

A.I. Nº 080556.0004/19-4
AUTUADO AMBEV S.A.
AUTUANTE VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM DAT METRO/IFEP COMERCIO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 06/02/2024

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0002-01/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de existência de equívocos no levantamento fiscal por ter considerado os produtos arrolados nos demonstrativos Anexos I e II, referentes aos exercícios de 2014 e 2015, como se fossem cerveja, aplicando no cálculo do ICMS ST a MVA de 140% e redução de base de cálculo, conforme o seu entendimento da classificação do produto, acatada corretamente pela autuante na Informação Fiscal, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Indeferido o pedido de perícia. Não acolhidas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$655.460,40, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 – 08.07.02 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.*

Consta adicionalmente o registro que, na realização das operações interestaduais, subordinadas às disposições do Protocolo n. 11/91, conforme demonstrativos anexos.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.17 a 21 – frente e verso). De início, indica o endereço onde receberá intimações e notificações. Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Assinala a delimitação do objeto da discussão diante do recolhimento parcial do valor exigido no Auto de Infração, em face de ter aplicado incorretamente a MVA para cálculo do ICMS ST de alguns produtos referentes às Notas Fiscais nºs. 224899, 244308, 244352, 244611 e 244612, totalizando o valor de R\$39.966,65 a recolher, estando, desse modo, extintos os créditos tributários atinentes a esta parte da autuação.

Pontua que a impugnação restringir-se-á a parcela remanescente, cuja exigência sustenta que é indevida.

Argui a nulidade do Auto de Infração: por erro na apuração do imposto; por erro na base de cálculo considerada pela Fiscalização; por ausência de liquidez e certeza do lançamento de ofício.

Afirma que não há que se falar em recolhimento a menos do ICMS ST.

Observa que a Fiscalização atribuiu uma MVA ST de 140% aos produtos SKOL BEATS SENSES nas notas fiscais que relaciona nos exercícios de 2014 e 2015, conforme cálculos demonstrados nos Anexos II e III do Auto de Infração, contudo referida MVA não corresponde ao correto, em face ao produto envolvido na operação, no caso o produto SKOL BEATS cuja NCM é 2208.9, ou seja, bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%.

Alega que os produtos enquadrados com referida NCM 2208.9 estariam sujeitos a MVA de 64,40, prevista no Anexo I do RICMS/BA, Decreto n. 13.780/12, vigente em 2014 e 2015, cujo *print* apresenta. Acrescenta a título elucidativo que a Nota Fiscal nº 99688 teve a base de cálculo do ICMS ST obtida mediante a aplicação da MVA prevista no RICMS/BA, conforme *print* que apresenta.

Diz que desse modo, evidenciado o vício de apuração e que a distorção proporcionada repercute de forma direta no resultado obtido, comprova-se a imprecisão da acusação fiscal.

Conclusivamente, afirma que se revela de todo frágil a conclusão extraída pela autuante no sentido de que as diferenças constatadas representam falta de retenção e recolhimento do imposto, haja vista que inexistência consistência na apuração levada a efeito pela Fiscalização, razão pela qual a nulidade/improcedência do presente Auto de Infração se impõe.

Prosseguindo, argui a nulidade do lançamento por ter ocorrido o recolhimento integral do ICMS ST, assim como recolhimento mediante Apuração Complementar não considerada pela Fiscalização.

Salienta que no tocante à Nota Fiscal nº 224899 a autuante incorre no mesmo erro de apontar um valor maior a ser recolhido referente ao produto SKOL Beats, em virtude da aplicação de uma MVA percentual de 140%, quando o correto seria a MVA de 64,4%. Acrescenta que mesmo com a aplicação da MVA e redução corretas percebeu que houve recolhimento a menos no montante de R\$6.181,52, à época de emissão da referida Nota Fiscal, situação que foi corrigida quando considerou essa diferença no momento de sua apuração mensal enquadrando o valor na rubrica “Outros débitos”, conforme se verifica no SPED cujo *print* apresenta.

Assevera que a autuante ao incorrer nos erros constantes no demonstrativo de apuração anexo ao Auto de Infração findou por macular a autuação de completa nulidade, retirando, em razão disso, a certeza, clareza e liquidez exigidas no lançamento de ofício em questão.

Conclusivamente, diz que pelas razões apresentadas é de ser declarada 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.

Continuando, alega a necessidade de realização de perícia.

Pontua que diante de toda questão desenvolvida, e para que não paire qualquer dúvida, a realização de perícia se torna relevante e indispensável para apuração correta dos registros fiscais da empresa, sendo que por tais razões protesta pela realização de perícia técnica.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência total ou parcial da autuação. Requer, ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou, ao menos sua redução a um patamar razoável, entre 20% e 30%. Requer, por fim, sob pena de nulidade, que todas as publicações e intimações relativas ao presente processo sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 82 a 85). Assinala que a apuração do ICMS ST devido, levou em consideração as vendas realizadas pela empresa para o Estado da Bahia, operações sujeitas à substituição tributária. Diz que foram verificadas as Notas Fiscais que apontavam recolhimento a menor do ICMS ST, de acordo com o Protocolo ICMS 11/91, e exigido o imposto dos produtos enviados à Bahia, conforme demonstrado nos anexos que compõem o presente Auto de Infração.

Reporta-se sobre as alegações defensivas atinentes à exclusão dos valores exigidos consignando

o seguinte:

- os produtos SKOL BEATS, relacionados nas Planilhas - ANEXO I e ANEXO II (fls 06 a 08), referentes aos exercícios de 2014 e 2015, foram equivocadamente identificados na autuação, como cerveja. E foram efetuados os cálculos para apuração do ICMS ST, ou seja, aplicada a MVA e redução de Base de Cálculo, conforme o entendimento da classificação do produto;

- os demonstrativos que foram anexados ao Auto de Infração - ANEXO II - DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST RETIDO A MENOR - Exercício de 2014; ANEXO III - DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST RETIDO A MENOR - Exercício de 2015, (fls 06 a 08), apontam os cálculos, identificando a MVA, Redução da Base de Cálculo, cálculo do ICMS ST apurado, e diferença conforme o valor Retido no Item pela empresa, com equívoco com relação à classificação do produto.

Destaca que ao retificar a identificação dos referidos produtos, e refazer os cálculos, não houve ICMS ST a exigir no exercício de 2014; sendo que no exercício de 2015, o valor exigido foi reduzido para R\$ 39.966,56, referente ao ICMS ST retido e recolhido a menor (produto cerveja), sendo reconhecido e pago pela impugnante.

Assinala, ainda, que o valor do ICMS ST apurado, de R\$ 6.181,52, referente à Nota Fiscal nº 224899, de 04/11/2015, item 1, foi acrescentado pelo autuado aos pagamentos do mês de novembro/2015.

Conclusivamente, consigna que os trabalhos de fiscalização foram efetuados de forma não presencial, ou seja, sem visita ao estabelecimento, com base nas Informações dos Sistemas da SEFAZ, das informações extraídas dos arquivos das Notas Fiscais Eletrônicas, visando a averiguação da consistência do cálculo dos repasses do ICMS ST e recolhimentos devidos para o estado da Bahia, sendo que, com as alterações efetuadas relativas à classificação dos produtos SKOL BEATS, a diferença do ICMS ST retido e recolhido a menor foi reduzida para o total de R\$ 39.966,56, conforme demonstrativo que anexa.

Finaliza a peça informativa dizendo que considerando que na forma da legislação vigente, os elementos que ensejaram a ação fiscal foram devidamente caracterizados, que o contribuinte demonstrou, com detalhes, clareza na compreensão do que foi apontado na infração, e que foi retificado o cálculo e consequente valores devidos, opina pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de ICMS devido de R\$ 39.966,56. Acrescenta que considerando que houve o reconhecimento e pagamento do Valor Principal de R\$ 39.966,56, com os devidos acréscimos, conforme cópia do pagamento (fls. 39, 39 verso, 40, 40 verso), não apurou saldo a recolher, s.m.j.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fl.91- frente e verso). Ressalta que a Informação Fiscal apresentada apenas ratifica todos os fundamentos de Defesa, haja vista que reduziu o valor originalmente exigido para o montante de R\$39.966,56, ao reconhecer que o levantamento fiscal considerou equivocadamente a base de cálculo das operações autuadas, bem como reconhece que o valor principal de R\$ 39.966,56 já fora recolhido com os acréscimos legais. Ou seja, com base nos novos valores apresentados, a Fiscalização acolheu todos os fundamentos de Defesa, e manteve apenas o valor reconhecido, e já previamente quitado.

Finaliza a Manifestação requerendo o reconhecimento e declaração da improcedência parcial do Auto de Infração, nos termos da manifestação fiscal. 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 Cavalcanti, OAB/PE 19.353.

A autuante, cientificada da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 104 a 107). Observa que na Informação Fiscal de fls. 82 a 86, disse que os produtos SKOL BEATS, relacionados nas Planilhas - ANEXO I e ANEXO II (fls. 06 a 08), referentes aos exercícios de 2014 e 2015, equivocadamente, tiveram sua identificação como cerveja e utilizada a Margem de Valor Agregado - MVA, prevista para o produto cerveja, desse modo, consequentemente, nos cálculos para apuração do ICMS ST, foi aplicada a MVA e redução de Base de Cálculo, conforme a classificação incorreta do produto.

Explica que os cálculos foram refeitos com as alterações pertinentes, e o ICMS ST Retido a menor foi reduzido no exercício de 2015, para R\$39.966,56, conforme DEMONSTRATIVO DO ICMS ST RETIDO A MENOR – RETIFICAÇÃO – EXERCÍCIO DE 2015 (fl.86), sendo que após as alterações nos cálculos, não houve diferença de ICMS ST a exigir no exercício de 2014, tendo solicitado que o Auto de Infração fosse julgado procedente em parte, no montante devido de R\$ 39.966,56, levando em conta que o valor foi reconhecido e recolhido pelo autuado.

Salienta que na Manifestação apresentada (fls. 91/92) o autuado menciona que na Informação Fiscal a autuante considerou a redução do valor exigido e considerou o valor recolhido referente ao débito remanescente de R\$39.966,56, reiterando os seus argumentos, requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

Finaliza dizendo que mantém os termos da Informação Fiscal de fls. 82 a 86, e opina pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 39.966,56.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, em decorrência de ter procedido a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

De início, observo que o lançamento de ofício em exame foi realizado em conformidade com a legislação de regência do ICMS, inexistindo vício ou falha que o inquene de nulidade. Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa e contraditório do contribuinte, direito este exercido plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento da infração, sendo que os elementos elaborados pela autuante foram fornecidos em cópia ao autuado, inexistindo cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório. A descrição da infração permite, claramente, identificar a conduta infracional imputada ao contribuinte, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de inquirar de nulidade o lançamento de ofício em questão.

Quanto ao pedido de realização de perícia, por certo que se tratando de matéria de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem essa Junta de Julgamento Fiscal, a participação de perito técnico, no presente caso, torna-se desnecessária, razão pela qual indefiro o pedido com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99.

No mérito, verifico que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento de parte da exigência fiscal no valor de R\$39.966,56, razão pela qual, com fundamento no art. 156, I, do CTN, diz que se encontram extintos os créditos tributários referentes a esta parte do Auto de Infração.

Observo que o levantamento fiscal levado a efeito pela autuante para apuração do ICMS ST exigido foi realizado com base nas vendas realizadas pelo autuado para seus clientes no Estado da Bahia, operações estas sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo utilizadas as Notas Fiscais que, no entendimento inicial da Fiscalização, apontavam recolhimento a menos do ICMS ST, na forma do Protocolo ICMS n. 11/91, conforme demonstrativos acostados aos autos.

Ocorre que na Defesa apresentada o autuado apontou a existência de equívocos no levantamento fiscal, haja vista que a Fiscalização considerou os produtos SKOL BEATS, arrolados nos demonstrativos Anexos I e II, referentes aos exercícios de 2014 e 2015, como se fossem cerveja - quando, na realidade, não se trata de cerveja - aplicando nos cálculos a MVA de 140% e redução de base de cálculo, conforme o seu entendimento da classificação do produto.

Observo que a autuante quando da Informação Fiscal reconheceu assistir razão ao impugnante e procedeu as retificações necessárias, refazendo os cálculos, o que resultou na redução do valor originalmente exigido de R\$655.460,40 para R\$39.966,56, valor este referente ao ICMS ST retido e

recolhido a menos relativo ao produto cerveja, que foi reconhecido e pago pelo autuado.

Diante disso, a infração é parcialmente procedente no valor de R\$39.966,56, conforme novo demonstrativo elaborado pela autuante, acostado à fl. 86 dos autos, remanescendo a exigência fiscal de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido
30/11/2015	2.741,74
31/12/2015	37.224,82
TOTAL	39.966,56

No que concerne ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de nulidade da multa aplicada ou, de sua redução para 20% ou 30%, cumpre observar que referida multa tem previsão no art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e que não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo fiscal a apreciação de pedido de cancelamento ou redução de multa.

Por derradeiro, no tocante a indicação pelo impugnante do endereço onde receberá intimações e notificações em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cumpre observar que inexistente óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido, entretanto, vale assinalar que o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

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 080556.0004/19-4, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.966,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do pagamento efetuado pelo autuado.

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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR