

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0003/18-4
RECORRENTE - ARBOR BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0228-03/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0328-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÕES REGIDAS POR ACORDO INTERESTADUAL - PROTOCOLO. RETENÇÃO A MENOS E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Mantém-se afastada a tese da defesa de que as operações interestaduais oriundas de indústria de Bebidas Energéticas e Isotônicas, ocorridas depois de 01/12/2014, sujeitar-se-iam a Pauta Fiscal, uma vez que com a Alteração nº 26 - Decreto nº 15.661, de 17/11/14 foi instituída a MVA na apuração da base de cálculo. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em epígrafe, da lavra da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JF) deste CONSEF, que concluiu em 23/10/2019 pela Procedência da autuação, no valor histórico de R\$32.055,49, mais multa de 60% e demais acréscimos da legislação.

A única irregularidade de que cuida o Auto de Infração, referente aos períodos de apuração saltados desde dez/2014 a set/2016, foi descrita conforme segue:

Infração 01 – 08.07.02

Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. (...) Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96. Total da infração: R\$32.055,49.

O cerne da disputa reside em definir qual o critério de apuração para o cálculo do ICMS em substituição tributária nas operações com bebidas energéticas estimulantes, comercializadas pelo Sujeito Passivo:

- se deve ser aplicada a “pauta fiscal” com fundamento nas Instruções Normativas nº 04, de 27/01/2009, e nº 41, de 31/07/2014 (do Superintendente de Administração Tributária desta SEFAZ/BA), como pretende o Sujeito Passivo; ou
- se deve ser aplicada a Margem de Valor Agregado (MVA), por força da alteração implementada no RICMS-BA/12 (Decreto nº 13.780, de 16/03/2012), com a edição do Decreto nº 15.661, de 01/11/2014 (vigência a partir de 01/12/2014), como pretende o Agente de Fiscalização.

Em julgamento (fls. 68 a 71) a 1ª JF rejeitou integralmente a argumentação da ora Recorrente, sob os fundamentos a seguir transcritos:

VOTO

Ao compulsar as peças que integram o presente PAF, constato que 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 pudessem inquinar de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, fevereiro, março, maio a setembro de 2016, consoante demonstrativo de apuração acostado às fls. 07 e 08 e CD, fl. 09.

Em sede de defesa, o Impugnante concentrou seu argumento, para refutar o cometimento da acusação fiscal, aduzindo que efetuara o recolhimento das operações interestaduais de Bebidas Energéticas arroladas no levantamento fiscal corretamente com base na Instrução Normativa nº 004/2009, alterada pela Instrução Normativa nº 041/2014, que preconiza para essas operações a sujeição da Pauta Fiscal estatuida pela SEFAZ-BA.

Sustentou que os cálculos efetuados pela fiscalização para a apuração da base de cálculo que deu azo a autuação estão incorretos, e que por isso, o Auto de Infração é improcedente.

Ao prestar informação fiscal, o Autuante manteve a autuação, explicando que os argumentos da Defesa foram superados com o advento do Dec. nº 15.661/2014, que no inciso XVII, de seu art. 1º, alterou o Item 6, do Anexo I, do RICMS-BA/12, Bebidas Energéticas e Isotônicas, estabelecendo a MVA de 140%, para as entradas oriundas de indústria, com vigência a partir de 01/12/2014. Concluindo que, pelo expendido, nada há que se alterar no levantamento fiscal que embasou o Auto de Infração.

Depois de examinar os elementos que consubstanciam a acusação fiscal, constato que assiste razão ao Autuante, na medida em que, de fato, as alterações promovidas no Anexo I, do RICMS-BA/12, para as aquisições interestaduais de Bebidas Energéticas e Isotônicas - NCM 2106.9, oriundas de indústria, resultaram na instituição da MVA de 140% e de 156,80%, decorrente, respectivamente dos Decretos de nº 15.661/2014 e 16.738/2016, ambos com lastro no Prot. ICMS 11/91.

É o que se depreende nitidamente da transcrição dos Itens 6 e 3.10, do Anexo I, do RICMS-BA/12, vigentes por ocasião da ocorrência dos fatos geradores das operações arroladas no levantamento fiscal.

A partir de 01/12/2014

Item - 6; NCM - 2106.9; Prot. ICMS 11/91 Todos; Descrição - Bebidas energéticas e isotônicas; MVAs - Indústria: 140%; Atacado: 70% - 70%.

A redação das colunas “MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)” e “MVA nas operações internas” do item 6 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14) efetuados a partir de 01/12/14.

A partir de 01/06/2016

Item - 3.10; NCM - 2202.9; Descrição - Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior e superior a 600ml - Prot. ICMS 11/91 Todos - MVAs 156,80% (Aliq. 4%) 148,78% (Aliq. 7%) 135,40% (Aliq. 12%) 114%

A redação atual do item “3.14” foi dada pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/06/16.

Logo, ante o flagrante equívoco da tese defensiva, em face da alteração da legislação de regência, instituindo a aplicação de MVA na apuração da base cálculo, não há reparos a fazer nos demonstrativos que alicerçam a acusação fiscal, eis que a base de cálculo adotada decorre de expressa determinação legal vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores das operações arroladas no levantamento fiscal.

No tocante à alegação da defesa em relação ao atendimento da Mensagem 78538, consigno que decorreu de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, fl. 06, e fora considerada no levantamento fiscal.

Assim, conforme expendido, concluo pela subsistência da autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a RECORRENTE interpôs recurso voluntário (fls. 78 a 86), por meio do qual reiterou os argumentos defensivos.

Em sustentação da aplicação da pauta fiscal, em vez da MVA, afirma que “a norma instituidora da Pauta Fiscal não restou revogada em nenhum momento! Inclusive até a presente data, a IN nº 04/2009 vem sendo utilizada e constantemente atualizada pelo Estado da Bahia”.

Aduz que a pauta fiscal é autorizada pelo CONFAZ e encontra supedâneo no art. 19 da Lei nº

7.014/96, nas Instruções Normativas SAT nº 4/2009 e 41/2014, e que o Anexo I ao RICMS-BA/12, então vigente, excepcionava a aplicação da MVA quando houvesse pauta fiscal.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 15/06/2020, e, considerando-os instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta. Trago-os, portanto, a esta sessão de 19/11/2020 para julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade. Não há preliminares deduzidas nas razões recursais, tampouco vislumbro qualquer obstáculo ao exame de mérito.

A questão de fundo resta muito bem delimitada: examinar o conflito aparente de normas que suscita a Recorrente, a fim de aferir se o órgão julgador *a quo* dirimiu corretamente a lide.

Nessa toada, constato o erro evidente em que incorreu a Recorrente.

Examinando o Anexo I ao RICMS-BA/12 com a redação vigente em 2014 (Decretos nº 14.946/14; 15.163/14 e 15.807/14); em 2015 (Decretos nº 15.661/14, 15.807/14, 15.921/15, 16.151/14, e 16.434/15); e em 2016 (Decreto nº 16.499/15), textos disponíveis em www.sefaz.ba.gov.br, não visualizo a mesma redação que a Recorrente indica em suas razões recursais.

Vejamos, em relação à redação atinente a 2014:

5.5	Rum – 2208	Prot. ICMS 107/09 – BA e SP	64,40% (Alíq. 7%) quando não existir a pauta fiscal	55,56% (Alíq. 12%) quando não existir a pauta fiscal	29,04%
6	Bebidas energéticas e isotônicas – 2106.9 e	Prot. ICMS 11/91 - Todos	Indústria: 140% Atacado: 70%	————	70%

decreto_2012_13780_ricms_anexo_1_vigente_2014

	2202.9				
Nota: A redação das colunas “MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem)” e “MVA nas operações internas” do item 6 foi dada pela Alteração nº 26 (Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14) efeitos a partir de 01/12/14.					
Redação originária, efeitos até 30/11/14:					
“6			indústria: 140% atacado: 70% (quando não existir a pauta fiscal)		70% quando não existir a pauta fiscal”
	Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de				

Ou seja, o que se tem para 2014 é a redação originária (vigente **até 31/11/2014**), que efetivamente previa uma exceção à aplicação da MVA se houvesse previsão de pauta fiscal; e uma redação em vigor **desde 01/12/2014** (e durante todo o período objeto de autuação), na qual se definia a MVA como critério de cálculo do ICMS-ST nas operações com “Bebidas energéticas e isotônicas - 2106.9 e 2202.9”.

Não se encontra em discussão a classificação fiscal da mercadoria, é importante que se destaque. Também destaco que o primeiro período de apuração autuado foi o de dez/2014.

Discute-se tão-somente um eventual conflito de normas - aquela emanada por autoridade inferior, o Superintendente de Administração Tributária, instituindo pauta fiscal para bebidas energéticas e isotônicas (última alteração em 05/08/2014), sem revogação expressa; ou se aquela instituída pela autoridade superior, qual seja, o Chefe do Poder executivo, ao editar em 17/11/2014 o Decreto alterador do RICMS-BA/12, **sem** excepcionar a aplicação da MVA nos casos de previsão de pauta fiscal.

Ora, Senhores, nesse sentido, parece-me claramente evidenciado que o suposto conflito entre

normas não ocorre.

Primeiro, pelo critério cronológico (art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657, de 04/09/1942), está claro que a norma em vigor foi introduzida por veículo normativo editado em momento posterior (em 17/11/2014) àquele da edição (em 31/07/2014) do veículo normativo em que se sustentam as pretensões do RECORRENTE.

Segundo, pelo critério hierárquico, há de se reconhecer que o fundamento de validade para as instruções normativas no Superintendente de Administração Tributária é um ato emanado pelo Chefe do Poder Executivo, via decreto, qual seja, o Regimento Interno da SEFAZ/BA.

Seguramente, o RECORRENTE não questiona o postulado de que toda ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, e que existe hierarquia entre a norma emanada pelo chefe do Poder Executivo no sentido de dar aplicação à Lei do ICMS e a um Protocolo ICMS do CONFAZ, em relação à norma emanada da autoridade de menor hierarquia no exercício da atribuição de “*expedir instruções normativas de caráter técnico e administrativo no âmbito de sua área de atuação*” (conforme Regimento Interno da SEFAZ/BA, cujo fundamento de validade, repita-se, é um Decreto do Chefe do Poder Executivo).

Destarte, não há que se falar em conflito de normas. Correta a decisão em análise.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter julgado PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269616.0003/18-4, lavrado contra **ARBOR BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.055,49**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS