

A. I. N° - 206973.0009/21-0
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/11/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0189-04/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Considerações de defesa elidem a autuação. Comprovado que não houve aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de erro na apuração do imposto através do Sistema de Auditoria SIAF, no tratamento de operações com incidência do ICMS-ST e do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), o que foi corrigido com a nova versão editada. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/04/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$6.447.337,04, conforme demonstrativos acostados às fls. 8 a 17 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 18, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 003.002.002: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2018, conforme demonstrativo de fls. 8 a 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 18. Lançado ICMS no valor de R\$6.447.337,04, com enquadramento no artigo 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea "a", do mesmo diploma legal.

Consta da descrição dos fatos, a informação complementar de que a alíquota nas saídas de bebidas alcoólicas, cerveja inclusive, é de 25%, acrescida de 2% conforme Decreto. Entretanto, há previsão de redução de base de cálculo em 7,41% para que a carga tributária corresponda a 25%. Cálculo da empresa e cálculo da auditoria no Demonstrativo parte integrante deste Auto de Infração.

O sujeito passivo, às fls. 26/33 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, com endereço na R. João Úrsulo, Polo Petroquímico, Camaçari, Bahia, CEP 42.810-390, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.526.557/0015-05, e com Inscrição Estadual sob o nº 110.250.399, por seu advogado que ao final subscreve (doc. 01), com escritório na Rua da Hora, nº 692, Bairro do Espinheiro, Recife, Pernambuco, CEP 52020-010, e e-mail tributarioambev@queirozcavalcanti.adv.br, apresenta, na forma do art. 123 e seguintes da Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, defesa em virtude da lavratura do auto de infração em epígrafe, o que faz nos termos a seguir expostos.

I. DOS FATOS

Diz tratar de imposição decorrente de pretensão recolhimento a menor do ICMS por erro na alíquota utilizada. Com base em tal autuação, aduz que está sendo cobrado imposto no valor de R\$ 6.447.337,04, que, acrescido de juros de mora, atualização monetária e multa de 60%, totaliza o montante de R\$ 10.020.591,91.

II. DOS FUNDAMENTOS DE MÉRITO

3.1 Improcedência da exigência fiscal. Infração não configurada. Divergências de valor noticiadas pela fiscalização referem-se a valores de FECEP recolhidos em conjunto com o ICMS.

Diz que, como visto, trata-se de lançamento para cobrança de ICMS, por um suposto recolhimento a menor do tributo, em razão da alíquota utilizada pela impugnante nas operações com cervejas é de 25% acrescida de 2%, e com redução da base de cálculo em 7,41%, de modo que a carga tributária corresponda a 25%.

No caso em tela, diz que a Fiscalização questiona a alíquota de 23% para o ICMS informada nas notas fiscais autuadas, e, com base nessa informação, imputa a infração de recolhimento a menor do tributo.

Pontua que operou em erro a autoridade fiscal ao promover o lançamento, e as planilhas e demonstrativos juntados ao processo não são suficientes para demonstrar a suposta infração descrita pelos Autuantes.

É que, apesar de identificar a divergência na alíquota informada nas notas fiscais autuadas, os fiscais Autuantes não observaram os valores oferecidos à tributação pela impugnante.

Diz que, apesar da informação de erro quanto a alíquota, a alíquota de 23% nos documentos fiscais autuados, a carga tributária suportada nas operações em destaque corresponde exatamente aos 25% exigidos pelo Estado da Bahia.

Isso porque, ao invés de aplicar a alíquota de 25% acrescida de 2%, e promover a redução da base de cálculo em 7,41%, de modo que a carga tributária corresponda a 25%, adotou a alíquota de 23% acrescida de 2%, de modo a garantir a mesma carga tributária correspondente aos 25% fixados na legislação.

Registra que, do conjunto de operações autuadas, observa-se que, o ICMS supostamente recolhido a menor indicado na autuação trata-se, em verdade, do valor correspondente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), que foi apurado na EFD conjuntamente com o ICMS destacado na nota, e ambos recolhidos ao fisco estadual.

Sobre o procedimento de recolhimento em conjunto do ICMS com o FECEP, vale registrar que se trata de método de apuração previsto no manual do SPED Fiscal. Destaca figura “*recorte do Manual do SPED Fiscal*” no corpo da defesa à fl. 29 dos autos.

Diz que, segundo o consta, no “*Campo 07*”, conforme recorte do manual supra colacionado, o Valor_ICMS deve ser a “*parcela correspondente ao valor creditado/debitado do ICMS substituição tributária, incluindo o FCP, quando aplicável...*”.

Desse modo, aduz que se nota que o manual é expresso em determinar o lançamento do valor do ICMS da NF adicionado do FECEP, não havendo dúvidas de que o procedimento adotado deve ser este.

Consigna que o somatório das parcelas para fins de apuração e recolhimento é previsto no Manual do SPED, e foi esse o procedimento adotado pela autuada. Para fins de melhor visualização de que o valor cobrado no auto de infração se refere ao montante de FECEP destacado e recolhido em conjunto com o ICMS, traz aos autos, como exemplo, a nota fiscal 143416, de 13/11/2018, conforme figura “*recorte da nota fiscal*” na folha 30 dos autos.

Analisando o lançamento fiscal em relação a referida nota, diz observar que a fiscalização cobra o recolhimento de R\$2.757,57, referente as operações com cervejas Stella Artois e Bohemia, que é o exato valor correspondente ao FECEP destacado no documento fiscal, conforme figura de folha 30 e 31 dos autos.

Em arremate, diz que, para afastar qualquer dúvida quanto a apuração e recolhimento dos valores supra indicados, inclusive para evidenciar que os valores foram lançados na EFD de forma integrada, a autuada apresenta “*print do SPED*” (fl. 31) em que consta a identificação da Nota Fiscal nº 143416.

Diz, então, comprovar que o valor cobrado pela fiscalização é o mesmo do FECEP destacado no documento fiscal. Acrescenta que o erro ora apontado é observado de forma sistêmica em todos os demais produtos autuados conforme os exemplos relacionados na tabela constante da defesa à fl. 32 dos autos.

Frisa que o equívoco, portanto, resta caracterizado porque a fiscalização não se atentou a observar as demais informações da nota fiscal, tendo, apenas, se limitado a presumir a irregularidade do recolhimento, e proceder o lançamento fiscal, apenas com o confronto da alíquota de ICMS, mas sem observar o valor efetivamente lançado na apuração do ICMS.

Nesse caso, diz que, considerando que as operações foram corretamente registradas no SPED, bem como evidenciada a apuração e recolhimento do montante autuado, tem-se que se tivesse ocorrido infração à legislação estadual, o que se suscita a título argumentativo, seria apenas uma violação a dever instrumental, a justificar, quando muito, a aplicação de multa regulamentar, por descumprimento de obrigação acessória, mas nunca a desconsideração das operações efetivamente ocorridas, e que inequivocamente geram direito a crédito, sob pena de violação aos princípios da não-cumulatividade e da verdade material.

Registra, por fim, improcedente, portanto, está a infração consignada no lançamento fiscal. Por todas as razões suscitadas, não havendo dúvidas quanto à legalidade da apuração fiscal da impugnante, e a necessidade de anulação da imposição ora combatida.

III. DOS PEDIDOS

Do exposto, demonstrada a insubsistência da infração imputada, a impugnante requer a admissibilidade e provimento desta peça defensiva para ao final reconhecer/declarar a nulidade total da autuação ou, no mérito, a improcedência total da autuação com o consequente cancelamento do lançamento fiscal.

Na oportunidade, pugna que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos e a realização de diligência e perícia fiscal a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 65/67, que a seguir passo a descrever:

Diz que, tendo contra si lavrado o Auto de Infração em epígrafe/ a autuada impugna totalmente a Infração 01/ apresentando suas razões de defesa em tempo hábil.

Registra que a única infração imputada no lançamento defendido se refere ao recolhimento do ICMS a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

Consigna que, nas operações internas com produtos com NCM 22030000, destacou 23% ao invés de 27%, com redução de base de cálculo de forma que a carga tributária fosse 25% (23% da alíquota prevista + 2% acrescidos por força de lei relativo ao Fundo de Pobreza).

Diz que, às fls. 29, pretende a defesa, com as figuras 01, esclarecer o procedimento adotado em obediência ao Manual do SPED Fiscal. Já as figuras 02 (fl. 30) 03 e 04 (fls. 31) referem-se ao documento fiscal nº 143416 de 13/11/2018 (fl. 30), onde consta o destaque do fundo de pobreza.

Registra que os mesmos documentos fiscais são visualizados no SIAF sem destaque do fundo de pobreza, vide fls. 63.

Neste sentido, diante de tais afirmações e na impossibilidade de verificar por conta própria sua veracidade, diz ter procurado os gestores do SIAF, que forneceu o banco de dados relativo à ação fiscal que resultou nesta e noutras cobranças de retenção e recolhimento a menor de ICMS_ST solicitando análise dos dados com base nas afirmações da defesa.

Após as verificações devidas, diz que foi publicada uma nova versão do Sistema de Auditoria (SIAF) a fim de possibilitar o cálculo do ICMS_ST com junção ou separação dos dois pontos adicionados às alíquotas previstas para bebidas conforme art. 16-A da Lei 7.014/96, a seguir

transcrito:

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.

(Redação do caput dada pela Lei Nº 13461 DE 10/12/2015. Nota: Por força das alíneas “b” e “c”, Inciso III do art. 150 da Constituição Federal, este dispositivo produzirá efeitos a partir de 10/03/2016).

Parágrafo único. Em relação ao adicional de alíquota de que trata este artigo, observar-se-á o seguinte: (Acrescentado pela Lei nº 7.988, de 21.12.2001, DOE BA de 22 e 23.12.2001)

I - incidirá, também, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), cosméticos, isotônicos, energéticos, refrigerantes, cervejas e chopes; (Redação do inciso dada pela Lei Nº 13461 DE 10/12/2015. Nota: Por força das alíneas “b” e “c”, Inciso III do art. 150 da Constituição Federal, este dispositivo produzirá efeitos a partir de 10/03/2016).

Neste sentido, enquanto os ajustes sistêmicos estavam sendo planejados e executados, trabalhando a partir do caso específico da AMBEV e da ação fiscal que realizou, foi percebido que havia casos de junção e casos de separação entre os valores do ICMS e o fundo de pobreza, isto é, as vezes a operação calculava 25% (23% + 2%) enquanto outras tantas vezes calculava 23% para o ICMS-ST e 2% para o fundo de pobreza.

Assim com a nova versão do Sistema SIAF é possível ao auditor fiscal indicar na parametrização se o cálculo deverá ser efetuado de uma ou de outra forma, mas foi observado que no caso da AMBEV o mesmo produto, vendido para o mesmo CNPJ, algumas vezes tinha ICMS-ST junto com fundo de pobreza, outras vezes separado.

Analisando, portanto, as razões da defesa, diz ter checado cada documento fiscal, por item, constante do demonstrativo **IF_DEM DO REC DE ICMS A MENOR por erro na aplicação da alíquota_cerveja_alccol.xlsx**, anexo a este PAF à fl.18, que deu fundamentação ao Auto de Infração, em lide.

Assim, diz reconhecer que nada há, no caso específico deste Auto de Infração, a ser cobrado. Porém, justifica sua lavratura por não ter sido indicado o equívoco no curso da ação fiscal e, ainda, pela Autuada adotar procedimentos distintos para as mesmas operações, no mesmo período, ou seja, nas vendas de produtos com NCM 22030000 em alguns documentos fiscais aplicou a alíquota de 25%, mantendo unidos o ICMS e o Fundo de Pobreza, separando-os apenas no momento da emissão dos DAE's pois um seria recolhido com código de receita 0806 enquanto o outro com o código de receita 2036.

À fl. 69, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/04/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP INDÚSTRIA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 506323/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto, por ter recolhido a menor ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2018, conforme demonstrativo de fls. 8 a 17 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fls. 18.

Lançado ICMS no valor de R\$6.447.337,04, com enquadramento no artigo 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

Consta da descrição dos fatos, a informação complementar de que a alíquota nas saídas de bebidas alcoólicas, cerveja inclusive, é de 25%, acrescida de 2%, conforme Decreto. Entretanto, há previsão de redução de base de cálculo em 7,41%, para que a carga tributária corresponda a 25%.

Cálculo da empresa e cálculo da auditoria no Demonstrativo parte integrante deste Auto de Infração.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que se trata de lançamento para cobrança de ICMS, por um suposto recolhimento a menor do tributo, em razão da alíquota utilizada pela impugnante nas operações com cervejas, é de 25% acrescida de 2%, e com redução da base de cálculo em 7,41%, de modo que a carga tributária corresponda a 25%.

Pontua que operou em erro a autoridade fiscal ao promover o lançamento. É que, apesar de identificar a divergência na alíquota informada nas notas fiscais autuadas, os fiscais Autuantes não observaram os valores oferecidos à tributação pela impugnante.

Diz que apesar da informação de erro quanto a alíquota, a alíquota de 23% nos documentos fiscais autuados, a carga tributária suportada nas operações em destaque corresponde exatamente aos 25% exigidos pelo Estado da Bahia.

Isso porque, ao invés de aplicar a alíquota de 25%, acrescida de 2%, e promover a redução da base de cálculo em 7,41%, de modo que a carga tributária corresponda a 25%, adotou a alíquota de 23%, acrescida de 2%, de modo a garantir a mesma carga tributária correspondente aos 25% fixados na legislação.

Registra, que do conjunto de operações autuadas, observa-se que o ICMS supostamente recolhido a menor indicado na autuação trata-se, em verdade, do valor correspondente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), que foi apurado na EFD conjuntamente com o ICMS destacado na nota, e ambos recolhidos ao fisco estadual.

Sobre o procedimento de recolhimento em conjunto do ICMS com o FECEP, vale registrar, que se trata de método de apuração previsto no manual do SPED Fiscal. Destaca figura “*recorte do Manual do SPED Fiscal*” no corpo da defesa à fl. 29 dos autos.

Desse modo, aduz que se nota que o manual é expresso em determinar o lançamento do valor do ICMS da NF adicionado do FECEP, não havendo dúvidas de que o procedimento adotado deve ser este.

Consigna então, que o somatório das parcelas para fins de apuração e recolhimento é previsto no Manual do SPED, e foi esse o procedimento adotado pela autuada. Para fins de melhor visualização de que o valor cobrado no auto de infração se refere ao montante de FECEP destacado e recolhido em conjunto com o ICMS, traz aos autos, como exemplo, a nota fiscal 143416, de 13/11/2018, conforme figura “*recorte da nota fiscal*” na folha 30 dos autos.

Analisando assim o lançamento fiscal em relação à referida nota, diz observar que a fiscalização cobra o recolhimento de R\$ 2.757,57, referente às operações com cervejas “*Stella Artois*” e “*Bohemia*”, que é o exato valor correspondente ao FECEP destacado no documento fiscal, conforme figura de folha 30 e 31 dos autos.

Aduz, que para afastar qualquer dúvida quanto à apuração e recolhimento dos valores supra indicados, inclusive para evidenciar que os valores foram lançados na EFD de forma integrada, a autuada apresenta “*print do SPED*” (fl. 31), em que consta a identificação da NF nº 143416.

Diz então, comprovar que o valor cobrado pela fiscalização é o mesmo do FECEP destacado no documento fiscal. Acrescenta que o erro ora apontado é observado de forma sistêmica em todos os demais produtos autuados, conforme os exemplos relacionados na tabela constante da defesa à fl. 32 dos autos.

Os agentes Fiscais Autuantes, aqui representado pela Auditora Fiscal Ivana Maria Melo Barbosa, diante de tais afirmações e na impossibilidade de verificar por conta própria sua veracidade, diz ter procurado os gestores do Sistema de Auditoria SIAF, que forneceu o banco de dados relativo à ação fiscal que resultou nesta e noutras cobranças de retenção e recolhimento a menor de “*ICMS_ST*”, solicitando análise dos dados com base nas afirmações da defesa.

Após as verificações devidas, consigna que foi publicada uma nova versão do Sistema de

Auditoria (SIAF), a fim de possibilitar o cálculo do “ICMS_ST” com junção ou separação dos dois pontos adicionados às alíquotas previstas para bebidas, conforme os termos do art. 16-A da Lei 7.014/96.

Neste sentido, enquanto os ajustes sistêmicos estavam sendo planejados e executados, trabalhando a partir do caso específico da AMBEV e da ação fiscal que realizou, objeto em análise, foi percebido que havia casos de junção e casos de separação entre os valores do ICMS e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), isto é, as vezes a operação calculava 25% (23% + 2%), enquanto outras tantas vezes calculava 23% para o ICMS_ST e 2% para o FECEP.

Assim, com a nova versão do Sistema SIAF, aduz que é possível ao Auditor Fiscal indicar na parametrização, se o cálculo deverá ser efetuado de uma ou de outra forma. Neste sentido, foi observado que no caso da AMBEV, o mesmo produto vendido para o mesmo CNPJ, algumas vezes tinha “ICMS_ST” junto com fundo de pobreza (FECEP), outras vezes separado.

Analisando, portanto, as razões da defesa, diz ter verificado cada documento fiscal, por item, constante do demonstrativo **IF_DEM DO REC DE ICMS A MENOR por erro na aplicação da alíquota_cerveja_alccol.xlsx**, anexo a este PAF à fl.18, que deu fundamentação ao Auto de Infração, em lide.

Assim, diz reconhecer que nada há no caso específico deste Auto de Infração a ser cobrado do Contribuinte Autuado. Porém, justifica sua lavratura por não ter sido indicado o equívoco no curso da ação fiscal, e ainda, pela Autuada adotar procedimentos distintos para as mesmas operações, no mesmo período, ou seja, nas vendas de produtos com NCM 22030000, em alguns documentos fiscais aplicou a alíquota de 25%, mantendo unidos o ICMS e o Fundo de Pobreza, separando-os apenas no momento da emissão dos DAE's pois um seria recolhido com “Código de Receita 0806”, enquanto o outro com o “Código de Receita 2036”.

De tudo até aqui acima destacado, vejo restar razão às arguições de defesa, o que foi acatado em sua inteireza pelos agentes Fiscais Autuantes, restando, portanto, insubsistente o Auto de Infração, em epígrafe.

Quanto à pretensão de que todas as publicações e intimações relativas ao caso em tela sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, encontra-se prevista no artigo 108 do RPAF, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206973.0009/21-0**, lavrado contra **AMBEV S.A.**

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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA