

A. I. N° - 300449.0270/21-1
AUTUADA - AMBEV S. A.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N°. 0054-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO 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 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 15 de outubro de 2021 no trânsito de mercadorias e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 72.674,17 além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

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 autuada, por intermédio de seus advogados, constituídos nos termos do instrumento de fls. 28 e 29, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 19 a 25, na qual inicialmente aduz que o Auto de Infração não merece prosperar, pois, analisando a operação autuada, não subsiste o alegado descredenciamento da inscrição estadual, fato que afasta a materialidade da infração.

Soma a isso, que 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. Sendo esse o contexto da lide, absoluta a improcedência do lançamento fiscal. Os documentos anexados, e os esclarecimentos a seguir apresentados, irão demonstrar a necessidade de cancelamento integral da autuação, conclui. Sustenta que, como visto, o lançamento em referência decorre do suposto descredenciamento da inscrição estadual quando da realização da operação com a Nota Fiscal nº 612.143 (doc. anexo), em 11/10/2021.

Analisando o fundamento do lançamento fiscal, observa a sua impertinência, uma vez que, que no período autuado, a impugnante possuía certidão de regularidade fiscal, emitidas em 13/10/2021 e 23/10/2021, o que afasta qualquer hipótese de irregularidade na inscrição estadual, na forma de

recorte de Certidão Especial de Débitos Tributários. Desse modo, considerando a regularidade fiscal certificada pelo própria Fazenda Pública, não há que se falar em irregularidade da inscrição estadual, ou mesmo cobrança de ICMS antecipado tal qual pretende o lançamento ora combatido, inexistindo fundamento de validade para o lançamento fiscal, razão pela qual pugna pela declaração de nulidade/improcedência da autuação.

Argumenta, ainda que, como visto anteriormente, materialmente inexistente a infração imputada, uma vez que a impugnante gozava da regularidade fiscal, e inexistia qualquer dúvida quanto ao credenciamento da autuada. Não obstante a inexistência da infração imputada, outro aspecto demonstra a nulidade do lançamento fiscal, notadamente, a iliquidez dos valores exigidos, e a ausência de qualquer relação com a operação realizada, arremata.

Isso porque, mesmo que tomada como válida a premissa de descredenciamento da autuada, os valores autuados não são compatíveis com a base de cálculo informada no documento fiscal. Fato esse que inviabiliza a ciência da contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal, e que impede a ciência, pela defendente, do efetivo valor em discussão e consecutivamente de formular sua defesa de forma plena.

Com vistas a evidenciar os vícios na apuração fiscal ora noticiados, convém confrontar os valores declarados no documento fiscal, e os valores utilizados pela fiscalização para o lançamento ora impugnado, o que faz, para concluir não haver qualquer fundamento no lançamento fiscal para justificar a base de cálculo de R\$ 293.265,81.

É que, adotando a base de cálculo do ICMS próprio, acrescido do IPI e demais encargos, e aplicando a MVA de 197,60%, jamais se chegaria a base de cálculo utilizada pela fiscalização em seu lançamento, ou seja, há uma total nulidade nos valores lançados pela fiscalização, eis que não são compatíveis com as operações autuadas. Destaca, portanto, com base nos documentos fornecidos pelo próprio autuante em sua apuração, que os valores autuados pela fiscalização são irreais, pois alheios as operações realizadas. Assim, evidenciado o vício de apuração e que a distorção proporcionada repercute de forma direta no resultado tributário obtido, considera comprovada a imprecisão da acusação fiscal face a notória falha da base de cálculo considerada pela fiscalização.

Ao assim proceder, argumenta que o autuante findou por macular a autuação de completa nulidade, seja porque efetuou lançamento por presunção da base de cálculo, afastando-se por completo da realidade dos arquivos fiscais da impugnante por ele mesmo levado em consideração na fiscalização; seja porque, em razão disso, retirou por completo a certeza, clareza e liquidez exigidas no lançamento do crédito tributário. Agindo de forma contrária às expectativas do processo administrativo tributário, trouxe a confirmação de que o Auto de Infração foi lavrado sem certeza do crédito tributário, sem delimitar, com precisão, seus aspectos quantitativos (base tributável e alíquota).

Limitou-se, noutros termos, a afirmar a irregularidade na apuração do imposto/crédito, sem indicar, de modo preciso, claro e completo como tais cálculos e recolhimentos deveriam ter sido efetuados, afrontando, assim, os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta aos artigos 142, do CTN, 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Por mais estas razões, é de ser declarada a nulidade do Auto de Infração, diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário, a fim de prestigiar a segurança jurídica, reitera.

Além de não estar caracterizada a irregularidade da inscrição estadual, tal qual demonstrado anteriormente, constata que a ação fiscal incorreu em um sério equívoco ao promover o lançamento, uma vez que para fundamentar as conclusões do trabalho de fiscalização, aduziu o

autuante que deveria ter promovido o recolhimento por antecipação do ICMS, e, ao não fazê-lo, supostamente teria incorrido em prejuízo ao Estado, portanto, sendo exigível os valores lançados no Auto de Infração ora impugnado.

Ocorre que, mesmo que a fiscalização entenda que o ICMS deveria ter sido recolhido na entrada do território estadual (que não é a hipótese), caberia observar a operação foi devidamente escriturada/declarada, e que todo o ICMS foi recolhido pela autuada na etapa de comercialização do produto adquirido para venda, não havendo que se 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 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 recolhidos na fase de comercialização, haja vista que foram devidamente declarados, e oferecidos à tributação do Estado, arremata.

Com vistas a melhor evidenciar o recolhimento do imposto na apuração mensal, convém demonstrar que o documento fiscal autuado foi regularmente escriturado/declarado Escrituração Fiscal Digital (EFD) e transmitida à fiscalização, na forma do recorte apresentado. Portanto, em relação à operação autuada, não há que se falar em exigir o recolhimento do ICMS antecipado, uma vez que todo o ICMS foi declarado na apuração mensal e recolhido aos cofres estaduais, garante.

Assim, caso a autoridade fiscal pretendesse exigir os valores devidos de forma antecipada para operação autuada, deveria partir dos valores de ICMS apurados e recolhidos para, desse montante, observar eventuais divergências em relação ao ICMS recolhido. Isso porque, o instituto do recolhimento antecipado constante no RICMS trata-se de procedimento especial de apuração, assim, tem por natureza mero instrumento auxiliar de fiscalização, não se trata de tributo isolado, ou uma nova hipótese de ICMS.

Desse modo, ao desconsiderar que não se trata de tributo diverso daquele recolhido na etapa de comercialização, e que houve o recolhimento integral do ICMS nessa etapa, o lançamento incorreu em *bis in idem*, uma vez que, mesmo partindo da premissa de que não houve antecipação parcial desse ICMS, é certo que já houve o respectivo e integral recolhimento do tributo, reforça. Sob esse prisma, não é plausível obrigar novo recolhimento do ICMS, quando o valor do tributo já foi integralmente oferecido à tributação no momento da venda, e esse fato não é contestado pelo auditor.

Em outras palavras, caso mantida a pretensão fiscal, a impugnante será duplamente onerada, indica, primeiro, quando arcou com o ICMS na operação de comercialização e, segundo, por estar sendo obrigada a pagar uma nova diferença do ICMS existente em função do não recolhimento antecipado. Neste aspecto, tendo como demonstrado que o Auto de Infração impõe um valor a recolher descompassado com os valores efetivamente recolhidos pela contribuinte, impondo valores a recolher de forma indevida, que findariam por implicar enriquecimento indevido do Erário Estadual, em detrimento da contribuinte, conclui, sem necessidade de maiores esclarecimentos, a nulidade do lançamento, eis que viciado na composição de sua base de cálculo.

Assim, é nulo/improcedente o lançamento que, embora tenha a pretensão de identificar irregularidades na apuração da contribuinte, deixe de considerar os valores já oferecidos à tributação, caracterizando cobrança sobre valores indevidos, irrealis e exorbitantes, contamina o lançamento com vício insanável de ilegalidade, e *bis in idem*, o torna nulo de pleno direito. Ressalta que o erro na construção do lançamento acarreta vício insanável do lançamento, razão pela qual devem ser canceladas as exigências formuladas no presente caso.

Embora tenha restado demonstrado cabalmente a nulidade da infração, e que os principais valores objeto da presente autuação foram devidamente recolhidos na etapa de comercialização, não havendo, portanto, novos valores de imposto a serem cobrados, relembra um ponto, por cautela: eventual erro no momento do pagamento (se antecipadamente ou na apuração mensal) não pode dar ensejo à cobrança do imposto, quando demonstrada a sua quitação, como ocorreu no caso em análise. E a razão é óbvia, se houve algum erro não foi quanto ao valor a ser recolhido, mas, apenas, quanto ao momento do pagamento realizado, o que, além de não causar qualquer prejuízo ao fisco, a manutenção da autuação acarretaria no pagamento em duplicidade de valores já quitados anteriormente (= enriquecimento sem causa).

Ressalta, por oportuno, que esta matéria já foi objeto de discussão em diversos Tribunais Regionais Federais do país, sendo pacífico o entendimento no sentido de que, comprovado o recolhimento, não há imposto a ser cobrado, mesmo quando ocorreu o preenchimento equivocado da respectiva obrigação acessória. Traz como exemplo decisão do TRF-5, no REEX 65036120124058400, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 22/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 24/10/2013 e TRF-3 - APELREEX: 33596 SP 0033596-48.2011.4.03.6182, Relator: Desembargadora Federal Cecília Marcondes, Data de Julgamento: 21/11/2013, Terceira Turma.

Justifica que uma vez recolhido o valor do tributo não é razoável o Fisco apegar-se a pequeno erro de procedimento, quando este na verdade não sofreu prejuízo algum, e assim, em casos como este, seria devido, quando muito, multa pelo atraso (mora), previsto no artigo 102 da Lei Estadual 3.956/81, visto que comprovado ter recolhido o imposto em sua totalidade. Assim, estando integralmente quitado o tributo, não há de se falar em crédito tributário a ser cobrado, de forma que se impõe a improcedência da autuação ora combatida diante da extinção do crédito tributário nos termos do artigo 156, I, do CTN. Após lembrar que o principal fundamento de mérito diz respeito ao pagamento integral do ICMS antecipado no período autuado, por cautela, registra a impossibilidade do Estado exigir o recolhimento do imposto de forma antecipada, com base em disposição constante exclusivamente no Regulamento do ICMS, tal qual é fundada a autuação em discussão.

Isso porque a exigência fiscal sob análise consiste no pagamento antecipado do imposto no momento da entrada do Estado, antes da efetiva ocorrência do fato gerador do tributo e antes da ocorrência do fato gerador, não há obrigação tributária nem crédito constituído, e, portanto, não há que se falar em pagamento de tributo tal qual sugere o lançamento fiscal. A antecipação, por ficção, do fato gerador da obrigação tributária para o momento da entrada da mercadoria no estado, tal qual pretende o lançamento sob julgamento, apenas seria possível de ser promovida na hipótese de existir lei complementar tratando da matéria.

Portanto, conclui pela impossibilidade de, por simples decreto estadual, como propõe o Fisco estadual, exigir-se o recolhimento antecipado do ICMS na entrada da mercadoria no território estadual. Menciona que nesse sentido, em março de 2021, ao julgar o tema de repercussão geral 456, o STF decidiu que a antecipação do fato gerador do ICMS com substituição se exige, por força do artigo 155, § 2º, XII, b, da Constituição, previsão em lei complementar, consoante transcrição.

Relembra o fato de o STJ também já se manifestou sobre o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do REsp 1130023/RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021, e de tal modo, e considerando o contexto dos autos, inequívoca a aplicação do Tema 456 ao presente caso.

Assim, por todo o exposto, mostra-se manifestamente ilegal e inconstitucional a exigência de recolhimento antecipado do ICMS na entrada de mercadorias no Estado, razão pela qual, requer, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação. Diante do exposto requer a

admissibilidade e provimento desta peça defensiva para reconhecer/declarar a nulidade/improcedência da exigência fiscal e caso não acolhidos os pleitos anteriores, requer a anulação da multa imposta, ou, subsidiariamente, sua redução para o patamar da multa moratória (4%) fixado no artigo 102, I, “b” da Lei Estadual 3.956/81. Pugna que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do advogado indicado, sob pena de nulidade.

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 49 e 49-v, esclarece que a autuação foi motivada pela aquisição de cerveja sem o recolhimento do imposto da antecipação tributária, estando o contribuinte descredenciado. Em relação ao argumento da regularidade fiscal, aponta ter o sujeito passivo confundido o fato de ter certidão positiva com efeito negativo, com credenciamento para o recolhimento do imposto por antecipação tributária.

Para o alegado erro na base de cálculo, indica que aplicando a MVA de 197,60% sobre o valor da operação tem-se a base de cálculo indicada no demonstrativo apresentado e na memória de cálculo de fl. 04. Fala que a legislação determina o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária quando da entrada no estado da Bahia, o que não foi demonstrado pela empresa autuada, não se tratando de mero recolhimento a destempo, mas sim, não houve recolhimento algum. Em relação a inconstitucionalidade de cobrança com base em Decreto, aponta que o fundamento legal para a cobrança está no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, razão pela qual entende totalmente procedente a autuação.

Os autos foram encaminhados pelo órgão preparador ao CONSEF, recebidos no órgão julgador em 07/01/2024, e distribuídos a este relator em 25/01/2024 (fl. 49-v), sendo analisado, concluída a sua instrução e tido como apto para julgamento.

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 inexistiu, 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 desembarço 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 o u 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **300449.0270/21-1**, lavrado contra **AMBEV S. A.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher ICMS no valor de **R\$ 72.674,17**, agregado da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2024

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

MAURICIO SOUZA PASSOS - JULGADOR