

A. I. N° - 206973.0020/21-3
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/04/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-01/22-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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O 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”.

“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 tomou ciência do Auto de Infração em 28/04/21 (DTE à fl. 20), e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 28/06/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 24 a 34. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos às fls. 35/36.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, a imputação que deu origem ao Auto de Infração.

Em seguida argui como preliminar que a autuação é nula 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:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 13. Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por

substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.

Alega, ainda, erros de valor das pautas fiscais consideradas, além de valores divergentes informados no lançamento fiscal.

Informa que tentou refazer os cálculos dos valores cobrados, mas que não obteve os mesmos valores exigidos pela fiscalização, o que entende que evidencia uma inconsistência tanto no cálculo da Base de Cálculo, como no cálculo do ICMS-ST cobrado.

Considera ter ocorrido ofensa direta aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, aduz que o fiscal autuante utilizou-se de base equivocada para levantamento do suposto recolhimento a menor de ICMS, pelo que ratifica o pedido pela nulidade do feito.

Por outro lado, entende que a autuação também é improcedente, alegando que as demais divergências se referem a valores de FUNCEP – Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza recolhidos em conjunto com o ICMS.

Pontua que a autoridade fiscal não considerou o valor do FUNCEP destacado na Nota, e lançado na EFD na mesma linha do ICMS-ST, isto é, diz que apesar de destacado na nota fiscal em campo específico, a apuração e lançamento ocorreu de forma integrada na obrigação acessória.

Argumenta que o ICMS ST apontado como supostamente não recolhido pela fiscalização trata-se, em verdade, do FUNCEP destacado na nota, e recolhido em conjunto com o ICMS ST.

Registra que esse procedimento de integrar o ICMS ST e o FUNCEP ST é previsto no manual do SPED Fiscal

Observa que segundo o consta, no Campo 09 do manual supracitado, o Valor ICMS ST deve ser a “parcela correspondente ao valor creditado/debitado do ICMS substituição tributária, incluindo o FCP_ST, quando aplicável...”.

Considera que, diferentemente do que fora apontado no auto de infração, houve recolhimento integral do ICMS ST.

Cita como exemplo a nota fiscal 136462, de 13/08/2018 (print à fl. 29), ressaltando ser representativa de um dos maiores valores autuados.

Aponta o FUNCEP no valor de R\$1.302,06, e ICMS ST no valor de R\$11.718,47, totaliza um montante de R\$13.020,53, conforme apurado pela fiscalização.

Assinala que o lançamento fiscal cobra o recolhimento de R\$1.302,06, ou seja, correspondente ao mesmo valor do FUNCEP destacado e recolhido ao Estado da Bahia.

Visando comprovar sua argumentação quanto a apuração e recolhimento dos valores supra indicados, inclusive para evidenciar que os valores foram lançados na EFD de forma integrada, apresenta print do SPED, à fl. 30, em que consta a identificação da NF nº 136462.

Como segundo exemplo menciona a nota fiscal nº 137351, afirmando que a fiscalização exige a diferença de ICMS ST de R\$1.298,31, mas que corresponde ao exato valor do FUNCEP.

Pontua que o valor total do ICMS ST é de R\$12.983,09 referente ao somatório do ICMS_ST de R\$11.684,78 e do FUNCEP de R\$1.298,31.

Portanto, considera equivocada a acusação de falta de retenção e recolhimento do ICMS ST, afirmando que os valores considerados pela fiscalização se referem ao FUNCEP.

Suscita, a título argumentativo, que pode ter ocorrido apenas um equívoco no preenchimento da obrigação acessória, e que apenas uma violação a dever instrumental, justificaria, quando muito, a aplicação de multa regulamentar.

Ao final, requer a nulidade da autuação ou, no mérito, a sua improcedência com o consequente cancelamento do lançamento fiscal.

Pugna, ainda, 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.

Conclui, protestando 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.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa presta informação fiscal, às fls. 89 a 93, dizendo que os documentos fiscais mencionados pelo autuado, a título de exemplo (NF 136462, de 13/08/2018 e NF 137351, de 26/08/2018), apesar de aparecerem em seus prints (fls. 29 e 31) com destaque do fundo de pobreza, tais documentos aparecem no SIAF sem destaque do referido imposto.

Relata que diante de tais circunstâncias e na impossibilidade de verificar por conta própria sua veracidade, procurou os gestores do SIAF e 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.

Informa que após as verificações devidas foi publicada uma nova versão do Sistema de Auditoria 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, que traz à colação.

Assinala que 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 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.

Ressalta que com a nova versão é possível ao auditor fiscal indicar na parametrização se o cálculo deverá ser efetuado de uma ou de outra forma, mas que 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. Acrescenta que diante de tal fato, os gestores do sistema sugeriram que o autuado fosse questionado sobre tal procedimento a fim de melhor auxiliar o recálculo que seria realizado nesse caso específico. Cita a troca de e-mails nesse sentido, iniciada em 30/07/2021, fls. 80 a 82.

Assevera que finalmente, em 06 de agosto de 2021, a autuada respondeu ao questionamento (fl. 88 - frente e verso), informando o seguinte: "... no ano de 2018, foi realizado projeto interno de ajuste de Nota Fiscal para separar o valor do ICMS e do FUNCEP, de modo que este foi considerado um período de transição". "Desse modo, em razão da necessidade de ajustes sistêmicos, a partir de 2019, as notas fiscais foram emitidas com os valores segregados".

Salienta que o 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.

Pontua que o produto em questão é REFRIGERANTE, e que a base de cálculo do ICMS_ST para tal produto é indicado em pauta fiscal. Esclarece que a pauta fiscal identifica cada produto e indica o valor unitário conforme IN 04/2009.

Diz que a pauta fiscal indica valores precisos, e cita como exemplo, o preço máximo da unidade do produto Água tônica em embalagem de vidro de 290ml = R\$ 2,56. Ressalta que a unidade do mesmo produto em lata de 350ml já é R\$ 2,55.

Em relação à unidade de Baré PET com 2000 ml informa que o valor é de R\$ 3,49, enquanto a unidade do mesmo produto em lata de 350ml é R\$ 1,70. Ressalta que nesses casos não se abate 1% pela embalagem de vidro.

Em seguida menciona que o efetivo cálculo é realizado por um algoritmo interno da aplicação, e explica a função do mesmo.

Diz que à fl. 15 do PAF, 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.

Conclui mantendo integralmente o lançamento, e dizendo que até que a autuada aponte o equívoco do cálculo efetuado pelo sistema oficial de auditoria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, indicando o número do documento fiscal e demonstrando o cálculo individualizado do ICMS ST e FUNCEP para cada item de produto. Acrescenta que sem essa indicação não é possível comprovar o que a defesa afirma, pois, o valor total de ICMS_ST e fundo de pobreza destacado num documento fiscal com muitos itens (as vezes mais de 20) não se presta a indicar o que a todos interessa saber.

Considerando 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”;

Considerando que as diferenças exigidas na autuação se referem basicamente aos valores acima mencionados;

Considerando, 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;

Esta JJF deliberou, na assentada do Julgamento (fl. 99), que o presente processo fosse convertido em diligência à IFEP INDÚSTRIA, para serem adotados os seguintes procedimentos:

1 – Os autuantes devem verificar os recolhimentos efetuados pelo contribuinte no período, visando atestar se os valores informados pelo autuado como FUNCEP – ICMS ST, nos campos “informações adicionais do produto” das NF-e, que foram objeto da autuação, foram recolhidos pelo mesmo, fazendo as devidas exclusões na apuração do débito, se positivo. Podemos citar, a título de exemplo, a NF-e 137351, emitida em 26/08/2018, onde o FUNCEP ICMS ST foi informado no valor de R\$1.298,31;

2 – Em relação às bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, efetuar o abatimento de 1%, conforme previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA, tendo em vista que conforme planilha de apuração verifica-se que o mesmo não foi realizado nesses casos, citando como exemplo a NF-e 90654, de 18/01/2017, onde a base de cálculo do ICMS ST, com a redução, ficaria no valor de R\$1.764,18;

3 - Após os procedimentos acima mencionados, caso ainda persista diferença de imposto a recolher, deve ser elaborado novo demonstrativo de débito para a infração em comento.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa, cumprindo o solicitado acima, 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, objeto do presente lançamento, tendo solicitado ao gestor do SIAF a correção.

Informa 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.

Aduz que encontrou novos valores e comparou com aqueles da memória de cálculo fornecida.

Esclarece, ainda, que após sanado a falha sistêmica do SIAF, o abatimento de 1% foi efetuado na base de cálculo do ICMS_ST para os produtos acondicionados em embalagem de vidro, a saber: Guaraná Antarctica 290ml, Guaraná Antarctica GFA VD 1l, Guaraná Antarctica ONE WAY 1l, Pepsi Cola 290ml, Pepsi Cola GFA VD 1l, Pepsi Cola ONE WAY 1l.

Dessa forma, menciona que elaborou novo demonstrativo de débito para a infração, no formato *xlsx, constante da mídia à fl. 110, e com resumo impresso à fl. 107, reduzindo o valor da autuação para R\$1.270,27.

Ao tomar ciência da diligência efetuada, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 118 a 119 (frente e verso), inicialmente fazendo um resumo dos fatos ocorridos no presente processo.

Em seguida destaca que a autuante reconhece que 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 da 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.

Diz que ao analisar o saldo remanescente, verificou que este é decorrente da diferença entre a metodologia de utilização para o cálculo do ICMS-ST, uma vez que o autuado utilizou a MVA, enquanto a fiscalização aplicou pauta fiscal.

Assinala 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.

Acrescenta que como o atuado possui o referido Termo de Acordo, reconhece que a apuração por MVA de fato foi feita de forma indevida pela empresa.

Dessa forma, concorda com o saldo remanescente apresentado pela fiscal autuante, requerendo, oportunamente, que seja emitida guia para pagamento deste valor.

Em relação a parcela reconhecida como indevida pela fiscalização, sob a comprovação de que houve erro na composição da base de cálculo e desconsideração dos valores recolhidos a título de FUNCEP, requer que este seja julgado totalmente improcedente, nos termos da diligência fiscal.

Por fim, 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.

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 Vencto | 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 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0020/21-3, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.270,27, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, 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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR