

**PROCESSO** - A. I. Nº 099883.0340/18-0  
**RECORRENTE** - CERVEJARIAS KAISER BRASIL S. A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0003-03/19  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/01/2021

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. RETENÇÃO A MENOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NESTE ESTADO. Restou provado que o valor devido das duas receitas do ICMS-ST (ICMS-ST “propriamente dito” e ICMS-ST FECP), lançando-se por terra a exigência fiscal em tela. Encontra-se equívoco cometido pela JJF, pois não foi observou que no documento fiscal, o valor do ICMS-ST FECP retido encontrava-se destacado no documento fiscal ao campo “Valor do ICMS Substituição” (R\$32.989,34), ignorou o ICMS-ST FECP (R\$3.178,39) destacado em outro campo do documento fiscal (Descrição do Produto) já que não existe campo específico para tal. Apenas como observação, assinala-se que o valor destacado do ICMS-ST no DANFE nº 624.691 não foi de R\$32.939,34, mas sim de R\$32.989,34. Entende-se que o imposto das duas receitas (ICMS-ST e ICMS-ST FECP) havia sido retido a menor justamente o julgamento da Junta Julgadora, valor exatamente igual ao imposto destacado no documento fiscal. O fato que motivou a pertinente insurgência da empresa recorrente com a qual me alinho, não existiu qualquer infração a ser exigida no trânsito de mercadorias, muito menos, ser lavrado um Auto de Infração. O imposto devido (ICMS-ST e ICMS-ST FECP) não tenha sido recolhido da forma correta para o mês de junho de 2018, cabe à **fiscalização de estabelecimento** apurar, o que, neste momento, não tem qualquer relevância para o desfecho da presente lide. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0003-03/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/06/2018, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$39.346,69, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

*Infração 01 - 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 acorde ou protocolo, referente ao DANFE N° 000.624.691, das mercadorias enquadradas no Anexo Único do RICMS/BA, NCM/SH 22030000 (cervejas).”*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 11 a 27. Asseverou

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, §13º, 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. Alegou a improcedência da autuação devido ao pagamento já efetuado.

Disse 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.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 85 a 87. Defendeu que a ação fiscal foi devidamente fundada com base nos preceitos do Protocolo ICMS 10/91 e no art. 289 do RICMS-BA/12. Revelou que o art. 332 do RICMS-BA/12 trata dos prazos de recolhimento do imposto e das mercadorias sujeitas à Substituição Tributária.

Prossseguiu 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.

Em nova manifestação, fls. 92 a 100, a empresa autuada assinalou 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, letra “g”, item I do RICMS-BA/12.

Observou 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%. Assinalou 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.

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para a 3ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação 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, a seguir transcrita:

“(....)

*De inicio, 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.*

*Constatou 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 I 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:*

*I - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-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, entendo 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 comprehendeu 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 expendido, concluo pela subsistência parcial da autuação no valor de R\$36.167,73.

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

Diante da decisão exarada pela 3ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs o seguinte Recurso Voluntário, o qual passo a relatar, em síntese.

Inicialmente, a empresa recorrente tratou do fato de que se trata de um recurso tempestivo. Em seguida, explanou as razões de reforma do Acórdão recorrido, destacando que houve um equívoco na lavratura do Auto de Infração, o qual desconsiderou as reduções da base de cálculo do ICMS/ST, previstas no artigo 268, inciso XLVIII, alínea “a” e no artigo 289, §13º, ambos do RICMS/BA, majorando, indevidamente, o valor do imposto devido e ensejando equivocadamente a lavratura da presente autuação guerreada.

Relatou que embora tenha-se acolhido no Acórdão *a quo* a apuração defendida pela recorrente em suas peças defensivas, no sentido de que a incidência correta do ICMS/ST para a operação em tela seria de R\$ 36.167,73, o mesmo Acórdão afastou a aplicação do artigo 156, inciso I do CTN, invocado pela recorrente para a declaração de extinção do débito tributário pago por meio de apuração mensal, procedida nos moldes do regime de conta corrente fiscal (art. 332, inciso I, aliena “a” do RICMS/BA).

Esclareceu que com base no referido regime de apuração fiscal, a recorrente apurou, no último dia de cada mês, o ICMS/ST a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, cuja data do vencimento do pagamento do tributo é o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 332, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA:

Afirmou possuir cadastro de Inscrição Estadual (IE) 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) (doc. 03 da Impugnação Administrativa).

Explicou que no momento da realização do seu cadastro para figurar como Contribuinte Substituto nas operações interestaduais, a Recorrente optou pela apuração do ICMS sob a modalidade de “*conta corrente fiscal*” prevista no artigo 304, do RICMS/BA.

Alegou que como a presente autuação versa sobre uma operação ocorrida em junho de 2018, se mostra indevida a exigência do pagamento antecipado do ICMS na barreira, considerando que a recorrente fazia jus ao recolhimento do ICMS/ST pelo regime “*conta corrente fiscal*”, cujo vencimento se daria em momento posterior ao da lavratura do presente auto de infração. Nesse sentido, uma vez ocorrido o fato gerador em 18 de junho de 2018, o vencimento da obrigação se deu tão somente no dia 09 de julho de 2018.

Esclareceu que em atendimento as regras contidas na legislação Baiana, a recorrente ao emitir a Nota Fiscal nº 000.624.691 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, em mês posterior.

Observou que em relação a Nota Fiscal nº 000.624.691 de saída, objeto deste processo, foi devidamente escriturada no Livro Fiscal competente. E, considerando 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, a recorrente apurou o saldo “a pagar” de R\$ 5.920.232,99. Saldo este que foi devidamente pago conforme GNRE’s e comprovantes de pagamento, anexos (doc. 10 da Impugnação Administrativa).

Alegou que apesar de todos elementos que evidenciam que a recorrente, dentro do valor global recolhido tempestivamente para a competência do mês de junho de 2018, recolheu o valor de ICMS/ST e de FUNCEP/ST, no montante de R\$ 36.167,73, relativos à operação fiscalizada, o V. Acórdão ainda assim entendeu por bem que tal forma de recolhimento não seria aplicável para este caso, asseverando que a empresa deveria ter recolhido este valor individual de R\$ 36.167,73 antecipadamente, isto é, antes da entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Este entendimento manifestado no voto condutor se baseia no raciocínio de que a recorrente teria procedido “à retenção (...) em valor inferior ao estatuído na legislação baiana (...) o que faria com que fosse neste caso “(...) devida a exigência do imposto antes da entrada no território deste Estado”. Entendimento presente também em outros trechos do V. Acórdão.

Em suma, o V. Acórdão recorrido se firmou no sentido de que a empresa teria destacado valor menor do que R\$ 36.167,73 em sua Nota Fiscal nº 000.624.691 e que, por isso, o valor do ICMS/ST quanto a tal operação deveria ser recolhido antecipadamente, nos moldes do artigo 332, inciso III, “g”, item I do RICMS/BA, e não por meio da apuração mensal sob o regime de conta corrente fiscal (artigo 332, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA).

Afirmou que tal juízo de realidade se encontra equivocado e se deu por análise superficial quanto aos destaques constantes na Nota Fiscal nº 000.624.691. Quanto a este ponto, esclareceu que o valor exato de R\$ 36.167,73, corretamente apurado - apesar de não ter sido observado pelo V. Acórdão recorrido - foi sim devidamente destacado pela recorrente na Nota Fiscal nº 000.624.691, na qual, em cada respectivo campo, constam as informações relativas ao ICMS/ST (valor de R\$ 32.989,34, destacado no campo "Valor do ICMS Substituição") e ao FUNCEP/ST (valor de R\$ 3.178,39, destacado no campo "Descrição do Produto/Serviço" e no campo "Dados Adicionais: Informações Complementares") que foram retidos pela Recorrente.

Desse modo, a recorrente defendeu 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.

Diante do exposto, requereu que seja dado provimento ao seu Recurso Voluntário, reformando parcialmente o V. acórdão de modo que, diante da comprovação do correto destaque e recolhimento do ICMS/ST exigido pela Fiscalização, seja integralmente cancelada o Auto de Infração nº 0998830340/18-0.

Subsidiariamente, que seja determinada a perícia fiscal dos documentos fiscais apresentados, cuja análise tem o condão de elidir a cobrança equivocada do imposto, que foi pago na apuração mensal da recorrente.

Em cumprimento ao parágrafo único do 145 do RPAF/BA, apresentou os seguintes quesitos:

- 1) Queira o ilustre perito esclarecer se a Recorrente 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;
- 2) Queira o ilustre perito esclarecer se diante do regular cadastro mencionado no quesito 1º, a Recorrente 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.
- 3) Queira o ilustre perito esclarecer, com base no robusto conjunto probatório, se o ICMS/ST de que trata a Nota Fiscal nº 000.624.691 está: (i) refletido na apuração mensal de junho de 2018; (ii) escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS de junho de 2018; e (iii) pago por intermédio das competentes guias e comprovantes ora apresentados.
- 4) Queira o ilustre perito esclarecer se, da análise dos destaques procedidos Nota Fiscal nº 000.624.691, é possível concluir que a Recorrente destacou a retenção de R\$ 36.167,73 (composto por R\$ 32.989,34 de ICMS/ST e R\$ 3.178,39 de FUNCEP/ST).

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

O presente processo administrativo legal foi encaminhado para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, sob minha relatoria, para ser devidamente instruído. Neste sentido, passo a exarar o seguinte voto com base nas alegações recursais, nos documentos apresentados e na legislação aplicável.

Fez presente a advogada, na sessão de videoconferência, Dra. Priscila Caroline Coelho – OAB/SP Nº 422.876 e OAB/SC Nº 49.261, para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

## VOTO

Como acima relatado, trata-se de Recurso Voluntário para combater o Auto de Infração, em epígrafe, contendo uma única infração. A referida infração restringe-se ao entendimento fiscal do agente de tributos de que o sujeito passivo efetuou a menor a retenção do imposto com o consequente recolhimento a menos do ICMS ST concernente 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 dos autos. A autuação foi lavrada no trânsito de mercadorias no Posto Fiscal Honorato Viana/Ba.

A DANFE da NF-e que gerou o presente lançamento fiscal foi o de nº 000.624.691 (fl. 04), datado de 18/06/2018, referente à venda de 1.092 caixas de **cerveja em garrafa de vidro** (“Amstel Puro Malte 600ml – Ret 24 un). Neste documento fiscal (fl. 04) constam consignados como valores do ICMS retido:

No campo “VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO” – R\$32.989,34. No campo “Descrição do Produto” – BC FCP ICMS/ST R\$158.919,29 / Valor FECP ICMS/ST R\$3.178,39. Assim sendo, tais valores retidos e indicados no documento fiscal totalizam R\$36.167,73.

A apuração do **imposto retido**, por responsabilidade tributária incontroversa, inerente a referida operação comercial, a empresa recorrente autuada deve calcular o ICMS-ST propriamente dito, bem como, o adicional de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre a base de cálculo do ICMS-ST, como impõe o art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Em assim sendo, a alíquota a ser aplicada no caso é de 25% (trata de cerveja – art. 16, II, “b” da referida lei) mais o adicional de 2% do FCP.

Contudo, como bem pontuou a e. JJF, a “cerveja” tem redução de base de cálculo nas operações internas *de forma que a carga tributária incidente corresponda a 25% (art. 268, XLVIII)*. E, como a venda tratou de cerveja acondicionada em embalagem de vidro, o RICMS/BA, no § 13º do art. 289, admite *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*, bem como, no seu § 14 indica a forma de cálculo para apuração da MVA correta para *determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária*.

Feita esta síntese da legislação posta a após análise dos argumentos de defesa e a manifestação do autuante, a e. JJF constatou que os cálculos elaborados pela empresa se encontravam corretos no valor por ela indicados (inclusive o cálculo da MVA), ou seja, R\$36.167,73, referente ao ICMS-ST e ao FECP ICMS-ST. Inclusive, a diferença de R\$0,70 entre os cálculos da empresa e do fiscal autuante (R\$36.168,43) quando de sua informação fiscal - momento em que admitiu procedeu a correção no cálculo do imposto inicialmente exigido por não ter considerado a redução de base de cálculo (art.289, XLVIII do RICMS/BA) - é tão irrisória que nada cabe acrescentar.

No entanto, na decisão de piso ocorreram duas falhas: a primeira por não ter elaborado um demonstrativo para apresentar qual o valor, *de per si*, do ICMS-ST e do FCP ICMS-ST, ou seja, englobou, tal como fez o próprio autuante quando do lançamento fiscal, embora na sua informação fiscal tenha tentado corrigir.

É mister ressaltar que se trata de duas receitas cujos objetivos são diversos: uma se refere ao ICMS-ST “propriamente dito” e a outra do ICMS-ST devido ao Fundo Estadual de Erradicação à Pobreza que devem ser calculados e recolhidos ao Erário na forma da legislação posta. Inclusive, a Secretaria de Fazenda editou a Portaria nº 133/2002 (em vigor) que dispõe a respeito dos procedimentos a serem observados sobre o recolhimento, **em separado**, do ICMS vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, bem como a sua escrituração. Desse modo, elas possuem logicamente códigos de receitas diversos para os seus recolhimentos, devendo ser apartadas uma da outra.

Esta situação gerou um demonstrativo de débito elaborado por este CONSEF de forma difícil de ser entendido, embora tenha seguido as determinações legais. No “*Relatório de Demonstrativo de Débito*” (fl. 176) elaborado após julgamento foram apartados os valores de cada receita. Restou consignado neste relatório que o ICMS-ST julgado devido é da ordem de R\$32.360,00, portanto menor do que aquele consignado no documento fiscal (R\$32.989,34) e o ICMS-ST FCP a ser exigido de R\$3.807,13. Ao analisar este último valor não se sabe qual a base de cálculo que foi tomada

para se chegar ao mesmo, uma vez que para que R\$3.897,13 corresponda a 2%, significa que a base de cálculo a ser tomada deveria ser R\$190.356,50, valor este completamente distorcido da realidade material contida nos autos.

Este fato, por si só, poderia gerar uma omissão da decisão ora recorrida, aliás como apontou a recorrente. Mas, em face ao meu convencimento sobre a presente lide em virtude das determinações do art. 2º do RPAF/BA, supero tal distorção para e avançar.

Outra falha encontra-se vinculado às determinações do art. 332 do RICMS/BA que assim dispõe:

*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 efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;*

Como restou provado nos autos, a empresa autuada está cadastrada neste Estado como responsável tributário pelo recolhimento do ICMS sobre as suas vendas realizadas à contribuintes deste Estado.

Possui prazo de pagamento do ICMS-ST devido a este Estado, que, conforme indicou é o dia 09 do mês subsequente ao da operação comercial de venda realizada. Assim sendo, apura o ICMS por conta corrente fiscal e recolhe o ICMS-ST através de GNRE (vide exemplo à fl. 79 dos autos) de todas as suas vendas realizadas do mês anterior. E, em documento de arrecadação apartado (nos autos consta DAE à fl. 81), o valor, também devido mensalmente, do ICMS-ST ao Fundo Estadual de Erradicação à Pobreza.

Como já indicado, no DANFE de nº 000.624.691 (fl. 04) destacou no campo “VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO” o valor de R\$32.989,34 e, como não existe campo específico no documento fiscal do ICMS-ST FECP, o informou no campo da “Descrição do Produto” no valor de R\$3.178,39.

Ressalto aqui que se correto o lançamento de ofício, a exigência fiscal estaria calcada nas determinações impostas no art. 322, II, “g”, 1 do RICMS/BA e a ação do preposto fiscal, lotado no trânsito de mercadoria, não mereceria conserto, pois não se deve esquecer que o imposto devido, e em questão, recaiu, exclusivamente, sobre o já nominado documento fiscal, não importando, neste específico momento, a forma como a empresa escritura e apura o valor a recolher mensalmente do ICMS-ST e ICMS-ST FECP.

Mas, como exposto, **este não é o caso da presente lide**. Ao longo deste processo restou provado que o valor devido das duas receitas do ICMS-ST (ICMS-ST “propriamente dito” e ICMS-ST FECP) era de R\$36.167,73 e não de R\$39.346,69, lançando-se por terra a exigência fiscal em tela.

Portanto, encontra-se o segundo equívoco cometido pela JJF. O n. Relator deixou de observar que no documento fiscal, o valor do ICMS-ST FECP retido encontrava-se destacado no documento fiscal. Como somente se atentou ao campo “Valor do ICMS Substituição” (R\$32.989,34), ignorou o ICMS-ST FECP (R\$3.178,39) destacado em outro campo do documento fiscal (Descrição do Produto) já que não existe campo específico para tal.

Transcrevo parte do voto da JJF para melhor compreensão:

[...]

*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.*

E, apenas como observação, assinalo que o valor destacado do ICMS-ST no DANFE nº 624.691 não foi de R\$32.939,34, mas sim de R\$32.989,34.

Em assim sendo, entendeu que o imposto das duas receitas (ICMS-ST e ICMS-ST FECP) havia sido retido a menor e julgou o presente PAF Procedente em Parte no valor de R\$36.167,73, valor exatamente igual ao imposto destacado no documento fiscal.

Por conseguinte, foi basicamente este fato que motivou a pertinente insurgência da empresa recorrente com a qual me alinho. No presente caso, não existiu qualquer infração a ser exigida no trânsito de mercadorias, muito menos, ser lavrado um Auto de Infração. Acaso, o imposto devido (ICMS-ST e ICMS-ST FECP) não tenha sido recolhido da forma correta para o mês de junho de 2018, cabe à **fiscalização de estabelecimento** apurar, o que, neste momento, não tem qualquer relevância para o desfecho da presente lide.

Pontuo que toda a análise ora apresentada foi totalmente baseada no DANFE de fl. 04 apresentado pela fiscalização quando da lavratura do Auto de Infração.

Cumpre-me ainda superar os quesitos trazidos pela recorrente nas suas alegações finais. Isto posto, voto pela PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe pelas razões exaustivamente expostas acima.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 099883.0340/18-0, lavrado contra **CERVEJARIAS KAISER BRASIL S. A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2020.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS