

A. I. N° - 099883.0407/18-7
AUTUADO - CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.
AUTUANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/04/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-04/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NA BAHIA. RETENÇÃO A MENOR DO IMPOSTO. Comprovado que o ICMS SUBSTITUIÇÃO destacado no documento fora corretamente calculado, de acordo com a legislação pertinente, descabendo a exigência do imposto antes da entrada da mercadoria no território baiano, já que a empresa autuada possui inscrição estadual do subst. tributário neste Estado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acolhida a solicitação de perícia. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/07/2018, exige ICMS no valor de R\$38.180,24, em decorrência da retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por seu representante legal, às fls. 14 a 31, após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa, assevera que a empresa se dedica à fabricação de cervejas e chopes, segundo disposto dos atos societários que ora apresenta. Explica que a partir de filial estabelecida no Estado de São Paulo, a Impugnante 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 artigo 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.

Consigna que a Impugnante 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 artigo 2º, inciso III, alínea “a”, do Decreto 13.780 de 2012 (RICMS/BA), entretanto, em 26 de julho de 2018, a Fiscalização do Estado da Bahia lavrou o presente Auto de Infração, quando do ingresso das mercadorias no presente Estado, para exigir o pagamento antecipado do suposto débito de ICMS/ST e multa, no valor total de R\$61.088,38.

Transcreve o teor da Infração e respectivo demonstrativo de débito, assim como o dispositivo supostamente infringido e multa aplicada, para após afirmar 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 nos artigos 268, inciso XLVIII, alínea “a”, e no artigo 289, §13º, ambos do Decreto nº 13.780 de 2012 (RICMS/BA), majorando indevidamente o imposto devido por substituição tributária, e (ii) desconsiderou que a Impugnante 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 GNRE's e comprovantes de pagamentos, anexos.

Conclui então que outro não poderá ser o entendimento senão que o suposto tributo ora exigido se encontra extinto pelo pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Passa a detalhar os equívocos cometidos pela fiscalização explicando que na Nota Fiscal nº 000.631.396 (doc. 05), a Impugnante 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/OP sobre a operação interestadual e do ICMS/ST e FUNCEP/ST sobre as operações presumidas subsequentes no território do Estado da Bahia. Entretanto, ao efetuar o cálculo do valor devido do ICMS, desconsiderou as reduções da base de cálculo, previstas no artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a” e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA.

Salienta que o artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS/BA, 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% (vinte e cinco por cento).

Externa o entendimento de que em que pese a legislação Baiana estabelecer redução da carga fiscal de modo que esta corresponda a 25%, o presente Auto de Infração exige tributo a maior em razão da Fiscalização ter imputado a Impugnante o pagamento de tributo correspondente a carga tributária de 27%.

Ademais, considerando que a Nota Fiscal nº 000.625.0031 se refere à operação de saída de cerveja acondicionadas em **embalagens de vidro (“garrafa”)**, a Impugnante 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 artigo 289, § 13º do RICMS/BA, cujo teor reproduz.

Assim, apesar da expressa previsão legal quanto às reduções previstas acima, de modo que a carga tributária corresponda à 25% e, ainda, da possibilidade do abatimento de 1% do valor da base de cálculo à título de perecimento da embalagem de vidro, a Fiscalização desconsiderou tais reduções lançando os referidos tributos sobre a carga tributária correspondente à 27% (vinte e sete por cento) sob a base de cálculo calculada com o desconto aplicado de forma equivocada.

Após reproduzir parte do demonstrativo do cálculo apresentado no Auto de Infração, observa que a Fiscalização submeteu a carga tributária de 27% à base de cálculo no valor de R\$155.052,36, correspondendo ao ICMS no montante de R\$41.864,14, que após a subtração do montante de R\$3.683,90, correspondente ao ICMS/OP, restou apurado um montante a pagar de ICMS-ST no valor de R\$38.180,24.

Ocorre que, na realidade a Fiscalização deveria ter utilizado a carga tributária correspondente à 25% (em virtude da redução prevista no 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS/BA) sob a base de cálculo no valor de R\$165.026,48, considerando (i) que o valor de Imposto Sobre Produtos Industrializados deve compor a base de cálculo do ICMS/ST, sendo que o mesmo não tinha sido adicionado pelo Fiscal; e (ii) que tal base deve conter a redução prevista no artigo 289, § 13º do RICMS/BA, apurando um valor de ICMS no montante de R\$41.256,62, que após a subtração do ICMS/OP no valor de R\$3.683,90 ensejaria o valor correto de ICMS/ST devido na operação de R\$37.572,72.

Apresenta planilha analítica demonstrando o correto cálculo da apuração do ICMS/ST devido na operação interestadual do Estado da Bahia envolvendo a circulação de cervejas acondicionadas em embalagens de vidro, no que se refere à Nota Fiscal nº 000.625.031.

Valor Operação	Despesas	Frete	BC ICMS/OP	Alíquota ICMS	ICMS/OP
R\$52.627,20	R\$0,00	R\$0,00	R\$52.627,20	7%	R\$3.683,90

Valor Operação	IPI (6%)	MVA	MVA (red. de 1% garrafa)*	BC ICMS ST	Carga Tributária (25%)
R\$52.627,20	R\$3.157,63	197,60%	194,62%	R\$165.026,48	R\$41.256,62

BC ICMS ST	Carga Tributária ICMS (25%)	ICMS/OP (dedução)	Carga Tributária ICMS a pagar (25%)	ICMS/ST (23%)	FUNCEP/ST (2%)
R\$165.026,48	R\$41.256,62	R\$3.683,90	R\$37572,72	R\$34.272,19	R\$3.300,53

Explica que havendo redução da base de cálculo no valor de 1% prevista no artigo 289, § 13º, do RICMS/BA, o mesmo deverá ser calculado nos termos do artigo 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%**, no que tange aos produtos cerveja que estão acondicionados em garrafas de vidro.

Pontua 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 artigo 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014 de 1996, a Impugnante 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 ainda que do entendimento literal do artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS/BA, se sustente que tal redução de base de cálculo (ou redução da carga tributária efetiva) seria concedido somente para as operações internas com cerveja e chope, destaca 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.

Além disso, ao disciplinar a exigência do ICMS/ST em operações interestaduais, com base na delegação estabelecida pelo Artigo 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.

Assim, considerando o quanto disposto na cláusula quarta do Protocolo de ICMS nº 11 de 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 artigo 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%**.

Desta forma, 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 pela Impugnante devem aproveitar da redução de base de cálculo prevista no artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a”, do RICMS/BA.

Reitera que a Fiscalização cometeu equívocos ao calcular o valor devido do ICMS/ST, pois desconsiderou indevidamente as reduções da base de cálculo previstas no artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a” e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA, majorando indevidamente o imposto devido por substituição tributária, devendo tais valores serem desconsiderados, na medida em que a Impugnante comprovará através de sua apuração mensal que tais operações tiveram o ICMS/ST e o FUNCEP/ST devidamente lançados, escriturados e quitados conforme passará a expor, dizendo que não bastasse a improcedência do auto de infração em virtude dos cálculos equivocados da suposta infração à legislação tributária, a Fiscalização acabou por desconsiderar que a Impugnante recolhe o ICMS/ST e FUNCEP/ST 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.

Assevera que todas as operações estão devidamente escrituradas no Livro de Registro de Apuração do ICMS, bem como o imposto foi devidamente recolhido conforme demonstram as competentes GNRE's e comprovantes de pagamentos, anexos.

Lembra que a Impugnante 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 artigo 2º, inciso III, alínea "a", do Decreto nº 13.780 de 2012 (RICMS/BA).

Neste sentido, 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 artigo 304, do RICMS/BA. Com base no referido regime de apuração fiscal, a Impugnante apura no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, de acordo com elementos constantes em sua escrituração fiscal.

Ressalta 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 artigo 332, inciso I, alínea "a", do RICMS/BA. Considerando que a presente autuação versa de uma operação ocorrida em junho de 2018, não se mostrou razoável a exigência do pagamento antecipado do ICMS na barreira, uma vez que a Impugnante 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.

Assim, tendo em vista que o fato gerador ocorreu em 23 de julho de 2018, de acordo com o regime "conta corrente fiscal" o vencimento da obrigação se daria tão somente no dia 09 de agosto de 2018. Neste sentido, em atendimento as regras contidas na legislação Baiana, a Impugnante ao emitir a Nota Fiscal nº 000.631.396 de saída, tomou as devidas providências para a sua escrituração no Livro de Registro de Apuração do ICMS (RAICMS – Modelo P9) para que então fosse realizado a apuração mensal e o recolhimento oportuno do referido imposto.

Informa estar apresentando 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) e todas as informações relativas à descrição pormenorizada das operações e valores envolvidos.

Destaca que na apuração mensal de junho para chegar ao valor de ICMS/ST e FUNCEP/ST foram subtraídas as devoluções, bem como valores relativos à ICMS recolhido indevidamente na barreira, uma vez que já compunham a apuração mensal (doc. 09).

Arremata que da análise do presente Auto de Infração e dos documentos fiscais apresentados é possível observar que a Nota Fiscal nº 000.631.396, de saída, objeto deste processo, foi devidamente escriturada no Livro Fiscal competente. E, considerando que para a competência de julho de 2018 foi apurado débitos de ICMS no valor de R\$6.118.516,60 e créditos de ICMS no montante de R\$994,55 a Impugnante apurou o saldo "a pagar" de R\$6.117.522,05.

Em virtude disso, dentro do prazo legal para recolhimento do tributo (dia 09 de julho de 2018) efetuou o pagamento do ICMS/ST no valor R\$ 5.579.873,58 (correspondente a 23% da carga tributária) e do FUNCEP/ST no montante de R\$ 537.648,47 (correspondente a 2% da carga tributária), conforme se verifica nas GNRE's e comprovantes de pagamento, anexos (doc. 09).

Conclui 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 nos artigos 268, inciso XLVIII, alínea "a", e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA, majorando indevidamente o imposto devido por substituição tributária, e (ii) desconsiderou que a Impugnante recolhe o ICMS/ST e FUNCEP/ST sob o regime de Substituição Tributária por **apuração mensal**, cuja apuração está devidamente escriturada no Livro de Registro de Apuração do ICMS e que o recolhimento do imposto foi devidamente efetuado

conforme demonstram as competentes GNRE's e comprovantes de pagamentos, anexos.

Externa o entendimento de que o imposto exigido se encontra extinto pelo pagamento integral, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, razão pela qual deve ser integralmente cancelada a sua exigência, e como consequência lógica, também deve ser integralmente cancelada a exigência de multa de 60% aplicada nos termos do artigo 42, inciso II, alínea "e" da Lei Estadual nº 7.014 de 1996.

Finaliza solicitando o cancelamento integral da Autuação Fiscal, tendo em vista que:

- I. a Impugnante efetuou o cálculo correto do ICMS/ST devido na operação, cujo valor está devidamente refletido na Nota Fiscal nº 000.631.396 e na sua escrituração fiscal, e
- II. o ICMS efetivamente devido sob o regime de Substituição Tributária foi apurado de forma mensal pela Impugnante, 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 artigo 156, inciso I, do CTN.

Por fim solicita a realização de Perícia fiscal formulando os seguintes quesitos:

- 1) Queira o ilustre perito esclarecer o que dispõe as orientações contidas no artigo 268, inciso XLVIII, alínea "a", e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA, e se tais orientações quanto a redução da base de cálculo podem ser adotadas pelos Contribuintes que realizam operações mercantis com os produtos "Cerveja - NCM 22030000" acondicionadas em embalagens de vidro;
- 2) Queira o ilustre perito esclarecer se está correto o cálculo apresentado pela Impugnante do valor devido do ICMS/ST e do FUNCEP/ST na operação de que trata a Nota Fiscal nº 000.631.396 (cuja memória de cálculo também está demonstrada no doc. 06), na hipótese de aplicação das reduções previstas nos artigos 268, inciso XLVIII, alínea "a", e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA;
- 3) Queira o ilustre perito esclarecer se a Impugnante está devidamente cadastrada no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob nº 43.663.305 e se tal cadastro está ativo e regular sob a condição de Contribuinte Substituto Interestadual, nos termos do artigo 2º, inciso III, alínea "a", do RICMS/BA;
- 4) Queira o ilustre perito esclarecer se diante do regular cadastro mencionado no quesito 3º, a Impugnante está possibilitada a efetuar a apuração do ICMS/ST sob a modalidade de "conta corrente fiscal" prevista no artigo 304, do RICMS/BA. Adicionalmente, favor esclarecer qual a data de vencimento do pagamento do ICMS/ST neste regime de apuração; e
- 5) Queira o ilustre perito esclarecer, com base no robusto conjunto probatório, se o ICMS/ST de que trata a Nota Fiscal nº 000.631.078180 está: (i) refletido na apuração mensal de julho de 2018; (ii) escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS de julho de 2018; e (iii) pago por intermédio das competentes guias e comprovantes ora apresentados.

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

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 79 a 81, após fazer uma exposição dos fatos e um resumo dos argumentos defensivos salienta que a ação fiscal foi devidamente fundamentada com base nos preceitos do Protocolo 11/91 e art. 289 do RICMS/BA, aprovado pela Lei 7.014/96.

Quanto ao prazo de pagamento diz que o disposto no art. 322, do Regulamento do ICMS do estado da Bahia determina que: *"mesmo que o estabelecimento esteja com a Inscrição Substituto Tributário ativa no CAD-ICMS, caso ele não faça a retenção do imposto ou faça em valor inferior ao estabelecido no Convênio ou Protocolo, o momento de pagamento passa a ser antes da entrada no Estado"*.

Quanto às alegações de que não foram observadas as deduções previstas no RICMS/BA, foi efetuada uma nova planilha, considerando tal argumentação.

Finaliza afirmando que a ação fiscal encontra-se amparada em lei, não encontrando nenhuma pertinência a pretensão da autuada e opina pela Procedência do Auto de Infração.

O contribuinte ao ser cientificado se pronuncia às fls. 87 a 89, reiterando todos os argumentos da inicial.

VOTO

O presente Auto de Infração, acusa o contribuinte de ter procedido a menor, a retenção 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.

Inicialmente, em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

Na apresentação da defesa, o contribuinte afirma que tem como atividade a fabricação de cervejas e chopes, e tratando-se 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.

Assevera que 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 artigo 16-A, parágrafo único, inciso I da Lei nº 7.014 de 1996.

Acrescenta que está devidamente inscrito 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 artigo 2º, inciso III, alínea “a” do Decreto 13.780 de 2012 (RICMS/BA). Informa que ao realizar o seu cadastro para figurar como “contribuinte substituto interestadual”, optou pela apuração do ICMS sob a modalidade de “conta corrente fiscal”, prevista no artigo 304 do RICMS-BA, e neste caso, o vencimento do pagamento do tributo ocorreria no dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 332, inciso I, alínea “a” do RICMS-BA.

Afirma que a autuação diz respeito a uma operação ocorrida em 20 de julho de 2018, cujo vencimento se daria somente no dia 09 de agosto de 2018.

De acordo com os documentos carreados aos autos, constato que de fato o contribuinte está regularmente inscrito neste Estado como SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, e a princípio o vencimento do pagamento do imposto seria de fato no dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador. É o que está previsto no art. 332, inciso I, alínea “a” do RICMS-BA, citado pelo defendente:

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

I - até o dia 9 do mês subsequente:

a) *ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto;*

b) *quando o termo final do diferimento for a entrada*

Ocorre que no inciso III, “g”, item 1 do artigo anteriormente citado, estabelece que ocorrendo retenção em valor inferior ao estabelecido no Convênio e/ou Protocolo, conforme descrito no Auto de Infração, o momento do pagamento passa a ser antecipado para antes da entrada neste Estado.

“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:*

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

(....)

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 efetué-la em valor”

Isto posto, necessário se faz averiguar se de fato houve ou não a ocorrência prevista no mencionado dispositivo, o que anteciparia o vencimento da obrigação para antes da entrada da mercadoria no território baiano, o que faço a seguir, analisando a argumentação defensiva de que a fiscalização desconsiderou, para o cálculo do imposto as reduções da base de cálculo, previstas nos artigos 268, inciso XLVIII, alínea “a”, e no artigo 289, §13º, ambos do Decreto nº 13.780 de 2012 (RICMS/BA).

Segundo o defendente, apesar da legislação baiana estabelecer redução da carga fiscal de modo que esta corresponda a 25%, aí incluído o percentual de 2% de ICMS, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, estabelecido no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, foi imputado o pagamento de tributo correspondente à carga tributária de 27%, alegando que a fiscalização procedeu ao cálculo do imposto da seguinte forma:

Sobre a base de cálculo de R\$155.052,36, foi aplicada a alíquota de 27%, correspondendo ao ICMS no montante de R\$41.864,14. Após a subtração do montante de R\$3.683,90, correspondente ao ICMS/OP, restou apurado um montante a pagar de ICMS-ST no valor de R\$38.180,24.

Ao se contrapor aos cálculos efetuados pelo autuante, a impugnante enfatizou, inicialmente, que a base de cálculo utilizada não seria de R\$155.052,36, e sim R\$165.026,48, em razão da inclusão do Imposto sobre produtos Industrializados - IPI, não considerada pela fiscalização. Após a redução prevista no artigo 289, §13º do RICMS, apura-se o ICMS de R\$41.256,62, e após a concessão do crédito do ICMS- operação própria, de R\$6.628,88, o valor correto do ICMS-ST seria R\$37.572,72.

Ressalva ainda, que não foi considerada a redução da base de cálculo no percentual de 1% prevista no artigo 289, § 13º do RICMS/BA, e o mesmo deve ser calculado nos termos do artigo 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%**, no que tange aos produtos cerveja que estão acondicionados em garrafas de vidro.

Concordo com os argumentos defensivos, pois se tratando de operação com cervejas, a carga tributária efetiva é de 25%, por força do previsto no artigo 268, inciso XLVIII do RICMS, portanto, o adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, encontra-se embutido.

Quanto ao abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, também assiste razão ao sujeito passivo, por não restar dúvidas de que as operações objeto do presente lançamento, estão acondicionadas em vidro e são oriundas de empresa fabricante de cervejas, condições necessárias para concessão do benefício previsto no §13º, do art. 289 do RICMS, a seguir transcrito:

***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.*

Verifico que apesar de não constar no documento fiscal o valor do abatimento conforme determinado no dispositivo transcrito, tal fato, no meu entendimento, não acarreta a perda do benefício. Neste caso, caberia à aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, o que não pode ser exigido no presente lançamento.

Ante ao exposto, constato que o valor do ICMS SUBSTITUIÇÃO destacado no DANFE 631.396, cópia à fl. 03, objeto do presente lançamento, está de acordo com a legislação pertinente, não sendo cabível exigência do imposto antes da entrada das mercadorias neste Estado da Bahia. Tal fato, seria motivador de nulidade do presente lançamento, entretanto, com fulcro no Art. 155, parágrafo único do RPAF/BA, concluo pela insubsistência da exigência fiscal, por ter restado comprovada a inexistência de débito a ser exigido.

Ademais, constato que de acordo com os documentos trazidos pela defesa, fls. 67 a 70, a referida nota fiscal encontra-se escriturada em sua escrita fiscal e fora objeto da apuração mensal do ICMS-ST, mês de julho de 2018, e o débito total apurado, recolhido através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, em 09/08/2018, conforme documentos de fls. 72 a 75.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **099883.0407/18-7**, lavrado contra **CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2019.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR