

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0011/21-4
RECORRENTE - AMBEV S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0167-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/05/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0104-12/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO RETEVE E RECOLHEU A MENOS O IMPOSTO. Defesa parcialmente prejudicada quanto à apreciação da matéria que se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário, que diz respeito à validade, vigência e aplicabilidade de ato emanado por autoridade hierarquicamente superior. Todavia, a medida judicial prejudicial (mandado de segurança preventivo), impetrada anteriormente à lavratura do Auto de Infração ora em exame, não se relaciona com os critérios concretos de que se valeu a Autoridade Tributária para a apuração do tributo devido, critérios esses também objeto de impugnação. Recurso **PROVIDO**, para anular a decisão de piso e determinar ao órgão julgador de piso que aprecie os argumentos acerca da incompatibilidade do valor autuado com a MVA aplicável e com o volume de operações do Sujeito Passivo (fls. 49 a 51). Reformada decisão de origem. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Prejudicada a defesa contra o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/03/2021 e notificado ao Sujeito Passivo em 05/04/2021 (fl. 41), a exigir ICMS no montante de R\$ 20.518.337,96, além de multa e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento uma infração, ocorrências verificadas entre jun/2018 e dez/2018, tendo-se enunciado a acusação nos seguintes termos:

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. Conforme DEMONSTRATIVO anexo. 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: Artigo 8º inciso II da Lei 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96. Total da Infração: R\$20.518.337,96.*

Já nos documentos anexos ao Auto de Infração repousa cópia da decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, proferidas a título de liminar em Mandado de Segurança (em 09/07/2018, autos de nº 0539293-72.2018.8.05.0001), que trata da suspensão da exigibilidade do ICMS-ST apurado por meio da Margem de Valor Adicionado (MVA), por virtual ofensa a princípios constitucionais tributários por parte do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, alteradora do RICMS-BA/12.

Em 05/10/2021 (fls. 116 a 119), por unanimidade, a 1ª JJF julgou a Defesa prejudicada, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, 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 interposto”.

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 interposto, 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.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 129 a 135-v.), pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, ora expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) a nulidade da autuação por ausência de liquidez e certeza do lançamento, uma vez que os valores exigidos pela fiscalização são incompatíveis com as operações autuadas, e;
- b) a improcedência do lançamento eis que há liminar judicial vigente, proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos do Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do Decreto nº 18.406/2018 para fatos geradores anteriores a 01/01/2019.

Conclui requerendo seja admitida a peça recursal, no sentido de seu provimento, para declarar nulidade da decisão de primeira instância; subsidiariamente, caso o Conselho entenda que o feito se encontra apto para julgamento, se seja declarado nulo o lançamento, ou reconhecida a sua

improcedência; e que as intimações sejam feitas em nome do Dr. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, sob pena de nulidade.

Recebidos os autos, considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 13/04/2022, para julgamento, oportunidade em que se fez presente e fez uso da palavra, pela Recorrente, o Dr. Deivisson Costa Gomes (OAB/PE Nº 25.195).

VOTO

De início, constata-se que o pleito do Recorrente para que as intimações sejam feitas em nome do profissional que indica em sua peça recursal foi atendido, consoante o costume desse Conselho publicar intimações de julgamento em nome dos advogados signatários, mesmo sem solicitação. É o que se vê no edital:



DIÁRIO OFICIAL

República Federativa do Brasil - Estado da Bahia

EXECUTIVO 31

SALVADOR, TERÇA-FEIRA, 5 DE ABRIL DE 2022 - ANO CVI - Nº 23.389

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 13/04/2022
às 14:00**

RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

**Auto de Infração - 2069730011214 - Recurso Voluntário: Autuado(a) AMBEV S.A. - Autuante(s)
- AGILBERTO MARVILA FERREIRA - IVANA MARIA MELO BARBOSA - Advogado(s): BRUNO
NOVAES BEZERRA CAVALCANTI**

Ademais, constato a presença nesta assentada, de profissional regularmente habilitado, de modo que o pleito foi substancialmente atendido e sua finalidade cumprida, sem prejuízo à Interessada. Observo ainda que os atos de comunicação no curso do PAF não serão nulos se atendidos os requisitos dos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Adentrando ao exame inicial do Recurso Voluntário, constato ser incontrovertido que a divergência de fundo entre o Fisco e o Contribuinte diz respeito à Margem de Valor Adicionado (MVA), por virtual ofensa a princípios constitucionais tributários por parte do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, alteradora do RICMS-BA/12; e também ao critério aplicado pelo Autuante no cálculo do lançamento. Sobre esse último item, peço licença para transcrever o pleito do Recorrente, já em sede de Defesa, e depois em sede de Recurso Voluntário:

3. DOS FUNDAMENTOS DE DEFESA

3.1. Nulidade do lançamento fiscal. Erro de base de cálculo.

Como visto, trata o auto de Infração de suposta 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.

Ocorre que, apesar do zelo do autuante, o auto de infração não atende aos requisitos obrigatórios de liquidez e certeza, pois no lançamento fiscal são observados flagrantes erros na composição dos valores cobrados.

Isso porque, mesmo que tomássemos 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 mesmos a alíquota própria da operação, fato esse que inviabiliza a ciência da 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.

Com vistas a evidenciar os vícios na apuração fiscal, convém tomarmos como exemplo o caso da nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018, produto BRAHMA CHOPP LATA 350ML, que representa a nota fiscal de maior valor autuado.

Segundo o lançamento fiscal, a operação da nota fiscal nº 140842, aplicado o MVA de 140% previsto no

Decreto nº 18.406/2018, implica na base de cálculo do ICMS ST de R\$ 299.135,56, e um ICMS ST a recolher de R\$ 49.018,72, com base nessas informações, imputa uma diferença a recolher de R\$ 16.304,79:

Dia	NumD	UF	Descrição	VlItem	VlBcns	VlCms	Vlpi	AliqInt	NvaSt	PreSug	Criterio	RedBcs	VlDesp	VlBcnsMs	AliqSt	VlCmsMs	FatCor	CredicmsCalc	BdStCalc	IcmsStCalc	DifIcmsSt
10/10/2018	140842 BA	BRAHMA CHOPP LATA 350ML SH	126.995,07	126.995,07	23.208,67	7.619,70	27	140	0 MVA	7,41	0	269.229,55	23%	32.713,93	1	31.747,88	299.135,56	49.018,72	16.304,79		

Figura 01 – recorte da planilha apresentada pela fiscalização, com destaque para a nota 140842, em que a fiscalização apura uma base de cálculo de R\$ 299.135,56, um ICMS ST a recolher de R\$49.018,72, e uma suposta diferença a recolher de R\$ 16.304,79.

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

a	BcStCalc	R\$ 299.135,56
b	AliqSt	25%
c	= (a) x (b)	R\$ 74.783,89
d	Credicms	R\$ 31.747,88
e	IcmsSt (c- d)	R\$ 43.036,01

Observe-se 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, há uma total nulidade nos valores lançados pela fiscalização, eis que não são compatíveis com as operações autuadas.

E o erro ora noticiado é observado de forma sistemática nas demais operações autuadas, conforme podemos observar na amostra a seguir:

Data	Nota F	Produto	Credicms	BcStCalc	ICMS ST A U T U A D O	RECÁLCULO ICMS ST M V A 140%
10/10/2018	140842	BRAHMA CHOPP LATA 350ML SH	01.747,00	299.135,56	49.018,72	43.036,01
20/11/2018	143893	ANTARCTICA SUBZERO LT 269ML	27.188,90	256.179,87	41.979,66	36.855,31
02/12/2018	145028	ANTARCTICA SUBZERO LT 269ML	27.188,90	256.179,87	41.979,66	36.855,31
03/12/2018	145002	ANTARCTICA SUBZERO LT 269ML	27.100,90	256.179,07	41.978,66	36.055,31
21/11/2018	144010	ANTARCTICA SUBZERO LT 269ML	27.100,90	256.179,07	41.979,66	36.055,00
01/12/2018	144978	BUDWEISER LATA 350ML SH C/12	76.475,12	249.454,64	40.877,67	35.887,76
06/12/2018	145869	BUDWEISER LATA 350ML SH C/12	26.475,12	249.454,64	40.877,67	35.887,77
09/12/2018	145626	BUDWEISER LATA 350ML SH C/12	26.475,12	249.454,62	40.877,61	35.887,77
11/11/2018	143029	SKOL LT 269ML SH C/12 TRIDGE P	25.259,90	246.022,07	41.329,00	36.396,00
02/12/2018	145002	ANTARCTICA SUBZERO LT 269ML	26.181,90	246.891,71	40.424,86	35.490,29
17/11/2018	143760	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	27.100,97	247.004,49	40.312,77	35.391,42
04/12/2018	145167	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
06/12/2018	145522	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
08/12/2018	145527	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
08/12/2018	145529	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
10/11/2018	145660	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	27.100,97	247.004,49	40.312,77	35.391,42
12/12/2018	145853	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
13/12/2018	145994	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
13/12/2018	146004	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.100,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/12/2018	146070	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.100,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/11/2018	146094	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,75	35.391,42
14/12/2018	146096	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/12/2018	146117	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/12/2018	146125	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.100,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/12/2018	146130	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.100,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
14/12/2018	146133	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.100,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
15/12/2018	146148	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,75	35.391,42
15/12/2018	146166	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
15/12/2018	146174	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42
15/12/2018	146175	SKOL LT 269ML SH C/15 NPAL	26.108,97	246.004,49	40.312,25	35.391,42

Figura 02 – Tabela com amostra das 30 maiores operações autuadas, evidenciando o erro de cálculo do ICMS ST observado no lançamento fiscal.

Analizando as divergências nos valores considerados pela fiscalização, e aquele obtido da aplicação da MVA de 140%, estima-se que o auto de infração promoveu a cobrança a maior da exorbitante cifra de onze (11) milhões de reais!!!

Destaque-se, portanto, com base nos documentos fornecidos pelo próprio auditor fiscal em sua apuração, que os valores autuados pela fiscalização são irreais, pois alheios as operações realizadas.

Assim, evidenciado o vício de apuração, e que a distorção proporcionada repercute de forma direta no resultado tributário obtido, comprova-se a imprecisão da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor de ICMS ST, face a notória falha da base de cálculo e alíquota considerada pela fiscalização.

Do exposto, mesmo que para fins argumentativos desconsiderássemos a liminar judicial, ou mesmo o princípio da anterioridade em relação a vigência do Decreto nº 18.406/2018, revela-se de todo frágil a conclusão extraída pela fiscalização em seu auto de infração no sentido de que as diferenças constatadas representam falta de recolhimento do ICMS ST, pois inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco, razão pela qual a nulidade/improcedência do auto de infração ora embargado se impõe.

3.2 Nulidade do lançamento fiscal. Erro de base de cálculo.

Como visto, a defesa administrativa aborda matéria diversa e mais ampla do que a constante no mandado de segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001.

Nesse sentido, destaca-se a nulidade por iliquidez do lançamento fiscal, decorrente do erro de cálculo

observado no auto de infração sob julgamento.

Isso porque, mesmo que tomássemos 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 alíquota própria da operação com cervejas. Fato esse que inviabiliza a ciência da contribuinte a respeito de qual seria a real base de cálculo utilizada no lançamento fiscal e que impede a ciência, pela recorrente, do efetivo valor em discussão e consecutivamente de formular sua defesa de forma plena.

Com vistas a evidenciar os vícios na apuração fiscal, convém tomarmos como exemplo o caso da nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018, produto BRAHMA CHOPP LATA 350ML, que representa a nota fiscal de maior valor autuado.

Segundo o lançamento fiscal, utilizando como base a operação da nota fiscal nº 140842 e aplicado o MVA de 140%, previsto no Decreto nº 18.406/2018, ter-se-ia uma base de cálculo do ICMS ST de R\$ 299.135,56, e um ICMS ST a recolher de R\$ 49.018,72:

[...]

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

A fim de demonstrar o racional, a recorrente ilustra abaixo:

Observe-se 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, há uma total nulidade nos valores lançados pela fiscalização, eis que não são compatíveis com as operações autuadas.

E o erro, ora noticiado, é observado de forma sistêmica nas demais operações autuadas, conforme podemos observar na amostra a seguir extraída da própria planilha elaborada pela fiscalização:

[...]

Analisando as divergências nos valores considerados pela fiscalização e aquele obtido da aplicação da MVA de 140%, estima-se que o auto de infração promoveu a cobrança a maior da exorbitante cifra de onze (11) milhões de reais!!!

Destaque-se, portanto, com base nos documentos fornecidos pelo próprio auditor fiscal em sua apuração, que os valores autuados pela fiscalização são irreais, pois alheios as operações realizadas.

Assim, evidenciado o vício de apuração e que a distorção proporcionada repercute de forma direta no resultado tributário obtido, comprova-se a imprecisão da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor de ICMS ST, face a notória falha da base de cálculo e alíquota considerada pela fiscalização.

Do exposto, mesmo que para fins argumentativos desconsiderássemos o erro de procedimento, e o descumprimento da liminar judicial, ou mesmo o princípio da anterioridade em relação a vigência do Decreto nº 18.406/2018, revela-se de todo frágil a conclusão extraída pela fiscalização em seu auto de infração no sentido de que as diferenças constatadas representam falta de recolhimento do ICMS ST, pois inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco, razão pela qual a nulidade/improcedência do auto de infração ora recorrido se impõe.

Essencial examinar este tema para firmar premissa sobre a admissibilidade do Recurso Voluntário.

É verdade, por um lado, que se trata de “a decisão da primeira instância em processo administrativo fiscal relativo a auto de infração” (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), e que outros pressupostos de admissibilidade se encontram presentes (como a tempestividade, art. 171 do RPAF/99).

Por outro lado, e já se viu, é incontroverso que o tema versa sobre questão sob a apreciação do Poder Judiciário, e sobre negar aplicação de Decreto do chefe do Poder Executivo, o que resvala no óbice à competência deste Conselho, por força do que dispõe o art. 125 da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 - COTEB.

É esse veículo legal que dispõe, ainda, 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 interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa,

devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis."

Entretanto, o Sujeito Passivo obtempera ter sido a decisão de primeiro grau nula, por déficit em sua fundamentação; e sustenta que a matéria da Defesa é mais ampla que a de seu mandado de segurança, já que aqui pretende discorrer sucessivamente também sobre o teor do lançamento.

Nesse passo, é preciso refletir a partir do exame dos autos do Mandado de Segurança.

É verdade que lá consta medida liminar (e, pelo que se pode pesquisar, sem que o fisco houvesse interposto qualquer recurso obstativo de seus efeitos), cujo comando é por demais enfático (como se constata por acesso público à decisão e aos autos do processo eletrônico, e ainda pela transcrição do *decisum* já colacionado pelo Autuante):



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
3ª Vara da Fazenda Pública
Fórum Ruy Barbosa, sala 320, Praça D.Pedro II s/n, Largo do Campo da Pólvora, Nazaré - CEP 40040-380, Fone: 3320-6779, Salvador-BA - E-mail: salvador3vfazpub@tjba.jus.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0539293-72.2018.8.05.0001**
Classe – Assunto: **Mandado de Segurança - Prazo de Recolhimento**
Impetrante: **Ambev S.A**
Impetrado: **DIRETOR DE ARRECADAÇÃO, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE – DARC**

(...)

Posto isso, concedo a segurança liminar para determinar a autoridade coatora que se abstenha de cobrar os valores exigidos em razão da alteração promovida pelo Decreto 18.406/2018, suspendendo-se, assim, sua exigibilidade até 1º de janeiro de 2019 .

Determino, ainda, à autoridade coatora ou quem lhe faça as vezes na estrutura organizacional da SEFAZ-BA que se abstenha de promover lançamentos, negar certidões de regularidade fiscal, inscrever a Impetrante em órgãos de restrição ou protesto, ou promover qualquer medida de cobrança do tributo, ainda que indireta, anotando- se, ainda, a suspensão de exigibilidade correlata

Notifique-se a autoridade indigitada como coatora, para que preste as informações de praxe.

Dê-se ciência ao Estado da Bahia, via Procurador Geral.

Também é verdade que a decisão de eficácia mandamental comunicada ao Estado da Bahia em 16/07/2018 (como se verifica pelo acesso público ao processo eletrônico), contém uma ordem para que a "SEFAZ-BA [...] se abstenha de promover lançamentos, negar certidões de regularidade fiscal [...]" (grifou-se).

Todavia, e mesmo diante de um flagrante risco de se configurar inobservância da ordem judicial, ainda que não transitada em julgado, mas contra a qual não foi interposto, ao que consta nos autos, qualquer recurso, é de se reconhecer a prejudicialidade da medida em relação ao Processo Administrativo Fiscal, por dois motivos:

O primeiro, por que a competência deste Conselho **não contempla a aptidão para negar aplicabilidade a ato emanado de autoridade superior**, sendo certo que o Decreto em discussão no âmbito do Poder Judiciário, ato do chefe do Poder Executivo, é emanado de

autoridade hierarquicamente superior a este órgão administrativo, o qual “*integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda*” (art. 2º, *caput*, do RICONSEF, Decreto nº 7.592, de 04/06/1999);

O segundo, porque é mandamento da lei que fundamenta a competência, a instalação e as atividades deste Conselho (a Lei nº 3.956, de 11/12/1981 - o “COTEB”, precisamente do seu art. 126): “*Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*”

Contudo, sigo no exame: afinal, a “*questão sob a apreciação do Poder Judiciário*” (art. 125, inciso II, primeira figura do COTEB), é idêntica à que foi submetida ao contencioso administrativo do Estado da Bahia? Em outras palavras: há identidade de lides?

A resposta é negativa, salvo melhor juízo.

Nota-se Senhores Pares, que o pleito deduzido em sede de mandado de segurança versa apenas, como não poderia deixar de ser, sobre o assunto coevo à sua impetração (em 09/07/2018): a suposta inobservância de princípios constitucionais tributários por parte do Estado da Bahia, ao editar alteração da MVA sem o cumprimento do princípio da anterioridade.

Contudo, o Auto de Infração somente foi lavrado em (18/03/2021), e àquele tempo, após a cientificação da Autoridade Administrativa sobre a liminar em Mandado de Segurança (ocorrida em 16/07/2018).

Obviamente, questões relativas ao critério de aplicação da MVA “*mesmo que para fins argumentativos desconsiderássemos a liminar judicial, [...] as diferenças constatadas representam falta de recolhimento do ICMS ST, pois inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco*”, não estão abrangidas pelo Mandado de Segurança.

Figure-se o seguinte para melhor argumentar: imagine-se que este PAF trâmite prejudicado, e o crédito seja inscrito em dívida ativa. Figure-se que o Sujeito Passivo sucumba em sede judicial. Subsequentemente, ter-se-ia o ajuizamento da cobrança pelo valor que restou consolidado (ante à prejudicialidade). Ora, somente restaria ao Sujeito Passivo a via judicial para discutir o *quantum debatur*, que ele afirma “*as divergências nos valores considerados pela fiscalização e aquele obtido da aplicação da MVA de 140%, estima-se que o auto de infração promoveu a cobrança a maior da exorbitante cifra de onze (11) milhões de reais!!!*”.

Se configurado que a matéria (estranha à medida judicial proposta pelo Recorrente), somente seria passível de discussão em sede Judicial, restaria flagrante ofensa ao devido processo legal administrativo, com a supressão do seu direito a oferecer (e ser ouvido) nas suas alegações. É como ensina Deonísio Koch (*Processo Administrativo Tributário e Lançamento*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 80):

[...] Neste caso tem o contribuinte legítimo interesse em questionar administrativamente o ato administrativo de lançamento, não no seu mérito, matéria submetida ao Poder Judiciário, mas na adequação de sua forma à legislação procedural, vícios de procedimentos, nulidades, decadência, multa e juros lançados, entre outras questões ligadas diretamente ao ato formal de lançamento.

Reconheço que a jurisprudência deste Conselho tem a premissa de negar admissibilidade sem exame mais detido sobre a abrangência e o ajuste da pretensão deduzida perante o Poder Judiciário, e aquela manifestada perante o órgão julgador administrativo. Cito, por exemplo, o Acórdão CS nº 0001-21/06:

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. 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 interposto, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

No caso ora em exame, não me parece o caminho mais acertado, como argumentei acima. Trancar a via administrativa para exame de matéria posterior à decisão judicial, e a respeito do lançamento em concreto (cálculo do tributo), parece-nos configurar flagrante cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Destaque-se, por fim, que nem mesmo o Autuante em sede de Informação Fiscal louvou-se em responder ao Recorrente a respeito da matéria já aventada em sua Defesa, ou seja, sobre o cálculo do ICMS-ST ainda que aplicada a MVA majorada.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento parcial do Recurso Voluntário, para na parte conhecida, dar-lhe provimento, determinando que os autos retornem ao primeiro grau e que lá sejam examinados, sob pena de supressão de instâncias e ofensa ao devido processo legal administrativo, a matéria concernente ao cálculo promovido pelo Autuante (fls. 49 a 51).

Pelo exposto, sou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar nulo o lançamento, determinando a remessa dos autos ao órgão julgador de primeiro grau, para que aprecie as alegações defensivas em torno do cálculo do tributo, ainda que mantida a MVA (sub judice perante o Poder Judiciário).

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** ao Recurso Voluntário apresentado, para reformar a decisão recorrida e julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **298574.0011/21-4**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo os autos retornarem ao primeiro grau, para que sejam examinados no que concerne ao cálculo empreendido na Ação Fiscal, após oitiva do Autuante sobre a matéria, sob pena de supressão de instâncias e ofensa ao devido processo legal administrativo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGF/PROFIS