

A. I. Nº - 206973.0011/21-4
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/11/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-01/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Contribuinte enquadrado na condição de sujeito passivo por substituição tributária. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Processo encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/03/2021, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$20.518.337,96, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da infração abaixo, nos meses de junho 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”.

“Este lançamento está sujeito à medida LIMINAR concedida no MANDADO DE SEGURANÇA – Processo nº 0539293-72.2018.8.05.0001 que suspendeu a exigibilidade da diferença entre o MVA de 100% para cerveja em lata (até 31/05/2018) e a de MVA 140% (a partir de 01/06/2018) em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018 de 22/05/2018, efeitos a partir de 01/06/2018”.

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 ingressou com defesa administrativa em 07/06/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 47 a 56. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procura constante nos Autos às fls. 95/96.

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.

Esclarece que o auto de Infração reclama a falta de retenção e recolhimento do ICMS ST, nas operações internas subsequentes, em decorrente da aplicação da MVA 140%, fixada a partir de 01/06/2018 pelo Decreto nº 18.406/2018, de 22/05/2018.

Em seguida argui como preliminar que a autuação é nula por ausência de liquidez e certeza do lançamento, dizendo que mesmo que se considerasse como válida a aplicação imediata das alterações promovidas pelo Decreto nº 18.406/2018, os valores autuados não são compatíveis com a MVA de 140%, ou mesmo a alíquota própria da operação.

Afirma que esse fato inviabiliza a ciência do contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal, e que impede a ciência, pela impugnante, do efetivo valor em discussão e, consecutivamente, de formular sua defesa de forma plena.

Cita como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018, produto BRAHMA CHOPP LATA 350ML, que representa a nota fiscal de maior valor autuado.

Diz que segundo o lançamento fiscal, na operação da referida nota fiscal, aplicado o MVA de 140%, previsto no Decreto nº 18.406/2018, resulta na base de cálculo do ICMS ST de R\$299.135,56, e um ICMS ST a recolher de R\$49.018,72, e que com base nessas informações, imputa uma diferença a recolher de R\$16.304,79.

Todavia, afirma que não há qualquer fundamento no lançamento fiscal para justificar o valor lançado a título de ICMS ST de R\$49.018,72.

Observa que a base de cálculo indicada pela fiscalização (R\$299.135,56), multiplicada pela alíquota de 25% (23%+2%), e deduzido o ICMS próprio, representa o valor máximo de R\$43.036,01.

Ou seja, entende que há uma total nulidade nos valores lançados pela fiscalização, por não serem compatíveis com as operações autuadas.

Assinala que o erro ora noticiado é observado de forma sistêmica nas demais operações autuadas, e apresenta tabela à fl. 50, visando demonstrar sua afirmação.

Dessa forma, expõe que mesmo se fosse desconsiderada a liminar judicial, ou mesmo o princípio da anterioridade em relação a vigência do Decreto nº 18.406/2018, a conclusão extraída pela fiscalização em seu auto de infração é frágil, no sentido de que as diferenças constatadas representam falta de recolhimento do ICMS ST, pois inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco.

No mérito, ressalta a inaplicabilidade da Majoração da MVA Promovida pelo Decreto nº. 18.406/2018, tendo em vista a existência de Liminar Confirmado o Cumprimento da Anterioridade, ou seja, a Majoração da MVA aplicável apenas a Fatos Geradores Postiores a 01/01/2019.

Esclarece que o Decreto acima mencionado que alterou o percentual da Margem de Valor Agregado – MVA aplicável às operações da impugnante com cerveja em lata, foi publicado em 22/05/2018 e entrou em vigor em 01/06/2018.

Entretanto diz que a referida norma estadual, de forma injustificada, ilegítima, e extrapolando a competência tributária, promoveu um aumento da carga tributária a ser aplicado tanto nas operações internas quanto nas interestaduais.

Explica que até a entrada em vigor do referido Decreto, ou seja, até 31/05/2018, as operações com cerveja em lata no Estado da Bahia ficavam sujeitas ao ICMS-ST mediante a aplicação da MVA de 100% para operações internas.

Pontua que a referida majoração, não obstante a sua ilegalidade, implicou em aumento de tributo, configurando, portanto, violação aos princípios da segurança jurídica, não surpresa e anterioridade, ditames esses previstos e garantidos constitucionalmente no art. 150, III.

Assevera que por entender ser ilegítimo o aumento de carga tributária realizada de forma abrupta, e sem respeitar os princípios Constitucionais, a impugnante buscou o Poder Judiciário do Estado da Bahia, de forma a que o referido Decreto apenas fosse aplicado para fatos geradores realizados a partir do exercício subsequente.

Informa que apreciando liminarmente o Mandado de Segurança interposto, bem como os termos do Decreto Estadual, e fundamentado na violação notória a princípios constitucionais relacionados aos limites do poder de tributar, o Poder Judiciário do Estado da Bahia, através de ordem Liminar proferida nos autos pelo Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinou que o referido decreto não deve ser aplicado a fatos geradores anteriores a 01/01/2019.

Acrescenta que a Fazenda Estadual foi intimada da referida ordem liminar em julho de 2018, e que desde esta data o fisco teve conhecimento da suspensão da aplicação do decreto, bem como a vedação para cobrança de tributos em relação ao período autuado.

Aduz que com base na liminar proferida, as alterações promovidas pela referida norma não poderão

ser aplicáveis pelo Fisco Baiano em relação aos fatos geradores ocorridos até 01/01/2019.

Destaca que o mesmo tema já foi objeto de discussão pela impugnante, na Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, a qual foi julgada procedente.

Ao final, requer a nulidade da autuação ou, no mérito, a sua improcedência.

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 apontadas.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa presta informação fiscal, às fls. 108 a 110, dizendo que conforme já descrito na própria infração, e confirmado pela defesa, este lançamento está sujeito à medida LIMINAR concedida no Mandado de Segurança - Processo nº. 0539293-72.2018.8.05.0001 que suspendeu a exigibilidade da diferença entre a MVA de 100% para 140%, para cerveja em lata, a partir de 31/05/2018, em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018 de 22/05/2018, com efeito a partir de 01/06/2018.

Acrescenta que a ação judicial está em curso, contudo caso não tivesse sido efetuado o lançamento, o Estado da Bahia correria o risco de “perder” o quantum ora exigido caso a decisão judicial transitada em julgado lhe fosse favorável e ocorresse apenas após alcançado o prazo decadencial.

Dessa forma, aduz que para proteger da decadência a constituição do crédito tributário ora discutido, foi efetuado o lançamento.

Pontua que este PAF deverá ficar sobrestado até o trânsito em julgado da decisão de mérito no Mandado de Segurança - Processo nº. 0539293-72.2018.8.05.0001, mas que até lá o crédito já está constituído, a decadência evitada, cabendo aos órgãos competentes acompanhar o andamento da ação judicial.

Quanto à Ação Ordinária nº. 0579991-28.2015.8.05.0001, em trâmite na 9ª. Vara de Fazenda Pública de Salvador, citado pelo autuado, ressalta o seguinte:

- a) *trata-se de decisão de primeira instância, logo sujeita a recursos, de ação distinta;*
- b) *ainda que transitada em julgado estivesse não valeria como julgamento de mérito no Mandado de Segurança em que a liminar foi concedida cujo Processo é o de nº 0539293-72.2018.8.05.0001;*
- c) *pelo número do processo percebe-se ser ação iniciada em 2015, anterior à alteração trazida pelo Decreto nº 18.406/2018 de 22/05/2018, objeto do descumprimento que gerou o presente lançamento.*

Ao final, dizendo que a defesa nada apresenta que possa ser útil ao julgamento administrativo, posto que este estará vinculado ao “decisum” judicial, mantém integralmente o lançamento, até a referida decisão.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à 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 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.

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 cervejas em lata.

Consta das fls. 17 a 21, decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia (medida Liminar concedida no Mandado de Segurança - Processo nº 0539293-72.2018.8.05.0001), concedida ao autuado, proferida em 09/07/2018, obrigando o Estado da Bahia a abster-se de exigir o ICMS, com a alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018, no que tange restritamente à margem de valor agregado (MVA), até o dia 31/12/2018.

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interpuesto*”.

Já os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

“*Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interpuesto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.”

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda, que conforme disposto no art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo, e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa interposta, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa interposta, no que tange à obrigação tributária principal, constante no Auto de Infração nº 206973.0011/21-4, lavrado contra AMBEV S.A., no valor de R\$20.518.337,96, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR