

A. I. Nº 269616.0002/20-0
AUTUADO CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.
AUTUANTES WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 09/06/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0080-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, em relação à parcela da exigência fiscal alcançada pela liminar concedida, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário, ficando suspensa a exigibilidade do respectivo crédito tributário. Observado na apuração do imposto devido, relativo à parcela da exigência fiscal não alcançada pela liminar, que foram atendidos todos os critérios que norteiam a apuração do imposto devido por antecipação tributária nas operações com cerveja. Auto de infração **PROCEDENTE** em relação à parcela não alcançada pela liminar e **DEFESA PREJUDICADA** em relação à exigência fiscal cuja matéria encontra-se sub judice. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 08/02/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 1.661.577,89, em decorrência de retenção a menor do ICMS, e o consequentemente recolhimento a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados neste Estado (08.07.02), ocorrido nos meses de janeiro de 2018 a janeiro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 34 a 61. Alegou que grande parte da autuação é nula por se referirem às operações com cerveja em lata ocorridas no período de junho a dezembro de 2018, pois o cálculo do imposto estava amparado por decisão judicial decorrente do mandado de Segurança nº 0542162-08.2018.8.05.0001, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que assegurou a aplicação da MVA de 100% em lugar da MVA de 140% adotada pelos autuantes (fls. 177 a 179).

Destacou que a decisão judicial não admite que o Estado prossiga constituindo débitos para exigir a aplicação da MVA de 140% como se o autuado estivesse cometendo ofensas à lei. Admitiu, no entanto, o lançamento com a finalidade de prevenção da decadência, mas com suspensão da exigibilidade e sem a imposição de multa.

Afirmou, também, que os autuantes não consideraram na apuração do imposto devido o valor do crédito de ICMS relativo às devoluções de vendas de mercadorias, ocorridas no período de fevereiro a maio de 2018, no valor de R\$ 35.878,40. Apresentou GIAs onde constam o registro das referidas devoluções (fls. 50 a 53).

Alertou que, após o trânsito em julgado da decisão judicial, o presente processo administrativo deve ser submetido a reanálise para aplicação da MVA correta e para aplicação das reduções da base de cálculo, estabelecidas na alínea “a” do inciso XLVIII do art. 268 e no § 13 do art. 289, ambos do RICMS. A alínea “a” do inciso XLVIII do art. 268 do RICMS estabelecia uma redução da base de cálculo de forma que a carga tributária do ICMS seria de 25%. Já o § 13 do art. 289 do

RICMS previa o abatimento de 1% da base de cálculo da substituição tributária a título de quebra das embalagens de vidro, que resultaria em redução da MVA para 194,62%, nos termos do § 14 do art. 289 do RICMS. Concluiu que, após aplicada todas as reduções referidas, teria um saldo credor de R\$ 37.571,64 e não imposto a pagar.

Requeru a realização de perícia fiscal dos documentos apresentados, com indicação dos seguintes quesitos a serem respondidos:

- 1 - Queira o ilustre perito esclarecer se o regulamento do ICMS prevê a possibilidade de aproveitamento de crédito do imposto oriundo de devolução de mercadorias;
- 2 – queira o ilustre perito esclarecer se a fiscalização desconsiderou o crédito de ICMS relacionado às devoluções de mercadorias no período de fevereiro a maio de 2018 que, por sua vez, foram comprovados por meio das respectivas GIAS e planilha de composição dos valores contendo todas as informações inerentes às notas fiscais de devolução;
- 3 – queira o ilustre perito esclarecer se a decisão que garantiu à impugnante o recolhimento do ICMS sob a MVA de 100% a partir de junho de 2018 tem o condão de reduzir os valores da autuação, consoante demonstrado em planilha anexa;
- 4 – queira o ilustre perito esclarecer se está correto o cálculo apresentado pela impugnante do valor devido do ICMS/ST e do FUNCEP/ST nas operações da autuação que demonstram ao final saldo credor de R\$ 37.571,64.

As autuantes apresentaram informação fiscal às fls. 282 e 283. Disseram que a definição da vigência do decreto que majorou a MVA nas operações com cerveja em lata caberá ao CONSEF. Disseram que eventuais créditos decorrentes de devoluções de vendas devem ser apropriados no registro de apuração do imposto.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à PGE para que esta se pronunciasse a respeito do prosseguimento ou não do julgamento da lide em relação aos questionamentos defensivos que não foram objeto da medida liminar concedida ao contribuinte.

A PGE, em parecer das fls. 307 a 313, concluiu que se faz necessário o julgamento dos temas que não compõem o acervo da demanda judicial e que a liminar concedida em 2018 continua válida.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em nova diligência para que o AUTUANTE produzisse dois demonstrativos analíticos e sintéticos, desmembrando a exigência fiscal original da seguinte forma:

- 1 - uma com base nas saídas de cerveja em lata no período de junho a dezembro de 2018;
- 2 - a outra com base nas demais operações.

O autuante Wagner Mascarenhas apresentou informação fiscal à fl. 319, trazendo os novos demonstrativos requeridos pela junta de julgamento, conforme CD à fl. 333

O autuado apresentou manifestação das fls. 340 a 343. Afirmou que está de acordo com as informações constantes dos arquivos em excel com as planilhas elaboradas pelo autuantes por requisição da junta de julgamento. Reiterou, porém, que devem ser considerados nos novos demonstrativos apresentados as devoluções de vendas ocorridas e as reduções decorrentes da aplicação do disposto na alínea “a” do inciso XLVIII do art. 268 e no § 13 do art. 289, ambos do RICMS.

O autuante Wagner Mascarenhas apresentou informação fiscal à fl. 348. Disse que as considerações trazidas pelo autuado fogem ao mérito objeto da diligência cumprida à fl. 319.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração traz exigência de ICMS sob a acusação de retenção a menor do imposto devido por substituição tributária nas operações com cerveja em decorrência de erro no cálculo. As operações estavam amparadas no Protocolo ICMS 11/91, cuja previsão no Anexo 1 do RICMS constava no item 3.14.

Indefiro o pedido de perícia fiscal formulado pelo autuado. Os quesitos trazidos serão abordados no presente voto, sendo desnecessário o encaminhamento para análise de perito.

O Protocolo ICMS 56/15 acrescentou o § 4º à cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, com vigência a partir de 01/10/2015, para estabelecer que nas operações destinadas ao Estado da Bahia, a MVA-ST a ser aplicada seria a prevista na sua legislação interna.

O item 3.14 do Anexo 1 do RICMS foi alterado pelo Decreto nº 18.406/18 para elevação da MVA nas operações com cerveja em lata, mantendo as mesmas MVAs nas operações com cerveja em garrafa, com efeito a partir de 01/06/2018.

Em decorrência disso, consta das fls. 177 a 179, decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, em medida liminar concedida aos associados da Associação Brasileira de Bebidas (ABRABE), a qual o autuado está associado, conforme documento à fl. 152 (verso), proferida em 30/07/2018, obrigando o Estado da Bahia a abster-se de exigir o ICMS, relativo ao imposto devido por substituição tributária nas operações com cerveja em lata, com a alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018, no que tange restritamente à margem de valor agregado (MVA), no período de 01/06/2018 até o dia 31/12/2018.

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”. Assim, entendo que com o mandado de segurança coletivo, impetrado pela ABRABE, a defesa interposta fica prejudicada no que tange às operações com cerveja em lata, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário em relação ao valor de R\$ 1.442.304,10, conforme demonstrativo denominado “lata jun-dez – 2018” em CD à fl. 333, produzido pelos autuantes.

Desse modo, a lide administrativa permanece em relação às operações com cerveja em garrafa e com cerveja em lata em períodos distintos de junho a dezembro de 2018, conforme demonstrativo denominado “demais operações” em CD à fl. 333, produzido pelos autuantes. O autuado questionou a falta de consideração das devoluções na apuração do imposto devido, bem como das reduções decorrentes da aplicação do disposto na alínea “a” do inciso XLVIII do art. 268 e no § 13 do art. 289, ambos do RICMS.

Não assiste razão ao autuado a não consideração das devoluções na apuração do imposto devido por substituição tributária. As devoluções foram registradas pelo autuado como crédito fiscal, compensando os débitos fiscais das vendas anteriormente lançados nas notas fiscais e na escrituração fiscal pelo próprio autuado. O objetivo do presente lançamento tributário é exigir o recolhimento a menor da antecipação tributária, cuja apuração se dá pelo regime sumário, onde somente é admitido a compensação com os créditos fiscais correspondentes ao destaque do ICMS relativo à operação própria.

Quanto à alíquota interna aplicada às operações com cerveja, a Lei nº 12.917/13 promoveu alteração na alínea “b” do inciso II do art. 16 da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 31/01/2014, elevando a alíquota para 27%, incluído o adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP).

O inciso XLVIII do art. 268 do RICMS estabelecia que nas operações internas com cervejas a base de cálculo seria reduzida de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 25%, conforme Decreto nº 16.738/16, com efeitos a partir de 01/06/2016.

O § 13 do art. 289 do RICMS também admitia, nas operações com cerveja condicionada em

embalagem de vidro, o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação.

Também não assiste razão ao autuado a afirmação que os autuantes não consideraram as reduções decorrentes da aplicação do disposto na alínea “a” do inciso XLVIII do art. 268 e no § 13 do art. 289, ambos do RICMS. O autuado não trouxe qualquer exemplo em que pudesse basear a sua afirmação.

Tomando como exemplo a nota fiscal nº 590956, emitida em 02/01/2018 (linha 9 da planilha “demais operações” no CD à fl. 333), vemos que o valor da base de cálculo da operação própria na saída interestadual destinada ao Estado da Bahia foi de R\$ 105.487,20 e o valor do IPI foi de R\$ 6.329,23, com ICMS destacado na nota fiscal no valor de R\$ 7.384,10. Assim, aplicando a MVA de 197,60%, conforme item 3.14 do Anexo 1 do RICMS, sobre R\$ 111.816,43 (105.487,20 + 6.329,23) temos R\$ 332.765,70 de base de cálculo da substituição tributária.

Aplicando o disposto no § 13 do art. 289 do RICMS, os autuantes retiraram 1% da base de cálculo, encontrando como base de cálculo o valor de R\$ 329.438,04 (coluna BN da planilha “demais operações” no CD à fl. 333). A partir daí, os autuantes reduziram a base de cálculo de forma que a carga tributária correspondesse a 25%, nos termos do inciso XLVIII do art. 268 do RICMS, encontrando o valor de R\$ 305.026,68 (329.438,04 x 0,9259 (25/27)).

Concluindo, os autuantes calcularam o imposto devido separando a alíquota normal (25%) da destinada ao FUNCEP (2%), sendo R\$ 68.872,57 (305.026,68 x 0,25 – 7.384,10 (ICMS destacado na nota fiscal)) na coluna BP e R\$ 6.100,53 (305.026,68 x 0,02) na coluna BS, respectivamente. O total do valor devido em todas as notas foram confrontados com os valores calculados e recolhidos pelo autuado e a diferença exigida neste auto de infração.

Com base em todo o exposto, julgo PROCEDENTE a exigência fiscal não alcançada pela liminar concedida pelo Poder Judiciário, no valor de R\$ 219.273,78, conforme planilha das fls. 322 a 330, e PREJUDICADA a defesa interposta no que tange à obrigação tributária alcançada pela liminar concedida, no valor de R\$ 1.442.304,10, conforme planilha às fls. 320 e 321, nos termos das tabelas a seguir, devendo, após esgotado os recursos na esfera administrativa, o presente processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis:

TABELA DA EXIGÊNCIA FISCAL COM DEFESA PREJUDICADA

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
30/06/2018	194.057,91
31/08/2018	384.786,94
30/09/2018	219.630,64
31/10/2018	229.969,23
30/11/2018	126.187,30
31/12/2018	287.672,08
TOTAL	1.442.304,10

TABELA DA EXIGÊNCIA FISCAL NÃO ALCANÇADA PELA LIMINAR

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2018	10.457,42
28/02/2018	22.167,78
31/03/2018	4.749,10
30/04/2018	74.648,28
31/05/2018	14.048,19
30/06/2018	46.698,22
31/07/2018	1.906,67
31/01/2019	44.598,12
TOTAL	219.273,78

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269616.0002/20-0**, lavrado contra

CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$ 1.661.577,89**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e,” do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, é dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, após encerrada a lide na esfera administrativa.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR