

PROCESSO - A. I. Nº 297745.0028/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3ª JFJ nº 0346-03/09
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 24/09/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0306-12/10

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 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 no regime de substituição tributária a partir de 01/04/2009. Operação realizada em março de 2009. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento fiscal, que julgou improcedente o Auto de Infração, no qual o contribuinte foi autuado em um valor equivalente a R\$40.144,54, acrescido de multa no percentual de 60%, em razão da falta de retenção do imposto, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O sujeito passivo, através de seus advogados legalmente constituídos, impugnou o Auto de Infração às fls. 14 a 25 aduzindo ocorrer falta de fundamento legal para a autuação, requerendo assim a sua improcedência. Transcreve o teor do Protocolo ICMS 14/06 e do Protocolo ICMS 134/08, asseverando que a sistemática de tributação por substituição tributária para os Estados de Pernambuco e da Bahia foi aprovada somente através do Protocolo ICMS 134/2008, tendo este passado a produzir os seus efeitos a partir de 1º de março de 2009.

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

Alegou que os Convênios e Protocolos, em matéria de substituição tributária interestadual, são apenas uma fase preliminar do processo legislativo, passando a valer como direito interno dos Estados e do Distrito Federal somente depois da ratificação, sendo essa realizada por meio de decreto interno das respectivas Unidades Federadas.

Volta a citar o argumento de que não houve a ocorrência do sujeito passivo por substituição tributária por antecipação, nas operações com bebidas quentes, p

14/06, porque somente passaram a ser válidas a partir de 1º de abril de 2009. Para fundamentar tais argumentos, copia os artigos 5º, inciso II e 150, inciso I, ambos da Constituição da República.

Salienta 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 5º, 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 na sua peça de defesa.

Concluiu a sua peça jurídica requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal à fl. 61, aduzindo que o Estado da Bahia e de Pernambuco seriam signatários dos Protocolos ICMS 14/06 e 134/08, e que este último Protocolo teria prorrogado a data de adesão ao Protocolo ICMS 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 14/06.

Argui, 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 4º da Lei Complementar nº 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.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou o caso em lide através do Acórdão nº 0346-03/09, entendendo, de início, como presentes todos os pressupostos de validade processual, afastando assim o pedido de declaração de nulidade arguido pelo contribuinte.

Ressaltou que, o lançamento de ofício deveria ter sido baseado na legislação interna dos Estados, e não em dispositivos do Protocolo ou do Convênio, que apenas obrigam os entes políticos, entretanto afirmou que tal análise não modifica a situação jurídica da operação, objeto da presente ação fiscal.

Assinalou que tendo em vista a Bahia ter aderido ao Protocolo ICMS 14/06 em 05/12/2008, com a publicação do Protocolo ICMS 134/2008, com efeitos a partir de 01/03/2009, e o Decreto Estadual nº 11.462/2009 que modificou o item 2 do Anexo 88 do RICMS/BA, reincluindo as “bebidas alcoólicas quentes” no regime de substituição tributária a partir de 01/04/2009, a operação em análise, realizada em 31 de março de 2009, fica fora do período em que a mencionada mercadoria estava enquadrada no regime de substituição tributária. Sendo assim, considerou a imputação insubsistente.

Concluiu julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe. E interpôs Recurso de Ofício da sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99.

VOTO

Apreciando o presente Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF, pude constatar, compulsando os autos, que a operação de circulação de bebidas alcoólicas que foi alvo das irregularidades apontadas pelo Auditor Fiscal são conhecidas como “bebidas quentes”. Tais bebidas só voltaram a ser incluídas ao regime de substituição tributária a partir de 01 de abril de 2009, ao passo em que o ato taxado como irregular pelo Fisco ocorreu em 31 de março de 2009, data em que tais bebidas não faziam parte do referido regime, que só entrou em vigência a partir de 01 de abril de 2009, conforme já mencionado acima.

Ora, observo que, como tais bebidas não faziam parte do regime de substituição tributária na data da realização da operação em foco, quando ocorre o fato gerador do ICMS, esta não pode ser tida como irregular. A lei não pode retroagir para incidir sobre atos ocorridos antes da sua vigência, uma vez que, na época do fato gerador, a operação era tida como legítima, à luz da legislação vigente.

Com base nos fatos e na legislação aplicável, constato que a Decisão da 3ª JJF foi acertada. Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297745.0028/09-3, lavrado contra **PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS