

A. I. N° - 2071090013/17-4
AUTUADO - AMBEV S/A
AUTUANTE - JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.08.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 111-02/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÓPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESTINATÁRIO DO ESTADO DA BAHIA. RETENÇÃO A MENOS. Afastadas as arguições de nulidade. Alegações defensivas acatadas em parte. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 26/12/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 2.882.818,80 bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 08.06.02 – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Referente ao período de janeiro, junho, julho, agosto e setembro do ano de 2016.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 42 a 54, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade da impugnação e fazendo em seguida a delimitação do objeto da discussão e abordagem acerca do recolhimento parcial do auto de infração, em vista de haver revisado as operações indicadas pela fiscalização, e reconhecido a existência de valores a recolher, razão pela qual promoveu a quitação parcial dos valores lançados.

Descreve a infração e dispositivos legais, dizendo tratar-se de imposição decorrente de suposto recolhimento a menor do ICMS ST. Afirma que o auto de infração não deve prosperar porque:

- *“Primeiro, a autuação é nula por ausência de liquidez e certeza do lançamento, em função das divergências existentes entre o valor apurado no demonstrativo elaborado pela fiscalização e aquele exigido através do auto de infração;*
- *Segundo, parte da autuação por retenção a menor é decorrente da aplicação das alterações de MVA promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015 de 26/11/2015, o que torna o lançamento improcedente, eis que há Liminar Judicial vigente, proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, e já confirmada por Sentença, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do Decreto por 90 dias, ou seja, não é aplicável a fatos geradores ocorridos até de 24/02/2016.*
- *Terceiro, exige de forma retroativa, a diferença de dois pontos percentuais (2%) em relação a notas fiscais emitidas no período de 13/01/2016 a 09/03/2016, com base na majoração de alíquota promovida pela Lei 13.461/2015, e que apenas passou a produzir efeitos em 10/03/2016;*
- *Quarto, cobra valores em relação a operações em que a Impugnante já havia promovido o recolhimento complementar na parada do posto fiscal.*

Argui nulidade do auto de Infração afirmando que há informação de dois valores distintos para o mesmo imposto, o que impede a ciência, pela Impugnante, do efetivo valor em discussão e, consecutivamente, de formular sua defesa de forma plena.

Explica que, de acordo com o auto de infração impugnado, o valor do imposto supostamente não pago foi de R\$2.882.818,80, valor este antes da aplicação da multa e atualização monetária, mas que os demonstrativos de cálculo anexo ao auto de infração, por sua vez, e que supostamente

foram base para a apuração e o lançamento tributário, informam valor diverso daquele indicado no auto de infração propriamente dito, pois indica como ICMS ST não recolhido o valor de R\$524.724,37. Para comprovar reproduz recorte dizendo ser da planilha do Autuante com o total em questão.

Remata inexistir relação entre o valor principal do imposto que foi objeto do Auto de Infração impugnado, e aquele constante das planilhas de cálculo que instruíram o mesmo auto de infração, e que foram entregues ao Contribuinte. E que este fato importa em presumir que haveria erros na apuração, além de representar ofensa direta aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa que devem nortear a ação fiscal no âmbito administrativo, pois impossibilitam o exercício amplo do direito de defesa, ocorrendo, pois, vício de nulidade, uma vez que explica que a Impugnante, de posse unicamente destas informações contraditórias, terá que elaborar sua defesa com base em meras suposições, por não poder precisar as operações autuadas e o efetivo valor exigido. Cita o art. 142 do CTN, 18 do Decreto Estadual nº 29.803/2014 e doutrina.

Assevera que os Tribunais Administrativos invariavelmente decretam a nulidade dos lançamentos que não descrevem com precisão a obrigação tributária, reproduzindo excertos.

Concluiu haver restado evidente 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 necessária à ampla defesa.

Sob o título “*5.2 Da Inaplicabilidade da Majoração da MVA Promovida pelo Decreto nº. 16.434/2015. Existência de Liminar e Sentença Confirmando o Cumprimento da Anterioridade Nonagesimal até 24/02/2016.*”, esclarece primeiramente que a diferença encontrada na autuação deu-se exclusivamente pela aplicação equivocada da majoração da base de cálculo (MVA) promovida pelo Decreto Estadual nº 16.434/2015, listando os números dos referidos DANFE’s (42506, 42508, 42509, 42510, 42511, 42523 e 42528) que, por força de decisão judicial, apenas passou a produzir efeitos após cumprimento o prazo constitucional da noventena.

Defende a improcedência em relação a tais operações, eis que a majoração da MVA após o referido Decreto teve sua aplicação suspensa enquanto não decorrido o prazo da anterioridade nonagesimal prevista no artigo 150, III, c, da Constituição Federal.

Assim, as alterações promovidas pela referida norma não poderão ser aplicáveis pelo Fisco Baiano em relação aos fatos geradores ocorridos até 24/02/2016. Reproduz a liminar proferida.

Observa que as notas fiscais citadas, foram emitidas dentro do prazo da noventena, e, ante os termos da ordem judicial, o fisco estadual está impedido de aplicar o Decreto, bem como a Impugnante não está sujeita a majoração ali encampada em relação aos fatos geradores ocorridos no interregno do prazo de 90 dias contados da publicação da referida norma estadual, limitação essa respaldada, inclusive, pelo artigo 150, III, c, da Constituição Federal.

Remata que, por essa razão, a autuação lastreada no Decreto nº 16.434/15 não poderá prosperar, por afrontar não só o princípio da anterioridade e da segurança jurídica, mas, também, ao determinado pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Discorrendo sobre o título “*5.3 Da Nulidade do Lançamento. Pretensão de Cobrar Alíquota Majorada de 2% Anteriormente a Vigência da Lei 13.461/2015. Illegitimidade da Cobrança em Relação ao Período Anterior a 10/03/2016.*” Diz que tal qual o objeto do tópico anterior, outra evidência de nulidade do lançamento combatido se refere à cobrança de diferenças de tributo antes da vigência da norma que promoveu a majoração da alíquota.

Salienta que o Autuante promoveu lançamento imputando retenção e recolhimento a menor do ICMS, mas promove a cobrança da diferença de dois pontos percentuais (2%) em relação a notas fiscais emitidas no período de 13/01/2016 a 09/03/2016, com base na majoração de alíquota promovida pela Lei 13.461/2015, e que apenas passou a produzir efeitos em 10/03/2016. Alerta que a legislação tributária é prospectiva não podendo abranger fatos geradores anteriores a sua vigência, sendo inadmissível a cobrança de diferença de ICMS com fundamento em uma

retroatividade indevida da norma que majorou o tributo.

Sob o título “5.4 Ilegalidade da Cobrança. Valores Recolhidos na Passagem do Posto Fiscal.” Afirma haver um terceiro equívoco no trabalho do Autuante que aponta ter sido imputar a cobrança de diferenças de ICMS em relação a operações em que a própria Impugnante já havia promovido o recolhimento complementar em sua escrita fiscal.

Diz que a Impugnante foi autuada em decorrência de recolhimento a menor de ICMS no exercício de 2016 em face de suposta aplicação de MVA e alíquotas inferiores aquela prevista na legislação, mas que conforme diz comprovar com os documentos que relaciona, a Impugnante promoveu a complementação do recolhimento em sua própria escrita fiscal nos períodos subsequentes, pois na passagem do posto fiscal, fora exigida a complementação pela fiscalização. Apresenta uma tabela intitulada de “*Tabela 01 – Lista das notas fiscais em que houve o recolhimento complementar de ICMS na passagem do posto fiscal.*” Como também colacionar uma das notificações realizadas na passagem do posto fiscal, com indicação das notas fiscais autuadas, e o respectivo comprovante de recolhimento, e da notificação fiscal 1939991197/16-8, em que é listada a nota fiscal 51682, que também compõe a presente autuação.

Remata que não resta identificada a infração formal apontada quanto à falta de retenção e recolhimento em relação a tais documentos, pois houve o recolhimento do complemento do ICMS na passagem dos postos fiscais, o que caracterizaria uma bitributação sobre o mesmo fato gerador. E requer que as notas fiscais em que houve recolhimento do complemento de alíquota devem ser excluídas do Auto de Infração reduzindo o valor do crédito tributário.

Trata também da “5.7 Da Exorbitância e da Confiscatoriedade da Multa Aplicada. Por Cautela. Precedentes do STF.”, assevera que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Com relação ao primeiro ponto, explica que tal penalidade depende da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente. Colaciona jurisprudência do CARF. E conclui que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Tratando do segundo ponto afirma que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, reproduzindo jurisprudência e doutrina.

Consequentemente, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Requer também:

“Pugna, ainda, pela juntada de mídia digital contendo o livro de apuração do período, bem como as notificações e comprovantes de pagamento mencionados no tópico 5.4 da presente manifestação.

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já se requer, sob pena de cerceamento de defesa.

E, por fim, requer-se, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cujo endereço encontra-se descrito no preâmbulo desta peça impugnatória.”

O Autuante se pronuncia às fls. 85 a 89, descreve a acusação fiscal dizendo ter apurado retenção a menor do ICMS ST, e o consequente recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor total histórico de R\$ 2.882.818,80.

Em seguida sintetiza os argumentos defensivos como:

“Primeiro A autuação é nula em função de divergência existentes entre o valor apurado no demonstrativo e no auto de infração.

Segundo Apresentou cópia da liminar determinando a suspensão da aplicação do decreto n. 16.434/2015 por 90 dias, visando resguardar o princípio da (noventena) ate o dia 24/02/2016 em relação a majoração dos MVAs.

Terceiro Relativo ao elevação da alíquota interna em 2% no Estado da Bahia para produzir efeitos após 90 dias, ou seja a partir do dia 10/03/2016.

Quarto Cobrança indevida de ICMS ST de notas fiscal que foram objetos de notificação fiscais nos postos fiscais na Bahia.”

Quanto ao primeiro argumento que trata da alegação de que a autuação é nula em função de divergência existente entre o valor apurado no demonstrativo e no auto de infração, afirma que anexou ao Auto de infração somente algumas folhas como exemplo 29 paginas, visando economia de papel, pois o relatório completo contém 218 paginas, e que também anexou um CD às fls. 35, contendo o relatório completo em Excel visando facilitar a conferência pelo contribuinte, e em PDF e que foi enviado ao contribuinte uma copia do auto de infração e deste CD, contendo as mesmas informações acimas descritas.

Salienta que também nos dias 15/12/2017 enviou por email para as filiais da Ambev SE e de PE as planilhas em excel das diferenças apuradas para a funcionaria Anelise Rondo Uliana, conforme copias do e-mail em anexo às fls. 90 a 97, inclusive foi dado oportunidade para empresa se pronunciar sobre os cálculos e valores, e que não teve nenhuma contestação, exceto quanto as notificações.

Diz que a alegação do contribuinte não tem fundamento, pois o valor total consta na planilha anexa as fls. 34 que confere com o valor do auto de infração no valor de R\$2.882.818,80.

Afirma que apresenta, em anexo, o novo Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor do ano 2016, impresso somente as páginas onde consta o total do mês tendo sido já considerado as deduções solicitadas nesta impugnação, conforme fls. 98 a 103 e CD anexo às fls. 104 com a planilha em PDF.

Em relação ao segundo argumento defensivo, relativo a liminar determinando a suspensão da aplicação do decreto nº 16.434/2015 por 90 dias, assevera que refez a “Planilha de Apuração do ICMS ST retido a menor do ano de 2016” a partir do dia 25/02/2016, conforme diz constar no novo “Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a menor”, anexo as Fls. 98 a 103 e no CD às fls. 104.

De referência ao terceiro argumento defensivo relativo à alegação de que a elevação da alíquota interna em 2% no Estado da Bahia deveria produzir efeitos após 90 dias, ou seja a partir do dia 10/03/2016, explica o Autuante que a legislação do Estado da Bahia alterou a alíquota de 17% para 18% com vigência a partir do dia 10/03/2016, obedecidos os 90 dias, reproduzindo a legislação da lei 7014/96.

Explica ainda que em relação ao fundo de pobreza de 2%, a incidência sobre a cerveja já estava em vigor, e que a alteração incluindo outros produtos e os refrigerantes tivera efeitos a partir de 10/03/2016, conforme diz constar dos artigos da lei 7014/96 que reproduziu. E que a alíquota foi alterada de 17% para 18% com 2% de fundo de pobreza para refrigerantes, conforme consta acima na legislação. Ressalta que no caso de bebidas alcoólicas (cervejas) a alíquota é de 25% com 2 % de fundo de pobreza, conforme diz haver demonstrado.

Diz haver anexado também um resumo das alterações dos Mvas e alíquotas, conforme anexo as fls. 105 a 108, demonstrando inclusive a composição da BC do ICMS ST, principalmente quanto ao calculo da redução da BC e quebra de garrafas com redução de 1% para refrigerantes e cervejas em garrafas de vidro, sendo que nesta unidade não encontramos refrigerantes em garrafa, onde foram contemplados no cálculo do imposto, e afirma ter refeito os cálculos, em planilha que anexou intitulada “Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a menor” as fls. 98 a 103.

Quanto ao quarto argumento, que se refere à cobrança indevida de ICMS ST de notas fiscal que

foram objetos de notificação fiscal nos postos fiscais na Bahia, afirma que acatou todas as notificações fiscais apresentadas na defesa, conforme fls. 109 a 123, e acrescenta que deduziu dos valores apurados, conforme o que consta no novo Demonstrativo de Apuração do ICMS ST em anexo as fls. 98 a 103. Diz ainda que foram excluídas somente as notas fiscais que coincidem com as que estavam relacionados no Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor.

Conclui pela procedência parcial da autuação, conforme novo Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor, as fls. 98 a 104, nos seguintes meses e valores: Janeiro/2016 – R\$341.443,20; Junho – R\$ 532.100,54; Julho – R\$ 506.306,71; Agosto – R\$ 490.989,04 e Setembro – R\$390.499,05, com total de R\$ 2.261.338,54.

Reforça que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

A Impugnante volta a se pronunciar às fls. 126 a 127 verso, diz que a informação fiscal apresentada apenas ratifica a nulidade do lançamento apresentado, uma vez que trazem a confirmação de que o auto de infração foi lavrado sem certeza e liquidez necessária do crédito tributário.

Explica que a autoridade fiscal, em sua manifestação aduz que:

1. *“Não há nulidade do lançamento, pois constam do processo os demonstrativos de apuração, e todas as planilhas foram encaminhadas para funcionária da Impugnante. Afirma, ainda, que não reconhece a planilha anexada na defesa no valor de R\$ 929.980,69;*
2. *Refez a planilha de apuração nos termos estabelecidos na liminar proferida na ação ordinária nº 0579991-28.2015.5.05.0001;*
3. *A elevação de alíquota interna respeitou o prazo de 90 dias, conforme legislação transcrita na manifestação fiscal;*
4. *Considerou todos os produtos como bebidas alcóolicas e aplicando o MVA de cervejas para todos eles;*
5. *Recalculou o lançamento para abater o percentual de 1% a título de quebras nas embalagens de vidro, e;*
6. *Acatou e deduziu as notas fiscais na notificação fiscal 2121463022/16-5 (134948, 134947, 134769 e 134729), e nos recolhimentos das notas 134729, 134767, 134775, 134794, 134797, 134814, 134947 e 134948.”*

Interpreta que com base nas considerações que elencou, o Autuante que acolheu parcialmente os termos da defesa para manter o valor de R\$ 1.535.212,75 a título de ICMS ST recolhido a menor nos exercícios de 2015 e 2016.

Contudo, assevera que os argumentos fiscais não são suficientes para afastar a nulidade/improcedência do auto de infração e para manter o lançamento tributário.

Primeiro, porque o argumento de que não reconhece a planilha colacionada pela defesa, não é suficiente para ilidir o argumento informado na peça de impugnação. Explica que além de colacionar a planilha aponta também as divergências que podem ser facilmente aferidas pelo Julgador administrativo mediante o cotejo do somatório do valor total constante na planilha da fiscalização, e aquele lançado no auto de infração. Por isso entende que não foi esclarecida a divergência entre o valor apurado no demonstrativo elaborado pela fiscalização e aquele exigido através do auto de infração, persiste a nulidade da autuação por ausência de liquidez e certeza do lançamento.

Quanto ao segundo ponto, diz que o Autuante afirmou haver cumprido o determinado quanto a Liminar Judicial e Sentença, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001.

Em relação ao terceiro, ressalta que embora o Autuante reconheça que a legislação prevê o cumprimento da noventena, este não informa qualquer alteração no lançamento, portanto, diz persistir às alegações defensivas quanto a impossibilidade de exigência de valores de forma retroativa, referentes a diferença de dois pontos percentuais (2%) em relação a notas fiscais emitidas no período de 13/01/2016 a 09/03/2016, com base na majoração de alíquota promovida pela Lei 13.461/2015, e que apenas passou a produzir efeitos em 10/03/2016.

Em quarto, salienta que o Autuante persiste em considerar para todas as operações com bebidas alcóolicas o MVA aplicável ao produto cerveja, desconsiderando a existência de MVA específica para bebidas que não são classificadas como cerveja/chope. Desconsiderando, portanto, que para

o produto Skol Beats Sense, que possui classificação específica NCM 2208.90.00, diversa do produto cerveja, e é submetida ao MVA de 55,56% nos termos do anexo I do RICMS/BA, mas foi mantida pela fiscalização uma MVA de 181,60%.

Assevera resta claro que deve ser mantida a nulidade da exigência combatida, em face da iliquidize do lançamento, vez que não houve qualquer irregularidade na sistemática de apuração nas operações da Impugnante.

Frisa que não foram analisadas as minúcias das operações da Impugnante, caso em que se concluiria pela regularidade da sistemática adotada. Ao contrário, partiu-se, para a presunção de que todas as mercadorias listadas nas notas fiscais estariam incluídas no mesmo regime, sujeitando-se à mesma sistemática.

Em quinto, afirma a defesa que em seus novos cálculos o autuante considerou o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA para operações com embalagem de vidro.

Em sexto, diz ter o Autuante afirmado que deduziu as notas fiscais na notificação fiscal 2121463022/16-5 (134948, 134947, 134769 e 134729), e nos recolhimentos das notas 134729, 134767, 134775, 134794, 134797, 134814, 134947 e 134948).

Requer, ao final, que em vista de todos os argumentos e pedidos constantes na Impugnação ofertada, o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade do lançamento fiscal, ou subsidiariamente, reconhecer/declarar inexistentes as irregularidades apontadas na autuação.

E ainda, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353.

O Autuante também volta a se pronunciar às fls. 141 e 142, diz que a Impugnante apenas repete os argumentos da inicial e diz que a divergência apontada pela defesa entre a planilha e o valor autuado se deve ao fato de que sendo a quantidade de páginas da planilha muito extensa, acostou aos autos apenas uma amostra como exemplo e isso pode explicar porque os valores não coincidem, porém tudo pode ser confirmado na planilha integral constante do CD que entregou a Impugnante e que também consta dos autos.

Afirma que reconheceu a noventena do mês de janeiro até o dia 09/03/2016, repercutindo em que o valor a recolher de janeiro foi alterado de R\$ 366.209,55 para R\$ 341.443,20, e explica que o contribuinte pode não ter observado, pois continua alegando que persiste a diferença.

Afirme que quanto às demais argumentações da informação fiscal não houve questionamento, e que a defesa aceitou quando citou que foram refeitos os cálculos da quebra de 1% de alguns produtos em garrafas que não estavam contemplados, como também citou que houve dedução das notificações lavradas no transito de mercadorias e que foram apresentadas pela empresa.

Concluiu pela procedência parcial da autuação, acatando em parte os argumentos da defesa. Reforça que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O auto de Infração se refere a apenas uma infração e diz respeito à retenção e recolhimento a menos do ICMS em decorrência da sujeição passiva por substituição tributária relativa às operações interestaduais realizadas com destino a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Registro que a defesa informou ter efetuado recolhimento parcial do auto de infração, em vista de haver revisado as operações indicadas pela fiscalização, e reconhecido a existência de valores a recolher, razão pela qual promoveu a quitação parcial dos valores lançados.

Primeiro, afasto a arguição de nulidade, pois o argumento de ausência de liquidez e certeza do lançamento, em função das divergências apontadas pela defesa, foram devidamente corrigidas pelo Autuante por ocasião da sua informação fiscal, portanto como as incorreções e omissões foram corrigidas e suprimidas, tendo sido este fato comunicado ao sujeito passivo, ao qual foi disponibilizado oportunidade de exercitar a defesa e o contraditório, fica prejudicada a arguição de nulidade com espeque no §1º do Art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Em relação à alegação de que parte do levantamento fiscal decorre da aplicação das alterações de MVA promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015 de 26/11/2015, e que de fato a autuada obteve decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, que determinou a suspensão da aplicação do referido Decreto por 90 dias, concluo que assiste razão a autuada ao pleitear que fossem retirados dos cálculos os efeitos do referido decreto de modo a não aplicá-lo aos fatos geradores ocorridos até de 24/02/2016.

Verifiquei, entretanto, que o Autuante não procedeu às correções pertinentes aos efeitos do Decreto nº 16.434/2015 em sua planilha, a despeito de ter informado haver retificado seu levantamento fiscal em novo demonstrativo que informou constar das fls. 230 a 264. Assim, examinando estas planilhas, verifiquei que no período de 01/12/2015 a 24/02/2016 foi utilizado pelo Autuante os MVAs 177,89% para “Cerveja em garrafa” e 131,57% para “Cerveja em lata”, ambos quando originadas de unidades da federação em que a alíquota interestadual seja 12%, tudo conforme consta do ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, (REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015).

Sendo assim, no processo de instrução às MVAs que estavam superior às MVAs em vigor antes da alteração proposta pelo Decreto nº 16.434/2015, que era para “Cerveja: Indústria/Distribuidor: 140%” foram ajustadas, obedecendo ao critério da noventena aventado pela Impugnante.

Quanto a alegação de que descabia a aplicação do percentual de fundo de pobreza de 2%, em relação a notas fiscais emitidas no período de 13/01/2016 a 09/03/2016, por entender a defesa de que ocorreu com base na majoração de alíquota promovida pela Lei 13.461/2015, e que apenas passou a produzir efeitos em 10/03/2016. Assevero não assistir razão à Impugnante, pois o fundo de pobreza já incidia sobre as operações com bebidas alcoólicas desde 29/03/13, por força da Lei nº 12.609, que alterou o art. 16A, combinada com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, efeitos a partir de 31/01/14, que incluiu as cervejas na alínea “b” do inciso II do art. 16 da lei 7.014/96. De forma que desde 01/02/2014 a alíquota do ICMS incidente sobre as operações de cerveja passaram a ser adicionadas de dois pontos percentuais a título do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Veja:

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;

Nota: A redação atual da alínea “b” do inciso II do caput do art. 16 foi dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 31/01/14. Redação originária, efeitos até 30/01/14:

“b) bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana ou de melaço e outros aguardentes simples;”

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.

Nota: A redação atual do caput do art. 16-A foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 10/03/16.

Redação anterior dada pela Lei nº 12.609, de 27/12/12, DOE de 28/12/12, efeitos a partir de 29/03/13 a 09/03/16:

"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 e V do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Assim, não assiste razão à Impugnante quanto ao pleito de ver excluído do levantamento fiscal a parcela de 2% relativa ao fundo de pobreza no período de 13/01/2016 a 09/03/2016, pois essa exação não decorreu da alteração da lei 7.014/96, pela Lei 13.461/2015, conforme alegado.

Examinando a alegação de que houve valores constantes do levantamento fiscal que já tinham sido cobrados por notificação fiscal nos postos fiscais, tendo em vista haver constatado a veracidade da alegação, e considerando também que o próprio Autuante concordou com a assertiva da defesa, no processo de instrução procedeu-se a dedução no valor do Auto de Infração dos recolhimentos do ICMS relativos às notas fiscais elencadas pela defesa.

Considero também que assiste razão à defesa quando alega que o Autuante deixou de observar o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA para operações com embalagens de vidro. Assim, no processo de instrução também com relação a este ponto foram realizadas às devidas correções, de modo que apurei, com a assistência e aval tanto do Autuante quanto do gestor do aplicativo "AUDIT" que serviu de base para o levantamento fiscal original, o seguinte resultado final:

MÊS	bc icms st - red	icms total	ICMS - ST	FPobreza	ICMS - ST DEV.	val_icms_retido t	ICMS - ST A REC.
jan-16	5.698.017,73	1.424.504,43	1.119.781,20	131.951,85	1.251.733,04	1.242.368,98	9.364,06
jun-16	24.844.002,74	5.859.143,60	4.741.464,99	501.255,11	5.242.720,10	5.232.239,10	35.863,33
jul-16	29.670.702,38	7.041.442,89	5.709.197,61	598.777,81	6.307.975,42	6.294.148,80	38.295,57
ago-16	27.493.316,52	6.523.719,50	5.291.418,49	554.833,36	5.846.251,84	5.839.409,72	33.320,87
set-16	28.320.925,72	6.638.049,40	5.360.462,48	571.276,29	5.931.738,77	5.916.967,10	42.929,88
Total	116.026.965,09	27.486.859,82	22.222.324,77	2.358.094,41	24.580.419,18	24.525.133,70	159.773,71

Se faz mister registrar que verifiquei haver procedência na alegação defensiva de que a despeito do valor do auto de Infração indicar o montante de R\$2.882.818,80, os demonstrativos de cálculo anexo ao auto de Infração, elaborado pelo Autuante, do qual tive acesso conforme CD constante das fls. 81 e que foram base para a apuração e o lançamento tributário, informam na somatória da coluna que indica o ICMS ST devido o valor de R\$524.724,38, mesmo valor apurado pela Impugnante

Contudo essa arguição está plenamente absorvida pela revisão feita por este julgador que resultou no presente voto pela procedência parcial do presente auto de Infração reduzindo o valor do débito de R\$2.882.818,80, para R\$159.773,71.

Registro que todas as planilhas contendo a memória dos cálculos que representam o convencimento dos julgadores em relação a presente decisão se encontram anexadas ao presente PAF em mídia magnética devendo ser disponibilizadas os arquivos à impugnante mediante cientificação com recibo próprio.

Quanto ao pleito de que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cujo endereço encontra-se descrito no preâmbulo de sua peça impugnatória, esclareço que este CONSEF segue ritual de intimação previsto no RPAF, entretanto nada obsta de que possa realizar as intimações conforme solicitado, todavia entende não estar submetido a pena de nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2071090013/17-4, lavrado

contra a empresa **AMBEV S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$159.773,71**, acrescido da multa, de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7014/96 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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR