

PROCESSO - A. I. Nº 281071.0008/18-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ENGARRAFAMENTO PITU LTDA.
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0169-03/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0209-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO E RESPECTIVO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NESTE ESTADO. Restou comprovado, em relação a parte do imposto exigido, que, no período fiscalizado, o produto objeto da autuação não estava enquadrado no regime de substituição tributária, que foi posteriormente incluído pelo Protocolo ICMS 14/2006, do qual o Estado de Pernambuco passou a ser signatário. Mantida a declaração da decadência parcial do lançamento tributário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF (fls. 167/178), conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 28/06/18, exigindo ICMS no valor de R\$197.027,53, acrescido da multa de 60%, em decorrência de duas infrações, sendo que a segunda foi reconhecida e paga, sendo objeto do presente recurso a primeira infração, que acusa ter deixado 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).

Na decisão proferida foi afastado a exigência fiscal relativa a:

- A) DECADÊNCIA: janeiro/2013 a junho/2013 – por ter sido intimado em julho/2018;
- B) ESTAVA CONTEMPLADO NA ST – fora o Estado PE: julho/2013 a maio/2016.

Mantida a exigência relativa aos meses de junho a agosto/2016, totalizando R\$4.047,57.

Na decisão proferida a 3ª JJF inicialmente afastou a nulidade suscitada sob alegação de existência de vícios insanáveis, apreciando que possíveis erro na apuração do valor devido em função de aplicação de MVA e ter deixado em branco o campo do ICMS próprio não inquina em nulidade por serem passíveis de correções nos termos do art. § 1º do art. 18 do RPAF/BA.

Acolheu a preliminar de decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativa ao períodos exigidos entre janeiro/2013 e junho/2013, visto que o sujeito passivo só foi intimado acerca do Auto de Infração em julho/2018, mais de 05 anos após a ocorrência dos fatos geradores, conforme pacificado no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), por se tratar de imposto lançado e recolhido de forma parcial pelo contribuinte, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN.

No mérito, com relação à infração 1, apreciou que:

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, Engarraçamento 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 melão 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 especific. 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 I, 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 signatária	MVA nas operações internas
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.

A 3ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/BA.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações, sendo que a segunda foi reconhecida e paga, tendo sido objeto de recurso de ofício a desoneração em parte da infração 1, que acusa falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST.

Os valores exigidos, relativos ao período de janeiro a junho de 2013, foram afastados por ter operado a decadência, tendo em vista que o sujeito passivo foi intimado para tomar conhecimento da autuação em 03/07/2018, (fl. 27), após decorrido mais de 05 anos dos fatos geradores.

Considero correta a decisão com fundamento no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), por se tratar de imposto lançado e recolhido de forma parcial pelo contribuinte, tendo em vista que a fiscalização apurou operações com omissão do pagamento do imposto, cujo débito foi declarado com efetivação de pagamento parcial, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN.

No mérito, com relação a infração 1, foram apreciados na decisão três argumentos:

- Nulidade em relação as exigências nos meses de junho, julho e agosto/2016.
- O enquadramento do produto “Vinho do Frei” na NCM 2206 ou 2205;
- A data de vigência da ST para o produto oriundo do Estado de Pernambuco;

No tocante à nulidade suscitada, observo que foi afastada na apreciação das preliminares, e como não houve recurso voluntário, deixo de apreciar.

Com relação ao enquadramento do produto Vinho do Frei, que o autuante entendeu classificar-se na NCM 2205 (vinhos), e o sujeito passivo na NCM 2206 (bebidas mistas), observo que conforme apreciado na decisão recorrida, classifica-se na:

NCM 2206: “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”

NCM 2205: “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, vodka e outras – 2205 e 2208 (exceto aguardente de cana e de melão e rum)”.

Portanto, a composição do produto indicada pelo autuado no documento à fl. 120 “*composta de suco de maçã, morango, xarope de morango, vinho e álcool*”, se coaduna com a classificação da NCM 2206, o que é atestado pelo extrato do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), fl.153, certificando o registro do produto como “*Bebida alcoólica Mista, marca: Du Frei*”.

Neste sentido, está correta a apreciação da decisão de que o produto se classifica na NCM 2206.

Com relação ao período autuado que o sujeito passivo alegou que o Estado de Pernambuco não era signatário de Acordo que obrigava a retenção e recolhimento do ICMS/ST, observo que a decisão acolheu o argumento defensivo de que nas operações interestaduais para o Estado da Bahia só passou a valer em junho/2016, quando internalizou as regras do Protocolo ICMS 14/06.

Verifico que conforme apreciado na decisão ora recorrida, apesar da Cláusula Primeira do Prot. 14/16 indicar a inclusão da NCM 2206, o Anexo 1 do RICMS/12, com redação vigente de 01/01/16 até 09/03/16, relacionava como Estados signatários: AL, AP, BA, CE, DF, ES, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PE, PI, RN, SE e TO, com redação vigente até 09/03/16, não incluía o Estado de Pernambuco.

A obrigação de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações interestaduais, com relação às operações originárias do Estado de Pernambuco para o Estado da Bahia, produziu efeitos a partir de 01/06/2016, instituído pelo Decreto nº 16.738 de 2/05/2016, quando internalizou as regras do Protocolo ICMS 14/06, cujo Anexo I, indica como signatários os Estados: AL, AP, BA, CE, DF, ES, MA, MT, MS, MG, PA, PB, PE, PI, RN, SE e TO, ou seja, incluído o Estado de Pernambuco.

Ressalte-se que a redação atual do art. 11 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 7.981/2001, com efeitos a partir de 13/12/01 estabelece:

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordó para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento (grifo nosso).

Enquanto a redação original, com efeitos até 12/12/01, indicava que quando celebrado o acordo “*ficará esta automaticamente enquadrada no regime nas operações internas*”.

Portanto, conforme determinado na citada Lei, a regra contida no Prot. 14/06 só produziu efeitos a partir do momento que foi regulamentado pelo Decreto nº 16.738/2016, com efeitos a partir de 01/01/2016, e correto o afastamento da exigência do ICMS-ST relativo ao produto objeto da autuação (Do Frei), até o mês de junho/2016, tendo em vista que o contribuinte localizado no Estado de Pernambuco, não estava obrigado a promover a retenção do imposto, em razão de que aquele Estado (PE), só passou a ser obrigado a promover a retenção do ICMS relativo às vendas destinadas à Bahia, de produtos com a NCMs 2206, a partir do momento que foi internalizada na legislação baiana.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a exigência dos valores exigidos nos meses de junho R\$669,77; julho R\$1.368,49 e agosto R\$2.009,31 de 2016, totalizando R\$4.047,57, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO DISCORDANTE

Dirijo do nobre Relator, bem como dos demais Conselheiros, em relação ao momento em que os contribuintes do Estado de Pernambuco passaram a ter a obrigatoriedade de efetuar a retenção do imposto, relativo à substituição tributária sobre as operações destinadas ao Estado da Bahia, com as bebidas mistas classificadas na posição NCM 2206.

Inicialmente, ressalto que tanto o Estado da Bahia quanto o Estado de Pernambuco, entre outros Estados do Nordeste, aderiram ao Protocolo ICMS 14/06, com a publicação do Protocolo ICMS 134/08, com efeitos a partir de 1º de março de 2009.

Por outro lado, as bebidas mistas classificadas na posição NCM 2206, só foram incluídas no Protocolo ICMS 14/06 a partir de 1º de fevereiro de 2016, quando entrou em vigor a alteração da sua Cláusula primeira, promovida pelo Protocolo ICMS 82/15.

As bebidas mistas classificadas na posição NCM 2206 constam do Anexo 1 do RICMS/12 desde a sua edição, em 16 de março de 2012, porém, só houve menção ao Protocolo ICMS 14/06 a partir da publicação do Decreto nº 16.738/16, com efeitos a partir de 1º de junho de 2016.

O Art. 11 da Lei nº 7.014/96, determina que uma mercadoria será automaticamente enquadrada no regime de substituição tributária, quando for celebrado acordo entre a Bahia e outras Unidades da Federação, na forma prevista em regulamento.

Como as referidas bebidas mistas já estavam enquadradas no regime de substituição tributária, a data dos efeitos da sua inclusão no Protocolo ICMS 14/06, ou seja, 1º de fevereiro de 2016, é que determinou a obrigatoriedade aos contribuintes do Estado de Pernambuco, de efetuar a retenção do imposto relativo à substituição tributária sobre as operações destinadas ao Estado da Bahia.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restabelecer a exigência do imposto em relação aos meses de fevereiro a maio de 2016, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281071.0008/18-9**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO PITU LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.078,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Henrique Silva Oliveira, José Raimundo de Oliveira Pinho e Maurício Souza Passos.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

MAURICIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO DISCORDANTE

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS