

A. I. N° - 297745.0028/09-3
AUTUADO - **PERNOD RICARD BRASIL IND. E COM. LTDA.**
AUTUANTE - **JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES**
ORIGEM - **IFMT- DAT/NORTE**
INTERNET - **10/11/2009**

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0346-03/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS QUENTES (MONTILLA CARTA OURO). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. A Bahia aderiu ao Protocolo ICMS 14/06 em 05/12/2008, com a publicação do Protocolo ICMS n° 134/2008, com efeitos a partir de 01/03/2009, e o Decreto Estadual n° 11.462/2009 modificou o item 2 do Anexo 88 do RICMS/BA, reincluindo as bebidas alcoólicas que especifica no regime de substituição tributária a partir de 01/04/2009. Operação realizada em março de 2009. Imputação insubsistente. Indeferidas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2009 na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$40.144,54, acrescido da multa no percentual de 60%, em razão da falta de retenção do imposto, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Exercício de 2009 – mês de março. Termo de Apreensão e Ocorrências n° 297745.0027/09-7 às fls.04 e 05.

O sujeito passivo, por intermédio de advogada com Procuração e Substabelecimento às fls. 45 a 47, impugna o lançamento de ofício às fls. 14 a 25, inicialmente expondo os termos da imputação e, em seguida, aduzindo ocorrer falta de fundamento legal para a autuação, razão pela qual requer sua improcedência. Cópia o teor do Protocolo ICMS n° 14/06 e do Protocolo ICMS n° 134/08, aduzindo que a sistemática de tributação por substituição tributária para os Estados de Pernambuco e da Bahia foram aprovadas somente através do Protocolo ICMS n° 134/2008, que passou a produzir efeitos a partir de 1º de março de 2009. Que a incorporação da substituição tributária pelos Estados da Bahia e de Pernambuco ocorreu em 24 de março de 2009, com o Decreto Estadual n° 33.203/09 - que copia - do Estado de Pernambuco, com efeitos após 01 de abril de 2009.

Observa que as normas de substituição tributária com bebidas quentes mencionadas pelos Protocolos ICMS n°s 14/06 e 134/08, ainda não estavam vigentes quando da operação em lide, em março/2009.

Salienta que os Convênios e Protocolos, em matéria de substituição tributária interestadual, são apenas uma fase preliminar do processo legislativo, que só passa a valer como direito interno dos Estados e do Distrito Federal, depois da ratificação, que é feita por meio de decreto interno das respectivas Unidades Federadas.

Cita trecho de autoria de Geraldo Ataliba sobre a necessidade do decreto estadual e copia artigos das Leis Complementares n°s 87/96 e 24/75. Afirma que o instrumento a que Lei Complementar n° 87/96 se refere é o Protocolo, mas que este é um ato limitado às partes signatárias (entes políticos) não alcançando substituto e substituído, os quais somente são obrigados por força da norma estadual.

Repete o argumento de que não houve a ocorrência do fato gerador da substituição tributária por antecipação, nas operações com bebidas quentes, previstas pelo Protocolo ICMS 14/06, porque somente passaram a ser válidas a partir de 1° de abril. Para fundamentar tais argumentos, copia os artigos 5°, inciso II e 150, inciso I, ambos da Constituição da República.

Aduz que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, citando o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN e trecho de ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins. Assevera que o lançamento tributário não foi praticado de acordo com as formalidades prescritas na lei, afirmando que, dentre as exigências mais comuns, nem a descrição correta da infração ocorreu no presente caso, e diz estar autorizada a anulação do Auto de Infração, vez que o ato administrativo deve ser perfeito, não podendo conter irregularidades ou imperfeições. Cita textos de Celso Ribeiro Bastos e afirma que houve violação do artigo 142 do Código Tributário Nacional, dos princípios da reserva legal e da segurança jurídica, consoante os artigos 5°, inciso II, e 150, inciso I, da Constituição da República.

O contribuinte alega que toda a operação que realizou não resultou em ausência de recolhimento de ICMS aos cofres do erário, tampouco houve dolo, má-fé, simulação ou fraude, afirmando que o agente fiscal não pode, através de presunção, desconhecimento, ilação ou até mesmo má-fé, impor autuação fiscal injusta ao contribuinte, sob pena de exceder as suas funções, conforme lição de Adelmo da Silva Emerenciano, que cita.

Diz que para haver cometimento de prejuízo ao erário, seria preciso que não houvesse sido recolhido o ICMS, ou que a operação estivesse eivada de dolo, má-fé, fraude ou simulação, e afirma que essas situações não existiram. Comenta o artigo 37 da Constituição da República.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Junta documentos às fls.26 a 56.

O autuante presta informação fiscal à fl. 61, aduzindo que o Estado da Bahia e de Pernambuco seriam signatários dos Protocolos ICMS n°s 14/06 e 134/08, e que este último Protocolo teria prorrogado a data de adesão ao Protocolo ICMS n° 14/06 para 01/03/2009. O autuante afirma que não houve outro Protocolo posterior para mudança de data de vigência, e que os efeitos foram ratificados naquela data prevista. Diz que se o Auto de Infração foi lavrado após esta data, o contribuinte tinha a obrigação de efetuar a Substituição Tributária consoante Cláusula Primeira do Protocolo ICMS n° 14/06.

Argüi ainda que não se deve esquecer da hierarquia das normas e que, deste modo, os Acordos Interestaduais (Protocolo e Convênio) são superiores aos decretos estaduais, e transcreve artigo 4° da Lei Complementar 24/75. Por fim, afirma que como o Protocolo ICMS 134/08 foi publicado no DOU em 19/12/2008 e não houve manifestação do Poder Executivo no prazo previsto no artigo supracitado, a argumentação defensiva não tem fundamento ou embasamento legal. Sugere a ratificação da autuação.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não

estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa neste processo. Arguição de nulidade rejeitada.

O presente Auto de Infração foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$64.231,26 em razão da falta de retenção do imposto, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no mês de março de 2009, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 297745.0027/09-7, às fls.04 e 05.

Embora sem mencionar tal questionamento como preliminar de nulidade, o autuado ressalta que o lançamento de ofício deveria ter sido baseado na legislação interna dos Estados, e não em dispositivos do Protocolo, ou Convênios, que apenas obrigam os entes políticos, no que entendo que lhe assiste razão, embora tal análise não modifique a situação jurídica da operação objeto da presente ação fiscal.

A mercadoria objeto da ação fiscal é bebida quente. A Bahia apenas aderiu ao Protocolo ICMS 14/06 em 05/12/2008, com a publicação do Protocolo ICMS nº 134/2008, com efeitos a partir de 01/03/2009, e o Decreto Estadual nº 11.462/2009 modificou o item 2 do Anexo 88 do RICMS/BA, reincluindo as bebidas alcoólicas que especifica, conhecidas como “bebidas quentes”, no regime de substituição tributária a partir de 01/04/2009. A operação em análise foi realizada em março de 2009, portanto fora do período em que a mencionada mercadoria estava enquadrada no regime de substituição tributária. Imputação insubsistente.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297745.0028/09-3, lavrado contra **PERNOD RICARD BRASIL IND. E COM. LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR