

A. I. Nº. - 281071.0008/18-9
AUTUADO - ENGARRAFAMENTO PITU LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/08/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-03/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RESPECTIVO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NESTE ESTADO. É devida a retenção e recolhimento do imposto, relativos às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O Autuado traz elementos aos autos com condão de elidir parcialmente a infração 01. Infração parcialmente subsistente. Contribuinte reconhece o cometimento da infração 02. Infração procedente. Julgada, de ofício, a decadência parcial do lançamento tributário. Afastadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2018, exige crédito tributário, no valor de R\$119.058,88, acrescido da multa de 60%, pelas irregularidades abaixo apuradas:

Infração **01** – 08.32.03 – deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2013, janeiro a março, maio a julho, outubro e novembro de 2014, janeiro, março, maio a novembro de 2015, janeiro a agosto de 2016, no valor de R\$119.027,53;

Infração **02** - 08.47.03. - deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, no mês de dezembro de 2015, no valor de R\$31,35.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.29/46. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Afirma que vem apresentar sua impugnação ao Auto de Infração em epígrafe, pelas razões a seguir expostas.

Diz que o lançamento de ofício ora impugnado, não pode prosperar, sendo legítima tão somente a exigência insculpida na Infração 02 – 08.47.03, tendo em vista que realmente deixou de recolher o ICMS-ST devido sobre uma única Nota Fiscal (nº 206160) de comercialização de aguardente, para contribuinte situado no Estado da Bahia. Diz que se tratou de um simples equívoco da contabilidade da empresa, e apresenta em anexo (Doc. 04), o comprovante de recolhimento do tributo exigido dentro do prazo legal de 60 dias, gozando assim, de desconto na multa aplicável, nos termos do art. 45 da Lei 7.014/96. Pede seja reconhecida a extinção do correspondente crédito tributário.

No que tange à Infração 01 – 08.32.03, referente à exigência do ICMS-ST sobre a venda do “Vinho do Frei” (NCM 2206.00.90) para contribuintes situados no Estado da Bahia, a situação é totalmente diversa. Isso porque, há diversos vícios materiais que apontam para a absoluta nulidade e para a improcedência do Auto de Infração, no que se refere a esta suposta infração.

Primeiramente, argui a decadência dos períodos exigidos entre janeiro/2013 e junho/2013. Afirma que só foi intimada acerca do Auto de Infração em julho/2018, ou seja, mais de 05 anos após a ocorrência dos fatos geradores dos respectivos períodos, restando tais períodos fulminados pelo instituto da decadência.

Salienta que, por ser o ICMS um tributo sujeito à modalidade de lançamento por homologação, aplica-se ao caso, o disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Diz não caber se invocar a aplicação do art. 173, I, do CTN ao presente caso, pelo qual o início do prazo decadencial se daria no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, pois tal dispositivo só se aplica quando o próprio contribuinte não tenha apurado e realizado o pagamento do crédito tributário, hipótese na qual tem lugar o lançamento de ofício. Todavia, não é este o caso dos presentes autos, haja vista que declarou e recolheu regularmente todo o ICMS que entendia devido, tendo o Fisco totais condições de lançar eventuais diferenças decorrentes de sua interpretação, a partir da data de ocorrência dos fatos geradores (regra do art. 150, § 4º CTN), sendo estes, indubitavelmente, os respectivos marcos temporais iniciais do prazo decadencial quinquenal, conforme entendimento consolidado há anos no Superior Tribunal de Justiça.

Superada a questão da decadência, cumpre adentrar efetivamente no mérito da Infração 01 – 08.32.03, para demonstrar a sua inconsistência e improcedência.

Em apertada síntese, assinala que a Autoridade Fiscal sustenta que teria, desde janeiro/2013, a obrigação de reter/recolher o ICMS-ST das operações de venda do “Vinho do Frei” (NCM 2206.00.90) para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Assevera que está equivocada a Autoridade Fiscal. Explica que é bem verdade, que o regime de substituição tributária nas operações internas com bebidas alcóolicas mistas, classificadas na NCM 2206.00.90, a exemplo do “Vinho do Frei”, já existia durante todo o período autuado.

Todavia, esclarece que para as operações interestaduais oriundas do Estado de Pernambuco, como é o caso do presente Auto de Infração, a responsabilidade do estabelecimento vendedor de reter e recolher o ICMS-ST ao Estado da Bahia, só passou a valer em junho/2016. Comenta que até janeiro/2016 as bebidas mistas de NCM 2206 não estavam sequer inseridas no Protocolo ICMS 14/2006, do qual o Estado de Pernambuco é também signatário. Assim, só com a inclusão, a partir de fevereiro/2016, foi que o Estado da Bahia passou a ter legitimidade/competência para exigir da Pitú, empresa localizada em Pernambuco, o ICMS-ST em comento.

Frisa que como se vê do Protocolo 14/2006, até 31/01/2016, a cláusula primeira não compreendia as mercadorias classificadas sob a NCM 2206 no regime de substituição tributária para operações interestaduais realizadas entre os Estados signatários. A inclusão da aludida NCM nas regras do Protocolo, só se deu a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Aduz que a previsão contida no Protocolo consiste numa autorização para cobrança do ICMS-ST em operações interestaduais advindas dos Estados signatários. Quer dizer, autorizado, o Estado signatário precisa editar norma interna para implementar a substituição tributária nas operações advindas dos demais signatários, a fim de exigir do estabelecimento remetente (localizado no outro Estado) o recolhimento do imposto devido pelo restante da cadeia de circulação da mercadoria. Assim, apenas quando implementado o novo regime objeto da prévia autorização concedida no acordo interestadual (no caso, no Protocolo 14/2006) é que nasce para o contribuinte localizado em outro Estado da Federação, a obrigação de recolher o imposto ao Estado de destino.

Observa que as próprias versões históricas do Anexo I, do Regulamento do ICMS da Bahia, que relacionam as mercadorias sujeitas à substituição tributária, sequer indicavam, inicialmente, as operações oriundas de Pernambuco como bebidas mistas classificadas na NCM 2206 dentre aquelas sujeitas ao aludido regime de substituição. Reproduz fragmento do Anexo I do Regulamento de ICMS/2012, vigente de 01/01 a 09/03/2016, para comprovar sua assertiva.

Verifica do Anexo I, do RICMS/BA, apenas quando oriundas de SP, AL, ES, MA, MG, PR, RJ RS e SC, é que havia substituição tributária de ICMS em operações interestaduais, não havendo menção ainda, ao Estado de Pernambuco.

Assevera que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST aplicável aos contribuintes estabelecidos nos demais Estados signatários do Protocolo ICMS 14/2006 nas vendas destinadas à Bahia, só foi internalizada na legislação baiana por meio do Decreto 16.738/2016, com vigência a partir de junho/2016. Reproduz parte do Anexo I onde se verifica este dado.

Sustenta que resta claro que a Autoridade Fiscal está exigindo algo que a legislação baiana, bem como, o Protocolo ICMS 14/2006, não exigia até o período fiscal de junho/2016, sendo certa a improcedência do Auto de Infração no que se refere aos períodos fiscais compreendidos entre janeiro/2013 a maio/2016, por pura e simples ausência de tipicidade.

Em outras palavras, assinala que até o período fiscal de junho/2016, como não havia nenhuma norma que impusesse ao vendedor estabelecido no Estado de Pernambuco, a obrigação de reter/recolher o ICMS-ST para o Estado da Bahia, cabia ao adquirente baiano efetuar a antecipação do ICMS-ST, nos termos do art. 289 e seguintes do RICMS/BA.

Entende que não pode a Autoridade Fiscal querer imputar ao vendedor pernambucano uma obrigação de retenção referente aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016 quando o Protocolo ICMS nº 14/06 só autorizou a criação de tal regra em fevereiro/2016 e o Estado da Bahia só a criou de fato, mediante internalização do Protocolo em sua própria legislação, em junho/2016.

Assim, diz que por inexistência de respaldo legal/normativo para sua responsabilização quanto ao ICMS-ST devido sobre operações com a mercadoria “Vinho do Frei”, destinada ao Estado da Bahia até maio/2016, não há que se falar no cometimento de qualquer infração por ela ao deixar de proceder à retenção/recolhimento do imposto nos períodos em questão, sendo, portanto, improcedente a acusação fiscal quanto a este ponto, improcedência esta, cujo reconhecimento se requer desde já.

Afirma que conforme demonstrado nos tópicos anteriores, o Auto de Infração ora impugnado é improcedente no que se refere aos períodos fiscais de janeiro/2013 a maio/2016, seja pela incidência da decadência quinquenal, seja pela inexigibilidade do ICMS-ST para o produto “Vinho do Frei” oriundo do Estado de Pernambuco até o mês de junho/2016. Teoricamente, diz que haveria responsabilidade da Impugnante quanto ao recolhimento do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia nas operações com “Vinho do Frei”, NCM 2206, apenas em relação aos períodos fiscais de junho/2016 a setembro/2016.

Todavia, salienta que de uma simples leitura mais apurada do Auto de Infração, que tais lançamentos estão inquinados de nulidades que inviabilizam por completo a cobrança perpetrada pela Autoridade Fiscal.

Explica que o art. 129, § 1º da Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) traz em seus incisos os elementos essenciais que deverão constar do Auto de Infração. Ou seja, exige-se que a Autoridade Fiscal calcule corretamente os créditos exigidos, sob pena de retirar a liquidez e certeza destes créditos tributários e macular, por consequência, a legitimidade do próprio Auto de Infração. Registra que existem diversos vícios sanáveis em um Auto de Infração. Contudo, no que se refere à correta determinação do montante devido, o próprio Código Tributário do Estado da Bahia preconiza, no seu art. 129, § 4º, a impossibilidade de reparação, haja vista tratar-se de um elemento essencial do Auto. Explica a existência de apenas três espécies de vícios insanáveis que acarretam a nulidade do Auto de Infração: (i) Impossibilidade de determinação da natureza da infração; (ii) Impossibilidade de determinação do autuado; (iii) Impossibilidade de determinação do montante do débito tributário. Entende que foi justamente nesta terceira hipótese que incorreu a Autoridade Fiscal, no que se refere aos períodos de junho/2016 a setembro/2016.

Explica que ao apresentar o demonstrativo de débitos tributários referente a estes períodos, a Autoridade Fiscal equivocou-se ao não considerar a Margem de Valor Agregado (MVA) vigente

para o produto em questão de 55,56% (NCM 2206.00.90), aplicando, erroneamente, uma MVA de 0,00% para as Notas Fiscais nº 218823, 220995, 220997, 220999, 221000, 224465 e 225030.

Aponta estes dados no Anexo 1 do Regulamento do ICMS, com redação dada pelo Decreto 16.499/2015 (vigência 10/03/2016 a 31/01/2017).

Sendo assim, diz restar demonstrado o equívoco perpetrado pela Autoridade Fiscal no cálculo do montante supostamente devido, resultando em nítida nulidade do Auto de Infração no que tange ao período de junho/2016 a setembro/2016, já que, nos termos do art. 129, § 4º do Código Tributário Estadual, a impossibilidade de determinação do montante devido do débito tributário caracteriza um vício insanável, configurando assim a nulidade do Auto.

Sustenta que além de aplicar a Margem de Valor Agregado inadequada para as operações em questão, a Autoridade Fiscal também incorreu em grave equívoco ao não deduzir do montante exigido, a título de ICMS-ST, o ICMS - próprio já recolhido pela Impugnante na origem. Diz que se depreende do próprio demonstrativo de débito do Auto de Infração (Anexo I) que a Autoridade Fiscal deixou em branco o campo destinado ao ICMS-próprio das Notas Fiscais nº 218823, 220995, 220997, 220999, 221000, 224465 e 225030, não o descontando no cálculo final do ICMS-ST supostamente devido, nos períodos fiscais de junho/2016 a setembro/2016.

Assinala que todas estas Notas Fiscais mencionadas (Doc.05 – em anexo) tiveram ICMS-próprio destacado, que deveria ter sido descontado nos cálculos do ICMS-ST. Ao não proceder com este desconto, a Autoridade Fiscal acaba por exigir valores indevidos, o que, somado ao equívoco relativo à utilização de MVA inadequada, torna ainda mais ilíquidos e incertos os créditos tributários exigidos no Auto de Infração ora impugnado. Sobre a matéria cita posicionamento deste CONSEF em situação análoga de impossibilidade de demonstração exata do montante tributário devido, *Acórdão CJF nº 0514-12/06*.

Entende que se impõe desta forma, o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração no que tange aos períodos fiscais de junho/2016 a setembro/2016, com fulcro no art. 129, § 4º do Código Tributário Estadual e no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, tendo em vista a absoluta impossibilidade de apuração dos valores efetivamente devidos, em face dos diversos equívocos contábeis perpetrados pela Autoridade Fiscal no Demonstrativo de Débitos apresentados.

Requer: (i) seja declarada a extinção do crédito tributário relativo à Infração 02 – 08.47.03, tendo em vista o reconhecimento/pagamento realizado; (ii) seja igualmente declarada a extinção do crédito tributário relativo à Infração 01 – 08.32.03, no que tange aos períodos fiscais de janeiro/2013 a junho/2013, haja vista, estarem tais créditos fulminados pela decadência quinquenal; (iii) no que se refere ao mérito da Infração 01 – 08.32.03, seja reconhecida a sua improcedência, relativamente aos períodos fiscais de janeiro/2013 a maio/2016, haja vista a demonstração de que a retenção/recolhimento pelo vendedor do ICMS-ST para o “Vinho de Frei” (NCM 2206.00.90) oriundo do Estado de Pernambuco, só passou a ser exigível no Estado da Bahia a partir de junho/2016; (iv) por fim, quanto aos períodos fiscais de junho/2016 a setembro/2016, pugna para que seja reconhecida a nulidade dos créditos tributários lançados, haja vista a impossibilidade de demonstração do montante tributário devido, em face da aplicação equivocada pela Autoridade Fiscal da margem de valor agregado, bem como pela não consideração e o não desconto nos cálculos fazendários do ICMS-próprio destacado nas notas fiscais emitidas.

O Autuante presta informação fiscal fls.126/131. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que a impugnante reconhece a legitimidade da infração 02.

Quanto à infração 01, relativa à exigência do ICMS-ST sobre a venda do “Vinho do Frei”, NCM 2206.00.90, para contribuintes situados no Estado da Bahia, requer a nulidade e/ou improcedência do lançamento tributário. Sintetiza os termos da defesa.

Informa que os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos dentro das normas legais do Convênio ICMS nº 81/93 e Protocolo ICMS 14/06 relativos às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária comercializadas com este Estado, conjuntamente com a Lei Complementar

nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS/BA. Para fundamentar as infrações, foram elaborados e apresentados ao contribuinte os demonstrativos de débitos contendo todos os cálculos, conforme fls. 17/22 do PAF.

Explica que a autuada é contribuinte regularmente inscrita no cadastro do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário (fl.08) conforme Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93, bem como, art. 2º, III e art. 295, do RICMS/12, ficando, portanto, subordinada ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual. Sendo assim, diz que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente.

Quanto à arguição de decadência, acata os argumentos da autuada, relativos ao período de janeiro/2013 a junho/2013, conforme entendimentos já exarados pelo próprio CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF 0141-11/17, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, bem como, manifestação da PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0. Desse modo, deve ser excluída do presente PAF a cobrança relativa aos períodos de Janeiro/2013 a Junho/2013, para a infração 01 (08.32.03), que totalizam um montante de R\$ 52.183,87.

Quanto ao período de julho/2013 a maio/2016, discorda do entendimento da autuada acerca do enquadramento do produto “Vinho do Frei 900 ml”, no Protocolo 14/06, somente a partir de 01/06/2016. Diz que a base para argumentação da autuada para classificação que foi utilizada para o produto, qual seja, a NCM 2206, correspondente a *“Outras bebidas fermentadas (por exemplo, sidra, perada, hidromel); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas noutras posições.”* conforme consta na Tarifa Externa Comum.

Todavia, afirma que o produto é anunciado e comercializado pela empresa como “vinho” e, portanto, entende, salvo melhor juízo, que a classificação correta segundo a NCM deve ser no código 2205, correspondente a *“Vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas; Tequila, licores e outras bebidas espirituosas (alcoólicas), tais como: conhaque, uísque, gim, genebra, batidas, licores, vodca e outras – 2205 e 2208 (exceto aguardente de cana e de melão e rum)”*.

Sendo assim, aduz que para efeitos tributários, o enquadramento deve ser feito no item 5.2 do Anexo 1 do RICMS/2012, para os períodos de julho/2013 a dezembro/2015, e no item 2.25.1 para os períodos de janeiro/2016 a agosto/2016, estando, portanto, o produto sujeito à substituição tributária, conforme disposições do Protocolo ICMS 14/06. Portanto, não acata os argumentos da autuada acerca da exclusão dos valores cobrados para o período de julho/2013 a maio/2016.

Com relação aos equívocos alegados pela autuada, afirma que, no tocante ao demonstrativo de débitos, revisa os cálculos que deram suporte à autuação e verifica que, por uma falha do setor de processamento dos dados, não foram capturadas, junto às notas fiscais, as informações do ICMS próprio referente aos períodos questionados. Procede a uma nova carga no banco de dados da SEFAZ e refez os cálculos, o que ensejou a elaboração de novo demonstrativo de débito, intitulado “Anexo I - A – Divergências Apuradas no Cálculo do ICMS – Substituição Tributária, nas saídas de mercadorias para destinatários localizados no Estado da Bahia”. No referido demonstrativo procede também, ao ajuste das notas fiscais para as quais não constava a informação da MVA aplicável.

Com tais providências, afirma que estão sanadas as incorreções, acatando as observações feitas pela impugnante, afastando-se, porém, qualquer fundamento para pretensa nulidade. Aduz que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses descritas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Com efeito, comenta que se encontram acostados ao PAF, todos os demonstrativos necessários à evidenciação das infrações, destacando-se as Notas Fiscais Eletrônicas nas quais se identificaram

as operações objeto de autuação, apontando-as em detalhes, que chegam ao nível de cada um dos itens de mercadoria, indicando-se o enquadramento legal correspondente às infrações cometidas.

Salienta que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos de débito, com a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento. Sendo assim, o lançamento é válido, pois se encontra revestido de todas as formalidades legais, tendo sido dado o devido conhecimento ao contribuinte, assegurando-lhe amplo direito de defesa, o qual foi exercido em sua plenitude, na medida em que o mesmo pôde se manifestar livremente no processo, e suas alegações foram levadas em consideração pela fiscalização, resultando inclusive em diminuição do valor do débito inicialmente apurado.

Sendo assim, diz que a informação fiscal responde às alegações da defesa nos seguintes termos:

- 1) Sobre a Infração 02 – 08.47.03, no valor de R\$ 31,35 deve ser considerada procedente, uma vez que foi admitida pela própria autuada;
- 2) Quanto à Infração 01 – 08.32.03, no que tange aos períodos fiscais de janeiro/2013 a junho/2013, acata a alegação de transcurso do prazo decadencial e considera que para estes períodos seja declarada sua improcedência;
- 3) Quanto a Infração 01 – 08.32.03, períodos fiscais de julho/2013 a maio/2016, deve ser considerada como parcialmente procedente. A autuada considerou indevidamente a NCM 2206, para o produto “*Vinho do Frei*”, o que resultou na falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST, quando deveria ter utilizado a NCM 2205. Não obstante, os valores devidos foram reduzidos após revisão feita pela fiscalização, a partir das alegações da defesa.
- 4) Quanto aos períodos fiscais de junho/2016 a agosto/2016, diz que não há que se falar em nulidade, pois o montante tributário devido foi descrito com todos os detalhes, os quais permitiram à autuada exercer plenamente seu direito de defesa, fornecendo novas informações ao Fisco, permitindo a depuração dos valores inicialmente apurados e a determinação precisa do débito a ser recolhido.

Afirma que após tais considerações, o demonstrativo de débitos do presente Auto de Infração deverá ser ajustado, conforme acostado ao PAF às fls. 125.

Diante do exposto, opina pelo julgamento do presente PAF como parcialmente procedente, ficando seu valor histórico reduzido de R\$ 119.058,88 para R\$ 52.541,06, submetendo este entendimento à análise deste Conselho.

O Autuado volta a se manifestar fls. 135/140. Diz que contesta a autuação relativa aos períodos fiscais de julho/2013 a maio/2016, argumentando que a fiscalização teria se equivocado ao considerar o produto “*Vinho do Frei*” como classificável na NCM 2205.

Assevera que diante da leitura da Informação Fiscal prestada pelo Auditor Fiscal, percebe-se um esforço hercúleo para “salvar” pelo menos parte do Auto de Infração, em meio a tantas incongruências do ponto de vista jurídico e também matemático.

Do ponto de vista jurídico, frisa ser notório e incontestável que o NCM 2206 não exigia a retenção/recolhimento do ICMS-ST para produtos oriundos do Estado de Pernambuco até o período fiscal de Maio/2016, como bem demonstrado na Impugnação. A Autoridade Fiscal apelou para uma tentativa de enquadramento do produto em questão, em NCM diverso (2205), sendo esta a única forma de tentar salvar ao menos, parte do Auto de Infração.

Ocorre que o produto em questão, não se enquadra, sob hipótese alguma, na definição técnica de vinho” (NCM 2205), sendo notadamente uma “mistura de bebidas fermentadas” (NCM 2206), conforme se depreende da própria descrição do site da empresa, que a Autoridade Fiscal anexou em sua Informação Fiscal, onde consta expressamente que a “do Frei” é uma “Bebida Mista”, composta de suco de maçã, morango, xarope de morango, vinho e álcool.

Por conta de sua coloração, essa bebida que é muito popular no Nordeste do país, passou a ser

vulgarmente chamada de “Vinho do Frei”, o que pode ter certamente induzido a Autoridade Fiscal a buscar esta saída para o Auto de Infração, sendo, todavia, tecnicamente inadequado considerar esta típica bebida mista, como um vinho.

Salienta ainda, que a “do Frei” já é comercializada no país, há décadas e nunca houve qualquer contestação acerca do seu enquadramento legal como uma bebida mista, sendo certo ainda, que o próprio Auto de Infração em questão, até mesmo nas novas planilhas apresentadas em anexo à Informação Fiscal, continua enquadrando o produto na NCM 2206.00.90 (bebida mista), que é notadamente o enquadramento correto para o caso, não devendo assim prosperar a tentativa da Autoridade Fiscal de “salvar” parte do Auto de Infração, através do enquadramento do produto em outra NCM.

Comenta que certo é, que não havia até o período fiscal de maio/2016 a exigência de retenção/recolhimento de ICMS-ST para produtos enquadrados na NCM 2206 (Bebidas Mistas) oriundos do Estado de Pernambuco, sendo inequívoca, portanto, a improcedência do Auto quanto aos períodos fiscais de Julho/2013 a Maio/2016, por pura e simples ausência de previsão legal para tais lançamentos.

Por fim, quanto aos períodos fiscais restantes, de Junho/2016 a Setembro/2016, resta claro a sua nulidade, em face de diversos equívocos contábeis, devidamente demonstrados na Impugnação, e até mesmo reconhecidos pela Autoridade Fiscal, que atribuiu tais inconsistências a uma falha no seu setor de processamento de dados.

Diante de tais inconsistências, que persistem nas novas planilhas, pois a Autoridade Fiscal tenta enquadrar o produto da Impugnante no NCM 2205, mas continua efetuando seus cálculos com base no NCM 2206, não há como prosperar a cobrança dos respectivos períodos fiscais. Não há a demonstração analítica de como foram supostamente sanados os equívocos apresentados na Impugnação, no que se refere à aplicação da MVA adequada, bem como, a consideração do ICMS próprio nos cálculos, impossibilitando o exercício adequado do direito de defesa por parte da Impugnante, e resultando na nulidade dos períodos fiscais em questão.

Reforça todos os termos da Impugnação outrora apresentada, pugnando pela total improcedência do Auto de Infração em epígrafe, com base nos argumentos apresentados na peça inaugural e nesta presente manifestação.

O Autuante presta nova informação fiscal fls.143/144. Diz que após tomar conhecimento da Informação Fiscal prestada no PAF, a impugnante contesta a autuação relativa aos períodos fiscais de julho/2013 a maio/2016, argumentando que a fiscalização teria se equivocado ao considerar o produto “Vinho do Frei” como classificável na NCM 2205.

Reafirma que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses que poderiam ensejar sua nulidade.

Afirma ter descrito detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, providenciou a anexação dos demonstrativos de débito correspondentes e indicou a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento. Sendo assim, o lançamento é válido, pois se encontra revestido de todas as formalidades legais e caracteriza com exatidão o montante do valor do imposto devido pelo contribuinte.

Frisa que quanto ao produto “Vinho do Frei”, reafirma entendimento acerca da sua classificação na NCM 2205, conforme consta na Tarifa Externa Comum.

Sendo assim, diz que para efeitos tributários, o enquadramento deve ser feito no item 5.2 do Anexo 1 do RICMS/2012, para os períodos de julho/2013 a dezembro/2015, e no item 2.25.1 para os períodos de janeiro/2016 a agosto/2016, estando o produto sujeito à substituição tributária, conforme disposições do Protocolo ICMS 14/06. Apresenta entendimento, salvo melhor juízo, que não procede a argumentação da autuada, de que a classificação adequada para o produto seria a NCM 2206.

Quanto ao questionamento com relação aos cálculos, aduz que foi entregue à autuada, o documento Anexo I - A, “Divergências apuradas no cálculo do ICMS Substituição Tributária” conforme fls.123/124 do PAF, bem como, novo Demonstrativo de Débito Ajustado acostado à fl. 125. Desse modo, discorda da arguição de nulidade, com base em suposto cerceamento de direito de defesa, pois, ao contrário do que afirma a impugnante, a mesma teve a oportunidade de se manifestar e os novos cálculos constantes dos documentos supracitados levaram em consideração suas ponderações.

Ratifica seu entendimento, opinando pelo julgamento do presente PAF como parcialmente procedente, ficando seu valor histórico reduzido para R\$52.541,06.

O Autuado volta a intervir no processo fls.149/151. Afirma que em apertada síntese, a nova Informação Fiscal apresentada pelo Fiscal não traz nenhum fato novo, mas apenas insiste em querer enquadrar o produto objeto da autuação (“do Frei”) no NCM 2205 (vinhos) para tentar “salvar” ao menos parte do Auto, muito embora não apresente elementos que embasem tal conclusão, mas apenas “achismos” que não se coadunam com a tecnicidade exigida de uma autuação fiscal. Reproduz trechos da nova manifestação fazendária. Diz que não há nenhum respaldo técnico, documento, nenhuma prova que aponte para a classificação do produto no NCM 2205, mas sim, o puro “achismo” do Fisco.

Em contrapartida, aproveita o ensejo para colacionar aos autos, robusta prova técnica que reforça o enquadramento do produto “do Frei” como uma Bebida Mista (NCM 2206) e não como um Vinho (NCM 2205), qual seja, o Registro do Produto perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Doc. 01).

Nota que no referido registro consta expressamente que a “do Frei” é uma “Bebida Alcoolica Mista” (NCM 2206), encerrando assim, qualquer discussão ou qualquer “achismo” acerca de tal classificação, já que tal registro é expedido justamente pelo órgão responsável pela análise da formulação do produto e a sua respectiva classificação. Sendo assim, assevera que restando esclarecida tal questão, se depara com o seguinte cenário fático, em ordem cronológica:

- 1) O Fisco lavrou o Auto de Infração para fins de exigência do ICMS-ST (Infração 01 – 08.32.03) não retido/recolhido em operações de venda de “Vinho do Frei” (NCM 2206.00.90) para contribuintes localizados no Estado da Bahia, oriundos do Estado de Pernambuco;
- 2) O Contribuinte apresentou Impugnação demonstrando que não havia previsão legal no Protocolo nº 14/2006 para a retenção do ICMS-ST do produto enquadrado no NCM 2206 (Bebida Mista) oriundo do Estado de Pernambuco até o período fiscal de Maio/2016;
- 3) Em face da Impugnação da contribuinte, o Fisco mudou sua argumentação para tentar enquadrar o produto no NCM 2205 (Vinho), e desta forma “salvar” ao menos, uma parte do Auto de Infração, sem apresentar elementos sólidos que embasassem a sua tentativa de enquadramento do produto em NCM diverso;
- 4) Apresenta prova robusta, que consiste no registro do produto perante o Ministério da Agricultura, Agropecuária e Abastecimento, como uma “Bebida Alcoolica Mista” (NCM 2206), afastando qualquer tentativa do Fisco em querer enquadrar o produto em NCM diverso para “salvar” o Auto de Infração.

Diante de todo o exposto, tendo em vista a ausência de previsão legal para a retenção do ICMS-ST do produto enquadrado no NCM 2206 (Bebida Mista) oriundo do Estado de Pernambuco nos períodos fiscais autuados, reforça todos os termos da Impugnação outrora apresentada, pugnano pela total improcedência do Auto de Infração, com base nos argumentos apresentados na peça inaugural e nas manifestações subseqüentes.

O Autuante presta nova informação fiscal fls. 157/158. Sintetiza os termos da nova manifestação do Autuado. Diz reafirmar que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses que poderiam ensejar sua nulidade.

Quanto ao produto “Vinho do Frei”, reafirma sua posição acerca da classificação do citado produto na NCM 2205. Entende, salvo melhor juízo, que não procede a argumentação da autuada, quanto à classificação do mesmo na NCM 2206.

Sustenta que o documento apresentado pela autuada, apenas indica que o produto foi registrado, em 2008, no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, sob a denominação genérica de “*Bebida Alcoólica Mista*”. Não evidencia, contudo, critérios ou parâmetros que permitam enquadrar o produto, para fins tributários, na NCM 2206. Sendo assim, não consideramos que o citado documento, datado de 30/12/2009, seja “prova robusta”, capaz de tornar procedentes as alegações da autuada.

Assevera que como já foi colocado em manifestação anterior, o produto é comercializado pela autuada como “*Vinho do Frei*” (fls. 120-121), em razão do que entende, salvo melhor juízo, que o correto enquadramento para fins tributários deva ser feito na NCM 2205, conforme consta na Tarifa Externa Comum.

Ratifica entendimento anterior, opinando pelo julgamento do presente PAF como parcialmente procedente, nos termos da informação fiscal anterior.

Consta às fls.161/163, extrato do SIGAT/SICRED com valores recolhidos reconhecidos pelo Autuado.

VOTO

O defendente alegou existência de vícios insanáveis no Auto de Infração. Apontou no levantamento fiscal, erro na apuração do valor devido, em função de aplicação de MVA (Margem de Valor Agregado) equivocada, para alguns documentos fiscais. Acrescentou que a Autoridade Fiscal deixou em branco, o campo destinado ao ICMS-próprio, não o descontando no cálculo final do ICMS-ST devido, inquinando de nulidade o presente lançamento de ofício.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que, embora lavrado com defeitos, o Autuante reconheceu a procedência parcial da impugnação e em sede de informação fiscal saneou os vícios apontados, elaborando novos demonstrativos, refazendo os cálculos em conformidade com a legislação de regência.

Observo que o art. § 1º do art. 18 do RPAF/99, assim estabelece, *in verbis*:

Art. 18. (. . .)

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Dessa forma, entendo restar comprovado que foi oferecida a mais ampla defesa, de modo que o contribuinte pudesse exercer o seu direito de contestação do lançamento. Assim, considero o presente processo livre de vícios formais e apto ao julgamento.

Com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo no art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração. Observo também, que não há nos autos, quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e a capitulação da infração, restando suficientes os elementos destes autos, para se determinar com segurança, a infração, o infrator e o *quantum* devido. Dessa forma, constato não ter ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, e no art. 129, § 1º da Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

O autuado suscitou a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, dos períodos exigidos entre janeiro/2013 e junho/2013. Afirmou que só foi intimada acerca do Auto de Infração em julho/2018, ou seja, mais de 05 anos após a ocorrência dos fatos geradores, restando tais períodos fulminados pelo instituto da decadência.

A respeito da arguição de decadência dos fatos geradores verificados no período entre 01/2013 a 31/06/2013, observo que se encontra hoje, pacificada através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS).

Dessa forma, acato as conclusões do Autuante sobre a matéria, que assim se pronunciou em sede de informação fiscal: *“Quanto à arguição de decadência, acato os argumentos da autuada, relativos ao período de janeiro/2013 a junho/2013, conforme entendimentos já exarados pelo próprio CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF 0141-11/17, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, bem como, manifestação da PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0. Desse modo, deve ser excluída do presente PAF a cobrança relativa aos períodos de Janeiro/2013 a Junho/2013, para a infração 01 (08.32.03), que totalizam um montante de R\$ 52.183,87”.*

Nestas circunstâncias, como se trata de imposto lançado e recolhido de forma parcial pelo contribuinte, visto que em ação fiscal se apurou outras operações com omissão do pagamento do referido imposto, houve débito declarado com efetivação de pagamento parcial, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN. Dessa forma, operou-se a decadência em relação aos débitos relativos aos meses de janeiro a 31 de junho de 2013 e as ocorrências deste período, devem ser excluídas do débito originalmente lançado.

O defendente reconheceu o cometimento da irregularidade apurada na infração 02, que declaro procedente, considerando que não existe litígio a ser julgado sobre este item do auto de infração.

No mérito, na infração 01, o Autuado foi acusado de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes no Estado da Bahia.

Compulsando os autos, verifico que após os ajustes realizados pelo Autuante, no curso da informação fiscal, a controvérsia que permanece, gira em torno da classificação da mercadoria comercializada, o denominado *“Vinho do Frei”* NCM 2206.00.90.

A empresa autuada, estabelecida no Estado de Pernambuco, Engarrafamento Pitu Ltda., está sujeita a retenção e recolhimento do ICMS referente a produtos enquadrados no regime de substituição tributária, em vendas destinadas a contribuintes do Estado da Bahia.

No caso concreto, o defendente alegou, que o Protocolo ICMS nº 14/06 só autorizou o enquadramento do referido produto no regime de substituição tributária, em fevereiro/2016 e o Estado da Bahia só internalizou as normas do citado Protocolo em sua própria legislação, a partir de junho/2016. Assim, disse que a infração em análise não procede por falta de fundamento legal.

Reiterou que não havia previsão legal no Protocolo nº 14/2006 para a retenção do ICMS-ST do produto enquadrado no NCM 2206 (bebida mista) oriundo do Estado de Pernambuco, até o período fiscal de maio/2016. Explicou que o regime de substituição tributária nas operações realizadas dentro do Estado na Bahia com bebidas alcóolicas mistas, classificadas na NCM 2206.00.90, a exemplo do *“Vinho do Frei”*, já existia durante todo o período autuado. Todavia, para as operações interestaduais, oriundas do Estado de Pernambuco, a responsabilidade do estabelecimento vendedor de reter e recolher o ICMS-ST ao Estado da Bahia, só passou a valer em junho/2016.

Por sua vez, o Autuante afirmou que o produto é comercializado pela empresa autuada como *“Vinho do Frei”*, e em razão disso, entende, salvo melhor juízo, que o correto enquadramento para fins tributários deva ser feito na NCM 2205 (vinhos) e não na NCM 2206 (bebidas mistas) como quer o Autuado.

Verifico que conforme se depreende da descrição do *site* da empresa a respeito deste produto, anexado pelo próprio Autuante em sua Informação Fiscal, consta expressamente que a *“do Frei”* é

uma “Bebida Mista” fl.120, com classificação para o produto na NCM 2206, correspondente a “*Outras bebidas fermentadas (por exemplo, sidra, perada, hidromel); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas noutras posições*”, composta de suco de maçã, morango, xarope de morango, vinho e álcool. Portanto, esta bebida difere da definição técnica de vinho” (NCM 2205), correspondente a “*Vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas; Tequila, licores e outras bebidas espirituosas (alcoólicas), tais como: conhaque, uísque, gim, genebras, batidas, licores, vodca e outras – 2205 e 2208 (exceto aguardente de cana e de melaço e rum)*”.

Ademais, o Autuado colacionou aos autos, extrato do MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, fl.153, o Certificado de registro do produto como “Bebida alcoólica Mista, marca: *Du Frei*”.

Sobre o tema, observo que, embora o regime de substituição tributária, nas operações internas realizadas com bebidas alcóolicas mistas, classificadas na NCM 2206.00.90, a exemplo do “*Vinho do Frei*”, existia para todo o período autuado, o Estado de Pernambuco não era signatário deste Acordo. A obrigação de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações interestaduais para o Estado da Bahia passou a valer em junho/2016, quando internalizou as regras do Protocolo nº 14/06 em sua legislação. É o que se verifica nos trechos do Anexo I, reproduzidos a seguir:

Anexo 1 do Regulamento do ICMS/12

Redação Vigente Ano 2016, de 01/01/16 até 09/03/16.

Mercadorias Sujeitas à Substituição ou Antecipação Tributária

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual – Estados Signatários	MVA nas aquisições de UF signatária	MVA nas aquisições de UF não signatária	MVA nas operações internas
2.25.3	02.025.00	2206, 2207,	Outras bebidas alcóolicas não especificadas nos itens anteriores	Prot. ICMS 107/09 BA, SP Prot. ICMS 103/12 – AL, BA, ES, MA, MG, PR, RJ, RS, SC	55,56% (Alíq. 12%)	55,56% (Alíq. 12%)	29,04%

Verifico da reprodução do trecho do Anexo I, do RICMS/BA que, apenas quando oriundas de SP, AL, ES, MA, MG, PR, RJ, RS e SC é que havia substituição tributária de ICMS em operações interestaduais, não havendo menção ainda, ao Estado de Pernambuco.

A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST aplicável aos contribuintes estabelecidos nos demais estados signatários do Protocolo ICMS 14/2006 nas vendas destinadas à Bahia, aí incluídos o Estado de Pernambuco, só foi internalizada na legislação baiana por meio do Decreto 16.738/2016, com vigência a partir de junho/2016, que para melhor entendimento transcrevo:

DECRETO Nº 16.738 DE 20 DE MAIO DE 2016

(Publicado no Diário Oficial de 21/05/2016)

Altera o Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, que regulamenta o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, e dá outras providências.

Art. 2º - Os dispositivos do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, a seguir indicados, passam a vigorar com as seguintes redações:

XVI - os itens 2.5.1, 2.7.1, 2.9.1, 2.13, 2.22, 2.23.1, 2.24, 2.25.1, 3.6, 6.0, 8.62, 11.17, 11.18, 11.25, 11.27, 11.30 e 11.31.1 do Anexo 1, produzindo efeitos a partir de 01/06/2016:

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual – Estados Signatários	MVA nas aquisições de UF signatária	MVA nas aquisições de UF não	MVA nas operações internas
------	------	--------	-----------	--------------------------------------------	-------------------------------------	------------------------------	----------------------------

						signatária	
2.25.1	02.025.00	2205, 2206, 2207, 2208	Outras bebidas alcoólicas não especificadas nos itens anteriores	Prot. ICMS 14/06 - AL, AP, BA, CE, DF, ES, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PE, PI, RN, SE e TO	55,56% (Alíq. 12%)	55,56% (Alíq. 12%)	29,04%

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos, de fato, observo que as operações ora analisadas, se submetem ao cálculo do ICMS/ST. No entanto, como se vê da reprodução do Protocolo 14/2006, até 31/01/2016, a sua Cláusula Primeira não compreendia as mercadorias classificadas sob a NCM 2206 no regime de substituição tributária, para operações interestaduais realizadas entre os Estados signatários. A inclusão da aludida NCM nas regras do Protocolo, só se deu a partir de 1º de fevereiro de 2016.

Assim, apenas quando implementado o novo regime objeto da prévia autorização concedida no acordo interestadual (no caso, no Protocolo 14/2006), é que nasce para o contribuinte localizado em outro Estado da Federação, a obrigação de recolher o imposto ao Estado de destino.

É tanto, que as próprias versões históricas do Anexo I, do Regulamento do ICMS da Bahia, que relacionam as mercadorias sujeitas à substituição tributária, sequer indicavam, inicialmente, as operações oriundas de Pernambuco, com bebidas mistas classificadas na NCM 2206, dentre aquelas sujeitas ao aludido regime de substituição.

No que diz respeito às ocorrências referentes aos meses de junho, julho e agosto de 2016, que se encontrava em pleno vigor conforme as determinações do Protocolo ICMS 14/2006, internalizadas na legislação baiana pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/2016, o defendente contestou, suscitando nulidade.

Conforme devidamente apreciadas no início deste voto, não acato as nulidades arguidas pela defesa. O Autuante refez o demonstrativo de débito, purgando os vícios apontados. Verifico que consta demonstrativo analítico e sintético às fls. 124/125 deste PAF, com as informações necessárias e suficientes à sua ampla defesa. Sendo assim, a infração 01 subsiste, no ano de 2016, conforme segue: mês de junho R\$669,77; julho R\$1.368,49; agosto R\$2.009,31, totalizando R\$4.047,57.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0008/18-9**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO PITU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.078,92**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e”, inciso II, do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento Fiscal, 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 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR