

PROCESSO - A. I. Nº 206941.0089/15-8
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0067-03/17
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/06/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0084-11/18

EMENTA: ICMS. 1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Restou comprovado que os produtos que foram objeto da autuação não preenchem os requisitos previstos na legislação do imposto de redução da base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida pela procedência em parte da infração 1.2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTE INAPTOS OU BAIXADOS. Documentos acostados aos autos comprovam que as operações de vendas foram realizadas tendo como destinatários contribuintes inaptos ou com inscrição baixadas, que são considerados como não contribuintes, não auferindo os benefícios fiscais previstos no Dec. 7.799/00 e cabível a exigência do ICMS devido por substituição tributária nas operações de vendas para contribuintes não inscritos. Mantida a Decisão pela procedência da infração 3. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida pela 3ª JF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 30/06/2015, exige crédito tributário no valor de R\$25.682,16, em razão do cometimento de três infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1 e 3 que acusam:

1. 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%;

3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações internas subseqüentes 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 (2011) - R\$12.024,56, acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferida (fls. 186 a 194) a 3ª JF inicialmente afastou a nulidade suscitada por entender que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, indicando os dispositivos infringidos da multa aplicada e das irregularidades apuradas, não havendo constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa. No mérito, apreciou que:

A primeira infração acusa erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias: leite em pó, milho de pipoca, flocão de milho e milho para canjica.

Sobre o leite em pó, o autuado argumentou que está amparado na legislação mediante aplicação de alíquota no valor de 7%, que foi contestado pelo autuante afirmando que foi utilizado o benefício da redução de base de cálculo concedido ao Leite em pó, para os compostos lácteos.

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".

Observe que já tive oportunidade de apreciar matéria similar nesta 3ª JF, 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 defendente.

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 conseqüente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, 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 defendente 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 existem 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 Inspeção de origem tomasse essa providência.

Cumprida a diligência o defendente 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 Inspeção 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 204/230) o recorrente comenta as infrações, o reconhecimento da infração 2 e o julgamento pela primeira instância quanto às infrações 1 e 3.

Com relação à infração 1, afirma que o produto comercializado faz parte da cesta básica (Leite em Pó) e obedecendo ao princípio da seletividade previsto no art. 155, § 2º da CF está contemplado com o benefício fiscal redução da base de cálculo (RBC) do ICMS previsto para saídas internas do leite em pó (art. 87, XXI, do RICMS/BA..) com aplicação de alíquota de 7%.

Argumenta que deve ser dado o mesmo tratamento tributário para o produto “composto lácteo” por se tratar de um produto constituído de nutrientes do leite, cálcio, ferro, vitamínicos, sais minerais, soro e óleo vegetal, para que tivesse seu custo barateado, por isso na embalagem é indicado que o composto lácteo não é leite em pó, mas não perde a característica essencial do leite em pó e é um produto que integra a cesta básica.

Exemplifica que a gasolina misturada ao álcool para baratear o produto não tira a essência do produto que é gasolina.

Ressalta que a Nestlé fabrica o leite em pó IDEAL, foi autuada e ingressou com ação anulatória 0518592-32.2014.8.05.0001 em trâmite na 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador para declarar que o seu produto é um leite em pó, o que foi confirmado no parecer técnico do Instituto Nacional de Tecnologia (INT) de que o padrão de reconstituição do leite IDEAL é o mesmo do leite Ninho.

E que em sentença prolatada pela juíza Maria Verônica Moreira Ramiro, que transcreveu parte às fls. 214/215, decidiu que o produto comercializado (leite IDEAL) é leite em pó.

E que mesmo que a sentença não tenha o condão de determinar os rumos no julgamento administrativo, deve ser analisada a jurisprudência como fonte do Direito.

Ressalta que o Decreto nº 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.

No que se refere ao produto “Flocão de Milho” ressalta que é uma das espécies de farinha (fubá) de milho, conforme especificações indicadas nas embalagens descritas à fl. 216, com diferenças mínimas entre o flocão e a fubá de milho (Coringa) variando apenas no tamanho dos flocos.

Ressalta que a CF atribui seletividade ao ICMS, aplicando alíquotas maiores para os produtos supérfluos e menores para os produtos básicos e por isso deve ser aplicado a alíquota de 7%.

Requer reforma da Decisão com a aplicação da alíquota de 7% sobre o produto composto lácteo e aplicar a RBC prevista no art. 87, XXI do RICMS/97 e art. 268, XX do RICMS/2012.

No tocante à infração 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 do Anexo C.

Alega que na listagem de contribuinte indicados como inaptos ou baixados, identificou diversos CNPJ que se encontravam ativos no momento que realizou vendas, só vindo a ter condição de inaptos após a realização de vendas constantes no lançamento, conforme relacionando abaixo:

CNPJ	RAZÃO	SITUAÇÃO	DATA DA SITUAÇÃO
05.122.959/0001-13	MARISETE GOMES	BAIXADO	18.03.2015
42.038.950/0001-55	A VICOLA ALECRIM	INAPTO	03.03.2011
02.731.765/0001-27	ADRIANA ROCHA ME	BAIXADO	18.03.2015
15.139.595/0001-38	GILBERTO GAMA ME	BAIXADO	08.05.2013
08.467.165/0001-80	ROSILDA ME	BAIXADO	18.03.2015
04.546.660/0001-23	A.O.P SILV A ME	BAIXADO	31.10.2012
05.346.779/0001-15	FABIO LUIZ ME	BAIXADO	18.03.2015
04.805.401/0001-70	ADRIANO NETO	BAIXADO	08.05.2013
11.668.627/0001-31	VANDERLINO OLIVEIRA	BAIXADO	24.04.2013

Afirma que mesmo admitindo que existiam diversas empresas tidas como inaptas, inativas ou baixadas pelo fiscal, caberia ao Fisco bloquear a emissão de notas fiscais contra aquelas empresas, e não impor a culpa a empresa que efetuou a venda regularmente.

Esclarece que é detentor dos benefícios fiscais de redução de base de cálculo previsto no Decreto nº 7799/2000, para determinadas mercadorias, desde que o comprador esteja inscrito no Cadastro de Contribuintes (artigos 1º e 3º) o que torna o produto mais barato para o comprador que é o único beneficiado, que compra o produto por um preço menor e pagar menos ICMS.

Destaca que a metodologia utilizada pela fiscalização desconsiderou o benefício fiscal das operações destinadas as empresas que apesar de estarem abertas e em funcionamento, estavam com situação cadastral pendente no momento da compra e venda, atribuindo ao vendedor a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição (art. 353 do RICMS BA, vigente na época da ocorrência do fato gerador), aplicando a alíquota interna de 17% prevista nos artigos 50 e 51 do citado Regulamento e base de cálculo prevista no art. 61.

Ressalta que na época da ocorrência do fato gerador, diferentemente do quanto afirmado da decisão de primeira instância, o sistema do Estado da Bahia não informava a situação da empresa e não bloqueava a emissão da nota fiscal indicando a condição de inapta, baixada ou cancelada, e dessa forma não pode ser atribuída à responsabilidade unilateralmente pelo próprio Estado, sem qualquer "culpa concorrente".

Destaca que diversos contribuintes mudaram a sua condição perante o Estado da Bahia (baixado, inapto ou inativa) e que caberia ao Estado disponibilizar meios eficazes de controle, o que ocorre nos dias atuais com o bloqueio na emissão da nota fiscal eletrônica e não pode ser atribuído a ele a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST prevista no artigo 353, I, do RICMS/97.

Afirma que o procedimento adotado pela fiscalização contraria o princípio da legalidade e deve ser declarado a ilegitimidade passiva do recorrente quanto às vendas para contribuintes inaptos, baixados ou inativos, nos termos do art. 150, I da CF, que vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Tece comentários sobre o ordenamento jurídico constitucional tributário, discricionariedade, liberdade de ação administrativa, limites permitidos em lei, a metodologia utilizada pela fiscalização (recalculou a diferença entre 10% e 17%) desconsiderando a RBC prevista no Decreto nº 7.799/00, atribuindo a condição de contribuinte substituto (art. 353, I do RICMS/97) sem previsão legal, visto que o referido artigo estabelece estação condição para o contribuinte que "efetuar

saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes".

Argumenta que a fiscalização agiu com excesso de poder, contrariando o princípio da legalidade, da tipicidade cerrada, ao exigir tributo sem expressa previsão legal, visto que agiu diante da Teoria da Aparência e comunhão com o Princípio da Boa-fé, não poderá ser prejudicado em detrimento de quem aparentou legitimidade enquanto não a possuía, a exemplo da jurisprudência aplicada no Recurso Especial 1.017.732/RS, cujo conteúdo transcreveu em parte à fl. 228.

Requer o provimento do Recurso Voluntário no sentido de julgar improcedentes as infrações 1 e 3.

VOTO

O Recurso Voluntário contesta a Decisão da primeira instância em relação às infrações 1 e 3.

No tocante à infração 1, que acusa aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação do ICMS, o recorrente contesta que os produtos composto lácteo e flocão de milho integram os produtos da cesta básica e que aplicou a alíquota correta de 7% prevista no art. 87, XXI do RICMS/97 e art. 268, XX do RICMS/2012.

Inicialmente ressalto que os fatos geradores pertinentes a esta infração ocorreram nos exercícios de 2010 e 2011, durante a vigência do RICMS/97 (Dec. 6.284/97).

Com relação ao produto *composto lácteo* que o recorrente alega ser um tipo de leite em pó, conforme fundamentado na Decisão proferida pela 3ª JF, o art. 87, inciso XXI do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores estabelecia que:

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).

Ao contrário do que foi afirmado o leite em pó e o composto lácteo são produtos diferentes, apesar de ambos possuírem componentes derivados do leite, porém indicado no rótulo do produto de que o "composto lácteo" não é "leite em pó" (Decreto nº 30.691/1952 e Instrução Normativa 28/2007 do Ministério da Agricultura), conforme apostado no rótulo do produto (fl. 173).

O composto lácteo, conforme esclarecido pelo recorrente, tem como "*ingrediente principal o leite integral, enriquecido com ferro, vitaminas, sais minerais, soro de leite e óleo vegetal*" (fl. 211) que não pode ser confundido com "leite em pó". O produto (composto lácteo) pode ser mais barato ou mais caro do que o leite em pó, mas tratam-se de produtos diferentes.

Diante de questionamentos se o produto composto lácteo deveria ser contemplado com a redução da base de cálculo prevista para o leite em pó, a administração tributária promoveu a alteração do inciso XXV do art. 87 do RICMS/2012 (ora revogado Decreto nº 17.304, de 27/12/16), contemplando a redução da base de cálculo (RBC) do composto lácteo com efeitos a partir de 01/08/13:

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Dec. 14.681/13 efeitos de 01/08/13 a 31/12/13):

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

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

*"XXV - das operações internas com **leite em pó**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);"*

Como os fatos geradores objeto da infração em questão ocorreram nos exercícios de 2010 e 2011, neste período não havia previsão de redução da base de cálculo para o produto composto lácteo.

Com relação ao produto *floco de milho*, que o recorrente entende ser produto da cesta básica, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o art. 87, XXX acrescentado pelo Dec. 9.733/2005 com efeitos a partir de 22/12/2005, do RICMS/97 estabelecia que:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXX - das operações internas com sal de cozinha, **fubá de milho e farinha de milho** em 100%;

Assim sendo, conforme esclarecido 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*”, portanto trata-se de produtos diferentes, e em se tratando de um benefício fiscal, o citado dispositivo regulamentar deve ser interpretado de forma literal (art. 111, II do CTN).

Ressalt-se que este entendimento já foi manifestado na Decisão contida no Acórdão CJF Nº 0310-11/16, que não deu provimento ao recurso contra o Acórdão **JJF nº 0071-06/16**, fundamentando que:

Nesse contexto, o RICMS/BA concede redução da base de cálculo para farinha de milho e não extensivamente a todos os produtos derivados do milho, por conseguinte, não há como se cogitar na concessão do benefício da redução da base de cálculo para FLOC MIL NOVOMILHO PRE COZ 500G SAO BRAZ, FLOCAO 500G VITAMILHO, FLOCAO NOVOMILHO 30X500G SAO BRAZ porquanto se apresentam como produtos totalmente diferentes.

Pelo exposto, está correta a fundamentação contida na Decisão proferida pela 3ª JJF de que não se aplica a redução da base de cálculo prevista no RICMS/97 para os produtos *fubá de milho e farinha de milho* ao produto floco de milho.

Pelo exposto, fica mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 1.

Relativamente à infração 3, que acusa falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição relativo a operação de vendas destinadas a contribuinte não inscritos, inaptos e baixados do CAD-ICMS, o recorrente alegou que:

A) Identificou na listagem que diversos contribuintes encontravam ativos;

B) Não foi considerado o benefício fiscal de RBC previsto no Decreto nº 7799/2000.

Com relação à primeira alegação, a 3ª JJF fundamentou que em atendimento a diligência que foi realizada “*todos os contribuintes listados como inaptos na data da ocorrência das operações de saídas, se encontravam na situação de inaptos ou desabilitados do cadastro de ICMS*”.

Constato que o recorrente não apresentou nenhuma prova em contrário no recurso interposto, limitando-se a reapresentação à fl. 218 da mesma relação apresentada na defesa à fl. 50.

Tomando por exemplo à situação do contribuinte Marisete Gomes, CNPJ 05.122.959/0001-13 (fl. 218) que o recorrente argumenta que estava ativo na época da ocorrência dos fatos geradores, verifico que dados cadastrais constantes do sistema de Informações do Contribuinte (INC) da SEFAZ/BA (fl. 174/verso) foi intimado para inaptidão pelo Edital 31/2006 em 03/08/2006 ficando inapto pelo Edital 38/2009 e baixado de ofício em 18/03/15.

Constato que o próprio documento juntado com a defesa à fl. 112 relativo a este contribuinte, indica que a situação cadastral vigente é de “baixado” em 18/03/15 e o demonstrativo analítico juntado pelo autuante à fl. 129 indica que sua inscrição cadastral (IE 57.993.151) permaneceu inapta no período de 03/12/2009 a 07/05/2013.

Como os fatos geradores relativos ao período autuado reporta-se ao exercício de 2011, restou comprovado que neste exercício o contribuinte encontrava-se na situação de inapto.

Com relação ao argumento de que não foi considerado o benefício fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000 (saídas com carga tributária equivalente a 10%), observo que o art. 1º do citado Decreto prevê a aplicação do benefício fiscal nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes “*destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia*”.

Conforme anteriormente apreciado, estando os contribuintes destinados na situação de inaptos e baixados do CAD-ICMS, não se aplica o benefício fiscal por não atender a condição estabelecida de destinação a contribuintes inscritos. Logo, correta a não aplicação da RBC de modo que se

equipare a 10% da carga tributária, por falta de amparo no disposto no art. 1º do Dec. 7.799/2000.

Por sua vez tendo efetuado vendas a contribuintes não inscritos ou baixados do CAD-ICMS é cabível a exigência do ICMS-ST atribuindo a condição de contribuinte substituto de acordo com o previsto no art. 353, I do RICMS/97.

Dessa forma, não procedem as alegações de que desconsiderou o benefício fiscal; não pode ser atribuindo ao vendedor a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST; o sistema do Estado da Bahia não informava a situação da empresa e não bloqueava a emissão da nota fiscal, tendo em vista que a exigência fiscal está amparada em regras previstas no RICMS/97.

Pelo exposto, não tendo apresentados outras provas além das que foram apresentadas na impugnação inicial e apreciadas na Decisão ora recorrida, fica mantida a Procedência da infração 3.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao produto composto lácteo - Infração 1)

Peço vênha para divergir do i. Relator no pertinente aos compostos lácteos, autuados na infração 01.

Ao contrário entendimento exposto pelo Relator de que “compostos lácteos” diferem do “leite em pó”, posiciono-me no sentido de que são produtos similares, que merecem receber o mesmo tratamento tributário (redução da base de cálculo aplicada ao leite em pó).

Em que pese não receba a mesma nomenclatura, o composto lácteo é um leite em pó com aditivos, mas nem por isso deixa de ser leite em pó. A mudança de nomenclatura é necessária e obrigatória, eis que qualquer alteração/adição no produto deve ser informado ao Contribuinte (princípio da transparência), bem como resulta na alteração da NCM.

Como bem informou o contribuinte: *o produto “composto lácteo” por se tratar de um produto constituído de nutrientes do leite, cálcio, ferro, vitamínicos, sais minerais, soro e óleo vegetal, para que tivesse seu custo barateado, por isso na embalagem é indicado que o composto lácteo não é leite em pó, mas não perde a característica essencial do leite em pó e é um produto que integra a cesta básica.*

Tal entendimento já se encontra pacificado em nosso ordenamento jurídico, tanto que o Estado, acatando as razões supracitadas, promoveu a alteração do inciso XXV do art. 87 do RICMS/2012 (ora revogado Decreto nº 17.304, de 27/12/16), contemplando a redução da base de cálculo (RBC) do composto lácteo com efeitos a partir de 01/08/13:

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 15 (Dec. 14.681/13 efeitos de 01/08/13 a 31/12/13):

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

Redação originária, efeitos até 31/07/13:

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

Deste modo, considerar a redução da base de cálculo aos períodos autuados (2010 e 2011) é aplicar o entendimento que já vinha sendo amplamente defendido, o qual foi referendado pela alteração acima apresentada.

Assim, faz jus o recorrente à redução da base de cálculo para 7% dos compostos lácteos autuados na infração 01, sendo Improcedente a referida infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual,

em decisão não unânime, **NÃO PROVER o** Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.352,45**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alíneas “b” “d” e “f”, VII, “a”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao produto composto lácteo - Infração 1) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, José Rosivaldo Evangelista Rios, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao produto composto lácteo - Infração 1) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silve e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2018.

RUBENSBEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE
(Quanto ao produto composto lácteo - Infração 1)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS