

A. I. N° - 281071.0009/18-5
AUTUADO - ENGARRAFAMENTO PITÚ LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22/10/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-03/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. RETENÇÃO A MENOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS 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. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2018, exige crédito tributário no valor de R\$284.016,66, acrescido da multa de 60%, através da Infração 01 - **08.47.02** em decorrência da retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de 23/01/2014 a 31/01/2014, conforme demonstrativo acostado às fls. 15 a 20.

O Autuado apresenta peça defensiva através de seu representante legal, fls. 32 a 47. Inicialmente, observa a tempestividade da impugnação, reproduz o teor da autuação e articula os argumentos que se seguem.

Destaca que, de breve análise do demonstrativo de apuração, verifica-se que o Autuante utilizou a alíquota de 27% para apurar o imposto devido que, confrontado com os valores recolhidos à alíquota de 17%, resultou na diferença apurada e objeto da autuação. Assevera que a alíquota de 27% não se aplica à maior parte das operações autuadas.

Pugna pela improcedência da parcela controvertida do Auto de Infração. Salienta que, através do “Demonstrativo do Débito” anexado aos Autos, percebe-se que o saldo de ICMS lançado fora apurado mediante a utilização de dois parâmetros de cálculo:

- a) Base de cálculo apurada através da aplicação da fórmula ($f = (a + \text{IPI}) \times (1 + \text{MVA})$); e
- b) Aplicação da alíquota de 27% sobre a base de cálculo encontrada (25% referente ao ICMS e 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.)

Assevera que, de fato, é de sua responsabilidade, nas operações interestaduais com aguardente destinadas ao Estado da Bahia, o recolhimento do ICMS incidente sobre as subsequentes vendas internas desta mercadoria, por previsão do Protocolo ICMS 15/06. No entanto, explica que a partir da análise dos parâmetros utilizados pela Autoridade Fiscal para apurar a regularidade do recolhimento que realizou, percebe-se que esta se equivocou quanto à alíquota aplicável sobre as operações ocorridas, especificamente, no período de 23/01/2014 a 29/01/2014, tendo em vista que aplicou a percentagem de 25% ao invés da de 17% - que era a legalmente incidente à época dos referidos fatos geradores.

Esclarece que, em virtude da utilização de alíquota diversa - e maior - da legalmente aplicável sobre as operações ocorridas entre os dias 23/01/2014 e 29/01/2014, a Autoridade Fiscal apurou

valores de ICMS superiores ao efetivamente devido, de modo que o Auto de Infração, quanto ao montante referente a este período, é improcedente.

Assevera que o ICMS incidente sobre as vendas internas de aguardente no Estado da Bahia, em caráter de substituição tributária é de responsabilidade do Autuado (estabelecimento industrial), nas operações interestaduais com aguardente (NCM 22084000) destinadas ao Estado da Bahia, o recolhimento do ICMS incidente sobre as subsequentes vendas desta mercadoria a contribuintes daquele Estado, na condição de substituta tributária (ICMS-ST).

Disse que, por sua vez, foi-lhe atribuída por previsão do Protocolo ICMS 15/06, o qual, em sua Cláusula Primeira. Argumenta que este mesmo Protocolo, ainda, tratou da base de cálculo e da alíquota que deverão ser utilizadas para que o substituto tributário apure o imposto devido nas operações em comento; dispondo, em sua Cláusula Quinta, especificamente quanto a este último referencial, que deve ser o mesmo vigente para as operações internas na Unidade Federada de destino.

Esclarece que o Protocolo ICMS 15/06 foi incorporado pelo Estado da Bahia através do Dec. nº 11.982/2010 (que promoveu alterações no Regulamento do ICMS); tendo, o Estado de Pernambuco, passado a compor o rol dos Estados Signatários, para efeitos no território baiano, com a edição do Dec. nº 12.156/2010. Ou seja, desde o ano de 2010, os estabelecimentos industriais localizados no Estado de Pernambuco, ao efetuarem vendas de aguardente ao Estado da Bahia, são os responsáveis pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as subsequentes vendas desta mercadoria dentro desse Estado (ICMS-ST).

Destaca que, para realizar a apuração do imposto devido nesses casos, portanto, tais estabelecimentos devem se utilizar da alíquota vigente para as operações internas com tais mercadorias no Estado da Bahia (Estado de destino), conforme dispõe a Cláusula Quinta do Protocolo ICMS 15/06.

Ressalta que a alíquota interna incidente sobre as operações com aguardente no Estado da Bahia, pode ser identificada à época dos fatos geradores autuados, para fins de apuração do ICMS-ST de responsabilidade do Autuado. Transcreve a disposição da Lei nº 7.014/1996, responsável pela instituição do ICMS naquele Estado; a qual, trazendo regras gerais a respeito da incidência deste imposto, trata, em seu art. 15, das alíquotas aplicáveis sobre as operações internas.

Observa que, até março de 2016, a alíquota “padrão” aplicável para apuração do ICMS incidente sobre as operações e prestações internas no Estado da Bahia era a de 17%, passando, então, com a alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, a ser a de 18%.

Ressalta que o art. 16, deste mesmo dispositivo, por sua vez, apresentou algumas mercadorias sobre as quais não era aplicada a alíquota “padrão” de 17%, mas sim, uma alíquota diferenciada, variável em função de alguma particularidade envolvendo o bem comercializado ou o serviço prestado.

Menciona que, na leitura do dispositivo citado, observa-se que as operações internas com bebidas alcoólicas no Estado da Bahia são tributadas com a alíquota de 25%, ao invés da alíquota “padrão” de 17%. Ressaltar ainda que, conforme exposto pela Nota relacionada a este dispositivo, esta alíquota diferenciada só passou a ser exigida sobre as bebidas alcoólicas, de um modo geral, a partir da alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 12.917/13.

Consigna que, na verdade, antes da referida alteração, a alíquota de 25% só incidia sobre as operações internas envolvendo certos tipos de bebidas alcoólicas, dos quais se excetuavam, como bem expõe a Nota do texto legal, cervejas, chopes, aguardentes de cana ou melão e outros aguardentes simples.

Lembra que as operações que envolviam estas categorias de bebidas alcoólicas, por estarem ressalvadas neste dispositivo legal, na verdade, eram tributadas com a alíquota “padrão” de 17%,

enquadrando-se na regra geral de incidência do ICMS. Ou seja, somente com a alteração trazida pela Lei nº 12.917/13, cuja publicação se deu em 01/11/2013, foi que tais exceções foram retiradas do texto do art. 16, da Lei nº 7.014/96, de forma que as vendas de todos os tipos de bebidas alcóolicas passaram a ser tributados com aplicação da alíquota de 25%, sendo esta a regra atualmente vigente.

Registra o princípio da anterioridade nonagesimal. Percebe que os motivos que levaram a sofrer a autuação ora impugnada, é o Protocolo ICMS 15/06, que atribuiu as operações interestaduais de venda de aguardente ao Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as subsequentes operações internas (ICMS-ST), determinou, em sua Cláusula Quinta, que a alíquota aplicável para fins de apuração deste imposto seria a alíquota interna do Estado de Destino da mercadoria. No entanto, a Lei nº 12.917/13 do Estado da Bahia - Estado de destino da aguardente produzida - passou a prever a incidência da alíquota de 25% sobre as operações internas envolvendo bebidas alcoólicas em geral, excluindo, assim, as exceções antes instituídas pelo antigo texto da Lei nº 7.014/1996.

Revela que a Autoridade Fiscal, ao realizar a apuração do ICMS-ST devido em virtude das vendas de aguardente realizadas àquele Estado, no período de 23/01/2014 a 31/01/2014, aplicou a alíquota de 25%, acreditando ser esta a efetivamente incidente sobre tais operações.

Explica que, apesar de a Autoridade Fiscal estar aplicando a alíquota de 25% sobre tais operações desde 23/01/2014, esta, na verdade, só poderia ser exigida a partir do dia 30/01/2014. Ou seja, dentre os dias autuados, ela se aplicaria apenas às operações realizadas em 30/01/2014 e 31/01/2014.

Esclarece que a alíquota em comento só passou a incidir sobre as vendas de aguardente com o advento da Lei nº 12.917/2013, a qual foi publicada em 01/11/2013, mesmo ter sido publicada em novembro/2013, esta Lei, em respeito ao Princípio da Anterioridade Nonagesimal (estendido pelo Princípio da Noventena), só poderia ser realmente aplicada depois de decorridos 90 (noventa) dias contados de sua publicação, conforme previsão do art. 150, inciso III, alínea “c”, da CF/88.

Menciona que a alteração implementada pela Lei nº 12.917/13, por ter removido do texto do art. 16, da Lei nº 7.014/96, as categorias de bebidas alcoólicas antes excepcionadas da aplicação da alíquota de 25% (sobre as quais se aplicava a alíquota “padrão” de 17%), para fins de cálculo do ICMS, em outras palavras, procedeu à inclusão de tais categorias no campo de incidência de alíquota superior. Isto é, a partir desta alteração, expressamente majorou-se o ICMS incidente sobre a venda de tais tipos de bebidas, de forma que a aplicação desta Lei deve respeitar, obrigatoriamente, o prazo de 90 dias estabelecidos pela garantia nonagesimal.

Continua assinalando que a contagem deste prazo, deve-se atentar ao que dispõe o art. 8º, §1º, da Lei Complementar nº 95/98, cujo teor reproduz.

Declara que segundo esta Lei Complementar, o prazo de 90 dias deve se iniciar na data da publicação da Lei que instituir/majorar tributo, incluindo-se este dia no cômputo. Prossegue destacando que a partir daí, são contados 90 dias corridos, devendo o último desses 90 dias, igualmente, ser incluído no cômputo. Arremata explicando que nova Lei passa a produzir efeitos no dia seguinte ao 90º dia da contagem.

Esclarece que a partir dos cálculos que realizou no caso concreto, e considerando que o primeiro dos 90 dias foi o dia 01/11/2013 (data de publicação da Lei nº 12.917/13), percebe-se que este prazo se estendeu até o dia 29/01/2014, passando, a nova Lei, a produzir efeitos apenas em 30/01/2014. Ou seja, o ICMS incidente sobre as vendas de aguardente realizadas ao Estado da Bahia só poderia ser calculado mediante a aplicação da nova alíquota de 25%, acrescida dos 2% devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, a partir do dia 30/01/2014.

Desta forma, registra que o lançamento realizado pela Autoridade Fiscal, relativamente ao período de 23/01/2014 a 29/01/2014, é totalmente improcedente, tendo em vista que o cálculo e recolhimento

que efetuou com a alíquota de 17% se deu de modo inteiramente regular, não havendo diferença passível de lançamento de ofício.

Esclarece que, apesar de a Nota referente ao artigo 16, da Lei nº 7.014/96, informar que a alteração trazida pela Lei nº 12.917/13 entraria em vigor no dia 31/01/2014, acredita-se que houve um equívoco por parte do editor deste texto, já que, a partir da contagem do prazo nonagesimal com base nos critérios apresentados, esta passaria a vigorar, na verdade, no dia 30/01/2014.

Afirma que os valores referentes aos dias 30/01/2014 e 31/01/2014, ora tidos por incontroversos, já foram devidamente pagos, conforme comprovante anexado a estes autos (Doc. 04), sendo representados através da tabela de fl. 43.

Argui que realizado o recolhimento da parcela do Auto de Infração apresentada, opera-se a extinção do crédito tributário, nos termos do inciso I, do art. 156, do CTN, devendo, por igual, ser extinto o presente processo quanto a tal parte.

No que tange ao imposto lançado com relação aos dias anteriores, referente aos fatos geradores ocorridos entre 23/01/2014 e 29/01/2014, em virtude de terem sido apurados mediante a aplicação da alíquota de 25%, afirma ser evidente que são totalmente indevidos, já que, neste período, a Lei que instituiu o referido critério ainda não se encontrava em vigor (e, portanto, não era capaz de produzir efeitos), em virtude da necessária observância do prazo de 90 dias preconizado pelo Princípio da Anterioridade Nonagesimal.

Ressalta que o próprio CONSEF-BA dispõe de precedentes nos quais se entende pela necessária observância da garantia nonagesimal, inclusive quando a instituição/majoração do tributo, pela respectiva Lei, não tenha ocorrido de forma direta. Reproduz trechos dos Acórdãos CJF Nº 0214-12/17 e JJF Nº 0212-01/14.

Solicita que seja reconhecida a parcela devida do lançamento de ofício, a qual já foi devidamente paga e evidenciada a completa insubsistência da parte remanescente. Assinala não restar outra opção senão ser julgada improcedente a parcela impugnada do Auto de Infração.

Finaliza pugnando pela Improcedência do lançamento do crédito tributário referente ao período de 23/01/2014 a 29/01/2014 do Auto de Infração sob análise. Requer, ainda, a extinção do crédito tributário referente aos dias 30/01/2014 e 31/01/2014, em virtude de ter efetuado o integral pagamento, conforme comprovante em anexo, nos termos do art. 156, inciso I, do CTN.

O Autuante presta a informação fiscal, fls. 113 a 116, inicialmente informa que os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos dentro das normas legais do Convênio ICMS 81/93 e Protocolo ICMS 15/06, 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.

Destaca que, para fundamentar as infrações, foram elaborados e apresentados ao Impugnante os Demonstrativos de Débitos contendo todos os cálculos, conforme constam às fls. 15 a 20.

Assinala que o Autuado é contribuinte regularmente inscrito no CAD-ICMS-BA, na condição de substituto tributário, fls. 06, conforme Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93, bem como art. 2º, inciso III, e art. 295, do RICMS-BA/12, ficando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual. Prossegue sustentando que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente.

Informa que, revisando os documentos fiscais que fundamentaram a presente autuação, verificou que, por um equívoco no processamento de bancos de dados, foram incluídas no levantamento dos débitos as notas fiscais emitidas no período de 23/01/2014 a 29/01/2014.

Assevera que assiste razão ao Autuado quanto à alteração da alíquota aplicável ao caso, conforme demonstrado em sua peça de defesa. Frisa que refez os cálculos para o período contestado, aplicando a alíquota de 17%, e as divergências apontadas anteriormente não mais persistem.

Registra que acata o pedido de improcedência parcial do presente Auto de Infração, no tocante ao período de 23/01/2014 a 29/01/2014, implicando redução de R\$168.190,83 em relação ao valor total anterior, da ordem de R\$284.016,66, resultando, assim um montante devido e reconhecido pelo contribuinte, da ordem de R\$115.825,82, fls. 110 a 112.

Conclui, opinando pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor histórico ajustado para R\$115.825,82, submetendo este entendimento à análise deste Conselho.

Consta às fls. 118 e 119, intimação para ciência do Autuado acerca da informação fiscal prestada. Entretanto o Impugnante não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

Às fls. 121 a 123, constam extratos de pagamento parcial do débito lançado de ofício emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, efetuado pelo contribuinte no valor de R\$115.825,82.

VOTO

Inicialmente, constato que, apesar de não ter sido argüida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de aguardente realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de 23/01/2014 a 31/01/2014, conforme demonstrativo acostado às fls. 15 a 20.

Em sua defesa, o sujeito passivo impugnou, parcialmente, a autuação, alegando que a alíquota de 27% somente deve ser aplicada, no presente caso, às operações realizadas nos dias 30/01/2014 e 31/01/2014, uma vez que essa alíquota só passou a incidir sobre as vendas de aguardente com o advento da Lei 12.917/2013, publicada em 01/11/2013, cuja aplicação somente poderia ser realmente aplicada depois de decorrido 90 dias contados de sua publicação.

O Autuante, depois de examinar as alegações do Impugnante e as demonstrações carreadas aos autos pela Defesa, acolheu os argumentos articulados esclarecendo que assiste razão ao Autuado, uma vez que, por equívoco no processamento do banco de dados da SEFAZ foram incluídas no levantamento dos débitos as notas fiscais emitidas no período de 23/01/2014 a 29/01/2014. Informou que refez os cálculos aplicando a alíquota de 17% e as divergências apuradas nesse período não mais existem. Acostou, aos autos, novo demonstrativo de débito, fls. 110 a 112, reduzindo o valor da exigência fiscal apurada para o montante R\$115.825,82.

Intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, o Autuado não se manifestou nos autos.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório em torno da acusação fiscal objeto da autuação, e verificar a intervenção do Autuante, corrigindo a alíquota aplicada para 17% no levantamento fiscal, no período de 23/01/2014 a 29/01/2014, haja vista que nesse período ainda não havia entrado em vigor a alteração da alíquota para 27%, [25% + 2%] nas operações com aguardente promovida pela Lei 12.917/2013, constato que, ante a convergência entre o argumento da defesa e acolhimento pelo Autuante findou a lide instalada no presente PAF, pelo reconhecimento expressamente do Impugnante do débito remanescente.

Assim, nos termos expendidos, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante, fls. 110 a 112, reduzindo o valor do débito para R\$115.852,82.

Concluo pela subsistência parcial da autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se 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 **281071.0009/18-5**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO PITÚ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$115.825,82**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

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”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA