - erro na determinação da alíquota nas vendas a microempresas que se encontravam com a situação cadastral desabilitada. A Infração 2 - erro na determinação da alíquota por não destaque do desconto nas vendas a Microempresas. A Infração 3 - erro na determinação da alíquota nas vendas a contribuintes normais, como se fossem microempresas. Relata que a individualização das motivações foi realizada para melhorar a análise por parte da empresa e para ampliar a possibilidade de defesa. Entende que não merece prosperar o argumento do autuado.

Sobre a insurgência relativa ao mérito do lançamento tributário, o autuante tece as seguintes considerações:

A respeito da Infração 01, cita os arts. 142 e 181 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia-RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para asseverar a obrigatoriedade do autuado em verificar a situação cadastral dos seus adquirentes com o fim de usufruir do benefício fiscal fixado no art. 50, inciso I, alínea "c", do RICMS/97. Neste contexto, menciona os arts. 178 e 179, bem como a rotina necessária à consulta, através da Internet, para a verificação da regularidade da situação cadastral de empresas situadas no Estado da Bahia. Considera, assim, que os argumentos do autuado não merecem prosperar.

Afasta o entendimento defensivo acerca da falta de prejuízo ao Erário diante da imputação descrita na Infração 2. Para manter sua alegação, o autuante colaciona cálculos de ICMS a recolher, de situação hipotética, como prova da demonstração do prejuízo ao Estado da Bahia, além de transcrever o art. 51, §1º, inciso II, do RICMS/97, destacando que a empresa não destacou valor de desconto, de forma expressa, nas notas fiscais constantes, sendo indevida a aplicação da alíquota de 7%.

Em relação à Infração 3, aponta, novamente, a obrigatoriedade do autuado à semelhança da Infração 02, para a verificação da regularidade da situação cadastral dos adquirentes das mercadorias oriundas do autuado. Tal situação regular, afirma, é condição para que o autuado faça jus ao benefício contido no art. 50, inciso I, alínea "c", do RICMS/97.

Sobre a Infração 4, o autuante colaciona trechos da Instrução Normativa nº 28/07, do Ministério da Agricultura, fls. 166 a 175, para estabelecer a diferenciação entre Composto Lácteo, que deve apresentar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) de ingredientes lácteos, e Leite em Pó. Assim, entende que não deve prosperar o argumento defensivo, por não faz jus à redução da base de cálculo as operações internas com o produto Composto Lácteo, tendo em vista a específica redução prevista para as operações internas com o Leite em Pó. No sentido do seu entendimento, cita o Acórdão JJF nº 0196-02/13, fls. 176 a 185, o pagamento integral realizado do Auto de Infração nº 233038.0002/12-6, que trata de matéria idêntica a abordada neste PAF, fls. 186 a 201, além da alteração do art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12, que incluiu, a partir de 01/08/13, as operações internas com Composto Lácteo no benefício fiscal de redução de base de cálculo, corroborando que Composto Lácteo não é Leite em Pó, e sim um novo e diferente produto, a demonstrar o caráter protelatório da impugnação.

Acerca da Infração 5, o autuante informa que a argumentação defensiva não merece prosperar, pelo fato das operações a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, devidamente lançadas pela empresa e registradas, foram consideradas no levantamento fiscal, o que pode ser comprovado no relatório denominado "Infração 5_RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS - OMISSÃO SAÍDAS_2011", constantes do CD-R, fl. 53, e na fl. 3 deste PAF.

Solicita que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua integralidade, tendo em vista a argumentação defensiva não possui elementos que possam elidir as acusações fiscais.

VOTO

Os demonstrativos e documentos juntados aos autos e entregues ao autuado fls. 10 a 49, informam os limites da lide. Há clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e das condutas típicas dos ilícitos administrativos, bem como os nítidos exercícios do direito de defesa e do contraditório pelo impugnante diante da entrega dos referidos demonstrativos e documentos, conforme fls. 58 e 59 deste PAF.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, bem como no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento de ofício, concluo pela aptidão do Auto de Infração para surtir seus efeitos jurídicos e legais nos termos da legislação tributária.

Indefiro o pedido de diligência, nos termos do art. 147, inciso I, alínea "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, diante, inclusive, da falta de fundamentação e de especificidade do objeto do pleito suscitado.

Passo à análise das Preliminares da impugnação e do aspecto formal da infração 2.

Não acolho a assertiva sobre a indicação insuficiente dos dispositivos violados, pois a conduta infracional refere-se ao uso indevido do benefício fiscal da redução de base de cálculo nas operações internas de saídas de mercadorias, cujas causas estão descritas detalhadamente nas infrações 1, 2 e 3 pelo autuante, de modo a oferecer ao sujeito passivo a possibilidade de exercer o pleno direito à defesa e ao contraditório. Registre-se que o procedimento do autuante encontra-se respaldado na disposição do art. 19 do RPAF/99 e não resultou em prejuízo à individualização das irregularidades lançadas.

Neste sentido, afasto o argumento defensivo a respeito da desconsideração de valores pagos nos procedimentos relacionados com as Infrações 1, 2, 3 e 4, visto que houve consideração desses valores na medida em que os demonstrativos contemplam a redução do ICMS destacado por Nota Fiscal analisada, de modo a diminuir o valor apurado na coluna denominada "DIF" ou "DIFERENÇA", como se pode observar nas fls.: 12 a 14 - Infração 1; 17 a 19 - Infração 2; 22 a 24 - Infração 3 e 26 a 28 - Infração 4 e na informação do autuante.

No que diz respeito ao argumento do autuado relativo à ausência de provas materiais da ilicitude descrita na Infração 1, entendo que não deve prosperar, pois os exemplos fornecidos ao processo carecem de comprovação, tendo em vista os extratos do sistema do sistema INC - Informações do Contribuinte que atestam a situação cadastral inapta no período fiscalizado das empresas elencadas pelo sujeito passivo, fls. 163 a 165, conforme destaque realizado pelo autuante.

A imputação fiscal descrita na Infração 2 consiste em atribuir ao sujeito passivo o uso indevido do benefício fiscal descrito no art. 51, inciso I, alínea "c", do RICMS/97, em virtude da ausência da expressa redução no documento fiscal, como determina §1º, inciso II, do citado dispositivo regulamentar, nas operações de vendas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, consideradas aptas, tendo em vista, inclusive, o lançamento descrito na 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 cálculo, no valor de 41,176%, prevista no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, conforme Parecer nº 3608/2004, Processo nº 076492/2004-8, fl. 215 e declaração do autuante no complemento da descrição da Infração 3, fl.2, cuja vigência compreende as datas de ocorrência dos meses de jan/11 a dez/11 consignadas no levantamento fiscal. Registre-se que o Parecer nº 24415/2015, Processo nº 180891/2015-7, com data de ciência 11/11/2015, informa o deferimento da revogação do mencionado Termo, fl. 216.

Constatou que o demonstrativo fiscal, nas fls. 17 a 19, 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 nula a Infração 2.

O mérito da pretensão resistida consiste na avaliação a respeito da fruição do benefício fiscal - redução de base de cálculo do ICMS nas operações internas do sujeito passivo, exceto quanto à acusação descrita na Infração 5, referente à falta de recolhimento do imposto estadual relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

No que se refere à Infração 1, 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 três das empresas destinatárias de suas operações fiscais com a situação cadastral "Habilitado", o que permitiria a utilização do benefício da redução da base de cálculo, fls. 127 a 129. No entanto, na fl. 163, demonstra-se a situação inapta da empresa de Inscrição Estadual nº 072.535.911, no período de 02/09/2008 a 05/09/2012; na fl. 164, a situação inapta da empresa de Inscrição Estadual nº 068.309.954, no período de 02/09/2008 a 13/02/2014 e na fl. 165, situação inapta da empresa de Inscrição Estadual nº 046.840.314, no período de 04/08/2008 a 25/05/2012. Tais períodos compreendem as datas de ocorrência do lançamento tributário - jan/11 a dez/11. Registre-se que as demais operações não foram objeto de pedido contraposto específico.

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 inaptidão 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 1, 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. 51, inciso I, alínea "c", do RICMS/97 e art. 1º do Decreto nº 7.799/00. 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.

A Infração 3 descreve o uso indevido do benefício fiscal contemplado no art. 51, inciso I, alínea "c", do RICMS/97 decorrente das operações de saída destinadas a empresas com a condição cadastral "Normal" e situação "Ativa". O sujeito passivo alega que as operações lançadas contêm

saídas de mercadorias contempladas pelo art. 51, inciso I, alínea "a", do RICMS/97. Todavia, não se desincumbiu do seu ônus processual no sentido de comprovar o fato modificativo, extintivo, impeditivo da imputação fiscal. Ademais, a obrigatoriedade do sujeito passivo aduzida na análise da infração anterior é cabível nesta irregularidade. Assim, com base nas razões aludidas ao desfecho da Infração 1, notadamente, quanto à obrigatoriedade conferida nos arts. 13, 142, 150 e 165 do RICMS/97 e nos arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99, conlui pela pertinência da acusação fiscal posta. Logo, julgo caracterizado o lançamento descrito na Infração 3.

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 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 da norma regulamentar posta - art. 87, inciso XXI, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/97 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 fls. 166 a 175.

Não considero plausível o entendimento defensivo de que a disposição obrigatória da expressão: "COMPOSTO LÁCTEO 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 nas fls. 131 a 160 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.

A respeito da Infração 5, o sujeito passivo mencionou na peça impugnativa que levantamento quantitativo de estoque apurou imposto com base na presunção de que as diferenças de estoque apuradas em razão da existência de um número maior de entrada de certos produtos do que saída

seriam classificadas como 'omissão de saídas', diferentemente da descrição constante da fl. 3. Ademais, relata que no procedimento fiscal, não foram consideradas as perdas operacionais inerentes ao desenvolvimento das suas atividades empresariais. Ressalto que se exige o ICMS decorrente da omissão de saída, conforme demonstrativos de fls. 29 a 49, parte integrante do PAF, e o sujeito passivo entendeu a imputação descrita como se observa no primeiro parágrafo da fl. 81 dos autos. Contudo, à semelhança da infração 3, o autuado não se desincumbiu do seu ônus processual no sentido de comprovar, através de documentos, os valores das perdas operacionais, bem como os lançamentos não considerados no levantamento fiscal. Assim, concluo pela pertinência da acusação fiscal, em face das normas vigentes e julgo caracterizado o lançamento descrito nesta infração com base no art. 60, inciso II, alínea "a" e §1º, do RICMS/97; art. 13, inciso I, da Portaria nº 445/98 e arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99. Infração procedente.

A respeito da alegação do caráter constitucional das multas propostas, este Órgão Julgador não possui competência para a devida apreciação, em virtude do art. 167, inciso I, do RPAF/99, assim como o pedido de redução ou cancelamento aventado, por decorrerem de descumprimento de obrigação tributária principal, de acordo com os arts. 158 e 159 do RPAF/99.

No que se refere ao pedido para que as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu procurador, nada obsta que o órgão competente ao fazer as intimações remeta os instrumentos próprios para o endereço indicado na peça defensiva. Contudo, será igualmente válida a intimação encaminhada para o endereço do contribuinte, conforme art. 108 do Regulamento Processual em vigor.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente no que diz respeito à possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, em virtude da nulidade acima decretada relativa à infração 2.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do auto de infração em epígrafe, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO	VOTO	VALOR HISTÓRICO JULGADO
01	LANÇAMENTO PROCEDENTE	155.672,90
02	LANÇAMENTO NULO	-----
03	LANÇAMENTO PROCEDENTE	27.064,51
04	LANÇAMENTO PROCEDENTE	70.440,29
05	LANÇAMENTO PROCEDENTE	55.740,83
	TOTAL DO VALOR HISTÓRICO JULGADO	308.918,53

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269352.0039/14-8, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$308.918,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$253.177,70 e 100% sobre R\$55.740,83, previstas no art. 42, incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2016

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR