

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0020/21-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AMBEV S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0033-01/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-12/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Afastada a preliminar de nulidade arguida. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/04/2021, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$ 1.279.357,86, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da infração abaixo, nos meses de janeiro a dezembro de 2017; e janeiro a dezembro de 2018:

INFRAÇÃO 01- 07.02.02: “Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Consta: “Saídas de REFRIGERANTES, conforme DEMONSTRATIVO anexo, parte integrante e inseparável deste Auto de Infração”.

Enquadramento Legal: art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte, por meio de advogados devidamente habilitados, ingressou tempestivamente com defesa administrativa às fls. 24 a 34. Arguiu preliminar de nulidade da autuação por ausência de liquidez e certeza do lançamento, dizendo que a fiscalização deixou de observar o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA, relativo às operações com bebidas acondicionadas em embalagens de vidro.

Alegou erros de valor das pautas fiscais consideradas, além de valores divergentes informados no lançamento fiscal e pede pelo refazimento dos cálculos dos valores cobrados, além de entender inconsistência tanto no cálculo da Base de Cálculo, como no cálculo do ICMS-ST cobrado. Roga pelos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Entendeu também ser improcedente a autuação devido às divergências dos valores de FUNCEP – Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza recolhidos em conjunto com o ICMS. Explicou que fora considerado o valor do FUNCEP destacado na Nota, e lançado na EFD na mesma linha do ICMS-ST, apesar de destacado na nota fiscal em campo específico, a apuração e lançamento ocorreu de forma integrada na obrigação acessória.

A autuante presta informação fiscal às fls. 89 a 93, dizendo que os documentos fiscais mencionados, apesar de aparecerem com destaque do fundo de pobreza, tais documentos aparecem no SIAF sem destaque do referido imposto.

Informou que após as verificações, possibilitou o cálculo do ICMS ST com junção ou separação

dos dois pontos adicionados às alíquotas previstas para bebidas, conforme art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Assinalou que enquanto os ajustes sistêmicos, foi percebido que havia casos de junção e casos de separação entre os valores do ICMS ST e o fundo de pobreza, isto é, as vezes a operação calculava 20% (18% + 2%) enquanto outras tantas vezes calculava 18% para o ICMS ST e 2% para o fundo de pobreza.

Salientou que o novo SIAF é alimentado com informações técnicas específicas para as análises e cálculos que efetua, e que os parâmetros são definidos previamente. Portanto, considera que não é verdadeira a afirmação de que não foi observado o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto pelo art. 289 do RICMS/Ba.

Pontuou que o produto em questão é REFRIGERANTE, e que a base de cálculo do ICMS-ST para tal produto é indicada em pauta fiscal, conforme a Instrução Normativa nº 04/2009. Anexou a página final do demonstrativo emitido pelo Sistema SIAF, e que lá se encontram as descrições dos rótulos cujos nomes são autoexplicativos.

Ao final, aduz que a defesa não aponta equívocos no demonstrativo, tais como notas fiscais indevidamente incluídas; inclusão de outros produtos distintos de refrigerante, com base de cálculo do ICMS ST calculado de forma diversa da pauta fiscal; ou outro equívoco passível de exclusão. Concluiu pela manutenção integralmente o lançamento.

A JJF converteu os autos em diligência à IFEP INDÚSTRIA no sentido de se apurar o real valor, na qual não restou demonstrado o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, a título de quebra, para as bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, conforme previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA.

Solicitou verificar os recolhimentos efetuados pelo contribuinte no período, visando atestar se os valores informados pelo autuado como FUNCEP – ICMS ST, foram recolhidos pelo mesmo, fazendo as devidas exclusões na apuração do débito. Nas questões sobre as bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, efetuar o abatimento de 1%, conforme previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA. Após os procedimentos solicitados, deve ser elaborado novo demonstrativo de débito para a infração em comento.

A autuante cumpriu o solicitado, prestou informação à fl. 111, reconhecendo que apesar da informação sobre a embalagem de vidro na parametrização, o cálculo não reduzia em 1% a Base de Cálculo ST nas saídas dos refrigerantes. Informou que solicitou do autuado a memória de cálculo dos recolhimentos do Fundo de Pobreza no período, verificando os valores recolhidos para cada item de produto em cada documento fiscal constante no demonstrativo original, refazendo os cálculos, nos quais foram comparados com aqueles da memória de cálculo fornecida. Elaborou novo demonstrativo de débito para a infração, constante da mídia à fl. 110, e com resumo impresso à fl. 107, reduzindo o valor da autuação para R\$ 1.270,27.

Na nova manifestação às fls. 118 a 119 (frente e verso), destacou que o reconhecimento da autuante na apuração da base de cálculo, os valores pagos a título de FUNCEP não estavam sendo considerados, além de não ter computado o abatimento de 1% sobre a base de cálculo nas operações que envolviam embalagens de vidro, o que culminou com a redução do valor da autuação para R\$ 1.270,27.

Assinalou que de acordo com o art. 289, § 11, inciso IV do RICMS/BA, há previsão da aplicação de pauta fiscal para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, desde que o contribuinte possua Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, conforme Decreto nº 14.295/13, que entrou em vigor em 31 de janeiro de 2013. Acrescentou que como o autuado possui o referido Termo de Acordo, reconhece que a apuração por MVA de fato foi feita de forma indevida pela empresa.

Concordou com o saldo remanescente apresentado pela fiscal autuante.

Após as devidas intervenções das partes (autuado e autuante), a JJF acolheu os argumentos defensivos e proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os

dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

No mérito, o Auto de Infração em exame exige ICMS do autuado, pelo fato do mesmo ter retido e recolhido a menor o imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de refrigerantes.

O autuado alegou a ocorrência de erro na apuração levada a efeito pela fiscalização, uma vez que a autoridade fiscal não considerou em sua análise que a divergência apontada, na verdade se refere ao FUNCEP – Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, que foi efetivamente recolhido junto ao ICMS. Além disso, afirmou que o fiscal desconsiderou o abatimento de 1% na base de cálculo do ICMS-ST para os refrigerantes envasados em garrafas de vidro, conforme determina o art. 289, § 13, do RICMS/BA.

Uma vez que restou evidenciado, através do portal de NF-e, que apesar dos valores referentes ao FUNCEP – ICMS ST, não terem sido destacados pelo contribuinte no campo próprio do documento fiscal, os mesmos foram informados no campo “informações adicionais do produto”; e tendo em vista, ainda, que na planilha elaborada pelos autuantes, não restou demonstrado o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, a título de quebra, para as bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, conforme previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA; o processo foi convertido em diligência aos autuantes.

Por ocasião da diligência a autuante Ivana Maria Melo Barbosa, reconheceu que havia um erro no sistema de auditoria SIAF que não reduzia em 1% a Base de Cálculo ST nas saídas dos refrigerantes acondicionadas em embalagens de vidro.

Também informou que verificou a memória de cálculo dos recolhimentos do Fundo de Pobreza, no período, do autuado, constatando a procedência das alegações defensivas.

Dessa forma, após sanado a falha sistêmica do SIAF, o abatimento de 1% foi efetuado, como também foram considerados os recolhimentos realizados referentes ao FUNCEP, o que resultou em um novo demonstrativo de débito para a infração (mídia à fl. 110), reduzindo o valor a ser exigido para R\$ 1.270,27, com o qual concordo.

Vale ressaltar que após essa retificação do crédito tributário lançado, o autuado se manifestou concordando com a mesma, pondo fim a lide.

Reconheceu que a pequena diferença devida, decorreu da diferença entre a metodologia de utilização para o cálculo do ICMS-ST, uma vez que o autuado utilizou a MVA, quando deveria ter aplicado a pauta fiscal nas situações que geraram o valor remanescente.

Por fim, menciono que foi requerido que as futuras intimações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade. Registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada, porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencdo	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
28/02/2017	09/03/2017	111,15	20,00	60,00	22,23
31/03/2017	09/04/2017	209,95	20,00	60,00	41,99
30/06/2017	09/07/2017	145,25	20,00	60,00	29,05
31/07/2017	09/08/2017	398,25	20,00	60,00	79,65
31/08/2017	09/09/2017	1.299,25	20,00	60,00	259,85
30/09/2017	09/10/2017	88,05	20,00	60,00	17,61
31/10/2017	09/11/2017	479,90	20,00	60,00	95,98
30/11/2017	09/12/2017	672,70	20,00	60,00	134,54
31/12/2017	09/01/2018	698,75	20,00	60,00	139,75
31/01/2018	09/02/2018	1.224,90	20,00	60,00	244,98
28/02/2018	09/03/2018	924,75	20,00	60,00	184,95
31/03/2018	09/04/2018	98,45	20,00	60,00	19,69
TOTAL DA INFRAÇÃO					1.270,27

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

É o relatório.

VOTO

Os autos vêm novamente na Segunda Instância, por deliberação da Junta julgadora, devido a desoneração atingir os patamares dos valores estabelecidos pela legislação do RPAF/99, sendo que a diferença atualizada do valor julgado (R\$ 2.311,48) para o valor histórico atualizado do PAF (R\$ 2.248.741,56) é no montante de R\$ 2.246.430,08, portanto, conhecido os precedentes do acolhimento do Recurso de Ofício.

A JJF, depois de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, manteve parcialmente a autuação, em redução substancial, após deliberar diligência no sentido de a autuante (que no início manteve a autuação), revisasse o crédito tributário exigido, verificando se os argumentos defensivos são positivos ou não, conforme os documentos apontados e as evidências destacadas através do portal das NFes. A autuante em seu dever, conforme solicitado, destacou, reconheceu e acolheu os argumentos defensivos, observando: **a)** que não fora reduzido 1% da base de cálculo em relação às embalagens de vidro, nas saídas dos refrigerantes; **b)** após comparar a memória de cálculo solicitado do autuado com a memória de cálculo dos recolhimentos FUNCEP, verificou cada item do produto no demonstrativo original do Auto de Infração, sendo elaborado novo demonstrativo que reduziu para o valor de R\$ 1.270,27.

Verifica-se que o contribuinte reconheceu o valor remanescente feito pela fiscal, após a diligência proferida, de fls. 112 a 114. Na revisão, verifiquei, pelo menos nos exemplos dados pelo ora recorrido e da constatação da JJF via o portal das NFes, pontuei pertinência nas alegações defensivas. Também, observei que a fiscal autuante detalhou todas as notas da autuação, fazendo as devidas exclusões dos valores para as duas principais alegações do contribuinte (redução de 1% da BC para embalagens de vidro e o já devido recolhimento efetuado da FUNCEP pelo contribuinte), tendo feita a redução, conforme, respectivamente, preceitua o art. 289, §§ 11 e 13 do RICMS/BA através do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, conforme Decreto nº 14.295/13.

Diante dos argumentos acima apresentados, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e mantenho a Decisão recorrida em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0020/21-3**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.270,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS