

A.I. Nº - 946.519730  
AUTUADO - PERNOD RICARD BRASIL IND. E COM. LTDA.  
AUTUANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES  
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE  
INTERNET - 17. 11. 2009

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0357-01/09**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. BEBIDAS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A substituição tributária nas operações interestaduais com as mercadorias em questão é regulada pelo Protocolo ICMS 14/06, cujos efeitos foram prorrogados para 01/04/2009, através do Decreto n. 11.462 de 10/03/2009. Como a autuação ocorreu em 28/03/2009, o autuado não estava obrigado a efetuar a retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2009, exige ICMS no valor de R\$ 25.129,30, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de retenção do imposto referente à mercadorias [bebidas quentes] enquadradas no Protocolo ICMS n. 14/06 e 134/08.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 08 a 19), reportando-se, inicialmente, quanto à infração, dizendo que entendeu o Agente Fiscal que os Protocolos ICMS n.s 14/06 e 134/08 haviam sido descumpridos, ou conforme consta na escassa informação contida no quadro “infrações” “mercadorias enquadradas no Protocolo ICMS n. 14/06 e 134/08, sem antecipação tributária”.

Diz que, apesar do esforço do autuante, se verifica a falta fundamentação legal para a autuação, conforme irá demonstrar, motivo pelo qual requer a improcedência do Auto de Infração.

Prosseguindo, aduz que a autuação se fundamenta na infringência ao Protocolo ICMS n.14/06, cuja cópia anexa às fls. 46 a 48, que atribui ao estabelecimento industrial, importador e arrematante de mercadoria importada e apreendida, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção do ICMS relativo às operações subsequentes, nas operações com bebidas quentes, reproduzindo as Cláusulas primeira, sexta e nona do referido Protocolo.

Consigna que a sistemática prevista no Protocolo n. 14/06, somente passou a produzir efeitos para os Estados da Bahia e Pernambuco, a partir de 01 de março de 2009, com a aprovação do Protocolo n. 124/2008, cujo texto reproduz.

Rechaça o entendimento do Fisco de que a operação objeto de autuação deveria estar acompanhada da GNRE, com o respectivo recolhimento por antecipação(ST) ao Estado da Bahia, sustentando que a incorporação da substituição tributária pelos Estados da Bahia e de Pernambuco, ocorreu em 24/03/2009, mediante o Decreto n. 33.203/09, cuja vigência, nos termos de seu artigo 1º, somente passou a produzir efeitos a partir de 01/04/2009, conforme texto que transcreve.

Afirma ser inaplicável a exigência às remessas realizadas no mês de março de 2009, pois a validade dos Convênios e Protocolos em matéria de substituição tributária somente ocorre com a ratificação que é feita por meio de Decreto interno das respectivas unidades da Federação. Evoca lição de

Geraldo Ataliba, assim como o artigo 9º da Lei Complementar n. 87/96 e os artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 24/75, reproduzindo-os, para reforçar os seus argumentos.

Sustenta que a autuação criou uma obrigação inexistente por não ter previsão em lei, em flagrante ofensa ao princípio da legalidade previsto nos artigos 5º, II e 150, I da Constituição Federal, conforme transcreve.

Continuando, diz que resta patente que o lançamento tributário não foi praticado em conformidade com as formalidades prescritas em lei, sendo que, dentre as exigências mais comuns, está a descrição correta da infração, fato que não aconteceu no presente caso.

Invoca posição doutrinária de Ives Grandra da Silva Martins, Celso Ribeiro Bastos e Adelmo da Silva Emerenciano, para afirmar que a atividade administrativa de lançar tributo é vinculada às regras estabelecidas na lei, não podendo o agente do Fisco realizar tal função segundo seus critérios pessoais, não podendo conter irregularidades ou imperfeições sob pena de anulação do ato, cabendo-lhe comprovar de forma concreta, científica e técnica, o fato considerado infracional.

Diz que no presente caso, para que houvesse cometimento de prejuízo ao erário, a condição seria que o imposto não houvesse sido recolhido, ou que a operação estivesse eivada de dolo, má-fé, fraude ou simulação, situações que não existiram, devendo a autuação ser anulada totalmente.

Ressalta que, se mantida a exigência restará evidente o locupletamento indevido, haja vista que a Constituição Federal impõe à Administração o respeito e a obriga a obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, consoante o artigo 37.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 55), na qual contesta os argumentos defensivos, sustentando que o Auto de Infração foi lavrado após a constatação da ocorrência do fato gerador, em decorrência dos Protocolos ICMS n. 14/06 e 134/08, com efeitos a partir de 01/03/2009.

Diz que a adesão da Bahia e de Pernambuco ao Convênio 14/06, ocorreu, inicialmente, através do Protocolo ICMS n. 89/08, com efeitos a partir de 01/01/09. Acrescenta que os referidos Estados decidiram prorrogar a data de adesão ao Protocolo 14/06 para o dia 01/03/09, o que foi feito mediante o Protocolo n. 134/08, com vigência a partir de 01/03/09.

Manifesta o entendimento de que a inexistência de outro protocolo para mudança da data de vigência, bem como denúncia dos Estados, os efeitos do Protocolo ICMS n. 14/06 foram ratificados na data prevista no Protocolo ICMS n.134/08, obrigando o autuado a efetuar a substituição tributária, conforme cláusula primeira do Protocolo ICMS 14/06.

Invoca o artigo 4º da Lei Complementar n. 24/75, reproduzindo-o, para afirmar que este dispositivo legal vai de encontro às alegações defensivas, haja vista que o Protocolo n. 134/08 foi publicado no DOU em 19/12/2008 e não houve manifestação do Poder Executivo no prazo previsto.

Finaliza mantendo a autuação.

## VOTO

O Auto de Infração em lide diz respeito à falta de retenção de ICMS e consequentemente à falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia de mercadorias (bebidas quentes), conforme o Protocolo 14/06 e 134/08.

A princípio, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquira de nulidade.

Observo que, no presente caso, o deslinde da questão reside na necessidade de se identificar o momento da vigência do Protocolo 14/06, entre os Estados de Pernambuco e Bahia, respectivamente, remetente e destinatário das mercadorias (bebidas quentes).

Alega o impugnante que descabe a exigência fiscal, haja vista que a incorporação da substituição tributária pelos Estados da Bahia e de Pernambuco ocorreu em 24/03/2009, mediante o Decreto n. 33.203/09, cuja vigência, nos termos de seu artigo 1º, somente passou a produzir efeitos a partir de 01/04/2009, conforme texto que transcreve, sendo inaplicável a exigência às remessas realizadas no mês de março de 2009, pois a validade dos Convênios e Protocolos em matéria de substituição tributária somente ocorre com a ratificação que é feita por meio de Decreto interno das respectivas unidades da Federação.

Vejo que assiste razão o autuado quanto aos efeitos do Protocolo n. 14/06, e a sua incorporação na substituição tributária, porém, por outra vertente que não a utilizada nos argumentos defensivos de que tal incorporação ocorreu em 24/03/2009, mediante o Decreto n. 33.203/09, cuja vigência, nos termos de seu artigo 1º, somente passou a produzir efeitos a partir de 01/04/2009.

Isso porque no caso da Bahia são aplicáveis as disposições do Decreto Estadual baiano n. 11.462 de 10/03/2009, que trouxe a seguinte redação em seu artigo 2º, abaixo reproduzido:

**“Art. 2º** Fica acrescentado o item 23 ao Anexo 86 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, com a seguinte redação (Prots. ICMS 134/08 e 14/06):

| ITEM | MERCADORIA  | ACORDO           | ESTADOS SIGNATÁRIOS                                     | BASE DE CÁLCULO                               | M.V.A. Ajustada  |
|------|---|------------------|---|---|--|
| “23  | VERMUTES E OUTROS VINHOS DE UVAS FRESCAS AROMATIZADOS POR PLANTAS OU SUBSTÂNCIAS AROMÁTICAS, CLASSIFICADOS NA POSIÇÃO NCM 2205; E BEBIDAS ALCOÓLICAS CLASSIFICADAS NA POSIÇÃO NCM 2208, EXCETO AGUARDENTE DE CANA E DE MELAÇO | Prot. ICMS 14/06 | AL, AP, BA, CE, MA, MT, MG, MS, PB, PE, PI, RN, SE e TO | Ver a cláusula quarta do protocolo ICMS 14/06 | De acordo com o § 2º da cláusula quarta do protocolo 14/06:<br>interna - 29,04%<br>Aliq origem 7%: 64,40%<br>Aliq origem 12%:<br>55,56%” |

Ocorre que o Decreto n.11.462, apesar de entrar vigor na data de sua publicação passou a produzir efeitos somente a partir de 01/04/2009, conforme se verifica da leitura do artigo 6º, abaixo transcrito:

*“Art. 6º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 01 de abril de 2009.”*

Portanto, o decreto acima referido incluiu o item 23 ao Anexo 86 do RICMS/BA, significando dizer que, somente após a inclusão acima referida e nada data em que passou a produzir efeitos é que poderia ser exigido o imposto por substituição tributária do remetente da mercadoria localizado fora do Estado, conforme previsto no Protocolo 14/06.

Observe-se que o Protocolo n. 14/06 determina em sua Cláusula sétima que os Estados signatários adotarão o regime de substituição tributária também nas operações internas com as mercadorias de que trata este protocolo:

Cabe registrar que o legislador autorizou que o regulamento deixasse de considerar incluída no regime de substituição tributária qualquer das mercadorias constantes no Anexo I da Lei n. 7.014/96, ou restringisse a aplicação do regime em relação a determinadas operações ou prestações.

Portanto, caberia ao regulamento incluir na substituição tributária as bebidas quentes relacionadas no Protocolo n. 14/06, conforme foi feito com a inserção do item 23 ao Anexo 86 do RICMS/BA, mediante o Decreto n. 11.462.

Assim dispõe o artigo 8º, §2º da Lei n. 7.014/96:

*“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:  
(...)*

*§ 2º O regulamento poderá deixar de considerar incluída no regime de substituição tributária qualquer das mercadorias constantes no Anexo I desta Lei, ou restringir a aplicação do regime em relação a determinadas operações ou prestações.”*

É certo que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico entre os Estados interessados, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, contudo, sendo o Protocolo, espécie do gênero convênio, não é lei, mas um ato em que os Estados, visando a uniformizar normas ou procedimentos, se comprometem a elaborar suas leis internas em consonância com os parâmetros traçados no acordo interestadual.

Na legislação baiana, a substituição tributária está disciplinada nos artigos 8º a 12 e no art. 23 da Lei nº 7.014/96, e nos artigos 353 a 382 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. As bebidas quentes de que cuida o Protocolo 14/06, foram inseridas no item 23 do inciso II do art. 353 do RICMS, através do Decreto nº 11.462 que, apesar de entrar vigor na data de sua publicação, passou a produzir efeitos somente a partir de 01/04/2009.

A propósito, registro que a própria Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Fiscalização e Planejamento da Superintendência de Administração Tributária, disponibilizou estudo denominado *“Produtos sujeitos à Substituição ou Antecipação Tributária nas aquisições interestaduais”*, onde se verifica no item *“Produtos”* *“bebidas alcoólicas”* a indicação de que os efeitos do Protocolo 14/06, se iniciaram a partir de 01/04/09.

Diante do exposto, descabe a exigência de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme exigido no Auto de Infração em tela.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **946.519730**, lavrado contra **PERNOD RICARD BRASIL IND. E COM. LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR