

/A. I. Nº - 0946514690  
AUTUADO - PERNOD RICHARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES  
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE  
INTERNET 18.11.09

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0318-05/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Na Bahia, a substituição tributária está prevista nos artigos 8º a 12 e 23 da Lei 7.014/96 c/c 353 a 382 do RICMS. As bebidas quentes, de que cuida o Protocolo 14/06, foram inseridas no item 23 do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS/BA através do Decreto 11.462/09 que, apesar de ter entrado em vigor na data de sua publicação (10/03/2009), passou a produzir efeitos apenas a partir de 1º de abril de 2009. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 15/03/2009, exige ICMS no montante de R\$ 11.600,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, por terem sido apreendidas no trânsito de mercadorias bebidas quentes, incluídas no Protocolo ICMS 14/06, desacompanhadas de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

Juntado aos autos Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 083746 (fl. 02).

À fl. 05 do PAF, consta um e-mail do supervisor da IFMT Norte, José Almeida Carneiro, afirmando que o Auto de Infração, se questionado, não logrará êxito, tendo em vista o fato de que o Decreto que recepcionou o Protocolo ICMS 14/06 determinou que a vigência do mesmo seria a partir de 1º de abril de 2009 (o lançamento de ofício se deu em 15/03/2009 e as notas fiscais possuem data de emissão e saída idênticas: 12/03/2009).

O sujeito passivo apresenta peça de impugnação às fls. 12 a 24, através de advogado regularmente constituído (instrumentos de mandato às fls. 29, 30, 47 e 48). Diz que a autuação fundamenta-se na inobservância do Protocolo 14/06, aprovado pelos Estados da Bahia e Pernambuco através do Protocolo ICMS 134/08, com efeitos a partir de 1º de março de 2009. Alega que a vigência dos referidos Protocolos foi determinada no Decreto nº 33.203/09, nos termos do seu artigo 1º, com efeitos a partir de 1º de abril de 2009. Transcreve os artigos 1º e 2º do mencionado Decreto às fls. 16 e 17.

Citando doutrina, assevera que quando as remessas de bebidas quentes foram efetuadas, em 13 de março de 2009, as normas sobre substituição tributária com bebidas quentes ainda não estavam em vigor, tendo a operação ocorrido com observância dos dispositivos legais que a regem. Com espeque no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96 c/c 3º e 4º da Lei Complementar nº 24/75, pondera que não houve o fato gerador do imposto por substituição tributária com bebidas quentes previsto no Protocolo ICMS 14/06. Aponta ofensa ao princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, II e 150, I da Constituição Federal.

Pontua que os produtos comercializados não se encontram na previsão de substituição por antecipação dos Protocolos ICMS 14/06 e 134/08, uma vez que as bebidas remetidas fazem parte da Classificação Fiscal nº 22042100, ao passo que as citadas normas incluem as de número 2205 e 2208.

Mencionando lições de doutrinadores, alega que o ato preparatório do lançamento, que é de poder vinculado, não foi praticado de acordo com as formalidades prescritas, conforme previsão do art. 142, I do CTN, sendo que a descrição da infração foi incorreta, motivo pelo qual requer a nulidade do mesmo e que, caso mantida a exigência contida no Auto de Infração, configurar-se-á locupletamento indevido do Estado, em desfavor dos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal à fl. 62. Diz que o lançamento se deu por força dos Protocolos ICMS 14/06 e 134/08, com efeitos a partir de 01/03/2009 e com a adesão de Bahia e Pernambuco através do Protocolo ICMS 89/08, com efeitos a partir de 01/01/2009.

Aduz que o Protocolo ICMS 134/08 foi firmado para prorrogar a data de adesão ao de número 14/06 para 01/03/2009. Já que o Auto de Infração foi lavrado após esta data, entende que o autuado tinha por obrigação efetuar o recolhimento do tributo exigido. Afirma que, na hierarquia das normas, os acordos interestaduais (convênios e protocolos) são superiores aos decretos, em rebate ao argumento defensivo de que o Decreto nº 33.203/09 teria determinado o início da vigência do quanto estabelecido nos citados Protocolos para 01/04/2009. Com fundamento no art. 4º da Lei Complementar nº 24/75, argumenta que houve ratificação tácita do Protocolo ICMS 134/08, já que publicado no dia 19/12/2008, sem que tenha havido manifestação do Poder Público no prazo de 15 dias.

Ratifica os termos da autuação.

## VOTO

No presente Auto de Infração, em função de ausência de demonstrativo da base de cálculo utilizada para tributar, é impossível determinar com segurança o montante do débito requerido.

Através da análise das informações contidas nas notas fiscais de fls. 03 e 04, percebo que o autuante não inseriu na base de cálculo o IPI referente à nota de fl. 04, ao passo que inseriu o mesmo imposto constante da nota de fl. 03.

Igualmente, em afronta à cláusula quarta do Protocolo ICMS 14/06, conforme afirmado pelo próprio autuante tomado como fundamento para o lançamento de ofício, não foi aplicada margem de valor adicionado no cálculo da base de tributação.

Assim, com esteio no art. 18 IV, “a” e parágrafo 1º do RPAF/99, entendo que o Auto de Infração é NULO. Passo à análise de mérito, de acordo com o que determina o parágrafo único do art. 155 do mesmo Regulamento Processual, uma vez que a decretação de NULIDADA beneficiaria quem lhe deu causa. Vislumbrando a improcedência, adentro no mérito.

Os diversos convênios e protocolos celebrados entre as unidades federativas para tratar de matéria concernente a tributos possuem a mesma natureza jurídica, a de acordos, sendo que os primeiros englobam todos os estados e os outros apenas alguns deles. Nessa senda, para que passem a viger no território da unidade signatária, é necessário que tais acordos sejam ratificados por intermédio de decretos emanados no prazo previsto no art. 4º da Lei Complementar nº 24/75.

A lide diz respeito a Auto de Infração lavrado por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes deste Estado, com fulcro nos Protocolos ICMS 14/06 e 134/08.

O cerne da questão sob julgamento reside em determinar o momento a partir de quando passou a viger o Protocolo ICMS 14/06.

O contribuinte assevera que a autuação fundamenta-se na inobservância do Protocolo ICMS 14/06, aprovado pelos Estados da Bahia e Pernambuco através do Protocolo ICMS 134/08, com efeitos a

partir de 1º de março de 2009. Alega que a vigência dos referidos Protocolos foi determinada no Decreto nº 33.203/09, nos termos do seu artigo 1º, com efeitos a partir de 1º de abril de 2009.

Percebo que assiste razão ao sujeito passivo no que tange à data de início de vigência do precitado protocolo, mas não em função do artigo 1º do Decreto nº 33.203/09, que possui aplicabilidade restrita ao Estado de Pernambuco. Na Bahia, aplicam-se as disposições do Decreto 11.462, de 10/03/2009, que acrescentou o item 23 ao Anexo 86 do RICMS. O Decreto entrou em vigor na data de sua publicação e passou a produzir efeitos a partir de 1º de abril de 2009, consoante o seu art. 6º. Portanto, somente a partir de 1º de abril de 2009 poderia ser exigido o imposto por substituição tributária do remetente da mercadoria localizado fora deste Estado, conforme previsão do Protocolo ICMS 14/06.

Registre-se que o legislador autorizou que o Regulamento deixasse de considerar incluídas no regime de substituição tributária quaisquer mercadorias constantes do Anexo I da Lei nº 7.014/96, ou restringisse a aplicação do regime a determinadas operações ou prestações. Dessa forma, caberia ao RICMS/BA incluir as bebidas quentes relacionadas no Protocolo ICMS 14/06 na substituição tributária, o que foi feito através da inserção do item 23 no Anexo 86, através do Decreto nº 11.462/09.

Nos termos do art. 9º da LC 87/96, a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico entre as unidades federadas. Todavia, tais acordos não são lei, e dependem de uma para que passem a viger dentro dos respectivos territórios. Na Bahia, a substituição tributária está prevista nos artigos 8º a 12 e 23 da Lei nº 7.014/96 c/c 353 a 382 do RICMS. As bebidas quentes, de que cuida o Protocolo ICMS 14/06, foram inseridas no item 23 do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS/BA através do Decreto 11.462/09 que, apesar de ter entrado em vigor na data de sua publicação (10/03/2009), passou a produzir efeitos apenas a partir de 1º de abril de 2009.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0946514690**, lavrado contra **PERNOD RICHARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA