

A. I. N° - 2071090014/17-0
AUTUADO - AMBEV S/A
AUTUANTE - JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.08.2018

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-02/18

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 insubstancial e parte. 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\$ 1.829.630,64 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 dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 86 a 98, 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, considerou 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, e;
- Quinto, 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.

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\$1.829.630,54, 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\$929.980,69. Para comprovar reproduz recorte da planilha 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 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 Nulidade do Lançamento. Erro na Composição da Base de Cálculo. Aplicação de MVA Diversa da Prevista na Legislação.” Afirma que o Autuante considerou que todas as bebidas alcóolicas autuadas se enquadravam como cerveja, e sujeitas ao MVA de 181,60%. Agindo de tal modo, não observou que parcela das notas fiscais listadas não se sujeitavam ao mesmo MVA aplicável ao produto cerveja. Diz ser o caso do produto Skol Beats Sense, que possui classificação NCM 2208.90.00, e submetida ao MVA de 55,56% nos termos do anexo I do RICMS/BA, mas que a fiscalização aplicou uma MVA de 181,60%.

Assevera haver restado clara a nulidade da exigência em tela, em face da iliquidez do lançamento, vez que não houve qualquer irregularidade na sistemática de apuração nas operações da Impugnante. Salienta que como não houve segurança quanto aos fatos imputados a Impugnante, fica demonstrada exatamente a improcedência do lançamento.

Concluiu não ser possível prosperar a pretensão do Fisco, por ferir não só o princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas a todo um conjunto de preceitos constitucionais, como o princípio do não-confisco, bem como as garantias ao contraditório e à ampla defesa, corolárias do devido processo legal, bem como vários outros preceitos vertidos em legislação superior (CTN), dentre os quais os vertidos nos artigos 97, 100, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 144, 146 do CTN.

Em relação ao título “5.5 Nulidade da Infração. Existência de Previsão Legal para Abatimento de 1% da Base de Cálculo do Imposto nas Operações com Mercadorias Acondicionadas em Embalagens de Vidro. Iliquidez do Lançamento.” Assevera que a autoridade fiscal deixou de computar em sua apuração o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST nas operações realizadas com bebidas acondicionadas em embalagens de vidro previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), que reproduziu, e plotou parte da planilha do levantamento fiscal dizendo demonstrar a ocorrência de sua alegação. Afirma comprovar a imprecisão da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor de ICMS.

Salienta que tendo comprovado que inexiste diferença de ICMS a recolher no período autuado, a declaração da nulidade/improcedência do lançamento fiscal é o único remédio para o presente caso.

Trata também da “5.6 Ilegalidade da Cobrança. Valores Recolhidos na Passagem do Posto Fiscal.” Diz que a fiscalização incluiu em sua apuração a cobrança de diferenças de ICMS em relação a operações em que a própria Impugnante já tinha sido fiscalizada, e promovido o recolhimento complementar na passagem do posto fiscal.

Explica que quanto aos DANFEs 134729, 134767, 134775, 134794, 134797, 134814, 134947 e 134948, constatou-se que, de fato, foram emitidos com retenção e recolhimento a menor do tributo, porém, na passagem do posto fiscal, a Impugnante promoveu a complementação do recolhimento em sua própria escrita fiscal nos períodos subsequentes. Em seguida colaciona uma das notificações realizadas (notificação fiscal 2121463022/16-5) na passagem do posto fiscal, com indicação das notas fiscais autuadas, e o respectivo comprovante de recolhimento, e requer que as notas fiscais em que houve recolhimento do complemento de alíquota sejam excluídas do Auto de Infração reduzindo o valor do crédito tributário.

Passando a discorrer sobre “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 tambem:

"Assim, requer a Impugnante a admissibilidade e provimento desta peça defensória para reconhecer/declarar a nulidade/improcedência da autuação; ou ainda, subsidiariamente, a redução da multa aplicada a um patamar razoável (entre 20% e 30%)."

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. 223 a 228, e em relação à arguição de nulidade em função de divergência existentes entre o valor apurado no demonstrativo e no auto de infração, diz que foi anexado ao Auto de Infração o Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor às fls. 06 a 80 de forma completa, e que também anexou um CD às fls. 81, contendo o relatório completo em Excel (editável) visando facilitar a conferência pelo contribuinte, e em PDF (para garantir contra alterações). Salienta que todo o material também foi enviado por e-mail.

Assevera que o valor do levantamento fiscal no ano de 2015 montou ICMS ST R\$322.069,96, conforme total nas fls. 12 e o valor do ano de 2016 o valor total de ICMS ST R\$1.507.560,68, conforme o que consta nas fls. 80, e que a somatória dos anos de 2015 e 2016 representa o valor total de ICMS ST R\$1.829.630,64.

Afirma não reconhecer a planilha anexada pela defesa às fls. 88 verso no valor de R\$929.980,69, pois a mesma não está anexada neste PAF, e os campos e as configurações são diferentes.

Com relação à alegação da existência de uma liminar determinando a suspensão da aplicação do decreto nº 16.434/2015 por 90 dias, visando resguardar o princípio da (noventena) diz ter refeito a Planilha de Apuração do ICMS ST retido a menor do ano de 2015 e 2016 a partir do dia 25/02/2016, conforme consta no Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a menor, alterando o valor para menor, conforme anexo as fls. 230 a 264.

Relativamente à elevação da alíquota interna em 2% no Estado da Bahia que alega a defesa só poderia produzir efeitos após 90 dias, ou seja, a partir do dia 10/03/2016, explica que a legislação do Estado da Bahia de fato alterou a alíquota de 17% para 18% com vigência a partir do dia 10/03/2016, obedecidos os 90 dias, conforme planilha anexa.

Concorda também com relação ao fundo de pobreza de 2%, além da cerveja que já estava em vigor foi incluso outros produtos e os refrigerantes a partir de 10/03/2016. Já no caso de bebidas alcoólicas (cervejas) diz que a alíquota é de 25% com 2 % de fundo de pobreza.

Assevera que anexou um resumo das alterações dos Mvas e alíquotas, conforme anexo as fls. 265 a 268, demonstrando inclusive a composição da BC do ICMS ST, principalmente quanto ao cálculo da redução da BC e quebra de garrafas com redução de 1% para refrigerantes e cervejas em garrafas de vidro, onde foram contempladas no cálculo do imposto todas essas alterações, conforme planilha que diz haver anexado, e que denominou Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a menor as fls. 230 a 264.

Quanto à alegação de que o Autuante considerou todos os produtos como bebidas alcóolicas e aplicou o Mva de cervejas para todos os produtos, afirma que no caso em questão, as cervejas skol bits o MVA até 09/03/2016 é de 177,89 e a partir de 10/03/2016 o Mva passou a ser 181,60%,

conforme anexo I e no protocolo 50/2015, em anexo o resumo da legislação, explica que conferiu e refiz os cálculos conforme solicitado.

Em relação a ter deixado de observar o abatimento de 1% a título de quebra nas embalagens de vidro, diz haver recalculado e que foi incluído o abatimento de 1% de quebra nos caso de refrigerantes e cervejas em garrafas, conforme novo demonstrativo de Apuração do ICMS Retido a Menor em anexo as fls. 230 a 264.

Examinando a alegação de que houve valores constantes do levantamento fiscal que já tinham sido cobrados por notificação fiscal nos postos fiscais, concorda em acatar e que já deduziu as notas fiscais constantes na notificação fiscal 2121463022/16-5 (134948, 134947, 134769, 134729 e nos recolhimentos na escrita fiscal nfs 134729, 134767, 134775, 134794, 134797, 134814, 134947 e 134948, conforme planilha as fls. 269.

Concluiu pela procedência parcial da autuação, apresentando novos valores, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor, as fls. 230 a 264, o qual discriminamos os valores do ICM ST que foi recolhido a menor nos seguintes meses e valores: Ano 2015 – Dezembro – ICMS ST R\$ 39.776,74; ANO 2016 : JANEIRO – ICMS ST R\$ 177.018,57; FEVEREIRO – ICMS ST R\$ 44.945,17; ABRIL – ICMS ST R\$ 25.166,41; MAIO – ICMS ST R\$ 2.035,95; JUNHO – R\$122.861,06; JULHO – R\$151.204,00; AGOSTO – ICMS ST R\$125.359,86; SETEMBRO – R\$ 132.139,37; OUTUBRO – R\$45.738,84; NOVEMBRO – R\$ 30.746,80; DEZEMBRO – ICMS ST R\$ 626.636,63; TOTAL DO ANO 2016 – R\$ 1.495.436,01 – TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO ANO 2015 e 2016 – ICMS ST R\$1.535.212,75.

A Impugnante volta a se pronunciar às fls. 273 a 275, diz que 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 submetido 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. 284 e 285, 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.

Concorda com os demais questionamentos, aceitando e citando que foram refeitos os cálculos da quebra de 1% de alguns produtos em garrafas que não estavam contemplados e citou também que deduziu as notificações lavradas no transito de mercadorias e que foram apresentadas pela empresa.

Conclui pela procedência parcial da autuação, acatando em parte os argumentos da defesa. Reforça que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância à legislação tributária vigente.

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 a retenção e recolhimento a menos do ICMS em decorrência da sujeição passiva por substituição relativa às operações interestaduais realizadas com destino a contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Verifico que a defesa efetuou 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 no processo de instrução, portanto como as incorreções e omissões foram passíveis de correção e supressão, 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 essepe 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 MVAs 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.

Verifico, 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. Entretanto, 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 foi 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.

De referência à alegação de que o Autuante considerou para todas as operações com bebidas alcóolicas o MVA aplicável ao produto cerveja, desconsiderando a existência de operações de venda com outro tipo de bebida alcoólica, no caso a Skol Beats, que tem o NCM 2208 e portanto está vinculada ao MVA de 55,56%, verifico que razão assiste à defesa e, sendo assim, foram realizadas as correções necessárias na planilha.

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 que o próprio Autuante concordou com a assertiva da defesa, foram excluídas do levantamento fiscal as seguintes notas fiscais: i) constantes na notificação fiscal 2121463022/16-5 (134769 e 134729) ii) constantes dos recolhimentos na escrita fiscal nfs. (134729, 134767, 134775, 134794, 134797, 134814). Entretanto não localizamos as notas fiscais, 134947 e 134948.

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, também procedeu-se às devidas correções, de modo que apurei o seguinte resultado final:

MÊS	bc icms st - red	icms total	ICMS - ST	fund. Pobreza	ICMS - ST DEV.	ICMS ST RET.	ICMS- ST A REC.
dez-15	5.968.963,31	1.492.240,83	1.175.000,96	118.348,12	1.293.349,07	1.076.737,87	228.136,85
jan-16	5.622.237,96	1.403.692,96	1.105.376,29	108.044,90	1.213.421,18	1.095.282,11	118.139,07
fev-16	2.350.477,17	585.193,99	460.192,92	44.886,07	505.078,98	486.055,49	19.023,49
mar-16	577.463,71	143.239,27	111.532,21	11.549,27	123.081,48	123.047,41	34,07
abr-16	1.257.201,44	313.664,00	244.550,10	25.144,03	269.694,13	269.671,74	22,39
mai-16	100.634,94	24.355,48	18.858,07	2.012,70	20.870,76	20.847,51	23,25
jun-16	4.611.568,98	920.486,95	690.999,10	92.389,16	783.388,26	754.378,29	29.124,03
jul-16	5.584.380,28	1.082.789,72	803.298,84	111.879,72	915.178,56	877.583,29	37.595,27
ago-16	5.093.775,75	1.003.836,54	754.074,24	102.295,33	856.369,57	825.594,65	30.456,30
set-16	4.800.732,95	896.041,59	657.342,70	96.216,30	753.559,00	719.450,69	34.108,31
out-16	2.056.417,27	385.657,94	282.572,19	41.373,65	323.945,84	321.788,34	2.038,61
nov-16	1.425.571,64	285.574,89	213.368,39	28.703,71	242.072,10	241.759,51	213,97
dez-16	3.713.134,18	874.491,94	635.224,16	116.807,02	752.031,18	773.481,38	146,67
Total	43.162.559,59	9.411.266,11	7.152.390,15	899.649,96	8.052.040,12	7.585.678,28	499.062,28

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\$1.829.630,54, 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\$ 929.980,69, mesmo valor apurado pela Impugnante.

Contudo essa arguição está plenamente absorvida pela revisão feita na assentada para julgamento, que contou apenas com a presença e aval do Autuante, resultou no presente voto pela procedência parcial do Auto de Infração reduzindo o valor do débito de R\$1.829.630,54, para R\$499.062,28, conforme demonstrado na planilha acima.

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 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2071090014/17-0**, lavrado contra a empresa **AMBEV S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.062,28**, 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