

A. I. N° - 206973.0011/21-4
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13/10/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0158-01/23-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. **Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente subsistente.** Há liminar em Mandado de Segurança, impetrado antes do lançamento fiscal. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB. Entretanto, a renúncia é apenas parcial, uma vez que a metodologia de apuração da base de cálculo não é matéria submetida à esfera judicial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** 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 procuração 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 diz representar 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 Posteriores 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.

O presente processo foi julgado por esta 1ª JJF, em 05/10/2021, que considerou a impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Decidiu que a exigibilidade do crédito

tributário, entretanto, deve ficar suspensa, com encaminhamento à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

O autuado, interpôs Recurso Voluntário à segunda instância de julgamento, pedindo a reforma do Acórdão, com base nas seguintes premissas:

- 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 3^a 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.
- c) que seja admitida a peça recursal, no sentido de seu provimento, para declarar nulidade da decisão de primeira instância.

A segunda instância de julgamento, através do Acórdão CJF nº 0104-12/22-VD, decidiu pelo conhecimento parcial do Recurso Voluntário, para na parte conhecida, dar-lhe provimento, determinando que os autos retornassem ao primeiro grau e que lá fossem 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).

Dessa forma, proveu o 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).

De volta à 1^a JJF, esta pontuou que, embora o contribuinte tenha obtido medida Liminar concedida em Mandado de Segurança, suspendendo a exigibilidade da diferença entre o MVA de 100% para cerveja em lata (até 31/05/2018) e a de MVA de 140% (a partir de 01/06/2018) em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 18.406 de 22/05/2018, o que levou esta JJF a considerar a defesa prejudicada sem análise do mérito, a segunda instância deste CONSEF determinou que os autos retornassem ao primeiro grau, sob pena de supressão de instâncias e ofensa ao devido processo legal administrativo, a fim de que seja examinado o cálculo promovido pelos autuantes.

Considerando que o autuado alega que mesmo adotando-se o MVA de 140%, há inconsistência no cálculo do imposto devido, elaborado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018.

Considerando que do exame da planilha elaborada pelos autuantes, constata-se que, na apuração do débito, não há aproveitamento do crédito no percentual de 2%, referente ao possível recolhimento do FUNCEP, em separado, por parte da empresa.

Esta JJF deliberou converter o feito em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Os autuantes devem verificar se o autuado efetuou o destaque do ICMS nas notas fiscais, referente ao FUNCEP, relativo as operações próprias e ao imposto devido por substituição tributária, no período em questão;

2 – Se positivo, os autuantes devem considerar também tais valores, na apuração do imposto devido por substituição tributária, elaborando novos demonstrativos;

3 – Concluídas as providências acima mencionadas, a INFRAZ INDÚSTRIA deve dar ciência ao autuado da informação produzida pelo fiscal diligente, fornecendo-lhe cópia também dos documentos e planilhas porventura juntadas pela referida informação, concedendo-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para que, querendo, sobre elas possa se manifestar.

4 - Caso o sujeito passivo se manifeste, o PAF deverá ser encaminhado para que os autuantes produzam uma nova informação fiscal, retornando em seguida ao CONSEF para que se prossiga no julgamento.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa, manifestou-se às fls. 170 a 172, informando o seguinte:

Em relação ao item 1 da diligência diz ter verificado que o autuado efetuou o destaque referente ao FUNCEP relativo às operações próprias e ao ICMS ST no período em questão.

Expõe que analisando os documentos fiscais também constatou que algumas vezes o cálculo do ICMS e do ICMS ST tiveram as alíquotas agregadas, isto é, 20% (18+2) e 25% (23+2), tendo sido estas as alíquotas indicadas, conforme NF-e 133.137 emitida em 03/07/2018 (fl. 173).

Acrescenta que em outras notas fiscais, o cálculo do ICMS e do ICMS ST tiveram as alíquotas segregadas, isto é, 18% e 23%, tendo sido estas as alíquotas indicadas no documento, conforme NF-e 138.220 emitida em 06/09/2018 (fl. 174).

Observa que no campo "Informações Complementares" apenas nos documentos fiscais onde as alíquotas foram segregadas aparecem os valores relativos ao fundo de pobreza (que no documento aparece como "FCP").

Assinala que partindo do Demonstrativo original "*Retido a menor_cerveja_lata_MS.xlsx*", elaborou o Demonstrativo "*diligência_Retido_a menor_cerveja_lata_MS.xlsx*", desmembrando as parcelas do fundo de pobreza, tanto na apuração normal, quanto na apuração do ICMS ST. Diz que assim, é possível visualizar em cada documento, item a item, quando o cálculo foi feito com a segregação das alíquotas.

No que diz respeito ao item 2, da diligência, aduz que os valores do FUNCEP foram considerados, tanto no demonstrativo original como no novo demonstrativo elaborado para atender ao requerido pela JJF e incluídos nos CDs - envelopes, fls. 36 e 194A.

Registra que foi dada ciência ao autuado conforme Intimação enviada via DT-e (fls. 175/176).

Ressalta que durante a elaboração do novo demonstrativo identificou um equívoco no demonstrativo original referente às cervejas sem álcool.

Esclarece que o art. 267, inciso XLVIII do RICMS aprovado pelo Dec. 13.780/12 prevê redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com bebidas alcoólicas (cervejas e chopes) de forma que a carga tributária corresponda a 25%.

Entretanto, consigna que ao parametrizar o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal — SIAF, indicou a redução de base de cálculo prevista no retro mencionado diploma legal para todas as cervejas, com e sem álcool.

Assinala que nesta revisão foi percebido e corrigido o equívoco. Dessa forma, expõe que pela redução indevida da base de cálculo nas saídas internas de cervejas sem álcool deixou de lançar um valor de R\$ 231.705,77, e que por esta razão, o novo demonstrativo da infração perfaz um total de R\$ 20.750.043,73, e não o valor de R\$ 20.518.337,96 cobrados originalmente.

O autuado ao tomar ciência da diligência realizada, manifestou-se às fls. 179 a 184 (frente e verso), inicialmente abordando a tempestividade da peça defensiva, além de fazer um resumo dos fatos.

Em seguida reclama que a autuante além de não promover a correção dos erros do lançamento, sugere que identificou um erro em relação as operações com cervejas sem álcool, e que deixou de lançar R\$ 231.705,77.

Ratifica que, revisando as operações autuadas, identificou que a autoridade fiscal ao promover o lançamento, não considerou em seus cálculos valores recolhidos do FUNCEP ST.

Alega que apesar de identificar a divergência quanto a base de cálculo, considerada pela impugnante, a autoridade fiscal não observou todos os valores oferecido à tributação pela impugnante.

Explica que isso ocorre porque, do conjunto de operações autuadas, observa-se que, parte do ICMS apontado como supostamente recolhido a menor, e indicado na autuação trata-se, em

verdade, do valor correspondente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que foi apurado na EFD conjuntamente com o ICMS destacado na nota, e ambos recolhidos ao fisco estadual.

Assevera que o somatório das parcelas para fins de apuração e recolhimento é previsto no Manual do SPED, e que foi esse o procedimento adotado pela autuada.

Cita como exemplo a nota fiscal nº 134962, de 26/07/2018, com destaque do FUNCEP ST de R\$ 196,75, e do ICMS ST de R\$ 1.770,75. Aponta que na EFD, por sua vez, foi informado o valor total de R\$ 1.967,50.

Afirma que o cálculo da fiscalização considerou, apenas, o valor do ICMS ST na apuração dos valores devidos, sem incluir em sua apuração o valor recolhido a título do FUNCEP ST, apresentando recorte da planilha elaborada na diligência fiscal.

Considera que mesmo após a diligência, o valor cobrado pela fiscalização é indevidamente majorado, pois não deduz do valor apurado os montantes recolhidos para o FUNCEP ST.

Dessa forma, entendendo haver flagrante erro na apuração fiscal sob julgamento, pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, por ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário.

Na sequência passa a requerer a improcedência do lançamento, por considerar inaplicável a majoração da MVA promovida pelo Decreto nº 18.406/2018, conforme argumentação já realizada em suas manifestações anteriores.

Lembra a existência de liminar exigindo o cumprimento da anterioridade, devendo a majoração da MVA somente ser aplicável a fatos geradores posteriores a 01/01/2019.

Em outro tópico, entende que o lançamento fiscal descumpriu o preceito estabelecido no artigo 117 do RPAF/BA, que traz à colação, tendo em vista a existência de discussão em sede de Mandado de Segurança, cuja decisão proferida determina que não se aplique a majoração da MVA adotada pelo Decreto 18.406/2018.

Da leitura do dispositivo acima citado, entende que se extrai os seguintes procedimentos na hipótese de ação judicial concomitante ao procedimento administrativo de lançamento:

1. *Se o ajuizamento da ação é posterior ao lançamento e específico quanto a matéria do auto de infração, o auto de infração é encaminhado para inscrição em dívida na forma em que se encontra (art. 117, § 1º, I - RPAF/BA)*
2. *Se o ajuizamento é anterior ao lançamento, mas específico quanto a matéria objeto do auto de infração, o auto de infração é encaminhado imediatamente para inscrição em dívida (art. 117, § 1º, II - RPAF/BA)*
3. *Se anterior ao procedimento fiscal e discute matéria tributária objeto do lançamento, a repartição fiscal deverá: (i) lavrar termo de ocorrência; (ii) instruir a Procuradoria Geral do Estado, e (iii) promover verificações periódicas para controle das atividades tributáveis. (art. 117, §§ 4º e 5º - RPAF/BA).*

Expõe que, no caso dos autos, o mandado de segurança é de 2018 e a lavratura do auto de infração ocorreu em março de 2021, sendo apenas possível as hipóteses do art. 117, § 1º, II (item 2 supra), ou art. 117, §§ 4º e 5º (item 3 supra).

Alega que nenhuma das duas hipóteses foi seguida pela autoridade fiscal, tendo em vista que mesmo ciente do mandado de segurança, que discute a ofensa à anterioridade pelo Decreto 18.406/2018 (vinculado a matéria tributária - §§ 4º e 5º do artigo 117 do RPAF/BA), a autoridade fiscal constituiu o crédito tributário e notificou o contribuinte para formular defesa.

Argumenta que há flagrante erro de procedimento, e que legitima o julgamento pela declaração de nulidade do auto de infração.

Consigna que de acordo com o procedimento previsto no RPAF/BA, se a matéria objeto da ação fiscal estiver em discussão judicial, caberá a autoridade lançadora: (1) lavrar o termo de

ocorrência, (2) instruir a PGE, e (3) promover verificações periódicas, mas jamais constituir o crédito tributário tal qual fora realizado.

Entende que constituir o crédito na forma que fora realizada, incorreu a Fazenda Pública em verdadeiro descumprimento da ordem judicial.

Acrescenta, por outro aspecto, que não se diga que o lançamento visou resguardar a decadência do crédito tributário, eis que se está falando de fatos geradores ocorridos no segundo semestre de 2018, e, se respeitado o previsto no § 5º do artigo 117 do RPAF/BA, a fiscalização teria até junho de 2023 para acompanhar o desenrolar da ação judicial e promover o lançamento com expressa indicação quanto a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Comenta que ao lavrar o auto de infração de forma antecipada, sem respeitar o dispositivo do RPAF/BA, e para exigir de imediato o recolhimento do tributo cujo fundamento tributário é objeto de decisão judicial, caracterizou verdadeiro erro de procedimento.

Ao final, reitera o pedido de provimento da peça defensória para reconhecer/declarar a nulidade do lançamento fiscal, ou, no mérito, seja reconhecida a improcedência total da autuação.

Na oportunidade, pugna, ainda, para que as intimações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, inclusive para fins de sustentação oral na sessão de julgamento.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa, em nova manifestação, à fl. 197, informa que ao analisar o cálculo da NF-e 134962, indicada pela autuada como exemplo de erro de cálculo, percebeu que, de fato, havia um erro na fórmula da coluna “AM” do demonstrativo.

Esclarece que ao invés de abater o valor da coluna “AG” (ICMS_ST + FUNCEP_ST) abatia o valor da coluna “AD” (apenas o ICMS_ST).

Assinala que a diferença do ICMS_ST a cobrar da coluna “AM” deveria ser: (ICMS_ST + FUNCEP devido) – (ICMS_ST + FUNCEP recolhido).

Assevera que corrigido também este equívoco, o valor de R\$ 20.518.337,96 originalmente cobrado, fica reduzido para R\$ 17.037.749,07 conforme demonstrativo elaborado (mídia à fl. 198) e enviado à autuada.

O contribuinte, após tomar conhecimento da informação prestada pela autuante, pronunciou-se às fls. 203 a 212, repetindo argumentações já externadas em suas impugnações anteriores, porém sem questionar o último demonstrativo elaborado pela autuante.

A autuante informou à fl. 226 que tomou conhecimento da manifestação do contribuinte, não tendo mais o que acrescentar.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado.

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, por ter utilizado a MVA de 100%, ao invés de 140%, nos meses de junho a dezembro de 2018.

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) para cerveja em lata, até o dia 31/12/2018.

Embora o caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabeleça 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*”, a segunda instância deste CONSEF, através do Acórdão CJF Nº 0104-12/22-VD, determinou que o órgão julgador de primeiro grau, aprecie as alegações defensivas em torno do cálculo do tributo, ainda que mantida a MVA (sub judice perante o Poder Judiciário).

Em suas alegações defensivas, o autuado questionou o cálculo efetuado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018. Considera que o valor apurado do ICMS ST a recolher de R\$ 49.018,72, não se justifica.

Dessa forma, argumentou que mesmo que se fosse desconsiderada a liminar judicial, ou mesmo o princípio da anterioridade em relação a vigência do Decreto nº 18.406/2018, inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco.

Ressaltou ainda a inaplicabilidade da Majoração da MVA para 140%, promovida pelo Decreto nº. 18.406/2018, dizendo que a referida norma estadual é ilegítima e extrapola a competência tributária.

Inicialmente destaco que a majoração da MVA a ser aplicada nas operações com cerveja em lata, foi majorada de 100% para 140%, através do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, com efeitos a partir de 01/06/2018.

Portanto, a mesma está amparada na legislação estadual e de acordo com o que determina o art. 167, I e III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que tange ao mérito da autuação, considerando a alegação defensiva de que, mesmo considerando a MVA de 140% há inconsistência no cálculo do imposto devido, elaborado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018.

Considerando que do exame da planilha elaborada pelos autuantes, constata-se que, na apuração do débito, não há aproveitamento do crédito no percentual de 2%, referente ao possível recolhimento do FUNCEP, em separado, por parte da empresa.

Esta JJF converteu o feito em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1 – Os autuantes deveriam verificar se o autuado efetuou o destaque do ICMS nas notas fiscais, referente ao FUNCEP, relativo as operações próprias e ao imposto devido por substituição tributária, no período em questão;

2 – Se positivo, os autuantes deveriam considerar também tais valores, na apuração do imposto devido por substituição tributária, elaborando novos demonstrativos.

A autuante Ivana Barbosa afirmou que os valores do FUNCEP foram considerados, tanto no demonstrativo original como no novo demonstrativo elaborado para atender ao requerido pela JJF e incluídos nos CDs (fls. 36 e 194A).

Ressaltou, contudo, que durante a elaboração do novo demonstrativo identificou um equívoco no demonstrativo original referente às cervejas sem álcool, pelo fato de ter reduzido indevidamente a base de cálculo do ICMS dessas operações, mas que a redução prevista no art. 267, inciso XLVIII, do RICMS/2012 alcança apenas as operações internas com bebidas alcoólicas (cervejas e chopes).

Dessa forma, informou que deixou de lançar um valor de R\$ 231.705,77, e que por esta razão, o novo demonstrativo da infração perfaz um total de R\$ 20.750.043,73, e não o valor de R\$ 20.518.337,96 cobrados originalmente.

Entretanto após novo questionamento defensivo, que ratificou que o cálculo da fiscalização considerou, apenas, o valor do ICMS ST na apuração dos valores devidos, sem incluir em sua apuração o valor recolhido a título do FUNCEP ST, citando como exemplo a nota fiscal nº 134962, de 26/07/2018, a autuante acatou a argumentação defensiva.

Diante disso, a autoridade fiscal reconheceu que, de fato, havia um erro na fórmula da coluna “AM” do demonstrativo “*diligência_Retido_a_menor_cerveja_lata_MS.xlsx*”, tendo em vista que ao invés de abater o valor da coluna “AG” (ICMS_ST + FUNCEP_ST) estava sendo abatido o valor da coluna “AD” (apenas o ICMS_ST).

Assinalou que a diferença do ICMS_ST a cobrar da coluna “AM” deveria ser: (ICMS_ST + FUNCEP devido) – (ICMS_ST + FUNCEP recolhido).

Após as correções devidas o valor de R\$ 20.518.337,96 originalmente cobrado, foi reduzido para R\$ 17.037.749,07, conforme demonstrativo constante da mídia à fl. 198, com o qual concordo.

Vale registrar que o autuado, após tomar conhecimento desse último demonstrativo elaborado, repetiu argumentações já externadas em suas impugnações anteriores, porém sem contestar as retificações efetuadas no cálculo do imposto devido.

Diante do exposto, resta parcialmente subsistente a exigência fiscal, em função da retificação do valor a ser exigido para R\$ 17.037.749,07, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
30/06/2018	09/07/2018	59.681,07	27,00	60,00	16.113,89
31/07/2018	09/08/2018	129.656,63	27,00	60,00	35.007,29
31/08/2018	09/09/2018	8.825.577,44	27,00	60,00	2.382.905,91
30/09/2018	09/10/2018	10.966.366,47	27,00	60,00	2.960.918,95
31/10/2018	09/11/2018	13.706.081,90	27,00	60,00	3.700.642,11
30/11/2018	09/12/2018	13.638.304,04	27,00	60,00	3.682.342,09
31/12/2018	09/01/2019	15.777.106,78	27,00	60,00	4.259.818,83

TOTAL DA INFRAÇÃO **17.037.749,07**

Contudo, ressalto a existência de decisão do Poder Judiciário (medida Liminar concedida no Mandado de Segurança - Processo nº 0539293-72.2018.8.05.0001), concedida ao autuado, proferida antes da autuação (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) para cerveja em lata, até o dia 31/12/2018.

Destarte, conforme já mencionado, 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. Entretanto, a renúncia é apenas parcial, uma vez que a metodologia de apuração da base de cálculo não é matéria submetida à esfera judicial.

Diante do exposto, a infração é PARCIALMENTE PROCEDENTE, 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, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0011/21-4**, lavrado contra AMBEV S.A. no valor de **R\$ 17.037.749,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios. 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, 26 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

A. I. N° - 206973.0011/21-4
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13/10/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0158-01/23-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. **Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente subsistente.** Há liminar em Mandado de Segurança, impetrado antes do lançamento fiscal. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB. Entretanto, a renúncia é apenas parcial, uma vez que a metodologia de apuração da base de cálculo não é matéria submetida à esfera judicial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** 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 procuração 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 diz representar 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 Posteriores 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.

O presente processo foi julgado por esta 1ª JJF, em 05/10/2021, que considerou a impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. Decidiu que a exigibilidade do crédito

tributário, entretanto, deve ficar suspensa, com encaminhamento à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

O autuado, interpôs Recurso Voluntário à segunda instância de julgamento, pedindo a reforma do Acórdão, com base nas seguintes premissas:

- 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 3^a 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.
- c) que seja admitida a peça recursal, no sentido de seu provimento, para declarar nulidade da decisão de primeira instância.

A segunda instância de julgamento, através do Acórdão CJF nº 0104-12/22-VD, decidiu pelo conhecimento parcial do Recurso Voluntário, para na parte conhecida, dar-lhe provimento, determinando que os autos retornassem ao primeiro grau e que lá fossem 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).

Dessa forma, proveu o 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).

De volta à 1^a JJF, esta pontuou que, embora o contribuinte tenha obtido medida Liminar concedida em Mandado de Segurança, suspendendo a exigibilidade da diferença entre o MVA de 100% para cerveja em lata (até 31/05/2018) e a de MVA de 140% (a partir de 01/06/2018) em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 18.406 de 22/05/2018, o que levou esta JJF a considerar a defesa prejudicada sem análise do mérito, a segunda instância deste CONSEF determinou que os autos retornassem ao primeiro grau, sob pena de supressão de instâncias e ofensa ao devido processo legal administrativo, a fim de que seja examinado o cálculo promovido pelos autuantes.

Considerando que o autuado alega que mesmo adotando-se o MVA de 140%, há inconsistência no cálculo do imposto devido, elaborado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018.

Considerando que do exame da planilha elaborada pelos autuantes, constata-se que, na apuração do débito, não há aproveitamento do crédito no percentual de 2%, referente ao possível recolhimento do FUNCEP, em separado, por parte da empresa.

Esta JJF deliberou converter o feito em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Os autuantes devem verificar se o autuado efetuou o destaque do ICMS nas notas fiscais, referente ao FUNCEP, relativo as operações próprias e ao imposto devido por substituição tributária, no período em questão;

2 – Se positivo, os autuantes devem considerar também tais valores, na apuração do imposto devido por substituição tributária, elaborando novos demonstrativos;

3 – Concluídas as providências acima mencionadas, a INFRAZ INDÚSTRIA deve dar ciência ao autuado da informação produzida pelo fiscal diligente, fornecendo-lhe cópia também dos documentos e planilhas porventura juntadas pela referida informação, concedendo-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias para que, querendo, sobre elas possa se manifestar.

4 - Caso o sujeito passivo se manifeste, o PAF deverá ser encaminhado para que os autuantes produzam uma nova informação fiscal, retornando em seguida ao CONSEF para que se prossiga no julgamento.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa, manifestou-se às fls. 170 a 172, informando o seguinte:

Em relação ao item 1 da diligência diz ter verificado que o autuado efetuou o destaque referente ao FUNCEP relativo às operações próprias e ao ICMS ST no período em questão.

Expõe que analisando os documentos fiscais também constatou que algumas vezes o cálculo do ICMS e do ICMS ST tiveram as alíquotas agregadas, isto é, 20% (18+2) e 25% (23+2), tendo sido estas as alíquotas indicadas, conforme NF-e 133.137 emitida em 03/07/2018 (fl. 173).

Acrescenta que em outras notas fiscais, o cálculo do ICMS e do ICMS ST tiveram as alíquotas segregadas, isto é, 18% e 23%, tendo sido estas as alíquotas indicadas no documento, conforme NF-e 138.220 emitida em 06/09/2018 (fl. 174).

Observa que no campo "Informações Complementares" apenas nos documentos fiscais onde as alíquotas foram segregadas aparecem os valores relativos ao fundo de pobreza (que no documento aparece como "FCP").

Assinala que partindo do Demonstrativo original "*Retido a menor_cerveja_lata_MS.xlsx*", elaborou o Demonstrativo "*diligência_Retido_a menor_cerveja_lata_MS.xlsx*", desmembrando as parcelas do fundo de pobreza, tanto na apuração normal, quanto na apuração do ICMS ST. Diz que assim, é possível visualizar em cada documento, item a item, quando o cálculo foi feito com a segregação das alíquotas.

No que diz respeito ao item 2, da diligência, aduz que os valores do FUNCEP foram considerados, tanto no demonstrativo original como no novo demonstrativo elaborado para atender ao requerido pela JJF e incluídos nos CDs - envelopes, fls. 36 e 194A.

Registra que foi dada ciência ao autuado conforme Intimação enviada via DT-e (fls. 175/176).

Ressalta que durante a elaboração do novo demonstrativo identificou um equívoco no demonstrativo original referente às cervejas sem álcool.

Esclarece que o art. 267, inciso XLVIII do RICMS aprovado pelo Dec. 13.780/12 prevê redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com bebidas alcoólicas (cervejas e chopes) de forma que a carga tributária corresponda a 25%.

Entretanto, consigna que ao parametrizar o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal — SIAF, indicou a redução de base de cálculo prevista no retro mencionado diploma legal para todas as cervejas, com e sem álcool.

Assinala que nesta revisão foi percebido e corrigido o equívoco. Dessa forma, expõe que pela redução indevida da base de cálculo nas saídas internas de cervejas sem álcool deixou de lançar um valor de R\$ 231.705,77, e que por esta razão, o novo demonstrativo da infração perfaz um total de R\$ 20.750.043,73, e não o valor de R\$ 20.518.337,96 cobrados originalmente.

O autuado ao tomar ciência da diligência realizada, manifestou-se às fls. 179 a 184 (frente e verso), inicialmente abordando a tempestividade da peça defensiva, além de fazer um resumo dos fatos.

Em seguida reclama que a autuante além de não promover a correção dos erros do lançamento, sugere que identificou um erro em relação as operações com cervejas sem álcool, e que deixou de lançar R\$ 231.705,77.

Ratifica que, revisando as operações autuadas, identificou que a autoridade fiscal ao promover o lançamento, não considerou em seus cálculos valores recolhidos do FUNCEP ST.

Alega que apesar de identificar a divergência quanto a base de cálculo, considerada pela impugnante, a autoridade fiscal não observou todos os valores oferecido à tributação pela impugnante.

Explica que isso ocorre porque, do conjunto de operações autuadas, observa-se que, parte do ICMS apontado como supostamente recolhido a menor, e indicado na autuação trata-se, em

verdade, do valor correspondente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que foi apurado na EFD conjuntamente com o ICMS destacado na nota, e ambos recolhidos ao fisco estadual.

Assevera que o somatório das parcelas para fins de apuração e recolhimento é previsto no Manual do SPED, e que foi esse o procedimento adotado pela autuada.

Cita como exemplo a nota fiscal nº 134962, de 26/07/2018, com destaque do FUNCEP ST de R\$ 196,75, e do ICMS ST de R\$ 1.770,75. Aponta que na EFD, por sua vez, foi informado o valor total de R\$ 1.967,50.

Afirma que o cálculo da fiscalização considerou, apenas, o valor do ICMS ST na apuração dos valores devidos, sem incluir em sua apuração o valor recolhido a título do FUNCEP ST, apresentando recorte da planilha elaborada na diligência fiscal.

Considera que mesmo após a diligência, o valor cobrado pela fiscalização é indevidamente majorado, pois não deduz do valor apurado os montantes recolhidos para o FUNCEP ST.

Dessa forma, entendendo haver flagrante erro na apuração fiscal sob julgamento, pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, por ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário.

Na sequência passa a requerer a improcedência do lançamento, por considerar inaplicável a majoração da MVA promovida pelo Decreto nº 18.406/2018, conforme argumentação já realizada em suas manifestações anteriores.

Lembra a existência de liminar exigindo o cumprimento da anterioridade, devendo a majoração da MVA somente ser aplicável a fatos geradores posteriores a 01/01/2019.

Em outro tópico, entende que o lançamento fiscal descumpriu o preceito estabelecido no artigo 117 do RPAF/BA, que traz à colação, tendo em vista a existência de discussão em sede de Mandado de Segurança, cuja decisão proferida determina que não se aplique a majoração da MVA adotada pelo Decreto 18.406/2018.

Da leitura do dispositivo acima citado, entende que se extrai os seguintes procedimentos na hipótese de ação judicial concomitante ao procedimento administrativo de lançamento:

1. *Se o ajuizamento da ação é posterior ao lançamento e específico quanto a matéria do auto de infração, o auto de infração é encaminhado para inscrição em dívida na forma em que se encontra (art. 117, § 1º, I - RPAF/BA)*
2. *Se o ajuizamento é anterior ao lançamento, mas específico quanto a matéria objeto do auto de infração, o auto de infração é encaminhado imediatamente para inscrição em dívida (art. 117, § 1º, II - RPAF/BA)*
3. *Se anterior ao procedimento fiscal e discute matéria tributária objeto do lançamento, a repartição fiscal deverá: (i) lavrar termo de ocorrência; (ii) instruir a Procuradoria Geral do Estado, e (iii) promover verificações periódicas para controle das atividades tributáveis. (art. 117, §§ 4º e 5º - RPAF/BA).*

Expõe que, no caso dos autos, o mandado de segurança é de 2018 e a lavratura do auto de infração ocorreu em março de 2021, sendo apenas possível as hipóteses do art. 117, § 1º, II (item 2 supra), ou art. 117, §§ 4º e 5º (item 3 supra).

Alega que nenhuma das duas hipóteses foi seguida pela autoridade fiscal, tendo em vista que mesmo ciente do mandado de segurança, que discute a ofensa à anterioridade pelo Decreto 18.406/2018 (vinculado a matéria tributária - §§ 4º e 5º do artigo 117 do RPAF/BA), a autoridade fiscal constituiu o crédito tributário e notificou o contribuinte para formular defesa.

Argumenta que há flagrante erro de procedimento, e que legitima o julgamento pela declaração de nulidade do auto de infração.

Consigna que de acordo com o procedimento previsto no RPAF/BA, se a matéria objeto da ação fiscal estiver em discussão judicial, caberá a autoridade lançadora: (1) lavrar o termo de

ocorrência, (2) instruir a PGE, e (3) promover verificações periódicas, mas jamais constituir o crédito tributário tal qual fora realizado.

Entende que constituir o crédito na forma que fora realizada, incorreu a Fazenda Pública em verdadeiro descumprimento da ordem judicial.

Acrescenta, por outro aspecto, que não se diga que o lançamento visou resguardar a decadência do crédito tributário, eis que se está falando de fatos geradores ocorridos no segundo semestre de 2018, e, se respeitado o previsto no § 5º do artigo 117 do RPAF/BA, a fiscalização teria até junho de 2023 para acompanhar o desenrolar da ação judicial e promover o lançamento com expressa indicação quanto a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Comenta que ao lavrar o auto de infração de forma antecipada, sem respeitar o dispositivo do RPAF/BA, e para exigir de imediato o recolhimento do tributo cujo fundamento tributário é objeto de decisão judicial, caracterizou verdadeiro erro de procedimento.

Ao final, reitera o pedido de provimento da peça defensória para reconhecer/declarar a nulidade do lançamento fiscal, ou, no mérito, seja reconhecida a improcedência total da autuação.

Na oportunidade, pugna, ainda, para que as intimações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, inclusive para fins de sustentação oral na sessão de julgamento.

A autuante Ivana Maria Melo Barbosa, em nova manifestação, à fl. 197, informa que ao analisar o cálculo da NF-e 134962, indicada pela autuada como exemplo de erro de cálculo, percebeu que, de fato, havia um erro na fórmula da coluna “AM” do demonstrativo.

Esclarece que ao invés de abater o valor da coluna “AG” (ICMS_ST + FUNCEP_ST) abatia o valor da coluna “AD” (apenas o ICMS_ST).

Assinala que a diferença do ICMS_ST a cobrar da coluna “AM” deveria ser: (ICMS_ST + FUNCEP devido) – (ICMS_ST + FUNCEP recolhido).

Assevera que corrigido também este equívoco, o valor de R\$ 20.518.337,96 originalmente cobrado, fica reduzido para R\$ 17.037.749,07 conforme demonstrativo elaborado (mídia à fl. 198) e enviado à autuada.

O contribuinte, após tomar conhecimento da informação prestada pela autuante, pronunciou-se às fls. 203 a 212, repetindo argumentações já externadas em suas impugnações anteriores, porém sem questionar o último demonstrativo elaborado pela autuante.

A autuante informou à fl. 226 que tomou conhecimento da manifestação do contribuinte, não tendo mais o que acrescentar.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar que o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo do que se falar de cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado.

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, por ter utilizado a MVA de 100%, ao invés de 140%, nos meses de junho a dezembro de 2018.

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) para cerveja em lata, até o dia 31/12/2018.

Embora o caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabeleça 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*”, a segunda instância deste CONSEF, através do Acórdão CJF Nº 0104-12/22-VD, determinou que o órgão julgador de primeiro grau, aprecie as alegações defensivas em torno do cálculo do tributo, ainda que mantida a MVA (sub judice perante o Poder Judiciário).

Em suas alegações defensivas, o autuado questionou o cálculo efetuado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018. Considera que o valor apurado do ICMS ST a recolher de R\$ 49.018,72, não se justifica.

Dessa forma, argumentou que mesmo que se fosse desconsiderada a liminar judicial, ou mesmo o princípio da anterioridade em relação a vigência do Decreto nº 18.406/2018, inexiste consistência na apuração levada a efeito pelo fisco.

Ressaltou ainda a inaplicabilidade da Majoração da MVA para 140%, promovida pelo Decreto nº. 18.406/2018, dizendo que a referida norma estadual é ilegítima e extrapola a competência tributária.

Inicialmente destaco que a majoração da MVA a ser aplicada nas operações com cerveja em lata, foi majorada de 100% para 140%, através do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, com efeitos a partir de 01/06/2018.

Portanto, a mesma está amparada na legislação estadual e de acordo com o que determina o art. 167, I e III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que tange ao mérito da autuação, considerando a alegação defensiva de que, mesmo considerando a MVA de 140% há inconsistência no cálculo do imposto devido, elaborado pelos autuantes, citando como exemplo a nota fiscal nº 140842, de 10/10/2018.

Considerando que do exame da planilha elaborada pelos autuantes, constata-se que, na apuração do débito, não há aproveitamento do crédito no percentual de 2%, referente ao possível recolhimento do FUNCEP, em separado, por parte da empresa.

Esta JJF converteu o feito em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1 – Os autuantes deveriam verificar se o autuado efetuou o destaque do ICMS nas notas fiscais, referente ao FUNCEP, relativo as operações próprias e ao imposto devido por substituição tributária, no período em questão;

2 – Se positivo, os autuantes deveriam considerar também tais valores, na apuração do imposto devido por substituição tributária, elaborando novos demonstrativos.

A autuante Ivana Barbosa afirmou que os valores do FUNCEP foram considerados, tanto no demonstrativo original como no novo demonstrativo elaborado para atender ao requerido pela JJF e incluídos nos CDs (fls. 36 e 194A).

Ressaltou, contudo, que durante a elaboração do novo demonstrativo identificou um equívoco no demonstrativo original referente às cervejas sem álcool, pelo fato de ter reduzido indevidamente a base de cálculo do ICMS dessas operações, mas que a redução prevista no art. 267, inciso XLVIII, do RICMS/2012 alcança apenas as operações internas com bebidas alcoólicas (cervejas e chopes).

Dessa forma, informou que deixou de lançar um valor de R\$ 231.705,77, e que por esta razão, o novo demonstrativo da infração perfaz um total de R\$ 20.750.043,73, e não o valor de R\$ 20.518.337,96 cobrados originalmente.

Entretanto após novo questionamento defensivo, que ratificou que o cálculo da fiscalização considerou, apenas, o valor do ICMS ST na apuração dos valores devidos, sem incluir em sua apuração o valor recolhido a título do FUNCEP ST, citando como exemplo a nota fiscal nº 134962, de 26/07/2018, a autuante acatou a argumentação defensiva.

Diante disso, a autoridade fiscal reconheceu que, de fato, havia um erro na fórmula da coluna “AM” do demonstrativo “*diligência_Retido_a_menor_cerveja_lata_MS.xlsx*”, tendo em vista que ao invés de abater o valor da coluna “AG” (ICMS_ST + FUNCEP_ST) estava sendo abatido o valor da coluna “AD” (apenas o ICMS_ST).

Assinalou que a diferença do ICMS_ST a cobrar da coluna “AM” deveria ser: (ICMS_ST + FUNCEP devido) – (ICMS_ST + FUNCEP recolhido).

Após as correções devidas o valor de R\$ 20.518.337,96 originalmente cobrado, foi reduzido para R\$ 17.037.749,07, conforme demonstrativo constante da mídia à fl. 198, com o qual concordo.

Vale registrar que o autuado, após tomar conhecimento desse último demonstrativo elaborado, repetiu argumentações já externadas em suas impugnações anteriores, porém sem contestar as retificações efetuadas no cálculo do imposto devido.

Diante do exposto, resta parcialmente subsistente a exigência fiscal, em função da retificação do valor a ser exigido para R\$ 17.037.749,07, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
30/06/2018	09/07/2018	59.681,07	27,00	60,00	16.113,89
31/07/2018	09/08/2018	129.656,63	27,00	60,00	35.007,29
31/08/2018	09/09/2018	8.825.577,44	27,00	60,00	2.382.905,91
30/09/2018	09/10/2018	10.966.366,47	27,00	60,00	2.960.918,95
31/10/2018	09/11/2018	13.706.081,90	27,00	60,00	3.700.642,11
30/11/2018	09/12/2018	13.638.304,04	27,00	60,00	3.682.342,09
31/12/2018	09/01/2019	15.777.106,78	27,00	60,00	4.259.818,83

TOTAL DA INFRAÇÃO **17.037.749,07**

Contudo, ressalto a existência de decisão do Poder Judiciário (medida Liminar concedida no Mandado de Segurança - Processo nº 0539293-72.2018.8.05.0001), concedida ao autuado, proferida antes da autuação (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) para cerveja em lata, até o dia 31/12/2018.

Destarte, conforme já mencionado, 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. Entretanto, a renúncia é apenas parcial, uma vez que a metodologia de apuração da base de cálculo não é matéria submetida à esfera judicial.

Diante do exposto, a infração é PARCIALMENTE PROCEDENTE, 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, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0011/21-4**, lavrado contra AMBEV S.A. no valor de **R\$ 17.037.749,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios. 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, 26 de setembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR