

A. I. N° - 272466.0201/21-9
AUTUADO - AMBEV S.A. (CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV)
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL EDUARDO FREIRE

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0140-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA [BEBIDAS – PROTOCOLO ICMS 11/91. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO PELO REMETENTE. PROTOCOLO 11/91. PRIMEIRA REPARTIÇÃO FISCAL DA FRONTEIRA. Fato gerador ocorrido e infração constatada no trânsito de mercadorias. Alegação de pagamento efetuado a destempo não comprovada pelo Impugnante. Afastada a nulidade suscitada Pedido de anulação ou redução da multa prejudicado por falta de redução lega para tanto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 19/10/2021, o Auto de Infração exige ICMS acusando cometimento da seguinte infração:

054.001.001: Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. **Valor:** R\$71.158,42. Período: 19/10/2021. **Enquadramento legal:** Art. 8º, §§ 5º e 6º da Lei 7.014/96, C/C arts. 295 e 332, III, “g”, §§ 2º e 3º do RICMS/BA. **Multa:** Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa, apensada às fls. 17 a 23 dos autos, subscrita por advogado, conforme instrumento anexo (fl. 26). Após tratar da tempestividade e relatar os fatos, diz que o AI não deve prosperar, pois não existe o alegado descredenciamentos da Inscrição Estadual, fato que afasta a materialidade da infração.

Aduz que “a contribuinte é credenciada no estado e todo o ICMS da operação foi incluído na apuração regular da contribuinte, não havendo que se falar em nova cobrança do referido tributo, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado”, razão pela qual não procede o lançamento fiscal, como passa a argumentar:

4. DOS FUNDAMENTOS DE MÉRITO

Repisando que o lançamento decorre do suposto descredenciamentos da IE quando da realização da operação com a Nota Fiscal 954123 em 15/10/2021, mas que analisando o fundamento do lançamento fiscal, é possível observar sua impertinência, uma vez que no período autuado a impugnante possui certidão de regularidade fiscal, emitidas entre 07/10/2021 e 23/10/2021, o que afasta qualquer hipótese de irregularidade na inscrição estadual, conforme

cópias de Certidão Especial de Débitos Tributários (Positiva com efeito de Negativa) que plota no texto da Impugnação, de modo a não haver falar em irregularidade da inscrição estadual, ou mesmo cobrança de ICMS antecipado, razão pela qual pugna pela nulidade/improcedência da autuação.

4.2 – Nulidade do Auto de Infração. Erro de base de cálculo.

Após repetir o argumento de regularidade da IE, diz que a iliquidez dos valores exigidos e a ausência de relação com a operação realizada é outro aspecto que conduz à nulidade ao AI. Isto porque, mesmo que se tome como válida a premissa de descredenciamento da autuada, os valores exigidos não são compatíveis com a base de cálculo informada no documento fiscal, fato que inviabiliza a ciência da contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal, o que impede a ciência, pela defendant, do efetivo valor em discussão e, consecutivamente, de formular sua defesa de forma plena.

Para evidenciar os vícios na apuração fiscal, convém confrontar os valores declarados no documento fiscal com os valores utilizados pela fiscalização para o lançamento que impugna, conforme plotagem da NF e demonstrativo de débito apresentado na fl. 01 do AI, contendo uma base de cálculo de R\$286.736,08, diferente do valor da NF.

Diz que adotando a base de cálculo do ICMS próprio, acrescido do IPI e demais encargos para aplicar a MVA de 197,60% não se chega à base de cálculo utilizada pela fiscalização.

Destaca que com base nos documentos fornecidos pelo Autuante se vê que os valores autuados seriam irreais, de modo a evidenciar a imprecisão da acusação fiscal, maculando de nulidade o lançamento tributário por afrontar o art. 142 do CTN e 5º, LIV e LV da CF.

4.3. Erro na Apuração. ICMS Recolhido na Etapa de Comercialização. Vício na Indicação dos valores a recolher. Pretensão de Imputar Valores a Título de ICMS Antecipado sem Deduzir/Observar que todo o ICMS fora recolhido. Ofensa à Liquide e Certeza.

Afirma que mesmo que a fiscalização entenda que o ICMS deveria ter sido recolhido na entrada do território baiano, deveria observar que a operação foi escriturada/declarada, e que todo o ICMS foi recolhido pela Autuada na etapa de comercialização, não havendo falar em novos recolhimentos, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade.

Portanto, se a autoridade fiscal pretende promover o lançamento sobre a parcela que teria que ser antecipada na entrada da mercadoria no estado, o cálculo da infração deveria considerar (como valor a reduzir, o montante devido por antecipação) os valores de ICMS recolhidos na fase de comercialização, haja visto que foram devidamente declarados e oferecidos à tributação e que a autuação implicaria em *bis in idem* tributário.

4.5. Por cautela. Da improcedência da Exigência Fiscal. Mero Recolhimento a destempo.

Embora tenha demonstrado o pagamento do principal objeto da autuação na posterior comercialização da mercadoria, diz que eventual erro no momento do pagamento (se antecipadamente ou na apuração mensal) não enseja cobrança do imposto, pois isso não causa prejuízo ao fisco e a manutenção da autuação acarretaria pagamento em duplicidade e enriquecimento sem causa, como apreciada pelo Judiciário, conforme ementas de decisões que reproduz.

Aduz que em tais casos, seria devido, quando muito, multa de mora pelo atraso no recolhimento do imposto.

4.6. Por Cautela. Da Inconstitucionalidade da Cobrança Antecipada do ICMS com base em Decreto. Tema 456 STF

Registra a impossibilidade de exigência de recolhimento do imposto de forma antecipada com base em exclusiva disposição no RICMS, como se pretende no caso, tema 456, de repercussão geral, tratado pelo STF em março de 2021, conforme ementa de Recurso extraordinário que reproduz, mesmo entendimento firmado pelo STJ no REsp 1130023/RS, também reproduzida.

Concluindo, observando que as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome dos patronos da empresa autuada, requer a declaração de nulidade/improcedência da exigência fiscal que, caso não acolhida, subsidiariamente, requer a redução da multa para 4%, fixada no art. 102, I, “b” da Lei Estadual 3.956/81.

A autoridade fiscal autuante presta informação fiscal às fls. 47-48. Afirmar nada ter que reparar e que o AI deve ser julgado procedente, pois trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude do Conv. ICMS 11/91, em que o sujeito passivo por substituição não reteve nem antecipou o pagamento do imposto devido na operação, situação que obriga a contribuinte autuada a recolher o ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Informa que o AI preenche as formalidades legais; consoante papéis de trabalho acostados aos autos, o imposto foi corretamente calculado, não havendo qualquer irregularidade no procedimento fiscal.

Informa que a base de cálculo da exação foi obtida somando-se ao valor da operação a parcela referente ao seguro, frete, IPI e outros encargos transferíveis ao destinatário, acrescido da pertinente MVA exposta no Anexo 1, do RICMS/BA, adicionando-se o percentual de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Aduz que a autuação não acarreta enriquecimento sem causa nem violação ao princípio da não cumulatividade, pois os valores acaso recolhidos em “duplicidade” podem ser objeto de pedido de restituição nos termos do art. 73 e ss, do RPAF, e não podem ser compensados nos autos, de modo que o AI deve ser julgado procedente.

VOTO

Como acima relatado, o presente auto conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 054.001.001 (Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: **a)** conforme documentos autuados às fls. 14-15, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; **b)** na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; **c)** o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; **d)** a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 04-15), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

O presente auto de infração foi lavrado em razão do contribuinte não ter cumprido a obrigação de recolher o ICMS devido pela operação na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria no território baiano, em face do remetente não ter retido/recolhido o tributo na saída da mercadoria do seu estabelecimento, conforme a legislação de enquadramento exposta no AI e citada no relatório acima.

Ainda que confirme o não recolhimento do imposto na forma requerida no lançamento, reconhecendo o descumprimento da legislação em que a exigência fiscal foi enquadrada, o Impugnante suscita a nulidade do Auto de Infração por falta de motivação, afirmando ter posteriormente recolhido o imposto quando da saída da mercadoria do estabelecimento autuado e destinatário, na oportunidade da normal apuração do imposto no regime de conta corrente fiscal, de modo que: a) o caso implicaria em mero erro quanto ao momento do recolhimento do imposto (se antecipadamente ou na apuração mensal), não ensejando a cobrança na forma pretendida pela autuação, pois isso implicaria em *bis in idem* da obrigação tributária; b) erro material por iliquidez dos valores exigidos, pois são incompatíveis com a base de cálculo informada no documento fiscal, o que alega impedir “a ciência, pela defendant, do efetivo valor em discussão e consecutivamente de formular sua defesa de forma plena”.

Sem embargo, compulsando os autos e analisando os elementos de prova autuados é de se constatar a impertinência dos argumentos defensivos, tanto os preliminares de nulidade quanto os da alegada imaterialidade da acusação fiscal, uma vez que por estarem imbricados, se repercutem mutualmente, senão vejamos.

A uma, porque tendo em vista os distintos momentos, ainda que a mercadoria seja a mesma, não há que confundir o fato gerador da antecipação tributária exigida com o da posterior saída da mercadoria, como quer fazer crer o Impugnante, pois cumprindo-se a obrigação tributária devida na operação autuada, encerrando-se a fase de tributação, a Impugnante sabe que a posterior saída da mercadoria deve ocorrer sem tributação e sendo um tributo em que as providências de apuração do periódico imposto é feita pela contribuinte, caso provoque eventual *bis in idem*, deverá pedir o ressarcimento do indébito via específico processo administrativo aportando os pertinentes elementos documentais de prova, não se permitindo qualquer compensação no PAF em apreço, até porque não há nos autos provas que o alegado posterior recolhimento corresponda ao valor autuado.

A duas, porque, ao contrário do alegado, equivocadamente espelhado no texto da Impugnação com parte do DANFE da NF-e 954123 e demonstrativo de débito do AI exposto na fl. 01 do PAF, vê-se que a correta apuração do imposto exigido consta demonstrada na memória de cálculo autuada à fl. 04, indicando que a base de cálculo da substituição tributária foi obtida somando-se ao valor consignado na NF-e que acoberta a operação, a parcela dos encargos transferíveis ao destinatário autuado, acrescido da MVA de 197,60%, exposta no Anexo 1, do RICMS-BA.

Portanto, considerando que: a) a infração foi constatada no trânsito da mercadoria, situação em que não se pode conferir a afirmação da impugnante relativa a posterior saída da

mercadoria corretamente tributada; b) o impugnante não comprovou a alegação de ter recolhido o imposto devido ainda que posteriormente à data legalmente prevista, na forma indicada pelo art. 123 do RPAF, tendo em vista que a verificação do eventual posterior pagamento do imposto devido deve ser feita pelo fisco no estabelecimento autuado, mediante pedido do contribuinte para efeito de ressarcimento de eventual indevido pagamento do imposto relativo às mercadorias objeto da autuação, o que, repito, deve ser objeto de distinto processo administrativo; c) contra o mesmo contribuinte já se lavraram semelhantes autos, aos quid reconheceu a procedência e promoveu o recolhimento da exação, a exemplo do AI nº 232302.0008/10-3, ao tempo que afasto a nulidade suscitada, tenho a infração como subsistente.

Por não se incluir na competência dos órgãos administrativos judicantes, deixo de apreciar a constitucionalidade da cobrança antecipada do ICMS (RPAF: Art. 167).

Por falta de previsão legal para tanto, o pedido de anulação ou redução da multa imposta resta prejudicado.

Em face do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272466.0201/21-9, lavrado contra **AMBEV S.A. (CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.158,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR