

A. I. Nº - 274068.0002/16-7  
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.12.2016

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0195-05/16

**EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. a) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA.** Não restou comprovado que as mercadorias foram fabricadas neste Estado, condição para usufruir do benefício fiscal previsto no art. 379 do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012. Infração procedente. **b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.** Comprovada a utilização indevida de redução de base de cálculo, para as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e com relação ao produto “composto lácteo” por não se tratar de leite em pó, e não gozar do benefício da redução de base de cálculo até 31/07/2013. A partir desta data é que deve ser excluído o composto lácteo da infração. Infração procedente em parte. **c) VENDA DE MERCADORIAS A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. DECRETO Nº 7.466/88. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA.** Uma vez não efetuado o desconto e descumprindo-se a condição imposta pela legislação, é cabível no caso, a desclassificação do benefício, cobrando-se a alíquota cheia de 17%. Infração procedente. **2. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Infração comprovada. Negado o pedido de perícia fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2016, exige ICMS no valor de R\$109.593,60, através das seguintes infrações:

- 1 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Utilizou a alíquota de 12% quando o correto seria a de 17%. ICMS no valor de R\$17,82. Multa de 60%.
- 2 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Base de cálculo superior ao estabelecido no art. 1º do Decreto 7.799/00. ICMS no valor de R\$42.515,70 e multa de 60%.
- 3 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$66.776,94 e multa de 60%.
- 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$283,14. Multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 76 a 101, na qual após relatar os fatos, aduz em preliminar a deficiente descrição dos fatos, sendo que a ausência das informações completas do Auto de

Infração constitui grave cerceamento ao direito de defesa. Assim, não há motivação para a sua lavratura, sendo sua ausência causa de nulidade do ato administrativo, consoante doutrina em que cita o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Melo, haja vista que a falta deste requisito impossibilita a elaboração de qualquer defesa.

Antes de adentrar na discussão do mérito, esclarece que o presente Auto de Infração apresenta mais um vício de nulidade, pois não observou a carga tributária de 10%, aplicável às operações da autuada, que celebrou com o Estado da Bahia o Termo de Acordo de Regime Especial Atacadista – “TARE”, nos termos do Decreto Estadual nº 7.799/00.

Assim, na infração 02, especialmente os produtos PET, chocolates em pó e achocolatado em pó, no período de agosto de 2013 a dezembro/2013, aplicou-se alíquota de 17% sobre a base de cálculo cheia, de produtos que não compõem a cesta básica, e foi cobrada a diferença entre o que a fazenda entende devido e o que a autuada efetivamente recolheu.

No mérito, na infração 01 aponta a correta utilização da alíquota de 12% nas operações autuadas, consoante o art. 379 do RICMS. Pela leitura do dispositivo, conclui-se que os documentos fiscais referentes a operações compreendidas nas posições 1901, 1902 e 1905, terão destaque de ICMS em valor equivalente a 12%, desde que fabricados no Estado da Bahia, e com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, já objeto de antecipação tributária. Com base na permissão deste dispositivo, promoveu saída de mercadorias do tipo “Lamen” de posição 1902, conforme demonstram as notas fiscais nºs 855.146, 867.641, 889.773, 921.066, 921.076, e 955.143 anexas.

Todas as notas fiscais mencionadas dizem respeito a operações com mercadorias da posição 1902, fabricadas neste Estado, conforme demonstra a Nota Fiscal nº 29.263 (doc. 11), emitida pela empresa Nestlé Nordeste, localizada em Feira de Santana, onde os produtos passam por processo de industrialização. Além disso, para usufruir do benefício é necessário que a farinha de trigo utilizada na produção tenha sido objeto da antecipação tributária, o que ocorreu, e a título de exemplo junta a Nota Fiscal nº 89.404 (doc. 12), emitida pela empresa Moinhos de Trigo Indígena S.A, com destaque da antecipação tributária. Portanto, por ter agido em conformidade com a legislação pede a improcedência da infração.

Na infração 02, aponta que houve a correta utilização do benefício da redução da base de cálculo nas saídas de leite em pó e composto lácteo em pó. A autuação aponta que a autuada não teria direito ao benefício fiscal de que trata o art. 268, inciso XXV do Decreto Estadual nº 13.780/2012, adequando-se ao estabelecido no Convênio ICMS nº 128/945, que reduz a tributação dos produtos integrantes da cesta básica, dentre eles, o leite. Outrossim, o Convênio 128/94, trata de produtos da cesta básica e, o composto lácteo hoje é produto indispensável da cesta básica, que atende ao apelo popular, é o leite das famílias mais carentes do Norte e Nordeste.

As marcas de leite em pó Ideal e Ninho Fases, foram especialmente desenvolvidas para os consumidores de baixa renda das classes C, D e E, por serem de menor custo. Tanto assim, que no caso do Ideal, fabricado pela Nestlé Nordeste, criada para atender as regiões Norte e Nordeste, com diminuição de custos de logística e de distribuição. Salienta a notória diferença de preço entre o Ideal e o Ninho Fases com o Leite Molico.

Afirma que ao contrário do que entende a autoridade fiscal, a autuada faz jus à redução de base de cálculo, pois o Ideal e o Ninho Fases são essencialmente leite em pó e, como tal, merecem a aplicação da mencionada redução, pois possuem as mesmas características técnicas, nutricionais, e a destinação do leite em pó e, unicamente para fins regulatórios, em decorrência de normas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), a autuada é obrigada a denominá-los de composto lácteo, o que não os desvincula do conceito geral de leite em pó.

Observa-se que somente com a edição da Instrução Normativa nº 28/07, que aprova o regulamento técnico para fixação de identidade e de qualidade de composto lácteo, é que se permite conferir que é espécie de leite em pó, que deriva essencialmente do leite de vaca, sendo leite integral em pó com adição de outros ingredientes lácteos e não-lácteos. Para comprovar o

alegado requer a juntada do Relatório Técnico nº 001.277/12, da Divisão de Engenharia de Avaliações do Instituto Nacional de Tecnologia do Ministério da Ciência e Tecnologia (INT), e do Relatório Técnico nº 056/2010, do mesmo órgão, os quais examinaram o Ideal e o Ninho Fases, sua fabricação e características principais, concluindo que se tratam essencialmente de leite em pó.

Conclui que se o art. 268 trouxe a palavra leite em pó, é evidente que quis tratar genericamente do termo, e não restringi-lo como pretende fazer crer a fiscalização.

Portanto, afirma que não se trata de lacuna da lei ou erro do legislador, mas o RICMS não distinguiu as espécies de leite em pó, posto que na época de sua edição original, (1997), não estava em vigor a IN 28/2007, que inaugurou o celeuma em torno da diferenciação do produto composto lácteo. A intenção do legislador de conferir o benefício fiscal de forma ampla e genérica, só veio a ser confirmada pela nova redação do RICMS/2012, que esclareceu que o composto lácteo também deve aproveitar o benefício fiscal de ICMS, exatamente para evitar controvérsias como essa dos presentes autos. Transcreve trecho do voto da Relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos, Acórdão JJF 034-03/12, cujo entendimento foi pela identidade das Marcas NAN e IDEAL, denominados compostos lácteos para fins regulatórios. Pede a improcedência da autuação.

Na infração 03, assegura que será demonstrado e comprovado que o desconto condicional foi devidamente repassado nas operações autuadas, listadas no Anexo 3 da autuação fiscal.

Transcreve o art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei Estadual nº 7.014/96, pois, com exceção das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e das relacionadas nos incisos II, II, e IV, todas as operações de saída interna de mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte ou microempresas inscritas no cadastro estadual tem alíquota de 7%.

Com base nestes dispositivos, no período de janeiro/2013 a dezembro/2013, a autuada realizou diversas operações de saída interna de mercadorias destinadas a empresas de pequeno porte ou microempresas inscritas no cadastro estadual, valendo-se da alíquota de 7%. Destaca que nenhuma dessas mercadorias são submetidas ao regime de substituição tributária, tampouco estão previstas nos incisos II, III e IV do referido artigo.

Aduz que em todas as operações relacionadas no Anexo 3, a autuada repassou o valor correspondente ao benefício fiscal auferido, mediante concessão de desconto aos adquirentes das mercadorias.

Observa que as Notas Fiscais nº 956.713 e 956.644, ambas emitidas em dezembro/2013, possuem valores unitários distintos, para a mesma mercadoria (Neston 3 Cereais Sachet, cod. 12162495, o que aponta que a autuada promoveu o repasse dos valores correspondentes ao benefício fiscal, com concessão de desconto às empresas destinatárias incentivadas. Ocorre que, por um lapso, tal desconto, efetivamente concedido na prática, deixou de ser destacado na nota fiscal. Quando muito poderia ter sido autuado por descumprimento de obrigação acessória.

Ao final requer diligência fiscal para verificar que em todas as operações autuadas houve o respectivo repasse do desconto às empresas destinatárias, já que os documentos juntados foram feitos por amostragem, em razão da grande quantidade de operações.

A infração 04 é imputada sem que fosse acompanhada dos respectivos elementos probatórios, logo trata-se de mera alegação, pelo que deve ser julgada improcedente.

Alega o caráter confiscatório das multas aplicadas, e requer a realização de perícia fiscal, especialmente quanto à infração 03, bem como a posterior juntada de documentos adicionais.

Por fim requer que todos os avisos e intimações sejam realizadas exclusivamente, em nome do advogado João Alberto P. Lopes Junior, (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França 164, Ed. Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador-Ba.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 235 a 245, e afirma que as infrações estão descritas com clareza e o autuado pode se defender plenamente por tê-las compreendido.

Quanto à infração 02, destaca que analisando o demonstrativo de erro na base de cálculo, Anexo 2, fls. 13 a 21 e 68, percebe-se que a planilha leva em consideração a redução da base de cálculo em 41,176%, o que equivale a uma carga tributária de 10% (colunas G, H, I). As únicas mercadorias que não receberam o benefício foram ração para animais domésticos (tipo PET), NCM 2309, sujeitas à substituição tributária conforme item 36 do Anexo 1 do RICMS/2012, posto que a redução da base de cálculo não se aplica às operações sujeitas à substituição tributária.

Quanto à infração 01, a impugnante não provou que as mercadorias foram fabricadas neste Estado, condição para que usufrua do benefício do art. 379 do RICMS. A defendente anexou a NF 29.263, fl. 189, na tentativa de provar que as mercadorias foram fabricadas neste Estado, porém esta nota foi destinada para o CNPJ 60.409.075/0120-88, que não é a unidade autuada. Verificando a relação de fornecedores da autuada, não foi encontrado o CNPJ 08.334.818.0001-52, do fabricante neste Estado. Destaca que o benefício do art. 379 é para o destinatário em operações sem o destaque do ICMS. Nesta operação tem destaque do imposto e alíquota de 17%, portanto não se aplica o dispositivo do RICMS em comento, pois seria prejudicial ao destinatário. Ratifica a infração 01.

Na infração 02 salienta que os itens Ideal e Ninho Fases não receberam a redução de base de cálculo de que trata o art. 268, inciso XXV do RICMS/BA, no período de 01/2013 a 07/2013, porque só a partir de 01/08/2013, é que composto lácteo em pó passou a ter este benefício.

Também não se trata de leite em pó, o NCM do fabricante 19.01.1010, é de leite modificado, e a embalagem do Ninho Fases vem escrito composto lácteo. Ademais, a legislação da Bahia ao incluir a expressão “composto lácteo”, no inciso XXV do art. 268, ficou claro que o benefício foi concedido a outra mercadoria.

Quanto ao Acórdão JJF 0034-03/13, a posição da 3ª JJF não expressa a posição majoritária do CONSEF, pelo que cita outros Acórdãos. Ratifica a infração 02.

Na infração 03, a impugnante alega que o desconto estabelecido no § 1º do art. 16 foi repassado mediante concessão de desconto e embora concedido na prática, deixou de ser destacado na nota fiscal. Como prova anexou as notas 956.713 e 956.644., nas quais, segundo a defendente o desconto foi concedido diretamente no preço da coluna valor unitário da NF-e, sem o destaque na nota fiscal. Aduz que a nota fiscal 956.644, fl. 227, tem preço cheio, porque não é optante pelo Simples Nacional, fl. 232.

Apesar da argumentação trazida pelo defendente, só isso não a enquadra para a situação, posto que em consulta ao sistema INC (Informação do Contribuinte), fica provado que na data de 07/08/2013, a empresa ISC Comercial Alimentos Ltda., IE 19.340.724, tinha a condição de microempresa. Ademais, além da NF 956.644, fl. 227, não servir de prova, os seus valores são inconsistentes. Analisando as notas, 956.713 e 956.644, não fica comprovado que a diferença de preço entre as notas refere-se ao desconto estabelecido no § 1º do art. 16 da Lei 7.014/96.

Exemplifica por várias operações para demonstrar que a empresa não comprovou que repassou para o destinatário o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17% e que não houve prejuízo ao erário. Salienta que quem tem direito ao benefício é o destinatário, e que o Estado abre mão da diferença do imposto entre a alíquota de 17% para 7%, em favor do destinatário. Assim, se uma empresa conceder o desconto diretamente no preço e cumulativamente aplicar a alíquota de 7% estará dando prejuízo ao erário. Opina pela procedência da infração 03.

Na infração 04, no demonstrativo de fl. 35, constam todos os dados necessários para calcular o valor reclamado. Nas fls. 36 e 37, estão as notas fiscais do Anexo 4. Nas fls. 65 e 66, o RAICMS sem o lançamento da diferença de alíquota calculado no Anexo 4. Na fl. 68 tem a mídia com as NFes, e a escrituração fiscal digital – EFD. Tudo comprova que não foi recolhida a diferença de alíquotas referente às notas fiscais 8.001 e 8.005. Mantém a infração 04.

Quanto às multas aplicadas, estão de acordo com a Lei. 7.014/96. Entende que a perícia solicitada não se faz necessária e pede a conclusão pela procedência das infrações.

## VOTO

Inicialmente nego o pedido de perícia fiscal posto que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca das matérias trazidas nas acusações postas no Auto de Infração, ao tempo em que saliento que o sujeito passivo tomou ciência de todos os atos processuais e pode exercer o direito de defesa, respeitando-se também o contraditório.

Constato ainda que o presente Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o argumento trazido pelo defendente, de que há “deficiente” descrição dos fatos, o que seria causa de nulidade do ato administrativo de lançamento, não pode ser acolhido, pois o contribuinte entendeu as acusações, pode defender-se de forma ampla e recebeu via SEDEX, como confirma o A.R. de fl. 74, a cópia do Auto de Infração, Termo de Encerramento, Demonstrativo de Débito, demonstrativo de Aplicação de Alíquota Errada, Anexos, 1, 2, 3, 4; CD ROOM e Recibo de Arquivos Eletrônicos. Todo esse material, que lhe foi entregue e faz parte integrante do Auto de Infração permitiram-lhe o exercício da ampla defesa.

Aplico nesse caso, o art. 19 do RPAF/99: A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Quanto ao argumento da sociedade empresária de que não teria sido observado a carga tributária de 10%, aplicável às suas operações, por conta do Termo de Acordo de Regime Especial Atacadista “TARE”, nos termos do Decreto nº 7.799/99, por se tratar de matéria de mérito, será devidamente analisada quando da apreciação da infração.

Rejeitadas as preliminares de nulidade passo ao exame do mérito da autuação:

Na infração 01 consta no demonstrativo de fl. 12, que o sujeito passivo promoveu saídas de mercadorias, especificamente Macarrão Lamen Instantâneo, com a alíquota de 12% quando deveria ter utilizado a alíquota de 17%.

A sociedade empresária defende-se sob o argumento de que estaria amparado no art. 379 e parágrafo único do RICMS/2012, portanto não teria cometido nenhuma irregularidade nas suas operações de vendas, haja vista que compreendidas nas posições 1902, conforme demonstram as notas fiscais nºs 855.146; 867.641; 889.773; 921.066; 921.076; e 955.143, anexas.

Segundo o defendente, todas as notas fiscais mencionadas dizem respeito às operações com mercadorias da posição 1902, fabricadas neste Estado, conforme demonstra a nota fiscal 22.263 (doc. 11), emitida pela empresa Nestlé Nordeste, localizada em Feira de Santana, onde todos os produtos objetos das operações autuadas passam por processo de industrialização.

Além disso, aduz que para usufruir do benefício fiscal, é necessário que a farinha de trigo utilizada na produção tenha sido objeto de antecipação tributária, como comprova por meio da Nota Fiscal nº 89.404, que junta a título exemplificativo.

Diante da documentação acostada, constato que elas não comprovam que as mercadorias foram fabricadas neste Estado, condição para que usufrua do benefício do art. 379 do RICMS. A defendente anexou a NF 29.263, fl. 189, na tentativa de provar que as mercadorias foram fabricadas neste Estado, porém esta nota foi destinada para o CNPJ 60.409.075/0120-88, que não é a unidade autuada.

Ademais, como alerta o autuante, na informação fiscal, na relação de fornecedores da autuada, não foi encontrado o CNPJ 08.334.818.0001-52, do fabricante neste Estado, portanto a mercadoria vendida não foi fabricada neste Estado.

Assim, como o benefício do art. 379 do RICMS/BA, (Decreto 13.780/2012), é para o destinatário em operações sem o destaque do ICMS, e nesta operação tem destaque do imposto e com alíquota de 17%, não se aplica o dispositivo do RICMS em comento, pois seria prejudicial ao destinatário.

Dessa forma, por não ter comprovado a regularidade do destaque do ICMS com a alíquota de 12%, nas operações de saídas de mercadorias, objeto da autuação, fica procedente a infração.

Na infração 02 está sendo exigido ICMS por ter sido aplicada redução de base de cálculo superior ao estabelecido no art. 1º do Decreto 7.799/00, como detalhado na planilha de fls. 13 a 21 do PAF.

Inconformado com a autuação, o defendente esclarece que firmou o Termo de Acordo de Regime Especial Atacadista, “TARE”, nos termos do Decreto Estadual nº 7.799/00, no qual ficou estabelecido que as operações teriam a base de cálculo reduzida, de modo que a carga tributária incidente correspondesse à alíquota de 10%.

Destaca a defendente que, especialmente nos produtos PET, chocolates em pó e achocolatados em pó, no período de agosto/2013 a dezembro/2013, o autuante aplicou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo “cheia”, de produtos que não compõem a cesta básica, e foi exigida a diferença entre o que a Fazenda entende devido e o que o autuado efetivamente recolheu. Assevera que o TARE determina que as operações realizadas pela autuada tenham carga tributária equivalente à alíquota de 10%, e dessa forma o valor pretendido está equivocado. Assim, o trabalho da fiscalização está viciado e deve ser anulado, pois desconsiderou o Termo de Acordo de Regime Especial a que o autuado faz jus.

Da análise dos demonstrativos da infração, de fls. 13 a 21, e 68, resta constatado que foi levado em consideração, pelo autuante, a redução da base de cálculo em 41,176%, o que equivale à carga tributária de 10%, colunas G, H, I, e que a única mercadoria que não recebeu este benefício foi ração para animais domésticos, tipo PET, NCM 2309, que está sujeita à substituição tributária, conforme item 36 do ANEXO I do RICMS.

Portanto, o procedimento fiscal está em conformidade com o inciso I, do art. 4º do Decreto nº 7.799/00, que determina que a redução de base de cálculo não se aplica às operações sujeitas à substituição tributária.

Quanto aos produtos “Ideal” e “Ninho 3 Fases”, a autuação compreendeu o período de janeiro a dezembro de 2013, e o impugnante clama pela aplicação do art. 268, inciso XXV do RICMS/BA, e não há controvérsia quanto ao fato de que são “compostos lácteos”. O objetivo do defendente é equiparar composto lácteo a leite em pó, quando argumenta que se tratam do mesmo produto.

Prevê o art. 268, XXV, do RICMS-BA/12, com a redação vigente à época dos fatos geradores, janeiro de 2013 a dezembro de 2013, a redução da base de cálculo nas operações internas com “leite em pó”, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, como segue:

**Art. 268.** *É reduzida a base de cálculo:*

*XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (redação originária, efeitos até 31/07/2013).*

*Para o período de 01/08/2013 a 31/12/2013, a redação dada pelo Decreto nº 14.681, de 30/07/2013 era:*

*“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”*

Por ser a redução da base de cálculo uma espécie de isenção parcial, a interpretação dos dispositivos citados acima, em conformidade com o previsto no art. 111, II, do CTN, deve ser feita de forma literal. Assim, não há como se aplicar uma interpretação extensiva que venha a incluir no benefício da redução de base de cálculo, produto que nele não esteja expressamente previsto.

Conforme esses dispositivos citados acima, a redução da base de cálculo é específica para o produto “leite em pó”. Dessa forma, os produtos IDEAL LEPO SACHET 50x200g BR e IDEAL Leite em Pó Sachet 25x400g BR, e NINHO Fases, por não serem “leite em pó”, não fazem jus ao benefício da redução de base de cálculo de forma que a sua carga tributária seja equivalente a 7%, no período de janeiro a 31 de julho de 2013.

O argumento trazido pelo defendente de que o Ideal e o Ninho Fases por serem produtos destinados a consumidores finais, mais necessitam da diminuição da carga tributária, como forma de baratear o produto, não possui o condão de modificar a legislação então vigente, à

época dos fatos geradores. Assim, por terem outros ingredientes na sua composição não descaracterizariam como leite em pó. Assim, os argumentos postos na peça de defesa não são capazes de incluir o composto lácteo no rol de leite em pó, uma vez que o legislador não contemplou esse produto com o benefício da redução da base de cálculo.

Assim, mesmo considerando a similaridade do processo de fabricação do “composto lácteo”, esse produto não confunde com o “leite em pó”, tanto que a legislação de defesa do consumidor exige que conste no rótulo do produto a ressalva de que “composto lácteo” não é “leite em pó”,

Os respeitáveis Pareceres Técnicos trazidos na defesa e no pronunciamento posterior não possuem o condão de modificar o que está expresso na legislação tributária estadual. Ademais, o posicionamento do INT conflita com o constante no rótulo do “composto lácteo” Ideal e Ninho Fases. Quanto ao Acórdão JF 0034-03/13, a posição da 3ª JF não expressa a posição majoritária do CONSEF.

Ressalto que com a Alteração nº 15, introduzida pelo Dec. 14.681/13, com efeitos a partir de 01/08/13, o inciso XXV do artigo 268 do RICMS-BA/12 passou a contemplar o composto lácteo em pó com a redução da base de cálculo prevista para o leite em pó. Logo, a partir de 01/08/2013, retiro os valores relativos à Nestlé NAN SOY, de 16/08/2013, R\$0,11; 29/10/2013, R\$0,12 e 29/12/2013, de R\$0,13, que perfaz o total de R\$0,36 a ser retirado do valor da infração exigida.

Outrossim, analisando o demonstrativo de erro na base de cálculo, Anexo 2, fls. 13 a 21 e 68, percebe-se que a planilha leva em consideração a redução da base de cálculo em 41,176%, o que equivale a uma carga tributária de 10% (colunas G, H, I). A única mercadoria que não recebeu o benefício foi ração para animais domésticos (tipo PET), NCM 2309, sujeita à substituição tributária conforme item 36 do Anexo 1 do RICMS/2012, posto que a redução da base de cálculo não se aplica às operações sujeitas à substituição tributária.

Infração procedente em parte, no valor de R\$42.515,34.

Na infração 03 consta que o contribuinte deu saída de mercadoria usando a alíquota de 7%, estabelecida na letra “c” do inciso I do art. 16 da Lei 7.014/96, sem dar o desconto condicional estabelecido no § 1º do art. 16 da Lei 7.014/96.

O demonstrativo de fls. 23 a 34, relaciona as notas fiscais objeto da autuação, nas quais não constou expressamente o desconto que deveria ter sido concedido, para alcançar o benefício da utilização de alíquota de 7% nas operações com mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado, com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, com as exceções previstas no art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96.

Ademais, o § 1º do art. 16 da mencionada Lei, explicita que “A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput do artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”.

O defendente tenta comprovar que teria concedido o desconto ao adquirente, apenas não o fazendo constar nos documentos fiscais, pelo que teria ocorrido mero descumprimento de obrigação acessória. Contudo, não é isso o que dispõe a legislação adrede mencionada, mas estabelece a condição de que o desconto conste expressamente no documento fiscal.

Apesar da argumentação trazida pelo defendente, só isso não a enquadra para a situação, posto que em consulta ao sistema INC (Informação do Contribuinte), fica provado que na data de 07/0/2013, a empresa ISC Comercial Alimentos Ltda, IE 19.340;724, tinha a condição de microempresa. Ademais, além da NF 956.644, fl. 227, não servir de prova, os seus valores são inconsistentes. Analisando as notas, 956.713 e 956.644, não fica comprovado que a diferença de preço entre as notas refere-se ao desconto estabelecido no § 1º do art. 16 da Lei 7.014/96.

Também não restou comprovado que a empresa não repassou para o destinatário o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17% e que não houve prejuízo ao erário.

Outrossim, quem tem direito ao benefício é o destinatário, e o Estado abre mão da diferença do imposto entre a alíquota de 17% para 7%, em favor do destinatário. Assim, se uma empresa conceder o desconto diretamente no preço e cumulativamente aplicar a alíquota de 7% estará dando prejuízo ao erário.

Portanto, por não ter seguido a condição de o desconto constar expressamente no documento fiscal, para que fosse aplicada a alíquota de 7% (sete por cento), nas saídas de mercadorias diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado, com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, a infração é procedente.

Infração procedente.

Na infração 04, consta a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente às notas fiscais 008.001, de 01/08/2013 e 008.805 de 31/12/2013.

Verifico que no demonstrativo de fl. 35, constam os dados necessários para calcular o valor reclamado, dos bens “Desktop HO 8300 SFF [...]” e “HP Compact 8300 Elite SFF”, e nas fls. 36 e 37, estão as notas fiscais do Anexo 4.

Consta às fls. 65 e 66, cópia do RAICMS sem o lançamento da diferença de alíquota calculado no Anexo 4. Na fl. 68 tem a mídia com as NFes, e a escrituração fiscal digital – EFD, ou seja, tudo comprova que não foi recolhida a diferença de alíquotas referente às notas fiscais 8.001 e 8.005.

Infração comprovada.

As multas aplicadas estão previstas na Lei 7.014/96, e não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, como previsto no art. 167, I do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Por fim, quanto ao pedido para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço do subscritor da presente peça, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Desse modo, o patrono da empresa requer que todos os avisos e intimações relativos ao processo sejam realizados exclusivamente, em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0002/16-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.593,24**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR