

A. I. Nº - 099883.0340/18-0
AUTUADO - CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.
AUTUANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/02/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-03/19

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NESTE ESTADO. É devido o recolhimento do imposto antes da entrada no território baiano quando o contribuinte substituto fizer a retenção em valor inferior ao previsto em Acordo. O Autuado consegue elidir parcialmente a acusação fiscal, consoante novo demonstrativo elaborado pelo Autuante em sede de informação fiscal. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2018, exige crédito tributário no valor de R\$39.346,69, acrescido da multa de 60%, Infração - 55.06.02. Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no mês de junho de 2018.

Consta como complemento que "... O contribuinte reteve o ICMS, da substituição tributária total, em valor inferior ao estabelecido em acordo ou protocolo, referente ao DANFE Nº 000.624.691, das mercadorias enquadradas no Anexo Único do RICMS/BA, NCM/SH 22030000 (cervejas)."

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 11 a 27, inicialmente observa a tempestividade da impugnação e alinha as seguintes razões defensivas.

Informa que se dedica à fabricação de cervejas e chopes, segundo disposto dos atos societários ora apresentados (doc. 01). Assinala que a partir de filial estabelecida no Estado de São Paulo, comercializa seus produtos em operações interestaduais a clientes localizados no Estado da Bahia, razão pela qual se enquadra na condição de substituta tributária perante este ente federativo e apura e recolhe o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços devido sob o regime de Substituição Tributária (ICMS/ST) e do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza devido por Substituição Tributária (FUNCEP/ST), nos termos do art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014 de 1996, incidentes sobre a futura circulação mercantil de seus produtos no território do Estado da Bahia, nos termos da legislação de regência.

Destaca que está devidamente inscrita no Estado da Bahia, sob o nº 43.663.305, cujo cadastro está ativo e regular sob a condição de Contribuinte Substituto Interestadual, nos termos do art. 2º, inciso III, alínea "a", do RICMS-BA/12, (doc. 03).

Afirma que o lançamento ora impugnado não merece prosperar, na medida em que a Fiscalização: *i*) se equivocou ao calcular o valor devido ICMS-ST, pois desconsiderou as reduções da base de cálculo, previstas no art. 268, inciso XLVIII, alínea "a", e no art. 289, §13, ambos do RICMS-BA/12,

majorando indevidamente o imposto devido por substituição tributária, e *ii*) desconsiderou que recolhe o ICMS/ST e FUNCEP/ST sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, cujo período da operação está devidamente escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS, de modo que o imposto também já foi devidamente quitado conforme demonstram as competentes GNREs e comprovantes de pagamentos, anexos.

Alega a improcedência da autuação devido ao pagamento já efetuado. Diz que a fiscalização desconsiderou indevidas as reduções da base de cálculo do ICMS incidentes sobre a circulação de cerveja acondicionadas em embalagens de vidro - alínea “a”, do inciso XLVIII, do art. 268, e art. 289, §13º, ambos do RICMS-BA/12.

Registra que de acordo com a Nota Fiscal nº 624.899, deu saída de cerveja (NCM nº 2203.00.00 - cervejas de malte) ao seu cliente localizado no Estado da Bahia em operação submetida ao ICMS sobre a operação interestadual e do ICMS/ST e FUNCEP/ST sobre as operações presumidas subsequentes no território do Estado da Bahia.

Assevera que o entendimento da fiscalização se encontra equivocado, na medida em que a Fiscalização, ao realizar o cálculo do valor devido do ICMS, desconsiderou as reduções da base de cálculo, previstas no art. 268, inciso XLVIII, alínea “a” e no art. 289, §13º, ambos do RICMS/BA.

Salienta que o art. 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS-BA/12, estabelece redução da base de cálculo quando da apuração do ICMS incidentes nas operações internas do Estado da Bahia, envolvendo a circulação de cerveja e chope, de forma que a carga tributária incidente sobre esta operação corresponda a 25%.

Registra que a legislação Baiana estabelece redução da carga fiscal de modo que esta corresponda a 25%, sendo que o presente Auto de Infração exige tributo a mais em razão da Fiscalização ter imputado o pagamento de tributo correspondente a carga tributária de 27%. Acrescenta que considerando que a Nota Fiscal nº 624.899 se refere à operação de saída de cerveja acondicionadas em embalagens de vidro (“garrafa”), ainda faz jus ao abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento) do referido material, em virtude da previsão contida no art. 289, §13º do RICMS-BA/12.

Frisa que em relação às reduções previstas acima, de modo que a carga tributária corresponda a 25% e, ainda, da possibilidade do abatimento de 1% do valor da base de cálculo a título de perecimento da embalagem de vidro, a Fiscalização desconsiderou tais reduções lançando os referidos tributos sobre a carga tributária correspondente à 27% sobre a base de cálculo calculada com o desconto aplicado de forma equivocada.

Reproduz parte do demonstrativo do cálculo apresentado pela Fiscalização, onde desconsidera tais reduções, majorando indevidamente o imposto efetivamente devido, fl. 18.

Observa que a Fiscalização submeteu a carga tributária de 27% à base de cálculo no valor de R\$158.921,45, correspondendo ao ICMS no montante de R\$42.908,79 que após a subtração do montante de R\$3.562,10, correspondente ao ICMS/ST, restou apurado um montante a pagar de ICMS/ST no valor de R\$39.346,69.

Esclarece que na realidade a Fiscalização deveria ter utilizado a carga tributária correspondente a 25%, em virtude da redução prevista no art. 268, inciso XLVIII, alínea “a” do RICMS-BA/12, sob a base de cálculo no valor de R\$158.919,30 (considerando a redução prevista no art. 289, §13º do RICMS-BA/12, apurando um valor de ICMS no montante de R\$39.729,83, que após a subtração do ICMS/ST no valor de R\$3.562,10 ensejaria o valor correto de ICMS/ST devido na operação de R\$ 36.167,73.

Apresenta memória de cálculo correto para apuração do ICMS/ST devido nas operações interestaduais do Estado da Bahia envolvendo a circulação de cervejas acondicionadas em embalagens de vidro, cuja cópia acosta à fl. 66.

Sustenta que considerando que há redução da base de cálculo no valor de 1%, prevista no art. 289, §13º, do RICMS-BA/12, o mesmo deverá ser calculado nos termos do art. 289, §14º, do RICMS/BA, o que no presente caso equivaleria à aplicação da Margem de Valor Agregado Ajustado para o valor de 194,62%.

Frisa que como a legislação estabelece que a carga tributária do ICMS/ST incidente na operação de bebidas alcoólicas, notadamente cervejas e chopes, será de 25% e como em tais operações há a incidência de 2% de ICMS destinada ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, nos termos do art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96, estará sujeita ao recolhimento dos referidos impostos em guias distintas de modo que: *i*) 23% será recolhida à título de ICMS/ST e *ii*) 2% será recolhido à título do FUNCEP/ST (ou seja, respeitando a carga tributária do ICMS de 25%).

Acrescenta que do entendimento literal do art. 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS/BA, se verifica que tal redução de base de cálculo (ou redução da carga tributária efetiva) seria concedido somente para as operações internas com cerveja e chope. Prossegue destacando que as próprias disposições constitucionais e das demais regras do próprio RICMS/BA impõem o mesmo tratamento tributário para operações interestaduais, ainda mais quando a redução tratada se aplica na apuração da exigência da carga tributária sobre fatores geradores presumidos que ocorrerão no Estado da Bahia.

Aduz que no art. 152, da CF/88, as operações submetidas ao ICMS não podem ser submetidas a tratamento diferenciado em razão de origem ou destino das mercadorias. Assevera que ao disciplinar a exigência do ICMS/ST em operações interestaduais, com base na delegação estabelecida pelo art. 155 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87 de 1996, o Convênio ICMS 52 de 2017 dispõe que deverão ser observadas as normas da legislação tributária do estado de destino dos bens e das mercadorias e que as operações interestaduais estarão sujeitas às mesmas normas que as operações estaduais.

Pontua que na cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/1991, no momento do cálculo do ICMS/ST o substituto tributário deverá aplicar a alíquota vigente para as operações internas, o que, no presente caso, equivaleria dizer que deve ser aplicada a carga tributária correspondente a 25%.

Salienta que a redução prevista no art. 268, inciso XLVIII, alínea “a” do RICMS/BA, se trata de uma verdadeira redução de alíquota ao dispor que a carga tributária incidente nas operações internas do Estado da Bahia, envolvendo a circulação de cerveja e chope corresponderá a 25%, uma vez que o ICMS/ST recolhido antecipadamente pela impugnante incide sobre fato gerador presumido a se concretizar internamente, ou seja, o ICMS/ST em questão incide sobre venda futura de cerveja que se dará dentro das circunscrições territoriais do Estado da Bahia, é certo que as operações interestaduais de cerveja e chope realizadas devem aproveitar da redução de base de cálculo prevista no art. 268, inciso XLVIII, alínea “a” do RICMS/BA.

Assevera ser indevido o pagamento do ICMS/ST realizado em virtude do regime de conta corrente fiscal de apuração mensal como contribuinte substituto tributário devidamente inscrito no Estado da Bahia. Afirma ser improcedente o Auto de Infração em virtude dos cálculos equivocados da suposta infração à legislação tributária, a Fiscalização acabou por desconsiderar que o ICMS/ST e FUNCEP/ST é recolhido sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, ao exigir-lhe o pagamento do tributo no ato de entrada da mercadoria no presente Estado, cuja negativa deu ensejo a lavratura deste Auto de Infração.

Explica que, tal premissa da Fiscalização no sentido de que teria deixado de recolher o ICMS no valor quase que integral é equivocada, na medida em que demonstrará que todas as operações estão devidamente escrituradas em seu livro de Registro de Apuração do ICMS, bem como o imposto foi devidamente recolhido, conforme demonstram as competentes GNREs e comprovantes de pagamentos, anexos, sendo que o suposto tributo ora exigido se encontra extinto pelo pagamento, nos termos do art. 156, inciso L, do CTN.

Declara que possui cadastro de Inscrição Estadual perante o Estado da Bahia, sob o nº 43.663.305, cujo cadastro está ativo e regular sob a condição de Contribuinte Substituto Interestadual, nos termos do art. 2º, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA/12.

Observa que ao realizar o seu cadastro para figurar como Contribuinte Substituto nas operações interestaduais, também, optou pela apuração do ICMS sob a modalidade de “conta corrente fiscal” prevista no art. 304, do RICMS-BA/12. Destaca que, com base no referido regime de apuração fiscal, apura no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

Consigna que a própria legislação estabelece como data do vencimento do pagamento do tributo o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 332, inciso I, alínea “a”, do RICMS-BA/12. Salienta que a presente autuação trata de uma operação ocorrida em junho de 2018, não se mostrou razoável a exigência do pagamento antecipado do ICMS na barreira considerando que fazia jus ao recolhimento do ICMS pelo regime “conta corrente fiscal”, cujo vencimento se daria em momento posterior ao da lavratura do presente auto de infração.

Sustenta que tendo o fato gerador ocorrido em 18 de junho de 2018, de acordo com o regime “conta corrente fiscal” o vencimento da obrigação se daria, tão-somente, no dia 09 de julho de 2018. Fala que em atendimento as regras contidas na legislação Baiana, ao emitir a Nota Fiscal nº 624.691 de saída, tomou as devidas providências para escrituração no livro de Registro de Apuração do ICMS (RAICMS - Modelo 09), sendo realizada a apuração mensal e o recolhimento oportuno do referido imposto.

Revela que com o fim de possibilitar a análise da escrituração desta nota fiscal e de todas as outras operações do período de junho de 2018, apresenta a cópia dos referidos livros RAICMS de entrada e saída, contendo os valores globais do débito e crédito do ICMS (doc. 07), bem como apresenta planilha contendo a composição dos valores que compõe a referida escrituração fiscal (doc. 08), contendo todas as informações relativas à descrição pormenorizada das operações e valores envolvidos.

Revela que na apuração mensal de junho para chegar ao valor de ICMS/ST e FUNCEP/ST foram subtraídas as devoluções, bem como valores relativos ao ICMS recolhido indevidamente na barreira, uma vez que já compunham a apuração mensal.

Ressalta que da análise do presente Auto de Infração e dos documentos fiscais apresentados é possível observar que a Nota Fiscal nº 624.691 de saída, objeto deste processo, foi devidamente escriturada no livro Fiscal competente. Explica que para a competência de junho de 2018 foi apurado débitos de ICMS no valor de R\$6.774.602,49 e créditos de ICMS no montante de R\$854.369,50, apurou-se o saldo “a pagar” de R\$5.920.232,99.

Registra que, dentro do prazo legal para recolhimento do tributo (dia 09 de julho de 2018) efetuou o pagamento do ICMS/ST no valor R\$5.387.062,21 (correspondente a 23% da carga tributária) e do FUNCEP/ST no montante de R\$533.170,78 (correspondente a 2% da carga tributária), conforme se verifica nas GNRES e comprovantes de pagamento, fls. 79 a 83 - anexo /doc. 10).

Assinala que em nenhum momento desrespeitou a legislação do Estado da Bahia, ao contrário, quando do ingresso das mercadorias por meio da operação interestadual a Fiscalização: *i*) se equivocou ao calcular o valor devido ICMS-ST, pois desconsiderou as reduções da base de cálculo, previstas no art. 268, inciso XLVIII, alínea “a”, e no art. 289, §13º, ambos do RICMS-BA/12, majorando indevidamente o imposto devido por substituição tributária, e *ii*) desconsiderou que a recolhe o ICMS/ST e FUNCEP/ST sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, cuja apuração está devidamente escriturada no livro Registro de Apuração do ICMS, e que o recolhimento do imposto foi devidamente efetuado conforme demonstram as competentes GNRES e comprovantes de pagamentos, anexos.

Declara que, conforme amplamente demonstrado e comprovado nas razões de Impugnação, ora apresentadas, o que se verifica é que o imposto exigido se encontra extinto pelo pagamento integral, nos termos do art. 156, inciso I, do CTN, razão pela qual deve ser integralmente cancelada a sua exigência.

Pede cancelamento integralmente da multa de 60% aplicada nos termos do art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Requer que este CONSEF julgue procedente a presente Impugnação ao Auto de Infração para que seja cancelada integralmente a Autuação Fiscal, tendo em vista que: *i*) efetuou o cálculo correto do ICMS/ST devido na operação, cujo valor está devidamente refletido na Nota Fiscal nº 624.899 e na sua escrituração fiscal, e *ii*) o ICMS efetivamente devido sob o regime de Substituição Tributária foi apurado de forma mensal, estando devidamente escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS e pago por intermédio das competentes guias e comprovantes anexos, de modo que a suposta exigência tributária está, na realidade, extinta pelo pagamento integral nos termos do art. 156, inciso I, do CTN.

Requer, ainda, nos termos do art. 145, do RPAF-BA/99, a realização de perícia fiscal dos documentos fiscais apresentados, cuja análise tem o condão de ilidir a cobrança equivocada do imposto que foi pago na apuração mensal da Impugnante. Para cumprimento ao previsto no parágrafo único do art. 145, do RPAF-BA/99, apresenta os quesitos, às fls. 26 e 27.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a produção de prova documental superveniente.

Na informação fiscal, fls. 85 a 87, o Autuante inicialmente, descreve os fatos da autuação, resume as alegações defensivas e reafirma a constituição do presente crédito fiscal, salientando que a ação fiscal foi devidamente fundada com base nos preceitos do Protocolo ICMS 10/91 e art. 289, do RICMS-BA/12.

Revela que o art. 332, do RICMS-BA/12, trata dos prazos de recolhimento do imposto e das mercadorias sujeita à Substituição Tributária.

Prossegue observando que o item 1, do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/12, estabelece que, mesmo que o estabelecimento possua inscrição de Substituto Tributário ativa no CAD-ICMS-BA, caso ele não faça a retenção do imposto, ou faça em valor inferior ao estabelecido no Convênio ou Protocolo, o momento do pagamento passa a ser antes da entrada nesse Estado.

Quanto à alegação da defesa de não observância das deduções prevista no RICMS-BA/12, esclarece que foi feita uma nova planilha demonstrando os pagamentos posteriores, fl. 88.

Reafirma que o Auto de Infração é Procedente, pois a ação fiscal encontra-se amparada em lei, com substrato legal, não tendo dentro do PAF nenhuma procedência a tese defensiva pretendida pelo Autuado.

Em nova manifestação, fls. 92 a 100, o Impugnante reprisa os mesmos argumentos defensivos em relação à análise fática e quanto às descon siderações das deduções da base de cálculo do ICMS-ST, no qual a alega que a fiscalização majorou indevidamente o valor do imposto devido.

Assinala que na informação fiscal o Autuante reconheceu que não observou algumas reduções da base de cálculo prevista no RICMS/BA, elaborando uma nova planilha de cálculo, mas, de outro lado, aduziu que, ainda assim, os valores declarados seriam menores que o devido e, portanto, a autuação deveria ser julgada procedente, tendo em vista o disposto no art. 332, inciso III, inciso “g”, item I, do RICMS-BA/12.

Observa que a Fiscalização, ao aplicar a redução da base de cálculo prevista no art. 289, §13º, do RICMS/BA, não observou que sua aplicação dependia da compreensão do quanto disposto no art. 289, §14º, do RICMS/BA, cuja operação matemática resultaria na aplicação da MVA - Margem de Valor Agregado Ajustado para o valor de 194,62%.

Explica demonstrando que a partir da utilização da MVA acima encontrada, chega-se a uma base de cálculo no presente caso no valor de R\$158.919,30, o que resulta no valor a pagar a título de ICMS-ST de R\$36.167,73 e não R\$36.168,43, como calculado pelo Autuante, fl. 88. Destaca, que a diferença entre os cálculos é de R\$0,70(setenta centavos) e que ainda que o seu cálculo não demonstrasse ser o correto, o que se considera apenas para argumentar, fato é que não se mostra razoável, ou sequer proporcional sustentar a lavratura de Auto de Infração para efetuar a cobrança do imposto no valor integral pela irrisória diferença

Assinala também que o Autuante alega que a exigência deveria ser mantida com base no art. 332, inciso III, alínea “g”, item 1 do RICMS/BA. Frisa que o referido dispositivo não consta no Auto de Infração, portanto, o Autuante está inovando em sede de Informação Fiscal, o que não se pode tolerar.

Registra que o referido artigo versa exclusivamente acerca de prazo de vencimento de pagamento do ICMS/ST, nos casos em que a operação está enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação. Ou seja, aplica-se somente nos casos em que o Contribuinte é obrigado a realizar o pagamento antecipado do ICMS/ST, na saída da mercadoria, aos destinatários localizados no Estado da Bahia.

Assevera que, diante da simples análise do dispositivo supra aludido, verifica-se a sua total inaplicabilidade ao presente caso, uma vez que as operações interestaduais objeto da autuação (possuindo a Bahia como destinatário), estão sujeitas ao regime de “conta-corrente” fiscal.

Afirma que, além da improcedência do Auto de Infração em virtude dos cálculos equivocados, o que por si só já afastaria a aplicação do art. 332, inciso III, alínea “g”, item 1 do RICMS/BA, fato é que o Autuante também acabou por desconsiderar que o ICMS/ST e FUNCEP/ST são recolhidos sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, de modo a não ser possível exigir-lhe o pagamento do tributo no ato de entrada da mercadoria no presente Estado.

Arremata reafirmando que não poderia a Fiscalização exigir o pagamento antecipado do ICMS na barreira por suposta retenção a menos no Estado de origem, considerando que fazia jus ao recolhimento do ICMS pelo regime de “conta-corrente fiscal”, cujo vencimento se daria em momento posterior ao da lavratura do presente auto de infração.

VOTO

De início, consigno no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39 do RPAF-BA/99, e o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

Constato também que não ocorrera qualquer erro de direito, uma vez que restou clara a natureza tributária da exigência, os dispositivos dados como infringidos, e o Impugnante apresentou suas razões de defesa sem qualquer óbice, demonstrando assim sua total apreensão e entendimento dos fatos objeto da acusação fiscal, bem como desenvolveu e articulou os argumentos que entendeu consentâneos.

Assim, entendo não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito à solicitação de Perícia fiscal para esclarecer fatos ocorridos no Processo Administrativo Fiscal - PAF, com lastro no art. 147, inciso II do RPAF-BA/99, fica indeferida, haja vista que os esclarecimentos pretendidos não dependem de conhecimento especial de técnicos. Ademais, também se afigura desnecessária, ante a existência nos autos de outras provas já coligidas nos autos no decorrer do contraditório instalado.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de cerveja em garrafa de vidro através do Danfe nº 624.691, realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme demonstrativo de débito colacionado à fl. 05. O ICMS SUBSTITUIÇÃO destacado no valor de R\$32.989,34, fl. 04.

Em sede de defesa, o Impugnante refutou a acusação fiscal, aduzindo que o Autuante na apuração do ICMS-ST exigido na autuação majorou indevidamente o imposto devido por substituição tributária, por ter desconsiderado as reduções de base de cálculo previstas na alínea “a”, do inciso XLVIII, do art. 268, e no §13, do art. 289, ambos do RICMS-BA/12. Sustentou também que a fiscalização não levou em consideração que recolhe o ICMS/ST e FUNCE/ST sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, devidamente escriturado em seu livro Registro de Apuração do ICMS, asseverando que o imposto foi devidamente recolhido, conforme demonstram as GNRES e comprovantes de pagamento que anexa aos autos.

O Autuante, em sua informação, reconheceu que não considerou na apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, a redução da base de cálculo prevista no inciso XLVIII, do art. 268 RICMS-BA/12, e refez o demonstrativo de débito reduzindo o valor do débito para R\$36.168,43, fl. 88, pugna pela manutenção da autuação, sustentando que é devido o imposto antes da entrada das mercadorias no Estado, conforme previsto no item 1, da alínea “g”, do inciso II, do art. 332 do RICMS-BA/12.

Para facilitar o entendimento da operação em questão, convém reproduzir a legislação de regência que baliza as operações interestaduais de cervejas em garrafa NCM 22030000, de que trata o Convênio ICMS 10/91, e recepcionada pelo ICMS-BA/12, *in verbis*:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

[...]

§ 13. Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.”

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

“XLVIII - das operações internas com as bebidas alcoólicas a seguir indicadas, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 25% (vinte e cinco por cento):

a) cervejas;”

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

[...]

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuar-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;

Como se depreende dos dispositivos legais supra reproduzidos, resta evidenciado ser indiscutível que as operações interestaduais com cerveja em garrafa de vidro remetidas pelo fabricante, são alcançadas por duas reduções na base de cálculo, ou seja, 1% previsto no §13, do art. 289 e limitada a 25%, conforme estatuído no inciso XLVIII, do art. 268, ambos do RICMS-BA/12.

Esse questionamento trazido aos autos pela defesa foi dirimido, tendo em vista que o próprio Autuante, em sede de Informação Fiscal, reconheceu a sua procedência e elaborou novo demonstrativo de débito colacionada fl. 88, no qual reduz o valor do débito de R\$39.346,69, originalmente lançado de ofício no Auto de Infração, para o montante de R\$36.168,43, levando em consideração as referidas reduções da base de cálculo.

Em sua manifestação acerca da informação fiscal, o Impugnante reconheceu parcialmente a correção efetuada pelo Autuante. Observou que o Autuante não aplicou corretamente o disposto no §14, do art. 289 do RICMS-BA/12, para o cálculo da Margem de Valor Agregado Ajustado, demonstrando que percentual correto é de 194,62%, e asseverando que o valor correto a pagar é de R\$36.167,73, e não R\$36.168,43, como apurou o Autuante, ou seja, R\$0,70, (setenta centavos) a menos.

Depois de examinar a demonstração apresentada pela defesa às fls. 93 e 95, constato que assiste razão ao Autuado, uma vez que, de acordo com o preconizado nos incisos I a III, do §14, do art. 289 do RICMS-BA/12, o valor correto da retenção é de R\$36.167,73. Portanto, valor superior a R\$32.939,34, destacado no Danfe nº 624.691, fl. 04.

O Impugnante apresentou o entendimento de que a exigência do pagamento antecipado por ter sido feita a retenção a menos no Estado de origem, pelo fato de que seu estabelecimento faz jus ao recolhimento do ICMS pelo regime de “Conta corrente”, cujo vencimento se daria em momento posterior ao da lavratura do Auto de Infração. Sustentou também que o referido dispositivo somente se aplica para o contribuinte que é obrigado a realizar o pagamento antecipado do ICMS/ST, na saída da mercadoria do estabelecimento remetente.

Aduziu também o Defendente, que o dispositivo apontado na informação fiscal - art. 322, inciso III, alínea “g”, item 1 do RICMS-BA/12, para exigência do imposto na entrada desse Estado, por não constar no enquadramento da infração cometida, o Autuante está inovando em sede de informação fiscal, o que, em seu entendimento, não se pode tolerar.

Do teor do referido dispositivo regulamentar, se constata claramente que inexiste qualquer referência de que sua aplicação, somente se destina a operações por antecipação. Eis que, o ponto central de sua inteligência se refere, exclusivamente, à constatação de que se foi efetuada a retenção ou se foi efetuada a menos. Sendo a retenção a menos o que exatamente se constatou no momento da ação fiscal.

Em suma, restou patente nos autos, que o Autuado procedeu à retenção devida na operação, objeto da autuação, em valor inferior ao estatuído na legislação baiana. Logo, é devida a exigência do imposto antes da entrada no território deste Estado.

No tocante à alegação de que foi desconsiderado que o ICMS/ST e FUNCEP/ST é recolhido sob o regime de Substituição Tributária por apuração mensal, de modo a não ser possível exigir-lhe o pagamento do tributo no ato de entrada da mercadoria no presente Estado, não se sustenta, haja vista restar comprovado nos autos, que a retenção foi realizada a menos na documentação fiscal, constatada por ocasião da ação fiscal.

Ademais, toda e qualquer escrituração deve ter suporte integral na documentação fiscal, que nos presentes autos, constou o destaque do imposto devido por substituição tributária a menos, portanto, faltou o Impugnante esclarecer nos autos como incluir em sua apuração mensal do imposto, o valor correto da retenção a partir de uma documentação fiscal que espelha valor incorreto.

Emerge também da análise das peças que compõem o contraditório, que apesar de o Autuado alegar que recolhera o imposto devido através de seu Conta Corrente Fiscal, entendendo que restando comprovada por ocasião da ação fiscal a retenção a menos, deve ser aplicada a legislação de regência, ou seja, o recolhimento antes da entrada nesse Estado. Não cabendo no âmbito desse PAF, a compensação de valores ulteriormente recolhidos. Caso reste comprovado

inequivocamente eventual recolhimento referente à operação objeto da autuação, deve ser feita a compensação no momento da quitação do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação de ausência de indicação no enquadramento legal da infração no Auto de Infração do item 1, da alínea “g, do inciso III, do art. 332 do RICMS-BA/12, entendo que não deve prosperar a tese da Defesa de que o Autuante inovou ao proceder à informação fiscal, uma vez que o enquadramento legal do fulcro da autuação afigura-se claramente identificado, e a defesa compreendeu claramente a irregularidade cometida que lhe fora imputada. Tanto é assim, que se defendeu plenamente sem qualquer óbice.

Assim, verifico que a acusação fiscal está estribada na legislação de regência, portanto, depois do ajuste realizado, afigura-se devidamente caracterizada.

Em relação à multa aplicada de 60%, verifico que deve ser mantida, haja vista ser a legalmente prevista para a irregularidade cometida, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96. No tocante ao pedido para exclusão da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, consoante o art. 158 do RPAF-BA/99.

Nos termos expandido, concluo pela subsistência parcial da autuação no valor de R\$36.167,73.

Ante o exposto, VOTO pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **099883.0340/18-0**, lavrado contra **CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.167,73**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2019

A.RIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA