

**A. I. Nº** - 298624.0040/20-7  
**AUTUADO** - CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A  
**AUTUANTES** - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20/12/2021

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0179-03/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DESTINADAS AO ESTADO DA BAHIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Há suspensão da exigibilidade do crédito tributário quanto aos valores objeto de Medida Judicial. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pelos autuantes, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/08/2020, refere-se à exigência de R\$930.760,74 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.07.02: Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 29 a 40 do PAF. Informa que é empresa de grande porte nacional, e se dedica precipuamente a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata e sem álcool.

Por estar lotado no Estado de São Paulo, ressalta que por força do Protocolo ICMS 11/91, se submete ao recolhimento do ICMS por substituição tributária quando realiza operações interestaduais de venda destinadas ao Estado da Bahia.

Alega que restará demonstrado que o Autuante desconsiderou em seu levantamento a redução de base de cálculo prevista pelo art. 268, inciso XLVIII do RICMS-BA, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 16.739/2016, para as operações interestaduais com cerveja, o que majorou indevidamente a base de cálculo do ICMS-ST devido.

Ressalta que no mesmo sentido, em relação às operações autuadas com cerveja sem álcool e com cerveja em lata, o Autuante aplicou de forma incorreta a MVA ajustada de 197,60%, quando a MVA ajustada correta é de 179% para cerveja sem álcool e de 148% para as cervejas em lata.

Cita como exemplo a NF 137.804 (Doc. 03), que dispõe sobre uma das operações de venda que foram autuadas por meio desse Auto de Infração. Diz que vendeu seus produtos para empresa lotada neste Estado da Bahia, motivo pelo qual ficou obrigado ao recolhimento do ICMS-ST ao Estado da Bahia, por força do disposto no Protocolo ICMS nº 11/91, do qual tanto o Estado da São Paulo, quanto o Estado da Bahia, são signatários.

Afirma que as operações em questão estão sujeitas a duas reduções de sua carga tributária: (i) a primeira, prevista no art. 289, § 13 do RICMS-BA; (ii) a segunda, prevista no art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA, com redação dada pelo Decreto 16.739/2016. Analisou a planilha de aba única em formato Excel elaborada pelo autuante que embasa a presente autuação fiscal, verificou que:

- na coluna “BK” se encontram as bases de cálculo do ICMS-ST que o Autuante julga como corretas, e nas colunas “BL” e “BM”, respectivamente, se encontram os valores a recolher de ICMS-ST e Fundo de Pobreza que o Autuante julga devidos;
- em contraponto, na coluna “AV” está a base de cálculo utilizada pelo Impugnante e na coluna “AX” o valor efetivamente recolhido a título de ICMS-ST e Fundo de Pobreza;
- por fim, na coluna “BN” se encontra a diferença entre os valores que o Autuante julga como corretos a recolher ao Estado da Bahia a título de ICMS-ST e Fundo de Pobreza, e os valores efetivamente recolhidos.

Alega que analisando em detalhe a planilha em questão, nota-se que o Autuante deixou de considerar em seu levantamento a redução de base de cálculo prevista no art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA.

A título de exemplo diz que a operação autuada presente na Linha 886 representada pela NF 137.804 (Doc. 03), é possível notar que o Impugnante utilizou a base de cálculo de R\$184.879,21 e, por conseguinte, recolheu a título de ICMS-ST e Fundo de Pobreza o valor de R\$41.744,04.

Afirma que o Autuante considerou que a base de cálculo correta seria R\$199.684,07 e que o valor a ser recolhido de ICMS-ST e Fundo de Pobreza seria a soma de R\$41.451,57 (Célula BL 886) + R\$3.993,68 (Célula BM 886). Diz que analisando a fórmula que o Autuante utilizou para identificar a base de cálculo dessa operação, é possível verificar que o mesmo considerou uma redução de apenas 1% para a base de cálculo.

Entende que a redução aplicada diz respeito a primeira redução legal de carga tributária relatada anteriormente, qual seja, a redução de 1% sobre a base de cálculo prevista no art. 289, § 13 do RICMS-BA, para o produto cerveja, em vista do perecimento (quebra) que comumente ocorre com esse tipo de produto.

Diz que o Autuante deixou de considerar a segunda redução legal de base de cálculo, prevista no art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA, com redação dada pelo Decreto 16.739/2016, de acordo com a qual nas operações com cerveja a base de cálculo do tributo será reduzida de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda a 25%.

A redução prevista pelo art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA é de aproximadamente 7,41%. Essa redução somada à redução de base de cálculo de 1%, prevista pelo art. 289, § 13 do RICMS-BA, resulta numa redução total de base de cálculo de 8,41%.

Ressalta que o fator de redução de base de cálculo a aplicar a redução de 8,41% prevista pela legislação baiana é o de 0,9159, e não o índice de 0,99, incorretamente aplicado pelo Autuante. Substituindo o índice de 0,99 pelo índice 0,9159 na Célula “BK 886” encontraremos o valor de base de cálculo a ser aplicado de R\$184.738,02 que é inferior ao utilizado pelo Impugnante de R\$184.879,21.

Apresenta a conclusão de que não apenas possui valores a recolher, como pagou ICMS-ST a mais, e possui valores a receber. Dessa forma, requer seja feito o levantamento, com a devida aplicação do art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA, inclusive por meio de diligência, nos termos dos arts. 123, § 3º e 145, ambos do RPAF-BA, e que ao final seja julgado improcedente a parte autuada com base nessa premissa.

Prosseguindo, alega que o Autuante também considerou indevidamente a MVA de 197,60% para todos os produtos autuados. Diz que essa MVA se refere ao ajuste da MVA interna de 140% para operações interestaduais com alíquota de 7%, quando a operação interna possuir alíquota de 25%, conforme se observa pela calculadora disponibilizada no sítio eletrônico do próprio Impugnado.

Afirma que essa MVA é aplicável somente às cervejas alcoólicas de garrafa e, dentre os produtos que tiveram suas operações autuadas se encontram o produto CERVEJA ITAIPAVA PILSEN 0,0% ÁLCOOL LONG NECK 335 ML (Cerveja sem álcool), e o produto CERV ITA PILS LT 350 ML (Cerveja Itaipava em lata), aos quais se aplicam MVAs inferiores.

Quanto à Cerveja sem álcool, diz que não se trata de produto alcoólico, não se aplicando a alíquota interna de 25%, mas sim, a alíquota básica de ICMS no Estado da Bahia, qual seja, a alíquota de 18%, conforme disposto no art. 15, I da Lei Estadual nº 7.014/96.

Somando a essa alíquota de 18% o percentual de 2% previsto pela legislação baiana a título de Fundo de Pobreza, se encontra uma alíquota interna de 20%. Assim, considerando a MVA interna de 140% prevista pela legislação baiana para a cerveja sem álcool, e a alíquota interna de 20%, temos uma MVA aplicável ao caso de 179%.

Diz que se trata da MVA aplicada nas suas operações autuadas, devendo ser feito o levantamento, inclusive via diligência, para que se considere a alíquota interna de 20%, e se aplicar a MVA de 179%, momento em que restará claro que houve a utilização correta e não foi realizada retenção a menos do ICMS-ST.

Em relação à cerveja em lata alega que o RICMS-BA atualmente vigente, determinou em seu Anexo 1 que a MVA aplicável para as operações internas é 100%, conforme redação vigente até ser modificada pelo Decreto 18.406/2018, que modificou a MVA incidente sobre cervejas em lata para 140%, e que entrou em vigor somente no dia 01/06/2018, conforme art. 6º do referido diploma.

Informa que ao tomar ciência da publicação do Decreto Estadual 18.406/2018, que alterou a MVA interna para cervejas em lata no Estado da Bahia para 140%, analisou e entendeu que continha ilegalidades e inconstitucionalidades que invalidavam sua aplicação.

Certa de seu direito, junto com outras empresas cervejeiras, por meio da Associação CervBrasil, que as representa, recorreu ao Poder Judiciário para se proteger de eventual cobrança tributária descabida em seu comércio de cerveja em lata.

Diz que a CervBrasil impetrou o Mandado de Segurança nº 0501506.72.2019.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no qual pugnou primeiramente fossem suas associadas (dentre as quais a Impugnante) autorizadas via liminar a realizarem a apuração e recolhimento do ICMS-ST referente às cervejas em lata utilizando a MVA de 100% e, num segundo momento, fosse o *mandamus* julgado procedente, garantindo às associadas da CervBrasil recolher o ICMS-ST referente às cervejas em lata utilizando a MVA de 100%.

Afirma que as empresas associadas à CervBrasil corriam sério risco econômico ante ao inconstitucional e ilegal Decreto que majorou a MVA das cervejas em lata, a Juíza responsável pelo Mandado de Segurança, Dra. Juliana de Castro Madeira Campos, deferiu a liminar pleiteada (Doc. 05 – fls. 173/176 do PAF) determinando que a Impugnada estaria proibida de tomar qualquer medida coercitiva, com por exemplo a lavratura de Auto de Infração, em relação às empresas associadas da CervBrasil.

Diz que a tutela deferida na mencionada decisão se encontra vigente. Assim, o crédito tributário referente aos 40% de aumento de MVA para as cervejas em lata se encontra suspenso, nos termos do que dispõe o art. 151, inciso IV do CTN.

Registra que o STJ já se manifestou em sede de Recurso Repetitivo, no REsp nº 1.140.956/SP que, estando a exigibilidade do crédito tributário suspensa, fica o Fisco impedido de realizar qualquer ação coercitiva para sua cobrança, inclusive a lavratura de Auto de Infração. Ou seja, o Impugnante não pode ser autuado por utilizar MVA de 100% para as cervejas em lata, vez que está resguardada por tutela judicial proferida no Mandado de Segurança nº 0501506.72.2019.8.05.0001.

Destaca que o referido Decreto Estadual nº 18.406/2018 possui diversas ilegalidades e inconstitucionalidades. A primeira que se aponta é o fato de a MVA ter sido majorada por meio

de Decreto. Cita o art. 150, inciso I da CF/88 e diz que houve clara ofensa ao dispositivo constitucional indicado, bem como, à Lei Complementar nº 87/96 e ao próprio art. 98 do Código Tributário Nacional. A esse respeito, cita decisão do STF.

Afirma que a segunda ilegalidade, diz respeito à falta de utilização de critérios legais para majoração da MVA. Menciona o art. 150, § 7º da Constituição Federal e o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, estabelecendo que cabe à Lei Complementar dispor sobre a substituição tributária. E assim o fez a Lei Complementar nº 87/96, cujo art. 8º tratou da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária.

Ressalta que, com o advento do Decreto Estadual nº 18.704/2018, passou a exigir a MVA de 140% para Cervejas em Lata, ou seja, houve majoração substancial da MVA sem qualquer justificativa, sem que o Estado apresentasse qualquer estudo de mercado capaz de justificar tamanho aumento.

Diz que o Estado da Bahia também não respeitou o requisito previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal, que exige que a MVA leve em consideração informações obtidas junto a entidades representativas dos respectivos setores.

Acrescenta que o STJ tratou da definição de preço final presumido ao consumidor final, que segue lógica similar à estipulação da MVA, ou seja, depende de pesquisas de mercado para ser estipulada, de forma que reflita a realidade econômica do mercado. Neste caso, o STJ só admitiu a estipulação de preço final presumido a consumidor final porque baseado em preços indicados em revista especializada do setor.

Conclui que em relação às operações com cervejas em lata que compõem a autuação, necessário que seja feito o levantamento, inclusive via diligência, para que seja considerada a MVA ajustada de 148%, sendo julgada essa parte da autuação improcedente.

Requer seja feito o lançamento considerando (i) redução tributária prevista pelo art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA; (ii) a alíquota interna de 20% para cerveja sem álcool, de forma que a MVA ajustada aplicável a esse produto seja de 179%; e (iii) seja considerada a MVA de 100% para cervejas em lata, de forma que a MVA ajustada aplicável a esse produto seja de 148%. Pede a improcedência do presente Auto de Infração e protesta pela realização de sustentação oral.

O autuante presta informação fiscal às fls. 79 a 82 dos autos. Afirma que não obstante a presença de alegações razoáveis, reproduz trechos da defesa, acatando a sua tempestividade. Diz que o Defendente faz três contestações: a primeira, é quanto à redução da base de cálculo do ICMS-ST prevista na lei; a segunda, trata da MVA para cerveja sem álcool, e a terceira se refere à MVA de cervejas em lata.

Diz que os argumentos defensivos procedem em parte e que revisou todo o PAF e dos 35 lançamentos, teve que alterar 07: No ano de 2017, meses de janeiro, de R\$20.932,71 para R\$3.858,20; fevereiro, de R\$36.143,36 para R\$6.705,07; março, de R\$86.607,37 para R\$11.493,29; maio, de R\$11.810,22 para R\$34,91; julho, de R\$7.162,99 para R\$97,80; agosto, de R\$17.205,42 para R\$131,22. No ano de 2018, mês de fevereiro, de R\$65.882,05 para R\$161,99.

Informa que houve uma redução substancial do histórico lançado, de R\$930.760,74 para R\$707.499,43, conforme se pode verificar na planilha constante na mídia que acostou ao PAF.

Esclarece que em janeiro de 2017 tinha trabalhado com MVA de 197,60% e a MVA de cerveja sem álcool é 179% (cerveja sem álcool em garrafa), como reconhece o Impugnante em sua defesa e prescreve a legislação pertinente. Mantém o desconto de 1% previsto para compensar as quebras, conforme art. 289, § 13 do RICMS-BA. Reduziu a alíquota para 18% que antes estava em 25% e cobrou 2% do combate à pobreza. Feitos esses ajustes, houve redução significativa do débito. Diz que em fevereiro de 2017, repetiu a operação com cerveja sem álcool e ajustou o valor cobrado.

Quanto ao mês de março de 2017, informa que repetiu a operação descrita anteriormente para cerveja sem álcool e em relação à cerveja em lata, tinha trabalhado com MVA de 197,60%, mas a MVA de cerveja em lata é 148%, como reconhece o Impugnante em sua defesa e prescreve a

legislação pertinente. Informa que retirou o desconto de 1%, já que não há previsão de quebra em embalagem de lata de alumínio, e a alíquota continua 25%. Feitos esses ajustes houve redução significativa do débito.

Sobre os meses de maio, julho e agosto de 2017, informa que houve alteração somente quanto à cerveja sem álcool, como descrito acima.

Em fevereiro de 2018, houve a mesma alteração descrita acima com cerveja em lata, redução de MVA, retirando o desconto de 1% e mantendo a alíquota.

Frisa que a partir de 01/06/2018 há unificação da MVA de cervejas em 197,60% e cervejas sem álcool para 179%. Os ajustes foram realizados, esperando ter pacificado a controvérsia em relação às MVAs.

Em relação à redução de base de cálculo, reproduz o exemplo apresentado pelo Impugnante à fl. 31 (verso) do PAF. Informa as duas maneiras de calcular, tanto reduzindo a Base de Cálculo, quanto usando a carga reduzida, o resultado é o mesmo.

Diz que a empresa fez, foi usar o redutor e aplicar depois de reduzida a base de cálculo, a alíquota também reduzida de 25%, quando deveria usar 27%.

O Defendente apresentou manifestação às fls. 99 a 106 do PAF. Ressalta que, analisando a informação fiscal, é possível notar que o Autuante reconhece parte do alegado pela defesa. Contudo, em que pese o acerto parcial do Auditor Fiscal, ainda existem inconsistências na autuação.

Em relação às cervejas em lata, diz que o Autuante informou que no período anterior à 01/06/2018 (data em que o Decreto Estadual nº 18.406/2018 entrou em vigor majorando a alíquota das cervejas em lata) reduziu a MVA anteriormente aplicada de 197% para 148%. Contudo, o Autuante ignorou completamente que após esse período deveria ser mantida a mesma alíquota, haja vista a existência de liminar vigente que foi concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Bahia, no processo de Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, que fora impetrada pela Associação CervBrasil em nome de suas associadas, incluindo o Impugnante, sendo que a referida liminar garantiu às associadas da CervBrasil recolher o ICMS-ST sobre as cervejas em lata com MVA de 100%. Diz que a referida liminar foi publicada no dia 28/02/2019, data anterior à lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à redução da base de cálculo, informa que analisando a planilha elaborada pelo Autuante, cita como exemplo a NF 137804, de acordo com o Auditor Fiscal, o valor correto seria de R\$45.445,25. Diz que por um lapso, na Impugnação desse Auto de Infração, no parágrafo 3.1.8 deu a entender que de fato o valor de R\$41.451,57 seria referente à soma dos valores de ICMS-ST e Fundo de Pobreza da nota fiscal tomada como exemplo.

Esclarece que essa informação não condiz com a realidade, o que de fato quis dizer e que realmente ocorre, é que o valor de R\$41.744,04 diz respeito somente ao recolhimento do ICMS-ST. Isso porque, com a entrada em vigor em 2018 da Nota Técnica 2016.002, com fins de alterar o leiaute da NF-e, o fundo de Pobreza ST passou a não ser destacado na NF junto ao ICMS ST, sendo feita referência no campo de Informações Complementares, dentro do campo de Dados Adicionais.

Informa que em obediência a esse mandamento legal, a partir de 2018, passou a informar o Fundo de Pobreza ST não mais junto ao destaque do ICMS ST, mas nas informações complementares e também na descrição dos produtos (DANFE da NF 137.804 – Doc. 03). Diz que o Autuante erra quando considera que o valor de R\$41.744,04 diz respeito a soma do ICMS ST e o Fundo de Pobreza ST e propõe nova cobrança do Fundo de Pobreza.

Informa que no SPED e o XML da NF, é possível verificar que em relação à NF 137.804 foi recolhido o valor de R\$45.441,63, relativo à soma R\$41.744,04(ICMS ST) + R\$3.697,59 (Fundo de

Pobreza ST (Doc. 4). Conclui que o Autuante desconsiderou os valores já recolhidos e requer novo recolhimento, o que não pode prosperar.

Afirma que o trabalho apresentado na informação fiscal ainda apresenta inconsistências, motivo pelo qual o Impugnante reitera os termos de sua impugnação e pedidos, especialmente quanto à necessidade da realização de diligência, nos termos dos arts. 123, § 3º e 145, ambos do RPAF, para que ao final seja o presente Auto de Infração julgado improcedente. Reitera o pedido para realização de sustentação oral.

O Autuante presta nova informação fiscal à fl. 188 do PAF. Diz que na informação fiscal anterior, fez todas as ponderações que achou pertinente e ratifica o seu entendimento.

Em relação à liminar em Mandado de Segurança (fls. 99/100), informa que atendeu ao que estabelece o Anexo 1 do RICMS-BA, obedecendo a legislação estadual quanto à MVA da cerveja em lata.

Acerca do documento à fl. 160 (verso), “Campos do DANFE” diz que os valores informados por item, tem campos específicos que devem ser preenchidos, são informações essenciais para o Fisco. Além disso, o valor total do Fundo de Combate a Pobreza deve constar em “informações adicionais” sem as informações específicas não há como comparar/verificar os cálculos. Diz ser impossível auditar o valor do pagamento mensal, já que se não todos, mas quase todos os produtos comercializados pagam o mencionado Fundo e o DAE é único.

Às fls. 192/193 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências pelo AUTUANTE:

1. Elaborasse dois demonstrativos: (i) um para ICMS-ST sobre as cervejas em lata, objeto do Mandado de Segurança mencionado pelo defendente; (ii) outro demonstrativo para as demais mercadorias.
2. Em relação ao Fundo de Pobreza ST, apurasse se houve o recolhimento efetivo, com o destaque em separado do ICMS ST, conforme alegado nas razões de defesa, e considerasse no levantamento fiscal o recolhimento que fosse comprovado quanto ao mencionado Fundo de Pobreza ST, apurando o débito remanescente em cada mês.

A Inspeção Fiscal providenciasse a entrega ao autuado de cópias do encaminhamento de diligência e de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O Autuante José Macedo de Aguiar informou às fls. 197/199 que os demonstrativos foram elaborados separadamente e estão anexos (fls. 200 e 201). Diz que tem a comentar duas circunstâncias. Até maio de 2018, a empresa destacava o Fundo de Pobreza ST, e a partir dessa data, não há destaque do Fundo de Pobreza, o valor é lançado nas “informações acessórias” das notas fiscais, efetuando o recolhimento, o que pode ser comprovado verificando o SIGAT x Levantamento realizado (fls. 202 a 210).

Informa que fez essa observação porque um dos levantamentos feitos com a cerveja em lata é de julho de 2018, e teve que ser revisto, estando do lado direito da planilha (fls. 200/201). A respeito da liminar em Mandado de Segurança, afirma que não impede a autuação (ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/20 – VD).

Em relação ao Fundo de Pobreza ST, no que se refere ao período de janeiro de 2017 a maio de 2018, diz que não procede o comentário do Defendente, já que há lançamento/destaque e recolhimento do Fundo de Pobreza, que foi detectado pela Fiscalização devido ao destaque nas notas fiscais, sendo assim, pôde ser recepcionado nas planilhas do levantamento. Após essa data, a partir de junho de 2019 o FCP começou a ser lançado em “Informações Acessórias”. A partir de então, o Fisco, com um cálculo simples de 2% da Base de Cálculo ST do Defendente x

Recolhimento SIGAT, verificou a igualdade e o efetivo recolhimento, com isso, diz que ajustou os valores e cobrou a diferença, reduzindo substancialmente a cobrança (fls. 211 a 224).

Comenta que em relação à informação fiscal (fl. 109), se reduzida a Base de Cálculo ST ou não, variando alíquota, o valor final do imposto é o mesmo. Indica os valores remanescentes à fl. 198.

Valores remanescentes:

Jan/17- 3.858,50 Fev/17- 6.705,07 Mar/17- 11.493,29 Abr/17- 136,53 Mai/17- 34,91 Jun/17- 67,68 Jul/17- 97,80 Ago/17- 131,22 Set/17- 135,28 Out/17- 103,04 Nov/17- 146,86 Dez/17- 178,99 Jan/18 - 150,50 Fev/18 - 161,99 Mar/18 - 49,00 Abr/18 - 45,63 Mai/18 - 35,41 Jun/18 - 61,74 Jul/18 - 51,72 Ago/18 - 70,08 Set/18 - 25,49 Out/18 - 100,60 Nov/18 - 62,70 Dez/18 - 62,66 Jan/19 - 46,75 Fev/19 - 24,00 Mar/19 - 25,56 Abr/19 - 23,09 Mai/19 - 44,36 Jun/19 - 8,08 Jul/19 - 7,14 Ago/19 - 6,03 Set/19 - 00,00 Out/19 - 7,68 Nov/19 - 12,72 Dez/19 - 3,66.

O defendente foi intimado e apresentou manifestação às fls. 228 a 231 do PAF. Diz que é possível notar que em resposta ao pedido de diligência formulado por esta Junta de julgamento Fiscal, o Auditor Fiscal responsável, corretamente reconheceu boa parte das alegações defensivas, referente à inexistência de tributo a ser cobrado nesses autos, o que reduziu substancialmente os valores cobrados aos montantes destacados pelo Autuante à fl. 198.

Ressalta que na mesma resposta, o Autuante alegou que a respeito da liminar em mandado de segurança não impede a autuação.

O defendente entende que tal afirmação não procede, pois, como destacado na manifestação apresentada após a Informação Fiscal, referida liminar foi publicada no dia 28/02/2019, data anterior à lavratura do presente Auto de Infração, cuja postagem ocorreu no dia 08/09/2020. Diz que esse é o entendimento esposado pela 6ª JF, conforme Acórdão 0314-06/20. Reproduz a ementa e o voto do relator.

Requer seja considerada a liminar, com fins a extinguir a exação no que diz respeito à diferença de MVA para as cervejas em lata cobradas pela SEFAZ.

Reitera os argumentos já aventados em sede de impugnação e em manifestação à informação fiscal. Reforça os pedidos feitos na inicial, para que ao final seja o presente Auto de Infração julgado improcedente.

Também reitera o pedido para realização de sustentação oral, e informa que aproveita o ensejo para atualizar sua procuração nos autos.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Guilherme Duran Galassi, OAB-SP Nº 365.743.

#### **VOTO**

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao mérito, a autuação fiscal se refere a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019.

O art. 150, § 7º da Constituição Federal estabelece que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente. Neste caso, a lei elege uma terceira pessoa para

cumprimento da obrigação tributária, em lugar do contribuinte natural. Em síntese, a substituição tributária pode ocorrer em três situações ou modalidades:

- a) substituição tributária por diferimento (postergação do lançamento e do pagamento do imposto);
- b) substituição tributária por retenção (o contribuinte que efetuar a venda fica obrigado a fazer a retenção do tributo que incidirá nas operações posteriores);
- c) antecipação tributária (o contribuinte faz o recolhimento antecipado do que incidirá nas operações que ainda realizará).

Por outro lado, para que seja efetivada a substituição tributária nas operações interestaduais é necessário que os estados celebrem acordos, que podem ser Convênios ou Protocolos. Neste caso, nas operações realizadas por contribuintes com mercadorias relacionadas em Convênios e Protocolos que instituam a substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário das mercadorias, na condição de contribuinte substituto.

O defendente demonstrou conhecimento quanto à matéria em questão, comentando sobre o regime de substituição tributária, alegando que o autuante laborou em equívoco na constituição da base de cálculo do imposto exigido. Disse que as operações em questão estão sujeitas a duas reduções de sua carga tributária: (i) a primeira, prevista no art. 289, § 13 do RICMS-BA; (ii) a segunda, prevista no art. 268, XLVIII, “a” do RICMS-BA, com redação dada pelo Decreto 16.739/2016.

Para melhor entendimento, vale reproduzir os dispositivos do RICMS-BA/2012, mencionados pelo Defendente.

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;
- b) chopes.

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 (pericemento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.

Item 3.14 03.021.00 2203 (NCM)

Prot. ICMS 11/91 -

Até maio de 2018

MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem) Cerveja em garrafa 207,20% (Aliq. 4%) 197,60% (Aliq. 7%)

MVA nas operações internas Cerveja em garrafa 140% Cerveja em lata 100%

A partir de junho de 2018: Cerveja 207,20% (Aliq. 4%) 197,60% (Aliq. 7%) 181,60% (Aliq. 12%)

Operações internas 140%

Em relação à cerveja em lata o Autuado alegou que o RICMS-BA atualmente vigente, determinou em seu Anexo 1 que a MVA aplicável para as operações internas é 100%, conforme redação vigente até ser modificada pelo Decreto 18.406/2018, que modificou a MVA incidente sobre cervejas em lata para 140%, e que entrou em vigor somente no dia 01/06/2018.

Disse que a CervBrasil impetrou o Mandado de Segurança nº 0501506.72.2019.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no qual pugnou



primeiramente fossem suas associadas (dentre as quais a Impugnante) autorizadas via liminar a realizarem a apuração e recolhimento do ICMS-ST referente às cervejas em lata utilizando a MVA de 100%. Foi deferida a liminar pleiteada, determinando que a Impugnada estaria proibida de tomar qualquer medida coercitiva, com por exemplo a lavratura de Auto de Infração, em relação às empresas associadas da CervBrasil.

O Defendente também alegou que a partir de 2018, passou a informar o Fundo de Pobreza ST não mais junto ao destaque do ICMS ST, mas nas informações complementares e também na descrição dos produtos, citando como exemplo o Danfe da NF 137.804.

Considerando as alegações defensivas e em atendimento à Diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal o Autuante José Macedo de Aguiar informou às fls. 197/199 que foram elaborados separadamente demonstrativos indicando cerveja em lata, objeto da Medida Judicial (fls. 200/201 do PAF). Disse que um dos levantamentos feitos com a cerveja em lata é de julho de 2018, e teve que ser revisto, estando do lado direito da planilha (fls. 200/201).

Em relação ao Fundo de Pobreza ST, no que se refere ao período de janeiro de 2017 a maio de 2018, informou que há lançamento/destaque e recolhimento do Fundo de Pobreza, que foi detectado pela Fiscalização devido ao destaque nas notas fiscais, sendo assim, pôde ser recepcionado nas planilhas do levantamento. Após essa data, a partir de junho de 2019 o FCP começou a ser lançado em “Informações Acessórias”. Foram efetuados os ajustes e apuradas as diferenças devidas, reduzindo substancialmente a cobrança, conforme fls. 211 a 224. Indicou os valores remanescentes à fl. 198.

Observo que os cálculos refeitos pelo Autuante atendem aos argumentos apresentados pela Defesa, inclusive em relação ao recolhimento do imposto referente ao Fundo de Combate à Pobreza, lançado em “Informações Acessórias”, conforme relatado na última informação fiscal.

Quanto à Liminar, exarada em sede de Medida Judicial, entendo que a mencionada medida não tem o condão de desconstituir lançamento efetuado, considerando que a constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e prevista em lei. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário (valores apurados no demonstrativo do autuante à fl. 200) não afeta o direito de o Fisco efetuar seu lançamento de ofício. A liminar em Mandado de Segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.

Acato as informações prestadas pelo Autuante e concluo pela procedência parcial do presente lançamento, de acordo com os valores remanescentes indicados na informação fiscal (fl. 198 do PAF), comprovando o recolhimento a menos do imposto.

Face ao 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 **298624.0040/20-7**, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.175,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA