

A. I. Nº - 281074.0024/08-5  
AUTUADO - LATICÍNIO MARIANNA LTDA.  
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 06.06.08

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0154-04/08**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA O DEVIDO PROCESSO LEGAL. OPERAÇÕES INTERNAS COM DERIVADOS DE LEITE. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL E DE RETENÇÃO DO ICMS NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Autuado alega falta de recolhimento de antecipação tributária para iogurte amparado no Decreto 10.710/07. Auto de infração foi lavrado por falta de cumprimento das disposições contidas no decreto para obtenção do benefício. Imposto será pago pelo responsável até o dia 15 do mês subsequente. Nessa situação somente poderia ter sido lavrado o auto de infração, depois de esgotado o prazo estabelecido na legislação, não observado pelo autuante. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/02/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 1.380,03, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de efetuar o destaque do imposto relativo a operação própria, a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas saídas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, através das notas fiscais 3727 e 3728 (fls. 11 e 12). Consta que a mercadoria apreendida, objeto do presente auto de infração, ficou sob a guarda responsabilidade do próprio autuado, LATICÍNIO MARIANNA LTDA., CICMS nº 30.392.238, na qualidade de fiel depositário, conforme documentos de fls. 05 e 06.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício à fl. 17, argüindo o cancelamento do presente auto de infração, além de questionar a apreensão da respectiva mercadoria, 500 caixas de iogurte natural gurt morango, contendo 20 potes de 100g, sob o argumento de que o Decreto 10.710/07, que procedeu a alteração 98 ao RICMS BA, em seu art. 2º, II, § 7º, dá ao contribuinte o direito de não mais tributar o produto por meio da substituição tributária.

Pede ainda o autuado, por se tratar de material perecível, um breve parecer sobre a questão minimizando o prejuízo sofrido.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 30 a 32, contestando, inicialmente, as justificativas do autuado, afirmando que as mesmas não invalidam a ação fiscal por falta de comprovação das exigências constantes no Decreto aludido. Diz que fez contato com a empresa para que ela informasse o atendimento das exigências do decreto, não obtendo quaisquer esclarecimentos. Os funcionários informaram na oportunidade que os responsáveis não se encontravam.

Com relação a alegação de prejuízo não procede tendo em vista que o próprio autuado ficou na condição de depositário fiel, podendo dar à mercadoria o destino que julgassem mais acertado, desde que procedesse ao pagamento de tributo ou oferecesse impugnação como ora o fez.

Afirma em conclusão que a infração fica caracterizada pela não comprovação do atendimento às exigências que faz o próprio Decreto 10.710/07 para o aproveitamento dos seus benefícios e pelo não destaque do imposto na nota fiscal 3727.

Pede sejam o débito e a multa cedente do presente auto de infração confirmados.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Além disso, registra-se a falta de destaque do ICMS relativo à operação própria no documento fiscal nº 3727 (fl. 11).

Do exame das peças processuais, verifico que o ponto nevrálgico da questão prende-se a aplicação ou não do benefício previsto no Decreto 10.710/07, de 19.12.2007, que cuida da substituição tributária nas operações internas com IOGURTES, diante da falta de comprovação nos autos de que o estabelecimento cumpriu os requisitos estabelecidos pelo próprio dispositivo abaixo reproduzido:

*“Art. 353 §7º- Ficam dispensados o lançamento e o pagamento do imposto, relativo à substituição, tributária nas operações internas com iogurte produzido em estabelecimento situado neste estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual”.*

Para o Auditor Fiscal, o autuado, apesar de contatado, não comprovou o atendimento dos requisitos para fruição do benefício, consubstanciado no atendimento às disposições da legislação sanitária federal e estadual. Assim, por não ter apresentado provas que refutem a autuação incidiria na descaracterização da dispensa do lançamento e pagamento do imposto devido, no presente caso.

Por sua vez, o autuado justifica a falta da substituição tributária do iogurte, amparado pelo art. 353, II, 3.3 do RICMS BA. Diz que é o próprio dispositivo regulamentar do ICMS que, após a alteração, lhe dá condição de não mais tributar o produto.

Para estabelecer um melhor juízo crítico acerca da situação, oportuna a análise das disposições da legislação do ICMS sobre o produto, objeto da discussão, para uma melhor compreensão da lide. Estabelece conforme a seguir o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/97, acerca do caso proposto:

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*XXVIII - das operações internas com os produtos derivados de leite, constantes nas posições da NCM abaixo indicadas, realizadas pelo fabricante, estabelecido neste Estado, calculando-se a redução em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento):*

*CÓDIGO NCM DESCRIÇÃO*

*0403 leitelho, leite e creme de leite coalhados, **iogurte**, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau.*

*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 subsequentes 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 - bebidas não alcoólicas, a saber:

(...)

3.3 - **iogurtes** - NCM 0403.10.00;

(...)

§ 7º Ficam dispensados o lançamento e o pagamento do imposto, relativo à substituição tributária nas operações internas com **iogurte** produzido em estabelecimento situado neste estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual.

Conforme se vê da leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos, na realidade, o iogurte é produto que continua sob regime da Substituição Tributária, tendo sua base de cálculo reduzida de sorte que sua carga tributária corresponda ao percentual efetivo de 12%. Na situação prevista pelo Decreto 10.710/07, que acrescentou o § 7º ao artigo 353 do RICMS BA, presente na hipótese uma regra de dispensa de tributo condicional, em que o amparo no dispositivo legal está vinculado ao cumprimento de determinadas regras, *in casu*, consubstanciadas nas *disposições da legislação sanitária federal e estadual*, retromencionadas.

No entanto, nos termos do art. 126, I, RICMS BA, o imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago, relativamente às operações com mercadorias, até o dia 15 do mês subsequente, quando a substituição tributária decorrer de saídas de mercadorias do estabelecimento. Portanto, no caso concreto, sendo as notas fiscais 3727 e 3728 (fls. 11 e 12) que deram saídas ao iogurte, emitidas no dia 01.02.08, somente ocorreria o vencimento para pagamento do imposto devido em decorrência da substituição tributária por antecipação no dia 15 de março de 2008 e, na oportunidade, não poderia ter sido lavrado auto de infração no dia 04.02.2008.

Nesta situação, somente poderia ter sido lavrado o Auto de Infração, caso coubesse, depois de esgotado o prazo estabelecido no art. 126, I, RICMS, o que não foi observado pelo autuante.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento, no art. 18, IV, alínea “a” e “b”, do RPAF/99.

Entretanto, na forma do art. 21 do RPAF/99, recomendo a renovação do procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado a salvo de falhas, inclusive acerca da regularidade quanto às disposições para o gozo do benefício retro mencionado, caso contrário, efetuar a cobrança adequada do imposto referente à antecipação tributária.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 281074.0024/08-5, lavrado contra **LATICÍNIO MARIANNA LTDA.**, recomendando que sejam implementadas as providências relativas à verificação da regularidade quando ao gozo do benefício do Decreto nº 10.710/07 ou o pagamento do imposto relativo a antecipação tributária.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA