

PROCESSO - A. I. N° 206900.3007/16-0
RECORRENTE - ATACADÃO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0111-03/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/09/2019

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0192-11/19

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. SAÍDAS DE LEITE EM PÓ MODIFICADO – COMPOSTOS LÁCTEOS E OUTROS PRODUTOS. Aplicável, à espécie, as disposições do artigo 111 do CTN. A redução da base de cálculo de que trata o art. 268, inc. LII, “a” do RICMS/2012, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, não são aplicáveis aos leites modificados ou compostos lácteos. Quanto ao produto “xerém de milho”, o mesmo deve ser excluído da autuação, uma vez que faz parte da Cesta Básica, por se tratar de milho natural, resultante da Trituração do milho, sujeito à alíquota de 7%. Indeferido pedido de diligência/perícia fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face ao julgamento proferido pela 3^a JJF, através o Acórdão JJF n° 0111-03/18, que julgou Procedente Parcial o Auto de Infração, lavrado em 13/09/16, ciente em 19.09.16, no valor histórico de R\$132.116,74, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 03.02.02:

Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Enquadramento Legal: artigos 50, 51 e 124, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97 e artigos 15, 16, e 16-A, da Lei n° 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “a”, da Lei n° 7.014/96.

Após a análise do Auto de Infração e seus anexos postados pelo autuante, fls. 01 a 18, a defesa apresentada pela autuada, fls. 38 a 46 e Informação Fiscal prestada pelo autuante, fls. 60 a 63, assim se pronunciou a 3^a JJF:

O Auto de Infração em exame foi lavrado sob acusação de que o autuado utilizou alíquotas diversas da prevista na legislação nas saídas de mercadorias através dos equipamentos de ECF. A lide está relacionada à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo dos produtos “composto lácteo e xerém de milho”.

Inicialmente devo destacar que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99.

No que se refere ao pedido de realização de diligência/perícia fiscal não há razões para encaminhar o PAF para revisão do procedimento fiscal visto que estão presentes nos autos todos os elementos de prova necessários para a formação do convencimento deste órgão julgador, a teor do que dispõe o art. 147, I, “a” e II, “b” do mesmo diploma legal acima mencionado.

No mérito, no que diz respeito aos compostos lácteos verifico que o contribuinte deu a essas operações o tratamento tributário previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97, que estabelecia que nas operações internas

com leite em pó a redução de base de cálculo seria de 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente correspondia à alíquota de 7% (sete por cento).

Sobre esse tema, vale a pena destacar que o processo de produção de leite em pó é feito a partir da secagem do leite comum (líquido) e separado em diferentes fases: flocos, granulado e pulverizado, apresentando teores de gordura original do leite natural, sendo envasado com adicionamento do gás nitrogênio para impedir a oxidação da gordura. Seu aspecto legal é definido no Decreto nº 30.691/02, que trata da Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, que estabelece que:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

(...)

Art. 665 - Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

Parágrafo único. Deverá ser atendido o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade específico, oficialmente adotado.

A designação do produto é indicada no item 2.3 do Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos, aprovado pela Portaria nº 146, de 7/03/96 do Ministério da Agricultura, designando “leite em pó”, “leite em pó parcialmente desnatado” ou “leite em pó desnatado”, acrescentado da denominação “instantâneo” se o produto apresentar tal característica.

Já o “composto lácteo” é indicado no item 2.11 da Instrução Normativa nº 28 de 12/06/07, como:

Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substancia(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substâncias alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado.

Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto”.

O entendimento que prevalece nas decisões emanadas por este Conselho de Fazenda Estadual é de que os compostos lácteos não são leite em pó, a exemplo do que foi consignado nos Acórdãos CJF 0142-11/14, CJF 0147-11/14, CJF 0168-11/14, CJF 0289-11/14 e CJF 0313-11/14.

Por outro lado a interpretação das normas que concedem benefícios fiscais, de acordo com o art. 111 do CTN, é restritiva, abarcando tão somente o conteúdo gramatical ou literal que pode ser extraído do enunciado normativo, não havendo possibilidade de fazer exegese ampliativa, conforme postula a defesa, para abarcar todos os produtos que contenham leite na sua composição, a exemplo dos compostos lácteos.

Faço ainda referência aos Acórdãos CJF 0289-11/14 e CJF 0349-11/15 que examinaram, em grau de recurso, Autos de Infração lavrados sobre a mesma matéria.

Nessas decisões foi fundamentado que o “composto lácteo” possui composição de ingredientes diferentes do “leite em pó”, que é o produto contemplado com redução de base de cálculo previsto no art. 87, XXI do RICMS/97, de forma que a carga tributária equivalha a 7%.

Por fim a administração tributária estadual inseriu o composto lácteo como produto contemplado com redução da base de cálculo de modo que a carga tributária equivalente corresponesse a 7%, somente a partir de 01/08/13 mediante alteração da redação contida no art. 268, inc. XXV, do RICMS/12 (Dec. nº 13.789/12), por meio do Decreto nº 14.681, de 30/07/13.

Como os fatos geradores, objeto dessa autuação, são anteriores à alteração da norma do RICMS/12, acima mencionada, é de se concluir que o produto composto lácteo era tributado até julho de 2013, pelo RICMS/97 e posteriormente pelo novo RICMS, à alíquota de 17%, sem qualquer previsão de redução da base de cálculo do tributo. Em decorrência, a exigência fiscal para tais produtos, integrante do Auto de Infração, deve ser mantida.

No que se refere ao produto “Xerém de milho”, o posicionamento deste Conselho, já externado em outras decisões, é de que o produto em referência faz parte da Cesta Básica, por se tratar de milho natural, resultante da Trituração do milho, sujeito à alíquota de 7% conforme prevê o art. 16 da Lei 7.014/96, transcrita no Relatório acima.

Dessa forma, os valores exigidos, relativos ao produto ora em exame devem ser excluídos da autuação.

Ressalto, por fim, que as decisões administrativas anexadas pela defesa na sua peça impugnatória, pugnando

pela interpretação relativizada do art. 111 do CTN – Lei nº 5.172/66, não se aplicam ao caso exame, se encontram superadas ou representam entendimento divergente em decisão colegiada, a exemplo dos votos divergentes constantes dos Acórdãos da 3ª Junta de Julgamento Fiscal JJF nº 0034-03/13 e 0289/13-3, haja vista, que foram votos vencidos.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, acolhendo à exclusão dos valores reclamados para o produto “xerém milho”, passando o débito fiscal a ter a totalização conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
30/01/2012	09/02/2012	58.983,18	17,00	60,00	10.027,14
28/02/2012	09/03/2012	29.453,47	17,00	60,00	5.007,09
31/03/2012	09/04/2012	19.745,24	17,00	60,00	3.356,69
30/04/2012	09/05/2012	31.624,94	17,00	60,00	5.376,24
31/05/2012	09/06/2012	32.389,65	17,00	60,00	5.506,24
30/06/2012	09/07/2012	50.823,47	17,00	60,00	8.639,99
31/07/2012	09/08/2012	56.442,59	17,00	60,00	9.595,24
31/08/2012	09/09/2012	63.347,18	17,00	60,00	10.769,02
30/09/2012	09/10/2012	59.929,47	17,00	60,00	10.188,01
31/10/2012	09/11/2012	42.378,41	17,00	60,00	7.204,33
30/11/2012	09/12/2012	34.075,06	17,00	60,00	5.792,76
31/12/2012	09/01/2013	12.124,94	17,00	60,00	2.061,24
31/01/2013	09/02/2013	23.863,88	17,00	60,00	4.056,86
28/02/2013	09/03/2013	60.631,76	17,00	60,00	10.307,40
31/03/2013	09/04/2013	69.412,18	17,00	60,00	11.800,07
30/04/2013	09/05/2013	70.697,29	17,00	60,00	12.018,54
31/05/2013	09/06/2013	34.867,76	17,00	60,00	5.927,52
30/06/2013	09/07/2013	10.883,88	17,00	60,00	1.850,26
31/07/2013	09/08/2013	15.288,00	17,00	60,00	2.598,96
TOTAL DA INFRAÇÃO					132.083,60

Ciente da decisão acima proferida pela 3ª JJF, inconformada e tempestivamente, a Recorrente, apresentou Recurso Voluntário, fls. 83 a 90, onde busca a reforma da decisão, pugnando pela improcedência da infração.

Comenta, inicialmente a Recorrente, a respeito do teor do acórdão proferido pela 3ª. JJF, destacando o afastamento da cobrança sobre o produto Xerém de Milho, reconhecido pela Junta Julgadora, como sujeito a aliquota de 7%, reduzindo o valor do tributo reclamado para o montante de R\$132.083,60, que volta a contestar.

Afirma a Recorrente que os produtos, objeto da autuação, pertencem ao gênero Leite, e que o artigo 87 do RICMS/97, que transcreve, não faz qualquer restrição a que tipo de leite, seja na sua composição, ou se sujeito a adição de nutrientes, o que, mesmo que assim o determinasse, não desvirtuaria a natureza do produto.

Acrescenta a Recorrente que tanto assim o é que, reconhecendo a necessidade de não deixar restar dúvida quanto à tributação do produto, a legislação baiana promoveu, no decorrer do exercício de 2013, alteração no seu Regulamento do ICMS, através o Decreto nº 14.681 de 30/07/2013, com vigência a partir de 01.08.2013, quando assim estabeleceu:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

“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);”

O teor de relação anterior, assim constava:

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

Afirma a Recorrente que onde o legislador não restringiu, não cabe ao operador do direito restringir e sim, deve-se buscar o sentido teleológico da norma, buscando a aplicação da verdadeira justiça, em especial no caso em lide.

Tratando da interpretação que deve ser dada à norma, apresenta a Recorrente decisão de tribunal superior, como abaixo:

RECURSO ESPECIAL N° 967.693 - DF (2007/0160218-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS RECORRENTE

DISTRITO FEDERAL PROCURADOR : MARLON TOMAZETTE E OUTRO(S)

RECORRIDO: JAIRO ALEXANDRE ADVOGADO : MÁRIO GILBERTO DE OLIVEIRA

(...)

5. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. (REsp 192.531/RS, Rei. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.)

E, ainda,

RECURSO ESPECIAL N° 734.541 - SP (2005/0044563-7)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE : MYRIAN GOMES DA SILVA ADVOGADO : SÍLVIA DE LUCA RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PROCURADOR : CRISTINA HADDAD JAFET E OUTROS

(...)

VOTO

(...)

Deveras, “a regra insculpida no art. 111 do CTN, na medida em que a interpretação literal se mostra insuficiente para revelar o verdadeiro significado das normas tributárias, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de interpretar e aplicar as normas de direito, de se valer de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico que integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas” (RESP n.º 411704/SC, Rei. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 07.04.2003).

Abordando o sistema jurídico atual, que considera estar em uma fase do pós-positivismo ou Estado Princiológico, na lição de Norberto Bobbio, afirma que no caso em lide, deve-se aplicar o que é determinado pelo CTN no artigo 106, inciso II:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Afirma ainda a Recorrente que a alteração introduzida no RICMS/2012 vem apenas corroborar o reconhecimento da ausência de definição literal do que antes constava na redação, promovendo a adequação da norma à realidade,

Em defesa da sua argumentação, a Recorrente, apresenta julgado da 3ª JJF em processo semelhante, transcrevendo trecho do acórdão, como abaixo:

3ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0034-03/13

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 regularmente escrituradas, referente a produtos modificados e compostos a base de leite, como se fossem leite em pó, com alíquota inferior à devida.

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

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Da análise do dispositivo regulamentar acima transcrito, resta claro que esta norma não traz qualquer

limitação relativamente à composição do produto para enquadrá-lo neste benefício, exigindo apenas, que sejam operações internas com leite em pó.

Não vejo nos autos qualquer indício de que os produtos relacionados no levantamento fiscal, fls.08/20, sejam comercializados sob denominação diversa de leite em pó. Constatou que os produtos alvo da lide, como Nestogeno, Molico, Manacá, são comumente conhecidos e rotulados como leite em pó e alguns deles, a exemplo do leite NAN, possuem adição de elementos que enriquecem sua composição, com nutrientes como vitaminas, ferro, cálcio, para atender a uma categoria específica, como os Lactentes, sem no entanto descharacterizá-los da qualidade de leite em pó. Se a lei não limita ou amplia um conceito tributário, não cabe ao operador do direito fazê-lo. Concluo, portanto, pela improcedência desta infração.

Apresenta ainda a Recorrente Voto Divergente em processo julgado pela 3^a CJF, através Acórdão CJF nº 0289-13/3, em que a posição definida pela 3^a JJF, na decisão de piso no processo analisado, foi no sentido de entender que os Leite em Pó Nestogeno, NAN, Molico, Vale Prateado e Manacá são comercializados e conhecidos como Leite em Pó, portanto abarcados pela redução da base de cálculo.

Reafirmando o fato de não haver na legislação do ICMS, seja o RICMS, seja a Lei nº 7.014/96, qualquer restrição ao conceito de Leite em Pó, encerra a Recorrente sua peça recursiva, afirmindo:

Em face do exposto e de todo o mais que dos autos consta, requer seja conhecido e provido o presente recurso voluntário, a fim de que seja reformado o v. acórdão recorrido na parte em que manteve o Auto de Infração em tela, reconhecendo-se sua insubsistência total, como medida de Justiça.

VOTO

Tratando o presente processo de lançamento tributário em decorrência de *aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação*, conforme descrito na Infração 01, foi imputada à Recorrente, após o julgamento proferido pela 3^a JJF, a cobrança de ICMS no valor de R\$132.083,60, acrescido das cominações legais previstas na legislação em vigor.

Com o reconhecimento na decisão de piso da improcedência da autuação sobre o produto “xerém de milho”, restou a cobrança sobre os produtos “leites modificados e compostos lácteos”, sobre o que continuou a se insurgir a Recorrente.

Deve-se, ao abordar o que venha a ser leite ou composto lácteo, buscar a conceituação de cada um, para melhor entendimento de como se possa enquadrá-los em termos tributários.

A conceituação legal para os produtos lácteos é definida no Decreto nº 30.691/02, que trata da Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos de Origem Animal, que assim estabelece:

Art. 475 - Entende-se por leite, sem outra especificação, o produto oriundo da ordenha completa, ininterrupta, em condições de higiene, de vacas sadias, bem alimentadas e descansadas. O leite de outros animais deve denominar-se segundo a espécie de que proceda.

(...)

Art. 665 - Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

Parágrafo único. Deverá ser atendido o Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade específico, oficialmente adotado.

O Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade, aprovado pela Portaria nº 146, de 07/03/1996, do MAPA, diferencia no item 2,3, o que venha a ser “leite em pó”, “leite em pó parcialmente desnatado” ou “leite em pó desnatado”, acrescentado da denominação “instantâneo” se o produto apresentar tal característica, diferenciando de Composto Lácteo, que é definido no item 2.11 da Instrução Normativa nº 28 de 12/06/07, como abaixo:

Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substancia(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não-láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substâncias alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado.

Os ingredientes lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto”.

Em estudo para a Universidade Federal de Minas Gerais, Flávia Fontes, Médica Veterinária e Doutora em Ciência Animal pela Escola de Veterinária da UFMG, ao analisar os tipos de leite em pó os separa em três classificações:

Fórmulas

As fórmulas são produtos indicados para bebês até 1 ano de idade. O objetivo desses produtos é complementar o aleitamento materno ou substitui-lo, quando a mãe não tem leite suficiente para alimentar o seu bebê ou não deseja amamentar. Podem ser enriquecidos com ácidos graxos essenciais e outros nutrientes. As fórmulas infantis vendidas no Brasil são em forma de pó e vêm embaladas em latas. Exemplos de fórmulas lácteas: Nam, Aptamil, Enfamil, Enfamil Premim, Similac, etc

Compostos lácteos com óleos vegetais e fibras

Compostos lácteos não podem ser chamados de leite, pois contêm em sua formulação, ingredientes vegetais como milho, soja e canola. São recomendados por alguns pediatras para crianças a partir de 1 ano de idade, muito embora, devem ser utilizados apenas em casos especiais, quando a criança apresenta algum tipo de problema que impeça a digestão normal do leite. Outro questionamento em relação aos compostos lácteos é a inclusão de flavorizantes doces, o que os torna muito saborosos, mas que podem criar um hábito de consumo de alimentos adocicados nas crianças. Exemplos de compostos lácteos: Ninho Fases (+1, +3, etc), Enfagrow, Milnutri Pronutra, etc

Leite

Por definição, leite é o alimento produzido pelas glândulas mamárias das espécies de mamíferos. No caso do leite de vaca, é o produto da ordenha desses animais, sem a inclusão de quaisquer outras substâncias, sendo comercializado na forma fluida ou em pó. Pode e deve ser fornecido para todas as crianças, a partir de 1 ano de idade, desde que não apresentem quadros de intolerância à lactose, alergia à proteína do leite de vaca e outros problemas de saúde que justifiquem sua exclusão. Vale lembrar que a maior parte desses quadros clínicos é transitória, permitindo, ao seu término, que a criança volte a consumir lácteos.

Em termos de classificação de produtos, a Tabela do IPI, que corresponde ao NCM, apresenta os enquadramentos dos produtos acima referidos, diferenciando-os como abaixo:

04.02 - Leite e creme de leite (nata*), concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes.

0402.10 - Em pó, grânulos ou outras formas sólidas, com um teor, em peso, de matérias gordas, não superior a 1,5 %

0402.10.10 -Com um teor de arsênio, chumbo ou cobre, considerados isoladamente, inferior a 5 ppm

0402.10.90 Outros

0402.2 - Em pó, grânulos ou outras formas sólidas, com um teor, em peso, de matérias gordas, superior a 1,5 %:

0402.21 – Sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes

0402.21.10 - Leite integral

0402.21.20 - Leite parcialmente desnatado

0402.21.30 - Creme de leite

0402.29 - Outros

0402.29.10 - Leite integral

0402.29.20 - Leite parcialmente desnatado

O capítulo 4 do RIPI trata especificamente de Leite e seus derivados, queijos, manteigas, yogurtes, etc, sendo que a classificação para Leites Modificados está definida no Capítulo 19, que trata de **Preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou leite; produtos de pastelaria**, e estabelece:

19.01 - Extratos de malte; preparações alimentícias de farinhas, grumos, sêmolas, amidos, féculas ou de extratos de malte, que não contenham cacau ou que contenham menos de 40 %, em peso, de cacau, calculado sobre uma base totalmente desengordurada, não especificadas nem compreendidas noutras posições; preparações alimentícias de produtos das posições 04.01 a 04.04, que não contenham cacau ou que contenham

menos de 5 %, em peso, de cacau, calculado sobre uma base totalmente desengordurada, não especificadas nem compreendidas noutras posições.

1901.10 - *Preparações para alimentação de lactentes e crianças de tenra idade, acondicionadas para venda a retalho*

1901.10.10 - *Leite modificado*

1901.10.20 - *Farinha láctea*

1901.10.30 À base de farinha, grumos, sêmola ou amido

1901.10.90 - *Outras*

Como definidos em todos os instrumentos legais que poderiam diferenciar os produtos objeto da presente lide, não resta dúvida que os mesmos, apesar de originários do leite in natura, não são os mesmos produtos e têm tratamento diferenciado em suas classificações.

O fato de o legislador baiano estender o benefício fiscal aos produtos **composto lácteo**, a partir de 01.08.2013, não se pode levar à interpretação de que se possa aplicar a retroatividade benigna prevista no CTN, artigo 100, inciso II, por se tratar, tão somente, de ampliação do mesmo para produtos antes não contemplados, ainda mais por se tratar de produtos diferentes, muito embora com a mesma origem.

Ademais os Leites Modificados, até mesmo por estarem sujeitos a adições de nutrientes e componentes outros, diferentemente do Leite em Pó, têm seus preços de venda bastante onerados, justamente por não serem da mesma qualidade e teor diferenciado que passam a possuir.

Assim, com base na identificação dos produtos em questão por parte dos órgãos competentes, na legislação que os diferencia em termos de enquadramento tributário, no que era determinado pelos RICMS no período abrangido pelos fatos geradores objeto da autuação, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206900.3007/16-0, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$132.083,60**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS