

A. I. N° - 206941.0089/15-8
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/04/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-03/17

EMENTA: ICMS. 1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. O sujeito passivo comprova nos autos, a existência no levantamento fiscal, de mercadorias em que teria aplicado a alíquota correta. A exclusão desses valores reduziu o montante originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTES INAPTO OU BAIXADOS. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2015, exige crédito tributário no valor de R\$25.682,16, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1. 03.02.02 - recolheu a menor ICMS em decorrência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nas operações efetuadas nos ECFs, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, no valor de R\$ 7.767,30, acrescido da multa de 60%;

Infração 2. 01.05.03 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. A empresa creditou-se do valor do ICMS em valor superior ao estabelecido na legislação referente a limitação imposta pelo art. 6º do decreto 7799/00, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 no valor de R\$5.890,30 acrescido da multa de 60%;

Infração 3. 07.04.03 - deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente a saídas para contribuintes não inscritos ou na condição de inaptos e baixados do cadastro do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$12.024,56, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.39/52. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Com relação à infração 2, entende que está correto o Agente Autuante e informa que irá realizar o pagamento do tributo ali exigido, à vista ou através de parcelamento.

Refuta integralmente as exigências 1 e 3 consubstanciadas através das citadas infrações, dizendo-se escorado nas razões de substância a seguir discorridas.

Com relação à infração nº 1, diz que o autuante entendeu que diversos produtos em que foi utilizada a alíquota de 7%, em verdade, deveria ser 17%. Somente a título exemplificativo, reproduz na impugnação, a primeira folha do anexo A do lançamento fiscal. Diz perceber que a maior parte dos produtos em que a tributação foi realizada, refere-se ao Leite em Pó.

Argumenta que na época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, a redução da base de cálculo do ICMS para saídas internas do leite em pó estava regulamentada pelo artigo 87, XXI, do RICMS/BA, que reproduz. Afirma que a circulação do leite em pó, no Estado da Bahia, é tributada pelo ICMS mediante aplicação de alíquota no valor de 7%. Acrescenta que tal redução visa estender ao leite em pó, o mesmo tratamento tributário dispensado aos produtos integrantes da cesta básica, em decorrência da sua seletividade, desonerando-o, tornando-o, em consequência, mais barato e acessível à população.

Sustenta a manifesta função social na redução da base de cálculo do leite em pó, concedida pelo Estado da Bahia, atendendo ao preceito constitucional da seletividade, explicitado no artigo 155, § 2º, III, da nossa Constituição Federal.

Frisa que o Fiscal vem restringido a aplicação da Lei, pois retirou da alíquota de 7% diversas hipóteses de Leite em pó. Não há motivos legais para tal exclusão, pois todos os produtos elencados no anexo são leites.

Ressalta que o Decreto 14.681/2013, alterou dispositivos do RICMS BA/2012, incluindo, expressamente, o “composto lácteo em pó” como produto passível de redução da base de cálculo do ICMS, nos mesmos moldes do leite em pó, conforme reproduz.

Afirma que o próprio Estado da Bahia vem alargando a possibilidade de redução da alíquota do ICMS para produtos que compõem a cesta básica. Diz que o Poder Judiciário também segue esta mesma linha, conforme decisão prolatada na ação 0518592-32.2014.8.05.0001, especificamente em relação ao Leite em Pó Ideal, declarou a qualidade de “leite em pó”, do produto. Reproduz excertos da sentença. Conclui que todos os leites citados no anexo A da autuação devem ter a alíquota de 7% (sete por cento).

Já com relação ao milho, o artigo 51, inciso, I, alínea “a” do RICMS-BA determina que na operação realizada com este produto, a alíquota aplicável será 7% (sete por cento). Transcreve o dispositivo citado.

Chama a atenção dos Julgadores que o referido artigo explicitou o milho, farinha e o fubá de milho. Contudo, no lançamento Fiscal, os autuantes excluíram da aplicação da alíquota de 7%, o milho para pipoca, o milho para canjica e o flocão de milho. Diz que tal atitude vai de encontro ao estipulado na norma, pois, efetivamente, o milho de pipoca e da canjica são espécies de milho, por óbvio. De outro lado, o flocão de milho, nada mais é do que uma espécie de farinha de milho, na acepção ampla da palavra.

Diz que o Parecer DITRI nº 06953/2009 de 30.04.2009, corrobora seu entendimento e a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, parte do entendimento de que o milho de pipoca e o de canjica deve ter a alíquota de 7%.

Assevera que em seu entendimento não há qualquer dúvida de que tanto o milho de pipoca, quanto o de canjica, são milhos, e devem ser tributados na alíquota de 7%. De outro lado, diz que o flocão de milho, nada mais é, do que uma espécie de farinha (fubá) de milho. Tão qual o fubá e a farinha de milho, com o flocão pode ser feito várias espécies de bolo. Copia rótulos com as informações nutricionais do fubá e do flocão de milho de uma determinada empresa.

Aduz perceber que se trata de produtos similares. A diferença entre os dois é ínfima e se refere, principalmente, ao tamanho dos flocos no fubá e no flocão, este último maior do que aquele, portanto, devem ter a mesma alíquota, qual seja, 7%.

Explicita que pela Constituição Federal, o ICMS é um tributo seletivo, ou seja, produto supérfluo poderá ter alíquota maior e o essencial menor. Neste contexto, entende ser inconcebível, que o

flocão de milho, produto que será barateado em relação ao fubá, tenha alíquota maior. Se assim o Estado proceder, diz que o princípio da seletividade estará sendo maculado. Conclui que a infração 01 deverá ser anulada.

Com relação à infração nº 3, diz que o autuante excluiu as saídas para contribuintes não inscritos ou na condição de inaptos e baixados do CAD-ICMS, nos termos do demonstrativo anexado ao lançamento, anexo C.

Alega que após a listagem das vendas que foram excluídas, realizou um levantamento junto ao cadastro de contribuinte do próprio Estado da Bahia e verificou que diversos CNPJs listados estão ativos, conforme extratos que anexa e lista destes contribuintes. Ressalta que, de outro lado, existem clientes que somente estiveram na condição de *baixados* ou *inaptos*, após a realização das vendas constantes no lançamento.

Observa que existem diversas empresas tidas como inaptas, inativas ou baixadas indicadas pelo Fiscal, que continuam no cadastro da SEFAZ como ativas. De outro lado, existem empresas baixadas e consideradas inaptas após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Por isto, as vendas realizadas em relação às empresas que estão ativas e as que foram baixadas após a ocorrência do fato gerador, não merecem constar da infração, pois não procedeu a retenção do ICMS, visto que, de fato, as empresas estavam ativas.

Ressalta que, na época da ocorrência do fato gerador da obrigação, ainda que todas as empresas elencadas pela fiscalização fossem não inscritas, inaptas ou baixadas, o sistema do Estado era quem deveria informar a situação da empresa e bloquear a emissão da nota fiscal. Até porque, a condição de inapta é estabelecida unilateralmente, pelo próprio Fisco. Assim sendo, nesta hipótese, estaríamos diante de situação de “culpa concorrente” entre o substituto tributário e a administração fazendária do Estado da Bahia que não disponibilizou aos substitutos, na época, ferramenta capaz de reconhecer a existência de empresas na situação em que a venda sem a retenção do ICMS não seria possível. Conclui que a infração nº 3 deve ser excluída do lançamento.

Requer: (a) seja inteiramente anulada a infração nº 1 do auto de infração, em decorrência de que o leite em pó, os milhos de canjica e pipoca e o flocão de milho devem suportar uma alíquota de 7%; (b) seja parcialmente anulada a infração nº 3, sendo excluídos do lançamento, os contribuintes ativos e aqueles que foram declarados inaptos, baixados ou inativos após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Lício Bastos Silva Neto, OAB/BA 17.392, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 125, Ed. Liz Empresarial, sala 601 – Caminho das Árvore, CEP 41.820-774 – Salvador (BA) – Tel./Fax.: (71) 3113-2707, sob pena de nulidade processual.

Um dos autuantes prestou informação fiscal fls.125/132. Diz que se insurge a autuada contra a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, pelas razões elencadas em sua peça defensiva, acerca das quais, tem os seguintes comentários a tecer.

Sobre a infração 01 que versa sobre a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, referente aos compostos lácteos, diz que a autuada de forma generalizada utilizou o benefício da redução de base de cálculo concedido ao Leite em pó, para os compostos lácteos, produtos estes, que não podem ser enquadrados na categoria de Leite em pó, conforme definido no artigo 87, XXI do RICMS-97, matéria já pacificada em julgamentos desta Corte (Acórdão CJF Nº. 0289-13/13). Informa que os valores imputados se referem aos exercícios de 2010 e 2011, operações estas, sobre a égide do RICMS retro-citado.

A respeito do flocão de milho diz que os argumentos de impugnação não podem ser acatados, visto que o produto flocão de milho, apesar de ter como matéria prima básica o milho, é um produto obtido por processo de industrialização de expansão e torrefação, enquanto que, a farinha e fubá de milho são obtidos por simples moagem. Aduz que a veracidade dessa

afirmativa, pode ser comprovada através da análise da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), onde fica claro que farinha de milho é um produto diferente de flocos de milho, inclusive com classificações fiscais diferentes, pois a farinha de milho está classificada na posição NCM 1102.20.00, enquanto que o produto flocos de milho está classificado na posição NCM 1904.10.00. Sobre o tema, reproduz parte do texto nesse sentido, do Acórdão JJF Nº. 0194-02/15.

No que concerne ao milho para pipoca e milho para canjica, entende que o RICMS/97 concede redução da base de cálculo, exclusivamente para o milho em seu estado *in natura*, não estendendo o benefício para todos os produtos derivados do milho, assim sendo, não há o que se cogitar em conceder o benefício da redução da base de cálculo para os produtos mencionados. Propõe a manutenção integral da imputação fiscal.

No que tange a infração 2, diz que a autuada reconhece a imputação fiscal e informa que irá realizar o pagamento do valor devido conforme levantado na inicial do presente PAF.

Relativamente à infração 3, diz tratar-se da responsabilidade de efetuar retenção na qualidade de sujeito passivo por substituição, inerente as vendas efetuadas para contribuintes na condição de inaptos e ou baixados do CAD-ICMS.

Em sua defesa a autuada apresentou uma relação de contribuintes informando que os mesmos estão atualmente na condição de ATIVO, esquecendo-se de informar a situação dos mesmos, na data da ocorrência das operações de saídas.

Para comprovar a veracidade das informações constantes do Anexo C do presente PAF que deu origem a imputação fiscal, relaciona a situação de todos os contribuintes selecionados pela autuada e elencados na sua peça defensiva, onde pode ser constatado que a época da realização das operações, estes contribuintes estavam com a situação irregular no cadastro do Estado.

Requer a manutenção integral da imputação fiscal conforme inicial do PAF.

Após análise e discussão, em pauta suplementar, considerando inexistir prova nos autos, de que o autuado teria tomado ciência do documento que relaciona o histórico da situação cadastral dos contribuintes listados no levantamento fiscal, quando da ocorrência dos fatos geradores, a 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência fl.139, para que a Inspetoria de origem tomasse essa providência.

Cumprida a diligência, o autuado voltou a se manifestar, fls.146/156. Repete as infrações que lhe foram imputadas e o reconhecimento da infração 02.

Diz ter refutado integralmente as exigências das infrações 1 e 3, e resume suas alegações defensivas.

Sobre a infração 01, reitera que o entendimento do fiscal não deve prevalecer. Com relação ao leite em pó transcreve o inciso XXI do art. 87 do RICMS/97 reafirmando que a carga tributária a ele atribuída é 7% e não 17% como cobra o fiscal autuante.

Salienta que o inciso XXV do art. 268 do RICMS/2012, inclui expressamente o "composto lácteo em pó" fabricado neste Estado, no rol das mercadorias cuja carga tributária incidente corresponda a 7%. Repete decisão do Judiciário nesse sentido. Assevera que tal carga reduzida atende ao princípio constitucional da seletividade.

Com relação ao milho para pipoca, para canjica e flocos de milho, volta a transcrever a alínea "a", inciso I do art. 51, que diz reforçar seu entendimento de que, milho, farinha e fubá de milho, mercadorias ali descritas, possuem a mesma natureza das mercadorias autuadas, portanto estas, milho para canjica e pipoca e flocos de milho, também devem se submeter a aplicação de alíquota de 7%.

Invoca o Parecer DITRI nº 06953/2009 de 30.04.2009 que expõe entendimento de que o milho de pipoca e para canjica deve ter alíquota de 7%. Propõe a inteira anulação da infração 1.

No que diz respeito a infração 03, repete que diversos contribuintes tidos como inaptos ou baixados estão ativos. Afirma ter realizado um levantamento junto ao Cadastro de contribuintes da Bahia e verificou CNPJs listado que estão ativos. Por outro lado, sustenta que existem clientes que somente estiveram na condição de Baixados ou Inaptos, após a realização das vendas constantes do lançamento fiscal, conforme lista que elabora.

Ressalta que, na época da ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, ainda que todas as empresas elencadas pela fiscalização fossem não inscritas, inaptas ou baixadas, o sistema do Estado era quem deveria informar a situação da empresa e bloquear a emissão da nota fiscal. Aduz que a condição de inapta é estabelecida unilateralmente pelo próprio fisco. Diz que neste caso estaria na situação "culpa concorrente" entre o substituto tributário e a administração fazendária da Bahia que não disponibilizou ferramenta capaz de reconhecer a existência de empresas na situação ora em discussão.

Conclui que a infração 3, também deve ser excluída do lançamento fiscal. Repete os pedidos estampados em sua defesa inicial.

Um dos autuantes produz nova informação fiscal. Afirma que a autuada ao tomar conhecimento do demonstrativo elaborado quando da informação fiscal, conforme solicitado no pedido de diligência trouxe à tona os mesmos argumentos da defesa inicial, sobre os quais passa a comentar.

Sobre a infração 1 e a respeito dos compostos lácteos, assevera que a definição legal de "leite em pó" está no decreto 30691/1952. Existe ainda, a Instrução Normativa 28/2007 do Ministério da Agricultura, cujos itens 2.1.1.2 e 9.3 trazem definições concluindo que "composto lácteo não é leite em pó".

Chama a atenção dos Conselheiros que pela definição legal, o "composto lácteo" não pode ser confundido com "leite em pó", vez que a portaria ora referenciada, determina taxativamente que no rótulo de comercialização do composto lácteo deve constar a expressão em caixa alta informando que "Este produto não é leite em pó".

Afirma que reconhecendo a diferença existente entre estes produtos, o estado da Bahia alterou o inciso XXV do art. 268 do RICMS/2012 para incluir o composto lácteo a partir de 01/01/2014.

No que tange ao flocão de milho, milho para pipoca e para canjica reafirma os argumentos da informação fiscal e transcreve parte do Acórdão da 1ª CJF 0310-11/16 que segue o mesmo entendimento da autuação.

No que concerne a infração 3, repete o pleito da autuada, para afirmar que a mesma esquece, que pela própria dinâmica da atividade empresarial os contribuintes podem ter sua condição alterada e ou modificadas no CAD/ICMS durante a sua existência. Diz que este fato pode ser comprovado pela consulta a ficha cadastral de cada contribuinte listado pela autuada, se comprovando através do quadro editais, que os contribuintes tinham situação irregular à época da ocorrência do fato gerador objeto da autuação fiscal neste item.

Consta às fls. 135/137 extrato do SIGAT/SICRED com o recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 03(três) infrações. De início aponto que na defesa o sujeito passivo insurge-se integralmente quanto às infrações 01 e 03, reconhecendo o cometimento da infração 02, ficando esta, desde já, mantida, visto que sobre ela não existe controvérsia.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada

violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos com cópias entregues ao autuado, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

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, nas operações efetuadas nos ECFs, com alíquota inferior à devida.

Nas razões defensivas o autuado contesta o levantamento fiscal, especificamente, com relação aos produtos: leite em pó, milho de pipoca, flocão de milho e milho para canjica.

Sobre o leite em pó, argumenta que está amparado na legislação do estado da Bahia, que prevê para as saídas internas deste produto, a tributação pelo ICMS mediante aplicação de alíquota no valor de 7%.

Na informação fiscal, o Autuante afirmou que a autuada de forma generalizada utilizou o benefício da redução de base de cálculo concedido ao Leite em pó, para os compostos lácteos, produtos estes, que não podem ser enquadrados na categoria de Leite em pó.

Compulsando os autos, vejo que o impugnante ao comercializar o citado produto, o identificou como leite em pó, e aplicou a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS/97 do estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

Dessa forma, a controvérsia consiste, portanto, em se decidir se a citada mercadoria é leite em pó e teria o amparo do benefício da redução de base de cálculo estampado no inciso XXI do art. 97 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).

Analizando os argumentos da defesa comparados com os elementos trazidos pelos autuantes na informação fiscal, verifico que o procedimento fiscal está correto, e em consonância com a legislação posta a respeito da matéria. Verifico nos autos que, embora o autuado rotule o produto em comento de "leite em pó", o mesmo se trata de "compostos lácteos" conforme descrito no próprio rótulo do produto.

Saliento que o conceito legal de "leite em pó" está no decreto 30691/1952. Existe ainda, a Instrução Normativa 28/2007 do Ministério da Agricultura, cujos itens 2.1.1.2 e 9.3 trazem definições concluindo que "composto lácteo não é leite em pó". O composto lácteo não pode ser confundido com "leite em pó", vez que a portaria ora referenciada, determina taxativamente que no rótulo de comercialização do composto lácteo deve constar a expressão em caixa alta informando que "Este produto não é leite em pó".

Observo que já tive oportunidade de apreciar matéria similar nesta 3ª JJF, em julgamento de outro auto de infração, em que prevaleceu a tese defendida pelo contribuinte, de que os produtos ali discutidos tratavam-se de leite em pó. Entretanto, é importante registrar, que neste processo, além de se tratar de outro produto, leite Ideal, se faz presente a prova necessária, comprovando o acerto da fiscalização, visto que constam dos autos, cópia de rótulos do produto em análise, onde está expresso que o leite Ideal trata-se de compostos lácteos e não leite em pó, como quer o defendant.

Nessa linha, ressalto que, tanto não se trata do mesmo produto que reconhecendo a diferença existente entre o leite e compostos lácteos, o estado da Bahia alterou o inciso XXV do art. 268 do RICMS/2012 para incluir o composto lácteo a partir de 01/01/2014.

Assim, verifico que o autuado aplicou indevidamente, a redução de base de cálculo de ICMS para o leite em pó, prevista na legislação do Estado da Bahia, pois classificou erroneamente o produto “Composto Lácteo”, denominado pelo contribuinte de leite IDEAL, como leite em pó, de modo que as operações de saídas internas desse produto efetuadas pelo estabelecimento autuado não poderiam contar com a referida redução de base de cálculo.

Neste caso, a fiscalização agiu corretamente, pois o autuado deixou de recolher integralmente o ICMS devido nessas operações, haja vista que as teria tributado mediante a utilização de alíquota de 7% – em decorrência da aplicação da redução de base de cálculo de 58,825% prevista na legislação baiana, quando deveria ter utilizado a alíquota regular de 17%.

No que diz respeito ao floco de milho, não há como se acolher o pleito defensivo, pois a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inc. XXX, do RICMS-BA/97, refere-se a Fubá de Milho, produto que não se confunde com o incluído na autuação.

Conforme foi bem explicado pelos autuantes na informação fiscal, a Farinha de Milho é obtida pela simples moagem do milho e está classificada na NCM 1102.20.00, ao passo que o Floco de Milho é resultado de um processo industrial de expansão ou torrefação do milho e classifica-se na NCM 1904.10.00.

Trata-se, portanto, de produtos diferentes, cada um possuindo código NCM específico, sendo que, o RICMS/97 concede redução da base de cálculo para farinha de milho e não extensivamente a todos os produtos derivados do milho. Portanto, a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inc. XXX, do RICMS-BA/97, é um benefício fiscal e, sendo assim, esse dispositivo regulamentar deve ser interpretado de forma literal. Não se pode aplicar uma interpretação extensiva que venha a incluir no referido benefício fiscal produtos que não os expressamente ali elencados, quais sejam: floco de milho.

No que se refere ao milho, o artigo 51, inciso, I, alínea “a” do RICMS-BA determina que na operação realizada com este produto, a alíquota aplicável será 7% (sete por cento). Assim dispõe o dispositivo citado, *in verbis*:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca;

Da análise do levantamento fiscal, verifico que no lançamento fiscal, os autuantes excluíram da aplicação da alíquota de 7%, o milho para pipoca e para canjica, sob o argumento de que o RICMS/97 concede redução da base de cálculo, exclusivamente para o milho em seu estado *in natura*, não estendendo o benefício para todos os produtos derivados do milho.

Analizando o dispositivo regulamentar acima transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer limitação relativamente a destinação do produto, se para fazer bolo, mingau ou pipoca, para enquadrá-lo neste benefício, exigindo apenas, que a mercadoria tratada seja milho. Entendo que milho para pipoca não se trata de derivado de milho, mas sim a própria espécie.

Ademais, o Parecer DITRI nº 06953/2009 de 30.04.2009, cópia fl.76, corrobora esta linha de interpretação, concluindo que o milho para pipoca e o milho para canjica devem ter a alíquota de 7%. Portanto, este é um entendimento emanado pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e sendo assim, em nome da segurança jurídica, concluo que o milho para pipoca e milho para canjica devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Ante as considerações aqui expostas, entendo que a infração 01 é parcialmente procedente, e com a exclusão dos valores referentes ao milho para pipoca e para canjica, remanesce o valor de R\$5.437,59, conforme a seguinte configuração:

2010	Valor do A. I.	Após Julgamento	2011	Valor A. I.	Após Julgamento
Janeiro	97,76	93,44	Janeiro	109,00	103,68
Fevereiro	99,85	97,01	Fevereiro	167,02	158,77
Março	2.047,26	111,86	Março	212,71	208,57
Abril	268,62	160,63	Abril	256,54	248,51
Maio	148,44	141,94	Maio	241,43	223,15
Junho	224,58	217,83	Junho	218,04	201,73
Julho	175,24	156,84	Julho	487,38	477,59
Agosto	154,45	140,38	Agosto	424,35	402,82
Setembro	198,74	181,07	Setembro	359,43	350,36
Outubro	324,64	250,48	Outubro	416,52	411,59
Novembro	216,11	204,65	Novembro	348,74	344,12
Dezembro	189,37	169,99	Dezembro	381,08	380,58
			Total	7.767,31	5.437,59

A infração 03 acusa o autuado de ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente a saídas para contribuintes não inscritos ou na condição de inaptos ou baixados do cadastro do ICMS.

O defensor alegou que de posse da listagem das vendas que foram excluídas, realizou um levantamento junto ao cadastro de contribuinte do próprio Estado da Bahia e verificou que existirem clientes que somente estiveram na condição de *baixados* ou *inaptos*, após a realização das vendas constantes no lançamento.

Considerando inexistir prova nos autos, de que o autuado teria tomado ciência do documento que relaciona o histórico da situação cadastral dos contribuintes listados no levantamento fiscal, quando da ocorrência dos fatos geradores, em pauta suplementar, a 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência fl.139, para que a Inspetoria de origem tomasse essa providência.

Cumprida a diligência o defensor voltou a se manifestar. Disse que, ainda que todas as empresas elencadas pela fiscalização fossem não inscritas, inaptas ou baixadas, o sistema do Estado era quem deveria informar a situação da empresa e bloquear a emissão da nota fiscal. Alegou que neste caso, estaria na situação de "culpa concorrente" entre o substituto tributário e a administração fazendária da Bahia que não disponibilizou ferramenta capaz de reconhecer a existência de empresas na situação ora em discussão.

Não acolho tal entendimento, considerando regra expressa dos incisos I e II do art.142 do RICMS/97, vigente à época dos fatos, determinando como obrigação do contribuinte, exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE) e exibir a outro contribuinte, quando solicitado, o extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE). Portanto, tivesse o autuado obedecido a esta determinação regulamentar, tomaria conhecimento da situação cadastral dos contribuintes com os quais mantém operações comerciais.

Ademais, a SEFAZ/Bahia disponibiliza a consulta ao cadastro do ICMS no site <http://www.sefaz.ba.gov.br>, link Inspetoria Eletrônica/Cadastro/Consulta/Cadastro/BA, Resumo Cadastral – DIE, tornando pública a condição do cadastramento de cada contribuinte.

A empresa efetuou vendas para contribuintes inaptos no cadastro da SEFAZ, sem efetuar a retenção por Substituição Tributária e se beneficiando indevidamente da redução de base de cálculo conforme prevê a legislação do ICMS.

Neste caso, por ter efetuado vendas para contribuintes com inscrições canceladas, baixadas e suspensas/Processo de baixa, efetivamente, lhe cabe a responsabilidade tributária de efetuar a

retenção e o recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, como dispõe o art. 353, I do RICMS/BA.

O impugnante afirmou ter verificado na lista dos contribuintes elaborada pelos autuantes, que diversos CNPJs listados estariam ativos e que existiriam clientes que somente estiveram na condição de *baixados* ou *inaptos*, após a realização das vendas constantes no lançamento.

Verifico que esta alegação não resiste aos fatos presentes neste PAF. Quando da manifestação fiscal no cumprimento da diligência realizada, os autuantes deixaram claro, que todos os contribuintes listados como inaptos na data da ocorrência das operações de saídas, se encontravam na situação de inaptos ou desabilitados no cadastro de ICMS do estado da Bahia. Para comprovar a veracidade das informações constantes do Anexo C do PAF que deu origem a imputação fiscal, relacionam a situação de todos os contribuintes, inclusive os selecionados pela autuada e elencados na sua peça defensiva, onde pode ser constatado que a época da realização das operações, estes contribuintes estavam com a situação irregular no cadastro do Estado.

Considero, portanto, caracterizada a infração 03.

Por fim, quanto ao pedido de que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas em nome de Lício Bastos Silva Neto, OAB/BA 17.392, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 125, Ed. Liz Empresarial, sala 601 – Caminho das Árvores, CEP 41.820-774 – Salvador (BA) – Tel./Fax.: (71) 3113-2707, sob pena de nulidade processual, registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206941.0089/15-8, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.352,45**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso II, alíneas “b” “d” e “f”, inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR