

**A. I. Nº** - 207109.0014/17-0  
**AUTUADO** - AMBEV S/A  
**AUTUANTE** - JOÃO KOJI SUNANO  
**ORIGEM** - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13/06/2022

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0082-01/22-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE 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 a operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Afastadas as preliminares de nulidade arguidas. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2017, e refere-se à exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 1.829.630,64, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

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 e janeiro a dezembro de 2016.

Enquadramento Legal: art. 10, da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92. Multa Aplicada: art. 42, II, “e”, da 7.014/96.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 86 a 98, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A Autuada 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 alcoólicas 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 que 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. Ilegitimidade 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 abarcar 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 a garantia 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 inexistia 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 também:

*“Assim, requer a Impugnante a admissibilidade e provimento desta peça defensiva 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 feito 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%, e diz que 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 casos 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 iliquidez 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.

O presente processo foi julgado procedente em parte no valor de R\$ 499.062,28, pela 2ª JF (fls. 297 a 305).

A Autuada apresentou recurso voluntário às fls. 324 a 334 (frente e verso), de logo requerendo a homologação do valor reconhecido e pago antecipadamente no montante de R\$ 155.936,46.

Suscita nulidade do Auto de Infração, apontando para divergência entre o valor do Imposto Indicado na Planilha de Apuração Apresentada pela Autoridade Fiscal e o Valor Constante no Demonstrativo de Cálculo do Auto de Infração.

Afirma que a finalidade do auto de infração, em verdade, é exatamente apresentar a matéria tributável, com a descrição da infração que gerou o crédito tributário e a indicação dos exatos fundamentos da cobrança, o que inclui, por óbvio, os valores exigidos, não respeitando os requisitos obrigatórios de liquidez e certeza como previsto na norma,

Alega que no auto de infração em tela 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.

Sinaliza 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.

Argumenta 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.

Contesta que referida divergência importa, sobretudo, 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.

Adicionalmente, alega que a falta de identificação com precisão do imposto exigido, não apenas cerceia o direito de defesa da Impugnante, mas, também, afronta o princípio da legalidade, na medida em que deixa de observar o disposto no arts. 142 do CTN e 18 do Decreto Estadual nº 29.803/2014.

Cita e transcreve julgados visando corroborar com sua tese.

Ainda nas preliminares, afirma que a pretensão de cobrar alíquota majorada de 2%, anteriormente a vigência da Lei 13.461/2015, é ilegítima quanto ao período a 10/03/2016.

Afirma, a recorrente, que, da análise das operações autuadas, observa-se que a autoridade fiscal 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.

Ou seja, antes de 10/03/2016, não poderia ser exigida a diferença dos dois pontos percentuais, eis que não estava em vigor a alíquota majorada. Caracterizando cobrança indevida aquele incidente em relação às notas fiscais anteriores a referida data, eis que se tratam de operações não sujeitas as alterações promovidas pela Lei nº 13.461/2015.

Ressalta ainda quanto a garantia da irretroatividade quanto à majoração de tributos estampada no art. 150, III, a da Constituição da República. Portanto, a nova norma tributária apenas poderia ser aplicada a fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 13.461/2015, e jamais se permitindo qualquer retroatividade.

Suscita nulidade quanto a base de cálculo exigida. Entende que a fiscalização 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.

Cita como exemplo o 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% o que implica em nulidade da exigência em face da iliquidez do lançamento.

Conclui, afirmando que não pode 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 a garantia ao contraditório e à ampla defesa, corolários 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.

Ainda nas preliminares suscita nulidade da infração por existência de Previsão Legal para Abatimento de 1% da Base de Cálculo do Imposto nas Operações com Mercadorias Acondicionadas em Embalagens de Vidro.

Dentre os vícios do lançamento, ressalta 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).

Conclui afirmando que o fiscal autuante utilizou-se de base equivocada para levantamento do suposto recolhimento a menor de ICMS, pois não observou corretamente que as notas fiscais autuadas envolviam cervejas e refrigerantes acondicionados em vasilhames de vidro, enquadrados no direito ao abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, promovendo, assim, distorções insuperáveis na apuração. De tal modo, da análise da própria apuração fiscal disponibilizada, diz que se comprova a imprecisão da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor de ICMS, em face da notória falha de majoração indevida da base de cálculo correspondente a não dedução de 1% previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12).

Por último reclama quanto a exorbitância e da confiscatoriedade da Multa Aplicada. Alerta que, ainda que não acolhidos os argumentos acima, o que apenas se cogita a título de argumentação, subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto.

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.

Traz inúmeros julgados para fundamentar sua tese.

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

A segunda instância, através do Acórdão CJF nº 0374-12/18 (fls. 351 a 356), concluiu que a decisão proferida pelo Juízo de origem está alicerçada num demonstrativo inserido na própria decisão, que, no entendimento da 2ª CJF, não evidencia a mínima segurança para a apuração que se pretendeu realizar.



Explica que a planilha anexa ao voto proferido apresenta vícios de cálculos, assim como os números ali apresentados divergem dos fornecidos pelo fiscal autuante em Informação Fiscal. Acrescenta que ao observar a última coluna posta (ICMS- ST A REC.) deduz se tratar da subtração das duas outras colunas anteriores, o que também não traz o resultado esperado.

Dessa forma, proveu os Recursos (Voluntário e de Ofício), para declaração da nulidade da decisão proferida pelo Juízo de piso, determinando o retorno dos autos à primeira instância para que sejam devidamente demonstrados os resultados apurados, após as devidas alterações realizadas no lançamento fiscal originalmente realizado.

A 6ª JF, onde se encontrava o primeiro relator desse processo, remeteu os autos para repartição de origem (fls. 368 a 370), para que o autuante analise e opine acerca da decisão anulada a partir dos seguintes pontos:

1. procedência na alegação defensiva de que, a despeito de o valor do auto de infração indicar o montante de R\$1.829.630,54, os demonstrativos de cálculo anexo ao auto de infração, elaborados pelo Autuante, conforme CD constante da fl. 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 total de R\$929.980,69, pois, conforme comprovação da alegação defensiva de que houve erro na somatória, que aplicando-se o valor correto, reduz o lançamento a prima facie em R\$899.649,85, e o valor lançado para R\$929.980,69.
2. Correção empreendida no cálculo, quanto 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, visto que originalmente 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%, quando em função da aplicação do princípio da NOVENTENA deveria ter sido considerado 140%, tudo conforme consta do ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, (REDAÇÃO VIGENTE ANO 2015).
3. Ajuste de correção referente à alegação de que o Autuante considerou para todas as operações com bebidas alcoólicas 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%.
4. Correção referente à 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.
5. verificar a correção em relação à alegação de 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.
6. confirmar se quanto ao vício apontado pela Relatora do voto pela Nulidade do julgamento de Primeira instância, proferida pela 2ª CJF no ACÓRDÃO CJF Nº 0374-12/18 (reproduzido abaixo) em relação à planilha constante da decisão anulada, se este diz respeito ao fato de que ao corrigir a planilha original em relação à coluna “ICMS- ST A REC.”, olvidou-se de corrigir também a coluna “ICMS - ST DEV.” e “ICMS ST RET.”, mas que, todavia, esse lapso não influenciou no resultado final do julgamento.

“Ademais, se observada a última coluna posta (ICMS- STA REC.) deduz se tratar da subtração das duas outras colunas anteriores, o que também não traz o resultado esperado.

7. verificar se a correção do novo valor apurado pelo Relator para a infração 01 conforme resumo abaixo e planilha anexa, está correto:

ITEM	HISTÓRICO	VALOR
A	VALOR AUTUADO ORIGINAL	1.829.630,64
B	VALOR ERRO DE SOMATORIA	-899.649,95
c	SUB TOTAL 01 = (A + B)	929.980,69
D	VALOR NOTAS FISCAIS EXCLUIDAS	-1.736,35
E	SUB TOTAL 02 = (C + D)	928.244,34
F	CORREÇÃO NOVENTENA	93.764,25
G	SUB TOTAL 03 = (E + F)	1.022.008,58
H	CORREÇÃO SKOL BEATS	-508.277,34
I	SUB TOTAL 04 = G + H)	513.731,24
J	CORREÇÃO RED. BC 1% GF VIDRO	-11.988,24
K	VALOR FINAL = (I + J)	501.743,00

Por fim, solicita elaborar novo demonstrativo, se for o caso, devendo dar ciência à Impugnante e fazer concomitantemente a entrega dos textos e planilhas de cálculo produzidas, desde o julgamento em primeira instância até o resultado da presente diligência.

O autuante, atendendo ao solicitado na diligência, prestou, às fl. 378 a 381, as seguintes informações:

Aduz que a soma errada, mencionada no item 1, foi devido a ferramenta utilizada para fiscalizar denominada de Audtst, mas que foi realizada uma nova soma, conforme Planilha do ICMS ST retido a menor – Planilha de somatória geral – anexo 1, perfazendo um total geral de R\$ 929.980,69 (1.829.630,64 - 899.649,95), conforme quadro mais abaixo.

Reconhece que conforme legislação vigente à época não foram obedecidos o princípio da noventena para os produtos: Refrigerante e cerveja em lata – MVA 100% e cervejas em garrafas e chopes – MVA de 140%, no período de 01/12/2015 a 24/02/2016. Informa ter gerado um novo demonstrativo que resultou numa diferença a recolher de R\$ 844,62, ao invés de R\$ 271.457,43 (Planilha – anexo 2).

Assevera que realizou a correção do MVA para 55,56% para o produto Skol Beats, e que após a correção a diferença foi zerada, ou seja, excluiu o valor de R\$ 508.277,34, originalmente exigido para tal produto (Planilha – anexo 3).

Assinala que localizou e excluiu as NFs, constantes das Notificações Fiscais nºs 134769, 134729, 134767, 134775, 134794 e 134797 (Planilha – anexo 4). Em relação às notas fiscais nºs 134947, 134814 e 134948, afirma que não as achou.

Pontua que realizou também novo cálculo, considerando todas as embalagens de vidro, fazendo a redução de 1% na BC a título de quebra, persistindo uma diferença de R\$ 16.474,97, ao invés de R\$ 387.882,90, originalmente cobrado (Planilha do ICMS retido a menor – Planilha de redução de embalagens de vidro, anexo 5).

Informa, ainda, ter efetuado a correção da planilha original, gerando uma nova planilha Denominada de Planilha geral corrigida – anexo 6, com a totalização de todas as diferenças, que perfaz um valor final de R\$ 133.127,27, conforme abaixo.

ITEM	HISTÓRICO	VALOR
A	VALOR AUTUADO ORIGINAL	1.829.630,64
B	VALOR ERRO DE SOMATÓRIA	-899.649,95
C	<b>SUB TOTAL 01 = (A + B)</b>	<b>929.980,69</b>
D	VALOR NOTAS FISCAIS EXCLUÍDAS	-1.488,30
E	<b>SUB TOTAL 02 = (C + D)</b>	<b>928.492,39</b>

F	CORREÇÃO NOVENTENA	-270.612,81
G	<b>SUB TOTAL 03 = (E + F)</b>	<b>657.879,58</b>
H	CORREÇÃO SKOL BEATS	-508.277,34
I	<b>SUB TOTAL 04 = (G + H)</b>	<b>149.602,24</b>
J	CORREÇÃO RED. BC 1% GF VIDRO	-16.474,97
K	<b>VALOR FINAL = (I + J)</b>	<b>133.127,27</b>

Ao final, assevera que após as retificações a diferença a ser exigida perfaz o valor de R\$ 133.127,27, distribuída nos meses de dezembro/2015 a dezembro/2016, de acordo com a planilha à fl. 380.

Ao tomar conhecimento da diligência realizada, o Autuado se manifestou às fls. 487 a 488 (frente e verso), aduzindo que as informações prestadas apenas ratificam todos os fundamentos de defesa.

Lembra que o contribuinte reconheceu, e quitou, o montante principal de R\$ 128.532,18, e que após os ajustes o autuante indicou, como valor devido, o montante de R\$ 133.127,27.

Observa que as exclusões promovidas pela fiscalização são exatamente os fundamentos da defesa formulada.

Com base nos novos valores apresentados, considera que a fiscalização acolheu todos os fundamentos de defesa, e manteve apenas o valor reconhecido, e já previamente quitado.

Ao final requer:

- (i) a homologação dos novos valores apresentados pela fiscalização (R\$ 133.127,27);
- (ii) a homologação dos pagamentos realizados (R\$ 128.532,18), e;
- (iii) reconhecimento e declaração da improcedência parcial do lançamento fiscal, com o cancelamento do valor principal remanescente (R\$ 1.696.503,37), bem como da multa e juros correspondente.

Requer, 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.

À fl. 509, o autuante se pronunciou dizendo que o autuado acatou a redução do valor exigido para R\$133.127,27, e solicita o julgamento do processo.

Na assentada do novo julgamento, o colegiado da 1ª JJF decidiu pela remessa dos autos à Infaz de Origem para que o Autuante especifique os pontos de seu recente levantamento fiscal, no sentido de justificar a redução de R\$ 368.615,74, em relação ao resultado anterior, sobretudo em relação aos itens: COREÇÃO NOVENTENA e CORREÇÃO RED. BC 1% GF VIDRO.

O autuante deve opinar, ainda, acerca da existência da NF 134814 no levantamento fiscal no arquivo “Pla-Excell - 2016 ambev - PE - Retido a menor” na linha 750 da planilha “Cns ICMS ST Dif\_RM”, tendo em vista sua informação de que não havia localizado a referida nota fiscal.

O autuante, prestou informação fiscal, às fls. 526 a 530, dizendo que após realizar novas correções, gerando a Planilha Geral corrigida — anexo 6, com a totalização de todas as diferenças por mês, encontrou um valor final de R\$ 498.688,76, conforme abaixo:

ITEM	HISTÓRICO	VALOR
A	VALOR AUTUADO ORIGINAL	1.829.630,64
B	VALOR ERRO DE SOMATÓRIA	-899.649,95
C	<b>SUB TOTAL 01 = (A + B)</b>	<b>929.980,69</b>
D	VALOR NOTAS FISCAIS EXCLUÍDAS	-1.736,95

<b>E</b>	<b>SUB TOTAL 02 = (C + D)</b>	<b>928.244,34</b>
F	CORREÇÃO NOVENTENA	95.196,73
<b>G</b>	<b>SUB TOTAL 03 = (E + F)</b>	<b>1.023.441,07</b>
H	CORREÇÃO SKOL BEATS	-508.277,34
<b>I</b>	<b>SUB TOTAL 04 = (G + H)</b>	<b>515.163,73</b>
J	CORREÇÃO RED. BC 1% GF VIDRO	-16.474,97
<b>K</b>	<b>VALOR FINAL = (I + J)</b>	<b>498.688,76</b>

Esclarece, no que se refere ao item B – Erro de Somatória, que não ocorreu nenhuma alteração em relação a defesa anterior, permanecendo o valor a deduzir de R\$ 899.649,95.

Quanto ao Item D- Divergência na exclusão de nfs, reconhece que se equivocou, no que diz respeito à NF 134.814, pois a mesma se encontra nos cálculos. Aduz que, dessa forma, o valor da dedução das 3 nfs (134.497, 134.814 e 134.948), perfaz um valor de R\$ 1.736,35.

No que tange ao Item F — Divergência Correção da Noventena — diz ter verificado novamente a planilha de correção de noventena, encontrando divergências em favor do Estado da Bahia, já que as MVAs anteriores são maiores, conforme prevê o protocolo ICMS Nº 10/92, que traz à colação às fls. 528/529.

Informa ainda, com relação a correção de redução da BC 1% GF de vidro, que nos cálculos apontados pelo relator, não foram incluídas embalagens com a descrição (LN) long neck garrafa em vidro e a expressão (One Way) — que significa garrafa em vidro especial/embalagens sem retorno. Assinala que isto justifica a pequena divergência nos cálculos.

Ao final, solicita a procedência parcial do Auto de Infração, de acordo com o resumo às fls. 529/530, no montante de R\$ 498.688,76.

O autuado, ao tomar conhecimento da diligência supra, apresentou impugnação às fls. 534 a 538, apresentando os dois últimos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Diz que da comparação dos dois demonstrativos apresentados (2019 e 2021) observa o seguinte:

1. não há alterações nos itens “A”, “B”, “C”, “H” e “J”;
2. o item “D” é corrigido o valor para R\$ 1.736,35;
3. o item “F” há redução dos valores pertinentes ao período da noventena (em descompasso com a própria planilha apresentada pela fiscalização), e, ao invés de ser um redutor (exclusão dos valores cobrados no prazo da noventena) passa a acrescer o valor final exigido;

Observa, dessa forma, que a principal divergência reside no erro de cálculo quanto ao item “F”, pertinente aos valores que deveriam ser excluídos do lançamento fiscal, por estarem compreendidos no prazo da noventena.

Assinala que no novo demonstrativo a auditoria ao invés de promover a exclusão dos valores decorrentes do período da noventena, conforme definido por Sentença, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, passa a acrescentar um valor aleatório de R\$ 95.196,73.

Diz que é aleatório, pois pontua que o valor total dos montantes pertinentes ao período da noventena é de R\$ 366.857,21, conforme consta do próprio anexo da diligência (apresenta “print” com recorte da planilha anexa a diligência, com destaque para o valor de R\$ 366.857,21 (R\$ 271.660,48 + R\$ 95.196,73), pertinente ao somatório das operações autuadas indevidamente, pois realizadas no período da noventena.

Destaca que o valor de R\$ 366.857,21 informado na planilha apresentada pela fiscalização, representa exatamente o montante de FUNCEP cobrado indevidamente no auto de infração, pois somente passível ser exigível após 10/03/16, após o transcurso da noventena da Lei nº 13.461 de 10

de dezembro de 2015.

Assevera que, como consta dos autos, a autoridade fiscal 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.

Traz à colação o teor da Lei 13.461/2015, que promoveu a majoração dos dois pontos percentuais, com destaque para a observação constante na própria norma de que o referido aumento apenas passaria a vigorar em 10/03/2016.

Considera que ao invés de promover a exclusão dos valores do FUNCEP cobrados a maior, o demonstrativo de cálculo incorreu no erro de acrescentar valores no lançamento fiscal, notadamente, o montante de R\$ 95.196,73.

Aduz ser necessário o refazimento da diligência, para fins de exclusão do valor de R\$ 366.857,21, conforme cifra informada pela auditoria fiscal nos anexos da diligência apresentada.

Diz que superado o principal equívoco do cálculo apresentado, convém observar o item “D”, que, apesar de ter sido objeto de alteração, não foram contempladas as notas fiscais de nºs 134729, 134767, 134769, 134775, 134794, 134947 e 134819.

Dessa forma, pugna para o retorno dos autos para a diligência fiscal, de forma que seja promovida a exclusão das notas supra listadas, por se tratar de notas fiscais com imposto recolhido quando da passagem do veículo na barreira fiscal.

Ao final, reitera todos os argumentos e pedidos constantes na defesa e recurso ofertados, requerendo:

- (i) *O retorno dos autos para a auditoria contábil, para correção do item “F” do demonstrativo de cálculo, e promover a exclusão do montante de R\$ 366.857,21, uma vez que a Lei 13.461/2015, que promoveu a majoração dos dois pontos percentuais para o FECOP-ST, apenas entrou em vigor em 10/03/2016;*
- (ii) *Correção do item “D” do demonstrativo de cálculo para exclusão das notas fiscais de nºs 134729, 134767, 134769, 134775, 134794, 134947 e 134819;*
- (iii) *a homologação dos pagamentos realizados no prazo da defesa (R\$ 128.532,18), e;*
- (iv) *reconhecimento e declaração da improcedência do lançamento fiscal, com o cancelamento do valor principal remanescente, bem como da multa e juros correspondente.*

O autuante, presta informação fiscal às fls. 544 a 546, dizendo o seguinte, em relação ao ultimo demonstrativo que apresentou:

- 1) *Nos itens “A”, “B”, “C”, “H” e “J” não há alterações e portanto o contribuinte concorda, conforme relatado às fls 535, deste.*
- 2) *No item “D” o contribuinte discorda dizendo que não foi considerado a dedução das nfs 134.729, 134767, 134.769, 134775, 134.794, 134.947 e 134.819 relativos aos impostos recolhidos quando da passagem do veículo na barreira do posto fiscal.*

Diz ter demonstrado que o valor de R\$ 1.736,35, já contempla as deduções das nfs 134.729, 134767, 134.769, 134775, 134.794, conforme planilha abaixo, com exceção da nfs 134.947 e 134.819 que não foram relacionadas na planilha geral e portanto não há o que excluir.

#### PLANILHA DO ICMS ST RETIDO A MENOR - PLANILHA EXCLUSÃO DE NFS

##### ANEXO 4

AMBEV S/A - IE 113.144.0124

Dtc_Emissa o	Nota_fiscal	val_p rodot o	aliq _en t	IC MS PR OP.	val _ip i	prc _m va	bc icm s st	Red uçã o	bc icm s st	aliq _int .	icm s tota	ICM S - ST	fun d. Pob	ICM S - ST DE	ICM S ST RET	IC M S- ST
-----------------	-------------	---------------------	------------------	-----------------------	-----------------	-----------------	-------------------	-----------------	-------------------	-------------------	------------------	------------------	------------------	------------------------	-----------------------	---------------------

									- red		l		rez a	V.	.	A RE C.
06-ago-16	134769	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,73	248,05
06-ago-16	134729	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,73	248,05
06-ago-16	134767	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,73	248,05
06-ago-16	134775	27.140,43	12	3.256,85	1.628,42	181,60	81.013,08	8,41	74.202,31	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,77	16.529,73	248,04
06-ago-16	134794	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,73	248,05
06-ago-16	134797	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,72	248,06
06-ago-16	134814	27.140,43	12	3.256,85	1.628,43	181,60	81.013,11	8,41	74.202,34	25	18.550,58	15.293,73	1.484,05	16.777,78	16.529,73	248,05
Valor total																1.736,35

Dessa forma, considera que o valor de dedução de R\$ 1.736,35 que esta no item “D” está correto e que os argumentos do contribuinte não faz sentido.

Quanto ao item “F” que trata da redução dos valores no período de noventena, esclarece que durante a revisão, após a diligência anterior, notou que as MVAs determinadas pela legislação vigente à época da noventena são maiores, ou seja MVA de 140% para os produtos cerveja e refrigerante em vigor até o dia 28/02/2016. Por isso expõe que refez os cálculos de maneira correta, conforme o que determina o protocolo nº 10/92.

Pontua que foi encontrado o valor a acrescentar de R\$ 95.196,73, que é o resultado obtido através da apuração na planilha anterior R\$ 271.660,48, e o apurado na planilha atual de R\$366.857,21.

Ao final, dizendo que se baseou na legislação vigente, pede a Procedência Parcial da autuação.

O autuado, em nova impugnação às fl. 548 a 550 (frente e verso), repete os argumentos trazidos na peça defensiva anterior, ratificando que a principal divergência reside no erro de cálculo quanto ao item “F”, pertinente aos valores que deveriam ser excluídos do lançamento fiscal, por estarem compreendidos no prazo da noventena, mas que passaram a ser acrescidos no lançamento fiscal.

Traz recorte do pedido constante na diligência requerida pela 1ª JJF, onde o colegiado solicita esclarecimentos sobre a correção dos valores referentes ao período de noventena e relativo a redução da base de cálculo de 1% nos produtos com embalagem de vidro.

Considera que o autuante não respondeu aos questionamentos formulados.

Aduz que a autoridade fiscal, no primeiro item, afirma que não houve alterações nos itens “A”, “B”, “C”, “H” e “J; no segundo item aborda a discussão sobre as notas nºs 134729, 134767, 134769, 134775, 134794, 134947 e 134819; e, por fim, no terceiro item aborda o item “F” indicando que o valor de R\$

95.196,73 trata-se de montante a deduzir. Questiona que se é uma dedução, por qual razão o valor é acrescido na planilha fiscal, e que foi obtido da diferença entre o valor de R\$ 366.857,21 e R\$ 271.660,48.

Dessa forma, entende que os questionamentos formulados pela Junta de Julgamento não foram elucidados, bem como não se prestam a corrigir os erros verificados nos valores objeto da diligência de 2021.

Ressalta que a parcela da discussão diz respeito a exclusão dos valores decorrentes do período da noventena até 10/03/16, e que o valor total dessa parcela pertinente ao período de noventena é de exatos R\$ 366.857,21 conforme consta do próprio anexo da diligência de 2021.

Volta a alegar que o valor de R\$ 366.857,21 informado na planilha apresentada pela fiscalização em 2021, representa exatamente o montante de FUNCEP cobrado indevidamente no auto de infração, pois somente passível de ser exigido após 10/03/16, quando do transcurso da noventena prevista na Lei nº 13.461 de 10 de dezembro de 2015.

Considera inequívoca a impertinência do acréscimo de R\$ 95.196,73 na planilha fiscal, e lançado no item pertinente a exclusão de valores decorrentes da noventena.

Argumenta que ao invés de promover a exclusão dos valores do FUNCEP cobrados a maior no período da noventena, o demonstrativo de cálculo de 2021 passou a acrescentar valores no lançamento fiscal, notadamente, o montante de R\$ 95.196,73.

Dessa forma, entende que está evidenciado o erro da diligência fiscal, sendo necessária a exclusão do valor de R\$ 366.857,21, reestabelecendo o cálculo da diligência elaborada em 2019.

Ressalta que o presente auto de infração já passou por, ao menos, três diligências fiscais, que apresentaram resultados distintos, e que, mesmo agora em 2022, continuam sem os necessários esclarecimentos da autoridade fiscal.

Observa que tal situação apenas confirma a nulidade do procedimento fiscal por iliquidez dos valores autuados, reclamando que passados quatro anos do lançamento fiscal sequer existe uma definição de qual seria o valor exigido pela autoridade.

Pontua que nesse contexto de imprecisão dos valores autuados, o Fisco não apenas cerceia o direito de defesa da impugnante, mas, também, afronta o princípio da legalidade, na medida em deixa de observar o disposto no art. 142 do CTN e art. 18 do Decreto Estadual nº 29.803/2014.

Ao final, enfatizando o cenário de incertezas quanto ao objeto do lançamento fiscal, reitera os fundamentos de defesa, e requer:

- (i) *O reconhecimento e declaração de nulidade do lançamento fiscal, com o cancelamento do valor principal, bem como da multa e juros correspondente;*
- (ii) *Subsidiariamente, na hipótese desta C. Junta de Julgamento enfrentar o mérito da autuação, pugna para que sejam considerados os cálculos elaborados na diligência de 2019, com exclusão do montante de R\$ 366.857,21 (uma vez que a Lei 13.461/2015 apenas entrou em vigor em 10/03/2016, e;*
- (iii) *Por consequência, reconhecimento e declaração da improcedência do lançamento fiscal, com o cancelamento do valor principal remanescente, bem como da multa e juros correspondente.*

O autuante em informação fiscal, às fls. 556 a 558, expõe que quando da primeira diligência foram excluídos todos as notas fiscais do período de noventena, e que por isso os valores diminuiriam.

Todavia, diz que quando do atendimento da diligência solicitada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal verificou que excluiu os lançamentos do período de noventena, porém sem atentar que a empresa deveria recolher pela legislação anterior vigente, ou seja, o PROTOCOLO ICMS 10/92.

Explica que o referido protocolo teve vigência no período de 01/06/1992 até 28/02/2016, e que no período de 30/12/2015 a 28/02/2016 (referente a noventena) este protocolo continuou vigente, e que por isso aplicou os percentuais nele mencionados.

Diz ter verificado que as MVAs determinadas pela legislação, vigentes à época da noventena são

maiores que a da legislação atual, ou seja MVA de 140% para os produtos cerveja e refrigerante, em vigor até o dia 28/02/2016. Assinala que por isso refez os cálculos, de acordo com o Protocolo supra citado.

Enfatiza que foi encontrado no item (F) o valor a de R\$ 95.196,73 que é o resultado obtido através da apuração na planilha anterior (diferença entre o valor de R\$ 271.660,48 e o apurado na planilha atual R\$ 366.857,21), de acordo com a legislação vigente.

Por fim, reitera a Procedência Parcial do Auto de Infração.

## VOTO

Primeiramente, 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, e posteriormente através de diligências, culminando em diversas manifestações que demonstraram o pleno conhecimento do que está sendo exigido, após as retificações necessárias.

Compulsando os autos, verifico ainda 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 evidenciadas nos referidos demonstrativos, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Portanto, como as incorreções e omissões foram passíveis de correção e supressão, tendo sido este fato comunicado ao sujeito passivo, ao qual foi disponibilizada a oportunidade de exercitar a defesa e o contraditório, fica prejudicada a arguição de nulidade com espeque no § 1º do Art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

O Auto de Infração em lide se refere a apenas uma infração, e diz respeito à 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 no montante de R\$ 128.532,18, porém, posteriormente acatando uma das retificações do valor a ser exigido na autuação para o valor de R\$ 133.127,27.

No que concerne à diferença do montante cobrado no presente processo, alegou ser indevida a exigência, com base nas seguintes alegações:

- i) que os demonstrativos de cálculo anexos ao Auto de Infração, e que supostamente foram base para a apuração e o lançamento tributário, informam valor diverso daquele indicado no A.I. propriamente dito, pois indica como ICMS ST não recolhido o valor de R\$ 929.980,69;
- ii) 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;
- iii) exigência de forma retroativa 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, que considera que apenas passou a produzir efeitos em 10/03/2016;
- iv) autuante ter considerado 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;
- v) deixar 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;
- vi) parte da autuação por retenção a menor ser decorrente da aplicação das alterações de MVA



promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015 de 26/11/2015, havendo 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 sendo aplicável a fatos geradores ocorridos até 24/02/2016.

Após o cumprimento de diversas diligências, inclusive em razão da anulação da primeira decisão prolatada pela 2ª JJF (0112-02/18), pela 2ª CJF (0374-12/18), restou evidenciado o que se segue, de acordo com as planilhas constantes na mídia à fl. 531:

i) constatou-se que o valor inicialmente exigido no corpo do A.I., não condizia com as soma das planilhas que serviram para apurar o imposto devido na autuação. O próprio autuante reconheceu o equívoco informando que o erro decorreu da parametrização do Sistema de Auditoria Audtst, sendo o valor original correto da autuação no montante de R\$ 929.980,69;

ii) o autuante de forma correta excluiu da exigência as NFs nºs 134.729, 134767, 134.769, 134775 e 134.794, que já tinham sido objeto de recolhimento por Notificação Fiscal, fazendo o abatimento do valor de R\$ 1.736,35 na autuação; vale ressaltar que as NFs nºs 134.947 e 134.819, mencionadas pelo autuado, não foram objeto da autuação, não constando da planilha geral dos autos;

iii) descabe a alegação defensiva, uma vez que 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;

iv) o autuante também corretamente atendeu ao pleito da impugnante e realizou a correção da MVA para 55,56% para o produto Skol Beats, culminando com a redução da exigência fiscal no montante de R\$ 508.277,34;

v) o autuante, ainda, de acordo com a legislação realizou novo cálculo, considerando todas as embalagens de vidro, fazendo a redução de 1% na base de cálculo a título de quebra, que culminou com uma redução no valor de R\$ 16.474,97, no montante da autuação;

vi) inicialmente, o autuante reconheceu que não obedeceu ao princípio da noventena para os produtos: refrigerante, cerveja em lata, cervejas em garrafas e chopes, no período de 01/12/2015 a 24/02/2016, e gerou novo demonstrativo que resultou na redução de R\$ 270.612,81 (planilhas na mídia à fl. 470). Todavia, por equívoco o autuante terminou deixando de tributar as mercadorias nesse período, ao invés de ajustar as MVAs. Por ocasião da segunda diligência, notou que cometeu o equívoco mencionado, e que as MVAs determinadas pela legislação, vigentes à época da noventena (Protocolo ICMS 10/92) eram de 140% para os produtos cerveja e refrigerante, com vigor até o dia 28/02/2016. Dessa forma, corretamente refez novamente os cálculos, passando acrescer nesse item da autuação um valor de R\$ 95.196,73 (planilhas na mídia à fl. 531).

Observe que no primeiro levantamento efetuado, no período de 01/12/2015 a 24/02/2016 foi utilizado equivocadamente as MVAs 177,89% para “Cerveja em garrafa” e 131,57% para “Cerveja em lata”, ambas quando originadas de Unidades da Federação em que a alíquota interestadual foi 12%.

Portanto, na retificação do cálculo relativo à esse período, na primeira situação acima, o valor total da autuação foi reduzido indevidamente para R\$ 133.127,27, de pronto acatado pelo autuado.

Entretanto, obedecendo às MVAs contidas na Cláusula quarta da Protocolo ICMS 10/92, abaixo transcritas, vigentes à época dos fatos geradores, em obediência a noventena aventada pelo impugnante, ocorreu a última retificação efetuada pelo autuante, com a qual concordo, resultando em um valor a ser exigido na autuação no montante de R\$ 498.688,76, conforme planilha resumo à fl. 527 e demonstrativos constantes da mídia à fl. 531:

**Cláusula quarta** No caso de não haver preço máximo de venda a varejo, fixado nos termos da cláusula anterior, o imposto retido pelo contribuinte substituto será calculado da seguinte maneira:

*I - ao valor total da Nota Fiscal será adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais:*

- a) *cerveja, até 140%;*
- b) *refrigerante, até 140%;*
- c) *chope, até 115%;*
- d) *xarope ou extrato concentrado, até 100%;*

Destaco que o referido Protocolo vigorou com a redação acima de 01/06/1992 até o dia 28/02/2016, passando a partir daí a vigorar com aplicação das alterações de MVA promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, ressalto que a mesma está prevista em Lei (artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96), e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, não cabendo a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante para o envio das intimações emitidas no presente processo para o advogado subscritor Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, consigno que inexistente óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária. Contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram determinadas no artigo 108 do RPAF/BA/99.

De tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo, devendo ser homologado os valores recolhidos:

<b>Fato gerador/mês/ano</b>	<b>valor do ICMS ST a recolher</b>
Dezembro/2015	R\$ 229.356,30
Janeiro/2016	R\$ 118.365,52
Fevereiro/2016	R\$ 19.348,52
Março/2016	R\$ 34,07
Abril/2016	R\$ 22,39
Maio/2016	R\$ 23,25
Junho/2016	R\$ 28.608,45
Julho/2016	R\$ 36.588,44
Agosto/2016	R\$ 31.604,80
Setembro/2016	R\$ 32.980,07
Outubro/2016	R\$ 1.309,18
Novembro/2016	R\$ 243,91
Dezembro/2016	R\$ 203,86
<b>Total</b>	<b>R\$ 498.688,76</b>

## 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 **207109.0014/17-0**, lavrado contra a empresa **AMBEV S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 498.688,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2022

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR