

A. I. N° - 180503.2689/07-9  
AUTUADO - LATICÍNIO OURO BRANCO LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ DE CASTRO DIAS  
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET - 15.02.2008

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0005-02/08**

**EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE LEITE “IN NATURA” A PRODUTORES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE HABILITAÇÃO PARA OPERAR COM DIFERIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** Excluídos os valores relativos ao período em que o responsável tributário era inscrito no SimBahia, sendo, por isso, impedido de habilitar-se para o regime de diferimento, por força do art. 408-I do RICMS, haja vista que a legislação então vigente previa que, nas situações em que não fosse possível a adoção do diferimento, o imposto deveria ser pago no momento da saída das mercadorias (art. 348, § 1º, I), porém era dispensada tal antecipação em se tratando de leite fresco, pasteurizado ou não, postergando o pagamento do tributo para o prazo previsto para o pagamento do imposto relativo às operações próprias do responsável (art. 348, § 3º, I). Mantido o lançamento relativo ao período em que o contribuinte passou para o regime normal de tributação, quando poderia ter pedido habilitação para operar no regime de diferimento e não o fez. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/5/07, diz respeito ao lançamento de ICMS que o autuado deixou de recolher, referente à aquisição de mercadorias de produtor rural não inscrito no cadastro de contribuintes (leite “in natura”), na qualidade de responsável solidário, não tendo o autuado autorização para operar com diferimento do pagamento imposto. Imposto lançado: R\$305.083,26. Multa: 60%.

O contribuinte apresentou defesa alegando que a fiscalização está equivocada porque o destinatário das mercadorias é inscrito no SimBahia e as operações de circulação de mercadorias objeto da exigência fiscal não são tributáveis, já que nas saídas de leite “in natura” de produtor rural para estabelecimento industrial é deferido o lançamento do imposto. Prosegue argumentando que não pode ser atribuída a responsabilidade solidária ao destinatário pelo tributo relativo às saídas efetuadas pelo produtor, porque *a)* o adquirente é inscrito no Simbahia, *b)* a mercadoria, quando destinada a consumidor final, é isenta, e *c)* quando a mercadoria é destinada a estabelecimento industrial ocorre o diferimento.

Aduz que, em virtude do grande número das Notas Fiscais aptas a comprovar a regularidade fiscal das operações, sendo inviável a sua juntada imediata, faria sua juntada no prazo de 15 dias.

Com fundamento nos princípios norteadores do Estado de Direito, suscita como “preliminar” a inexistência de previsão legal para a exigência fiscal em exame. Argumenta que o art. 408-I do RICMS não permite que optantes do SimBahia possam se habilitar ao regime de diferimento. Assinala que o leite “in natura” tem um tratamento fiscal diferenciado, não sendo tributado ao sair do produtor rural ou quando é comercializado neste Estado (leite fresco). Aponta nesse sentido a ementa do Acórdão JJF 0155-01/07. Pede a nulidade do procedimento, com arrimo no princípio da legalidade.

Quanto ao mérito, sustenta não haver motivo jurídico para o lançamento em apreço, assinalando que, em 2003, o total da entrada de leite “in natura” no estabelecimento foi de 441.153 litros, conforme consta no levantamento fiscal, e ocorreu a mesma saída de leite “in natura” para dentro do Estado, ora para industrialização pela CCLB [sic], conforme relação e Notas Fiscais anexas (doc. 3), caso em que é diferido o imposto, conforme prevê o art. 343, IV, do RICMS, combinado com o art. 466, ora para diversos consumidores finais, caso em que há isenção do tributo, nos termos do art. 465.

Já em 2004, ocorreu a entrada de 1.404.449 litros, tendo a mesma saída de leite “in natura”, ora para industrialização pela CCLB, Nestlé, Laticínio Palmeira dos Índios, Laticínio Teófilo Otoni, etc., ora para diversos consumidores finais, de acordo com a relação e Notas Fiscais anexas (doc. 4).

Em 2005, ocorreu a entrada de 2.757.560 litros, e a correspondente saída, ora para industrialização pelo Laticínio Palmeira dos Índios, Laticínio Guarani, Nestlé, etc., ora para diversos consumidores finais, inclusive a Prefeitura de Eunápolis, de acordo com a relação e Notas Fiscais anexas (doc. 5).

E em 2006, ocorreu a entrada de 117.435 litros e a correspondente saída para a EBAL, em razão do Programa Fome Zero, com isenção de ICMS, de acordo com a relação e Notas Fiscais anexas (doc. 6).

Acentua o argumento de que não há motivo para se exigir o tributo do adquirente do leite ao produtor rural, uma vez que a destinação do produto foi feita em operação não tributada, seja porque a operação de saída é isenta, seja porque há diferimento. Aponta como fundamentos os arts. 343, IV, 465, I, II e III, e 466, IV, do RICMS. Transcreve a ementa do Acórdão CJF 0078-12/02.

Argumenta que o lançamento tributário baseado em motivos falsos, inexistentes ou inidôneos é um ato administrativo sem motivação, e, por isso, é nulo, de acordo com a jurisprudência e a doutrina. Comenta a natureza jurídica do lançamento tributário e os requisitos jurídicos para sua validade e eficácia.

Pede deferimento do seu pleito de nulidade do lançamento.

O fiscal autuante prestou informação observando que a defesa não contestou os levantamentos. Quanto ao argumento de que a empresa é inscrita no SimBahia e, em virtude disso, há isenção do imposto quando os produtos são destinados a consumidor final e há diferimento quando são destinados a estabelecimento industrial, o fiscal contrapõe que, de acordo com o histórico dessa empresa, consta no sistema de informática da fazenda estadual que o seu estabelecimento foi inscrito como empresa de pequeno porte por um período curto de 6 meses, de 1.12.03 a 1.6.04. Aduz que aborda esse aspecto somente para que fique configurada a fragilidade dos argumentos da defesa, pois o foco da autuação foi a entrada de leite “in natura” comprado de produtor rural não inscrito, situação em que o adquirente é o responsável pela emissão de Nota Fiscal de entrada e pelo recolhimento do imposto, nos termos dos arts. 39, VIII, e 128 do RICMS.

Destaca o autuante que, em 2004, através do Processo n° 04521020041, o autuado fez Consulta ao fisco estadual, conforme cópia anexa. Transcreve as perguntas e as respostas. Nota que o autuado estava ciente de que estava infringindo a legislação, tornando-se passível das penalidades da lei.

Opina pela manutenção do lançamento.

Mediante instrumento protocolado em 29.8.07, o autuado pediu a juntada de documentos por ele identificados como documentos 3, 4, 5 e 6.

## VOTO

O crédito tributário cujo lançamento aqui se discute diz respeito ao ICMS que o autuado, na qualidade de responsável solidário, deixou de recolher, relativamente às aquisições de leite “in natura” de produtores rurais não inscritos no cadastro de contribuintes, não tendo o autuado autorização para operar com diferimento do pagamento do imposto.

A defesa suscita como preliminar a inexistência de previsão legal para a exigência fiscal em exame. Isso, contudo, não constitui, a rigor, matéria preliminar, mas de mérito, como tal entendido o âmago da lide, compreendendo os fatos, as provas e o direito aplicável.

O fiscal autuante enquadrhou o fato nos arts. 39 e 128 do RICMS. O art. 39, VIII, atribui a responsabilidade solidária ao adquirente, em relação às mercadorias saídas de estabelecimento de produtor não inscrito, ao passo que o art. 128 fixa o momento da caracterização da responsabilidade.

Essas são regras gerais. Como as operações com leite têm regras especiais, seria de bom alvitre que o fiscal autuante tivesse feito a indicação de tais regras, para propiciar ao autuado a visão conjunta dos preceitos aplicáveis à matéria em discussão. Essa falha procedural, contudo, não invalida o lançamento, pois a descrição do fato está clara e presume-se que o contribuinte conheça a legislação que rege seus negócios.

As operações com leite estão sujeitas a diversos regimes jurídicos, a depender das peculiaridades de cada situação, tendo especial interesse no presente caso as disposições referentes a isenção e diferimento.

A isenção não tem aplicação neste caso, pois o imposto lançado se refere a leite “in natura”, e a isenção somente alcança as operações de saídas internas de leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura, de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, com 2,0% de gordura, e de leite pasteurizado tipos A e B.

Quanto ao diferimento, embora, em tese, o raciocínio da defesa esteja correto, há um ponto fundamental do qual depende tudo: o autuado não estava habilitado a operar no regime de diferimento, como prevê o art. 344 do RICMS. Deixou, portanto, de ser atendida uma condição legal para fruição do benefício fiscal. Houve um período de 6 meses – de dezembro de 2003 a maio de 2004 – em que o autuado não podia habilitar-se para operar no regime de diferimento porque o art. 408-I do RICMS vedava. Fora desse período, ele poderia obter autorização para operar com diferimento do imposto, porém não requereu a devida habilitação.

A defesa argumenta que as operações com leite fresco não são tributáveis nas saídas do produtor rural ou quando é comercializado neste Estado, e aponta nesse sentido a ementa do Acórdão JJF 0155-01/07.

O referido acórdão refere-se a aquisições de leite fresco por um contribuinte inscrito no SimBahia, tendo a 1ª Junta julgado improcedente o lançamento, com fundamento no § 3º do art. 348 do RICMS.

A semelhança do presente caso com o do aludido acórdão é apenas parcial. Com efeito, conforme assinalei há pouco, no período compreendido entre novembro de 2003 e maio de 2004 o autuado era inscrito no SimBahia, e por essa razão não podia habilitar-se para operar no regime de diferimento porque o art. 408-I do RICMS vedava, reiterando vedação já feita no § 2º do art. 344.

Normalmente, quando a legislação veda a adoção do regime de diferimento, isso implica a obrigatoriedade do destaque do imposto no documento fiscal, bem como o pagamento antecipado. No entanto, nas operações com leite fresco havia à época uma exceção quanto a esse ponto, expressa no § 3º, I, do art. 348, que dispensava o lançamento e o pagamento do imposto quando não fosse possível a aplicação do diferimento, como no caso em exame. O inciso I do referido § 3º foi revogado, porém a revogação se deu em dezembro de 2004 (Alteração nº 61 – Decreto nº 9.292, de 29.12.04, DOE de 30.12.04). A previsão era esta:

“Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, *nas situações em que não for possível a adoção do diferimento*, observado o seguinte: (o grifo é meu)

.....  
§ 3º O pagamento antecipado previsto no inciso I do § 1º não se aplica às operações a seguir indicadas, hipótese em que o ICMS será recolhido no prazo previsto para o pagamento do imposto relativo às operações próprias do responsável:

I - operações de saídas de leite fresco, pasteurizado ou não, nas hipóteses do art. 466;”

Portanto, nos termos do § 1º, I, nas situações em que não fosse possível a adoção do diferimento (note-se que o adquirente, quando inscrito no SimBahia, não podia habilitar-se para operar no regime de diferimento), o imposto deveria ser pago no momento da saída das mercadorias, porém o § 3º, I, dispensava a exigência de tal antecipação em se tratando de leite fresco, pasteurizado ou não, postergando o pagamento do tributo para o prazo previsto para o pagamento do imposto relativo às operações próprias do responsável. Com isso, o imposto diferido confundia-se com o imposto das operações próprias do responsável, fosse qual fosse o regime de apuração.

Em virtude disso, no período em que o autuado era inscrito no SimBahia (dezembro de 2003 a maio de 2004), a autuação é insubstancial, haja vista que a legislação da época dispensava o lançamento e o pagamento do ICMS, na forma acima exposta.

Mantendo o lançamento relativo ao período em que o contribuinte passou para o regime normal de tributação, quando poderia ter pedido habilitação para operar no regime de diferimento e não o fez.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180503.2689/07-9, lavrado contra **LATICÍNIO OURO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$258.577,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2008

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR