

**A. I. N°** - 120018.0008/04-6  
**AUTUADO** - ROSANGELA ALVES DA SILVA  
**AUTUANTE** - AIDIL ISABEL DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 11. 11. 2004

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0433-04/04**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (BEBIDA LÁCTEA UHT 1000 ML). AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As bebidas alimentares a base de leite e de cacau enquadradas no regime da substituição tributária são aquelas com NCM 2202.9000. No caso, restou provado que a mercadoria tratava-se de leite, com posição NCM 0403.9000, não havendo a obrigação do recolhimento antecipado do imposto. Infração desconstituída. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata o Auto de Infração, lavrado em 30/6/2004, com exigência de ICMS no valor de R\$5.520,08 acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (bebida láctea) provenientes de outras unidades da Federação (agosto e dezembro de 2003).

O autuado apresentou defesa, (fls. 14/17) inconformado com a exigência fiscal. Entendeu que o fisco havia errado quando da lavratura do Auto de Infração, pois a mercadoria se tratava de leite achocolatado, não enquadrado no regime da substituição tributária. Afirmou que a mercadoria não se tratava de derivado de leite e sim do próprio leite, situação que não poderia ser argüida a determinação contida no Anexo 88 do Regulamento do ICMS.

Ressaltou que o rigor do fisco era injustificável e ilegal, caracterizando-se verdadeiro confisco, ao lhe impingir pagamento de imposto e multa não cabível. Neste contexto, discorreu sobre a questão da segurança jurídica que rege todo e qualquer processo, trazendo aos autos o teor do art. 5º, II, da Constituição Federal e afirmou que a lavratura do Auto de Infração maculou princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Por fim, requerendo que fosse deferido todos os meios de provas em direito admitidos, solicitou a improcedência do lançamento fiscal.

Na informação fiscal (fl. 24) a autuante, diante das determinações contidas no art. 353, II e art. 399-A, I, “b”, do RICMS/97, ratificou o Auto de Infração.

#### **VOTO**

Preliminarmente ressalto que o autuado, embora esteja enquadrado no regime do SimBahia na condição de microempresa, está obrigado a recolher o ICMS por substituição tributária independentemente de sua condição de enquadramento, conforme art. 390-A, art. 391-A e 399-A, I, “b”, do RICMS/97.

No mais, a exigência do presente Auto de Infração decorreu da falta de recolhimento do ICMS, por antecipação, relativo a aquisição interestadual de mercadoria (bebida láctea UHT “OI” 1.000 ml), conforme Notas Fiscais nº 5107374, 125396,128186 e 129793, emitidas por empresa situada no Estado de Minas Gerais.

O autuado como razão de defesa alegou que a mercadoria não era um derivado do leite e sim o próprio leite, apenas achocolatado. Por isto não se encontrava enquadrado no regime da substituição tributária.

Para se entender a situação, é necessário, em primeiro lugar, observar as determinações da legislação tributária do Estado da Bahia.

O art. 353, do RICMS/97, textualmente determina:

*Art 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

.....

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

.....

*3.4 – bebidas alimentares a base de leite ou de cacau (NCM 2202.90.00)*

Ou seja, todas as bebidas alimentares que tenham por base o leite ou o chocolate e que se encontrem na posição da NCM 2202.90.00 estão incluídas no regime da substituição tributária. As demais, não estando expressas claramente no regulamento, não podem ser incluídas no citado regime.

Ao analisar a situação apresentada nos autos, o autuado adquiriu, conforme já citado, “bebida láctea UTH “OI” de 1000 ml, cuja classificação NCM é 0403.9000 (consignado nas notas fiscais), ou seja, leite onde foi adicionado outro produto, no caso, o achocolatado.

Diante da situação posta e da norma legal vigente, não vejo como enquadrar a mercadoria, ora em discussão, quando de suas aquisições interestaduais, nas determinações do art. 353, II, 3.4, do RICMS/97.

Diante do exposto, a infração não ficou caracterizada. Voto pela improcedência da autuação.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120018.0008/04-6**, lavrado contra **ROSANGELA ALVES DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR