

PROCESSO - A. I. Nº 300449.0270/21-1
RECORRENTE - AMBEV S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 6ª JJF nº 0054-06/24-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTRANET 18.01.2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0322-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com cerveja em lata, a retenção ou antecipação do imposto deverá ser feita, de forma antecipada, conforme artigo 8º da Lei nº 7.014/96. Não tendo havido a retenção do imposto pelo vendedor, contribuinte não inscrito como substituto tributário no estado da Bahia, sequer o recolhimento do imposto, o destinatário se torna responsável pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária e estando na condição de descredenciado, o recolhimento ocorre na entrada do estado da Bahia. Correta a imposição fiscal. Infração não elidida. Não comprovado o efetivo recolhimento. Não acolhidas as questões preliminares. Mantida a imposição da multa por falta de amparo legal para redução. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto em razão do Acórdão 6ª JJF Nº 0054-06/24-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, lavrado em 15/10/2021, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 72.674,17, acrescido das multas de 60%, imputando ao autuado o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

***Infração 01. 054.001.003.** Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.*

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 05/03/2024 e decidiu pela Procedência, por unânime do Auto de Infração em tela. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS, lançadas através de Auto de Infração, devidamente impugnada pela autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização para realização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal 232117.1008/21-1, em 14/10/2021 (fls. 05 e 06). Os elementos e documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 07 a 14.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão e clareza a infração cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal, ainda com o que não concorde a empresa autuada.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa,

prova disso é que abordou aspectos da infração impugnada que entendia lhe amparar, trazendo fatos, elementos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação. Existem questões preliminares que foram suscitadas pela defesa, e que ao seu entender implicariam na nulidade do lançamento, cuja análise passo a realizar neste momento.

Em relação a certidão de regularidade fiscal, que na visão defensiva afastaria qualquer hipótese de irregularidade na inscrição estadual, na forma de recorte de Certidão Especial de Débitos Tributários, esclareço, inicialmente, que a acusação não se pauta na irregularidade cadastral da autuada, mas sim, no fato de estar a mesma descredenciada para realizar o recolhimento do imposto com dilação de prazo.

Isso diante do fato de que, ainda que inegável a situação cadastral de inscrita no cadastro de contribuintes do estado da Bahia, tal situação não guarda qualquer relação com a figura do credenciamento/descredenciamento, diversa, pois.

Ou seja: o contribuinte pode estar em situação cadastral regular, com inscrição estadual plenamente ativa, e, no entanto, para efeito de recolhimento de imposto se encontrar descredenciado, sendo que algumas situações determinam o descredenciamento, como inscrição estadual com menos de seis meses, existência de débito inscrito em dívida ativa, dentre outras situações, o que, de logo, refuta o argumento defensivo apresentado. Fato inconteste é estar a autuada quando do lançamento na condição de descredenciada, nos termos do documento de fl. 08.

Relativamente ao argumento de iliquidez, igualmente não posso acolher, tendo em vista que o autuante ter demonstrado a forma de apuração da base de cálculo, inclusive quando de sua informação fiscal, nos termos ali expostos. A Lei 7.014/96, estabelece a base de cálculo para a antecipação tributária em seu artigo 23:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto”.

Ou seja: a base de cálculo tem previsão legal, de acordo com o dispositivo reproduzido, não estando ao talante ou vontade de ninguém, senão da Lei.

Em relação as alíquotas do imposto, esta é a previsão legal:

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

- b) bebidas alcoólicas”.*

E mais:

“Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

Além disso, o item 3.16.3. do Anexo 1 ao RICMS/12 prevê que para o produto “cerveja em lata” a aplicação da MVA de 197,60% nas operações tributadas a 7% na origem (caso do Rio de Janeiro), para efeito do cálculo da substituição tributária interna no estado da Bahia.

Feitas tais colocações, vejamos a apuração da base de cálculo e do imposto devido:

Valor da operação: R\$ 98.543,62

MVA 197,60% (R\$ 194.722,19)
Base de Cálculo: R\$ 194.722,19 + R\$ 98.543,62 = R\$ 293.26,81
Alíquota interna 27% (25% + 2,0%)
ICMS devido: R\$ 79.181,77
ICMS creditado: R\$ 6.507,60
ICMS a recolher: R\$ 72.674,17 (R\$ 79.181,77 - R\$ 6.507,60).

Daí se percebe estar a base de cálculo e o consequente valor do imposto correto, o que também serve para afastar a preliminar de nulidade suscitada.

Isso diante de terem sido sim, atendidos e respeitados os diversos princípios do processo administrativo fiscal, como o da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, e ainda sendo plenamente exercidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, sem que observasse o mais tênue traço de ofensa a qualquer um deles. Quanto a colocação de ter ocorrido a autuação por presunção da base de cálculo, afastada da realidade dos seus arquivos fiscais, lembro ter a autuação se dado no trânsito de mercadorias, onde sequer inexistiu no momento a entrada das mesmas no estabelecimento, sequer inexistente, também, qualquer escrituração fiscal das mesmas, eis que em momento anterior a tal prática.

Por outro lado, a hipótese dos autos não se encontra elencada naquela inserida na Lei, quanto as presunções legais de incidência do ICMS, contidas no artigo 4º da Lei 7.014/96, o que, igualmente, contribui para o não acatamento do argumento defensivo posto. Adentrando ao mérito da acusação, vejamos a determinação contida na Lei 7.014/96:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário”.

E

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarque aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária”.

Ou seja: A Lei determina o recolhimento do imposto na entrada da mercadoria no território do estado da Bahia, como na hipótese elencada no inciso I, do § 4º, do artigo 8º, da Lei 7.014/96.

O produto constante da Nota Fiscal 612.143 emitida por Ambev S. A., CNPJ 07.526.557/0046-01, situada na cidade do Rio de Janeiro, com destino a autuada é cerveja, cuja previsão para substituição tributária se encontrava no Anexo 1 ao RICMS/12 para o ano de 2021, nos itens 3.16.0 (Cerveja em garrafa de vidro retornável), 3.16.1 (Cerveja em garrafa de vidro descartável), 3.16.2 (Cerveja em garrafa de alumínio), 3.16.3 (Cerveja em lata), 3.16.4 (Cerveja em barril), 3.16.5 (Cerveja em embalagem PET), 3.16.6 (Cerveja em outras embalagens), 3.17.0 (Cerveja sem álcool em garrafa de vidro retornável), 3.17.1 (Cerveja sem álcool em garrafa de vidro descartável), 3.17.2 (Cerveja sem álcool em garrafa de alumínio), 3.17.3 (Cerveja sem álcool em lata), 3.17.4 (Cerveja sem álcool em barril), 3.17.5 (Cerveja sem álcool em embalagem PET) e 3.17.6 (Cerveja sem álcool em outras embalagens). Ou seja: todos os tipos e embalagens de cervejas se encontram abarcados pela substituição tributária, cabendo a observação de a autuação recair sobre cervejas em lata. Não houve retenção ou destaque do imposto retido por substituição tributária, sequer indicação no documento fiscal de estar o estabelecimento remetente das mercadorias inscrito no estado da Bahia na condição de substituto tributário.

Em relação a alegação de que o documento fiscal autuado foi regularmente escriturado/declarado Escrituração Fiscal Digital (EFD) e transmitida à fiscalização, na forma do recorte apresentado, tal fato, por si só e de forma isolada, comprova apenas o registro do documento fiscal em tela na escrituração fiscal do contribuinte, todavia, não comprova o recolhimento da parcela correspondente à substituição tributária, sequer o fato de as saídas posteriores terem se dado ou não com tributação, sendo, pois, a prova apresentada, insuficiente para

comprovar a assertiva defensiva.

Além de tudo, é sempre bom lembrar que a ação fiscal foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, quando da entrada e circulação da mercadoria no estado da Bahia, sendo prescindível qualquer verificação ou constatação junto a EFD do contribuinte, até pelo fato de naquele momento o documento fiscal que embasou a fiscalização sequer se encontrava ali registrado. Tais fatos corroboram com o entendimento de não ter a defesa conseguido desqualificar a acusação formulada, sequer carrear aos autos elementos em sentido contrário ao da imputação, que se traduziria na apresentação da comprovação do recolhimento do imposto devido por substituição tributária, não tendo vindo aos autos elementos em tal sentido. Tudo isso concorre, pois, para a manutenção da autuação da autuação, tal como formulada.

Em relação as questões de constitucionalidade postas na impugnação apresentada, esclareço que nos termos do artigo 125, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade”, não sendo este o foro apropriado para tal discussão. Por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, devendo o percentual sugerido pelo autuante ser mantido na autuação.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D. Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há bastante tempo. Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam qualquer sentido.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” e art. 171 do RPAF (Decreto nº 7.629/1999 Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, mediante no qual aduz a nulidade do Auto de Infração devido a regularidade da Autuada.

Informa que o lançamento decorre de uma suposta ausência de inscrição estadual em 15/10/2021 e defende impertinência do fundamento, uma vez que, que no período autuado, a recorrente possuía certidão de regularidade fiscal, emitidas em 13/10/2021 e 23/10/2021, o que afasta qualquer hipótese de irregularidade na inscrição estadual, e apresenta cópia das certidões Positiva Com efeito Negativa nº 20214191121, emitida em 13/10/2024 e nº 20214308195 emitida em 21/10/2021.

Continua a defender a nulidade da Autuação devido a erro na base de cálculo. Questiona que os valores autuados não são compatíveis com a base de cálculo informada no documento fiscal, o que inviabiliza a ciência da contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal, impedindo a ciência, pela autuada, do efetivo valor em discussão e de formular sua defesa de forma plena.

Apresenta campo do DANFE e o cálculo da autuação conforme abaixo:

FATURA/DUPLICATA										
FATURA		VENCIMENTO		VALOR		VALOR POR EXTENSO				
CÁLCULO DO IMPOSTO										
BASE DE CÁLCULO DO ICMS		VALOR DO ICMS		BASE CÁLCULO ICMS ST		VALOR DO ICMS ST		TOTAL PIS	TOTAL COFINS	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS
92.965,68		6.507,60		0,00		0,00		0,00	0,00	92.965,68
VALOR DO PIS		VALOR DO PIS ST		VALOR DO COFINS		VALOR DO COFINS ST		TOTAL FECOF	TOTAL FECOF ST	VALOR TOTAL DA NOTA
0,00		0,00		0,00		0,00		0,00	0,00	98.543,62

Data Ocorr.	Data Vencido	Base Cálculo (R\$)	Aliq. %	Imposto (R\$)	Crédito Fiscal (R\$)	Imposto a Pagar (R\$)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
15/10/2021	15/10/2021	293.265,81	27,00	79.181,77	6.507,60	72.674,17	60,00	72.674,17

Enquadramento Legal: Art. 8º, § 4º, inciso I, alínea "a" da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso III, alínea "a", §§ 2º e 3º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

Tipificação: Artigo 42, Inciso II, Alínea "d" da Lei 7.014/96

Argumenta que adotando a base de cálculo do ICMS próprio, acrescido do IPI e demais encargos, e aplicando a MVA de 197,60%, jamais chegaríamos à base de cálculo utilizada pela fiscalização em seu lançamento, e a Decisão recorrida não demonstra como seria possível chegar ao referido valor.

Questiona que mesmo que a fiscalização entenda que o ICMS deveria ter sido recolhido na entrada do território estadual, caberia ao autuante observar que a operação foi devidamente escriturada na EFD, e o valor referente ao ICMS da operação consta da apuração fiscal do período, não havendo que se falar em novos recolhimentos, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade e transcreve a informação da EFD:

C100	0 1 3-BR16BR19 55 00 001 612143 33211007526557004601550010006121431120285870 11102021 20102021 98543,62 2 0 0 92965,68 0 0 0 92965,68 6507,60 0 0 5577,94 0 0 0
C170	1 1-10216580 SPATEN N LT SLEEK 350ML CX CART C12 2240 CX 28604,83 0 0 000 2152 014 28604,83 7 2002,34 0 0 0 0 00 28604,83 6 1716,29 56 0 0 0 0 56 0 0 0 0 0 0
C170	2 1-10216580 SPATEN N LT SLEEK 350ML CX CART C12 5040 CX 64360,85 0 0 000 2152 014 64360,85 7 4505,26 0 0 0 0 00 64360,85 6 3861,65 56 0 0 0 0 56 0 0 0 0 0 0
C190	000 2152 7 98543,62 92965,68 6507,60 0 0 0 5577,94

E continua que se o Autuante pretende promover o lançamento sobre a parcela que supostamente teria que ser antecipada na entrada do Estado, o cálculo do Auto de Infração deveria considerar (como valor a reduzir o montante devido por antecipação) os valores de ICMS destacados na fase de comercialização, haja vista que foram devidamente declarados, e oferecidos à tributação do Estado.

Defende que se mantida a pretensão do Fisco, a empresa será duplamente onerada, por ter arcado com o ICMS na operação de comercialização e depois por estar sendo autuada uma diferença do ICMS em função do não recolhimento antecipado.

Reforça a tese que é nulo/improcedente o lançamento que tenha a pretensão de identificar irregularidades na apuração da contribuinte, deixe de considerar os valores já oferecidos à tributação, caracterizando cobrança sobre valores indevidos, o que contamina o lançamento com vício insanável de ilegalidade, e *bis in idem*, o torna nulo de pleno direito.

Entende que em casos como este, no máximo seria devida a multa, tendo em vista que o autuado recolheu o imposto em sua totalidade.

Alega a Inconstitucionalidade da Cobrança Antecipada do ICMS com base em Decreto. Tema 456 STF, que decidiu que a antecipação do fato gerador do ICMS com substituição se exige, por força do art. 155, § 2º, XII, b, da Constituição, previsão em lei complementar e transcreve a ementa.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 15/10/2021, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 72.674,17, acrescido da multa de 60%.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 05/03/2024 e decidiu pela Procedência, por unânime do Auto de Infração nº 300449.0270/21-1.

Das preliminares de nulidade do lançamento.

No recurso, o contribuinte defende no seu recurso que no período autuado, a recorrente possuía certidão de regularidade fiscal, emitidas em 13/10/2021 e 23/10/2021, o que afasta qualquer hipótese de irregularidade na inscrição estadual, e apresenta cópia das certidões Positiva Com efeito Negativa, nº 20214191121, emitida em 13/10/2024 e nº 20214308195 emitida em 21/10/2021.

Ocorre que, no caso posto, acusação não se pauta na irregularidade cadastral da autuada, mas sim, no fato de estar a mesma descredenciada para realizar o recolhimento do imposto com dilação de prazo.

Ademais, o fato de estar regular a situação no cadastro de contribuintes do estado da Bahia, tal situação não tem nenhuma relação com a figura do credenciamento/descredenciamento, porque, o contribuinte pode estar em situação cadastral regular, com inscrição estadual plenamente ativa, mas para efeito de recolhimento de imposto se encontrar descredenciado.

Ressalto que existem algumas situações que determinam o descredenciamento, como inscrição estadual com menos de seis meses, existência de débito inscrito em Dívida Ativa. Assim, resta claro que o argumento recursal nesse ponto não procede, pois é fato incontroverso que o recorrente quando do lançamento, estava na condição de descredenciada, nos termos do documento de fl. 08.

E, no que tange a alegação de nulidade da autuação por erro na base de cálculo, o recorrente diz que os valores autuados não são compatíveis com a base de cálculo informada no documento fiscal, o que inviabiliza a ciência do contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal, impedindo a ciência, pela autuada, do efetivo valor em discussão e de formular sua defesa de forma plena.

Apresenta campo do DANFE e o cálculo da autuação conforme abaixo:

FATURA/DUPLICATA															
FATURA	VENCIMENTO	VALOR	VALOR POR EXTENSO												
CÁLCULO DO IMPOSTO															
BASE DE CÁLCULO DO ICMS		92.965,68	VALOR DO ICMS	6.507,60	BASE CÁLCULO ICMS ST	0,00	VALOR DO ICMS ST	0,00	TOTAL PIS	0,00	TOTAL COFINS	0,00	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS	92.965,68	
VALOR DO IPI	0,00	VALOR DO SEGURO	0,00	DESCONTO	0,00	OUTRAS DESPESAS	0,00	VALOR DO IPI	5.577,94	TOTAL FECOP	0,00	TOTAL FECOP ST	0,00	VALOR TOTAL DA NOTA	98.543,62

Data Ocorr.	Data Vencido	Base Cálculo (R\$)	Aliq. %	Imposto (R\$)	Crédito Fiscal (R\$)	Imposto a Pagar (R\$)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
15/10/2021	15/10/2021	293.265,81	27,00	79.181,77	6.507,60	72.674,17	60,00	72.674,17

Enquadramento Legal: Art. 8º, § 4º, inciso I, alínea "a" da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso III, alínea "a", §§ 2º e 3º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12

Tipificação: Artigo 42, Inciso II, Alínea "d" da Lei 7.014/96

Argumenta que adotando a base de cálculo do ICMS próprio, acrescido do IPI e demais encargos, e aplicando a MVA de 197,60%, jamais chegaríamos a base de cálculo utilizada pela fiscalização em seu lançamento, e a Decisão recorrida não demonstra como seria possível chegar ao referido valor.

Questiona que mesmo que a fiscalização entenda que o ICMS deveria ter sido recolhido na entrada do território estadual, caberia ao autuante observar que a operação foi devidamente escriturada na EFD, e o valor referente ao ICMS da operação consta da apuração fiscal do período, não havendo que se falar em novos recolhimentos, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade e transcreve a informação da EFD.

A base de cálculo, aqui discutida tem previsão na Lei nº 7.014/96, não pode ser alterada pela vontade de ninguém. E, no caso posto, a base de cálculo para a antecipação tributária foi fixada no seu artigo 23:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto”.

Já no que toca as alíquotas do imposto, há previsão legal no artigo abaixo:

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

b) bebidas alcoólicas”.

E mais:

“Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

Além disso, o item 3.16.3. do Anexo 1 ao RICMS/12 prevê que para o produto “cerveja em lata” a aplicação da MVA de 197,60% nas operações tributadas a 7% na origem (caso do Rio de Janeiro), para efeito do cálculo da substituição tributária interna no estado da Bahia.

E observando a base de cálculo aplicada no lançamento do imposto devido, no presente Auto de Infração, tem-se:

Valor da operação: R\$ 98.543,62

MVA 197,60% (R\$ 194.722,19)

Base de Cálculo: R\$ 194.722,19 + R\$ 98.543,62 = R\$ 293.26,81

Alíquota interna 27% (25% + 2,0%)

ICMS devido: R\$ 79.181,77

ICMS creditado: R\$ 6.507,60

ICMS a recolher: R\$ 72.674,17 (R\$ 79.181,77 - R\$ 6.507,60).

Dito isto, não há que se pensar em erro de base de cálculo no caso dos autos.

Assim, **rejeito a preliminar de nulidade suscitada.**

No mérito recursal, defende que, o cálculo do Auto de Infração deveria considerar (como valor a reduzir o montante devido por antecipação) os valores de ICMS destacados na fase de comercialização, haja vista que foram devidamente declarados, e oferecidos à tributação do Estado.

Neste ponto, destaco que o documento fiscal autuado foi regularmente escriturado/declarado Escrituração Fiscal Digital (EFD) e transmitida à fiscalização, na forma do recorte apresentado, tal fato, por si só e de forma isolada, comprova apenas o registro do documento fiscal em tela na escrituração fiscal do contribuinte, todavia, não comprova o recolhimento da parcela correspondente à substituição tributária, sequer o fato de as saídas posteriores terem se dado com tributação, sendo, pois, a prova apresentada, insuficiente para comprovar a assertiva defensiva.

Ademais, a ação fiscal se deu no trânsito de mercadorias, no momento da entrada e circulação da mercadoria no estado da Bahia, sendo prescindível qualquer verificação ou constatação junto a EFD do contribuinte, isto porque, naquele momento o documento fiscal que embasou a fiscalização sequer se encontrava ali registrado.

A Recorrente, não apresenta nos autos comprovação do recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Então, conclui-se está correta a manutenção da autuação.

E, no que tange a alegação de inconstitucionalidade da Cobrança Antecipada do ICMS com base em Decreto, em razão do Tema 456 STF, que decidiu que a antecipação do fato gerador do ICMS com substituição se exige, por força do art. 155, § 2º, XII, “b”, da Constituição, previsão em lei

complementar, é preciso relembrar que este CONSEF não tem competência para julgar questão de inconstitucionalidade, haja vista que nos termos do artigo 125, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81, ***“Não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade”***.

Portanto, à luz da legislação tributária acima posta não vejo reparos a serem feitos na formalização da exigência fiscal, que obedeceu às normas legais acima fixadas.

Dito isto, entendo que não merece reparo a decisão de piso. Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300449.0270/21-1**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 72.674,17**, agregado da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS