

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0011/21-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AMBEV S.A.
RECORRIDOS - AMBEV S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0158-01/23-VD-A
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0274-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/03/2021, no valor de R\$ 20.518.337,96, em razão das seguintes irregularidades:

***Infração 01 - 01.02.02:** 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, nos meses de junho a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 20.518.337,96, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta que “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, feitos a partir de 01/06/2018”.

Este Auto de Infração foi julgado mediante o Acórdão JJF nº 0167-01/21-VD, tendo decidido pela prejudicialidade da Defesa, tendo o referido Acórdão sido anulado pelo Acórdão CJF nº 0104-12/22-VD, de forma que fosse analisada a questão posta pela Defesa, no que tange ao cálculo do tributo.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão JJF nº 0158-01/23-VD-A (fls. 269 a 278), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, 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 CJP 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, inexistiria 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 INFAZ 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 Vento	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	09/09/2108	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.”

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 250 a 254 - verso), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, após breve relato dos fatos, afirmou que inexistia renúncia ao processo administrativo, posto que o objeto do Mandado de Segurança diz respeito à ofensa aos princípios da anterioridade tributária e segurança jurídica decorrente da vigência imediata do Decreto nº 18.406/18, enquanto a defesa administrativa discute a nulidade do lançamento em decorrência de sua iliquidez (erros de cálculo observados no lançamento fiscal e reconhecidos pela autoridade fiscal no curso do processo administrativo) e improcedência do lançamento por descumprir ordem judicial decorrente da abstenção da Fazenda Pública quanto à promoção de lançamentos dentro do período da anterioridade.

Disse que o Auto de Infração é nulo, pois não foram observadas as disposições do Art. 117, § 1º, II, ou de seus §§ 4º e 5º do RPAF/99, já que o Auto de Infração foi lavrado em março de 2021, após a impetração do Mandado de Segurança, que ocorreu em 2018, com a sua notificação para formular defesa, o que denota flagrante erro de procedimento.

Sustentou que não pode se dizer que o lançamento visou resguardar a decadência do crédito

tributário, eis que os fatos geradores ocorreram no segundo semestre de 2018, e, se respeitado o previsto no § 5º, do Art. 117 do RPAF/99, a fiscalização teria até junho de 2023 para acompanhar o desenrolar da ação judicial e promover o lançamento.

Esclareceu que o valor exigido no lançamento se deu exclusivamente pelo descumprimento da ordem judicial que determinou a não aplicação da majoração da base de cálculo (MVA) nas operações com cerveja em lata (com e sem álcool), promovida pelo Decreto Estadual nº 18.406/18, no período de junho a dezembro de 2018, a aumentando de 100% para 140%, o que torna o lançamento improcedente em relação a tais operações, eis que o referido Decreto teve sua aplicação suspensa enquanto não decorrido o prazo da anterioridade prevista no Art. 150, III, “b” da Constituição Federal.

Destacou que o Decreto nº 18.406/18 já foi objeto de apreciação pelo TJ/BA, em que restou consolidada a ordem de observância do princípio da anterioridade:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR IMPEDINDO A AUTORIDADE IMPETRADA DE EXIGIR DOS ASSOCIADOS DA IMPETRANTE, EXPRESSAMENTE LISTADOS EM ANEXO DA PETIÇÃO INICIAL, O ICMS COM A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELO DECRETO N. 18.406/2018 NO QUE TANGE RESTRITAMENTE À MARGEM DE VALOR AGREGADO – MVA, ATÉ O DIA 31 DE DEZEMBRO DE 2018, SALVO DELIBERAÇÃO JUDICIAL EM CONTRÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. QUESTÃO PENDENTE DE APRECIAÇÃO POR JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM VIA RECURSAL SOB PENA DE SUPRESSÃO DE UM GRAU DE JURISDIÇÃO. MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) QUE COMPÕE A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. MAJORAÇÃO POR DECRETO ESTADUAL Nº 18406/2008. AUMENTO INDIRETO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO.

(TJBA AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8020646-50.2018.8.05.0000. Primeira Câmara Cível. Rel. Desa. Lícia de Castro L. Carvalho. Julgamento 20/11/2019)

Citou a existência de discussão análoga na Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, quando se discutiu a majoração da MVA promovida pelo Decreto nº 16.434/15, e que foi julgada procedente, conforme se verifica abaixo:

“(…)Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação, apenas para reconhecer o direito da AUTORA a não ser submetida à aplicação do Decreto antes de decorrido o prazo de 90 dias após sua publicação, devendo a MVA incidente sobre a base de cálculo do ICMS ST, ocorrido antes do decurso do prazo da noventena, ser fixada com base no Decreto anterior nº 13.780/2012. Por consectário lógico, após o trânsito em julgado desta decisão, Declaro o direito da Contribuinte fazer à compensação dos valores pagos a maior, em decorrência da aplicação prematura do Decreto nº 16.434 de 2015, com os devidos acréscimos legais. Declaro, ainda, a nulidade de todos os Autos de Infração lavrados sob a égide na norma insculpida no Decreto hostilizado, antes de decorridos os 90 dias de sua publicação. Em razão do princípio da causalidade e da sucumbência, CONDENO o Estado da Bahia em honorários advocatícios, estes à base de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido. P. R. I.”

Relatou que, por entender ser ilegítimo o aumento de carga tributária realizada de forma abrupta e sem respeitar os princípios Constitucionais, antes de qualquer ato administrativo de lançamento, 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, tendo sido apreciado liminarmente o Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinando que o Decreto nº 18.406/18 não deveria ser aplicado a fatos geradores anteriores a 01/01/2019, com ciência ao Estado da Bahia em julho de 2018, conforme o excerto abaixo:

“(…) 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. (...)”

Alegou que a autuação lastreada no Decreto nº 18.406/18 não poderá prosperar, por afrontar não só o princípio da anterioridade e da segurança jurídica, mas, também, ao determinado pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Requeru a admissibilidade e provimento desta peça recursal para reconhecer/declarar a nulidade

do lançamento fiscal, ou, no mérito, reconhecida a improcedência total da autuação.

Pugnou que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do seu patrono, o qual indicou, sob pena de nulidade.

Foi efetuada a retificação da resolução do Acórdão nº 0158-01/23-VD para a inclusão da interposição do Recurso de Ofício, devido a erro material, conforme dispõe o Art. 164, § 3º, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da retenção e, consequentemente, recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de cerveja em lata realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ressalto que constou logo após a descrição da infração que *“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 de 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”*.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as comunicações sejam enviadas ao seu patrono, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexistente óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 6.767.301,03, conforme extrato (fl. 242), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Verifico que a desoneração promovida pela Decisão recorrida decorreu do erro na confecção da planilha acostada como demonstrativo da infração, por não ter sido abatido o valor do FUNCEP recolhido, o que foi devidamente corrigido, não havendo motivo para sua modificação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e passo a analisar o Recurso Voluntário.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

A Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

O Processo Administrativo Fiscal existe exatamente para efetuar as correções dos eventuais equívocos verificados no lançamento, não constituindo nulidade a sua revisão, ao contrário, esta é a razão da sua existência. Se os erros de cálculo foram observados, quantificados e reconhecidos pela Autoridade Fiscal, não há por que se falar em iliquidez do Auto de Infração.

Quanto à suposta alegação de descumprimento de ordem judicial, percebo que a mesma é infundada, na medida que o Auto de Infração foi lavrado apenas para resguardar a possibilidade de decadência do crédito tributário, tanto que constou como complemento da acusação que *“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 de 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”*.

Sendo assim, afasto as nulidades suscitadas.

No tocante ao questionamento do Autuado quanto à aplicação do princípio da anterioridade

tributária não é questão de nulidade, mas de análise de mérito da autuação, sobre a qual já me posicionei em questão semelhante no Acórdão CJF nº 0248-12/22, do qual fui o Relator do Voto Vencedor, cujo trecho colaciono abaixo:

“... ”

O segundo ponto de divergência advém do entendimento do Relator sobre a aplicação do princípio da anterioridade em relação às alterações de MVAs. As determinações das MVAs advém de pesquisas de preços - se os preços de venda a consumidor sobem mais do que os preços praticados pelos fabricantes, as MVAs devem subir, em caso contrário devem cair.

Preços sobem e caem todos os dias em função de diversos fatores, tais como safra ou entressafra, custos diretos, custos indiretos, insumos, e até com o valor do câmbio. Se o produto não estivesse enquadrado no regime de substituição tributária, subiria naturalmente proporcionalmente aos preços de venda ao consumidor. Logo, não faz sentido a aplicação da anterioridade em simples adequações de tributação aos preços de mercado.

“... ”

Sendo assim, a alteração de MVA não implica em aumento da carga tributária nos termos do princípio da anterioridade, já que implícita à dinâmica do ICMS relativo à substituição tributária.

Entretanto, de qualquer forma, restou cristalino que a alteração foi efetuada por ato normativo do Governador do Estado da Bahia, ao qual este CONSEF está hierarquicamente subordinado, porquanto o Governador do Estado da Bahia determinou expressamente que a entrada em vigor do Decreto nº 18.406/18 ocorreria em 01/06/2018, *in verbis*:

“Art. 6º- Este Decreto entra em vigor dia 01 de junho de 2018.”

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99.

Diante do exposto, voto também pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Deverá ser mantida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, resultante do Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênha ao ilustre Relator para, respeitosamente, inaugurar divergência quanto ao mérito do qualificado voto apresentado para deslinde do Recurso Voluntário.

Destaco que constou logo após a descrição da infração que *“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 de 140% (a partir de 01/06/2018) em virtude da alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018 de 22/05/2018, feitos a partir de 01/06/2018”*.

O referido processo encontra-se em tramitação perante o Juízo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador/Ba, merecendo registro que, em consulta pública aos autos do mencionado processo, mais precisamente a decisão interlocutória concessiva da segurança em sede liminar (ID do documento: 283311569), disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pode-se constatar da decisão os seguintes pontos submetidos à discussão judicial:

“Vistos, etc.

Trata-se de Mandado de Segurança com Pedido de Liminar impetrado por Ambev S.A em face de ato supostamente ilegal praticado pelo DIRETOR DE ARRECADAÇÃO, CRÉDITO TRIBUTÁRIO E CONTROLE – DARC. A Impetrante, empresa do ramo de comercialização de bebidas, alega que “em razão de sua atividade industrial, na cadeia de apuração e recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, é responsável pelo recolhimento de todo o ICMS devido desde a fabricação até a venda ao consumidor final (ICMS Substituição Tributária ST). Ocorre que em 22/05/2018, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.406, com vigência a partir de 01/06/2018, (...) promoveu grave aumento da carga tributária de ICMS da Impetrante, tanto nas operações internas quanto nas interestaduais (operações direcionadas à filial da Autora localizada no Estado da Bahia por estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação).

Explica que “o art. 1º, inciso XXV do Decreto 18.406/2018 majorou a base de cálculo do ICMS-ST em determinadas operações sem qualquer fundamento constitucional, nem tampouco legal, na medida em que altera o percentual da Margem de Valor Adicionado (MVA) nas operações com cerveja em lata (com e

semálcool)” sendo que anteriormente “ até 31/05/2018, as operações com cerveja come sem álcool em lata no Estado da Bahia ficavam sujeitas ao ICMS-ST mediante a aplicação da MVA de 100% para operações internas e de até 156% para operações interestaduais” Com tais fundamentos, pede seja concedida medida liminar “para autorizar a Impetrante a somente passar a ser tributada, conforme as alterações promovidas pelo Decreto n. 18.406/2018, em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 2019 (em respeito à anterioridade geral) ou, subsidiariamente, a partir de 20/08/2018 (com observância do princípio da anterioridade nonagesimal), nos termos do art. 150, III, b e c da Constituição Federal, bem como para determinar à autoridade coatora ou quem lhe faça as vezes na estrutura organizacional da SEFAZ-BA para 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; (b) Subsidiariamente, requer-se a concessão de liminar para, nos termos acima, autorizar a Impetrante a realizar o depósito judicial mensal dos valores aqui discutidos, ou seja, relativos à diferença entre o tributo devido antes e após a alteração promovida pelo Decreto 18.406/2018, suspendendo-se, assim, suas exigibilidade. Em qualquer caso, requer-se a estipulação de multa diária .”

(...)

III - Dispositivo 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.”

Apesar do seu esforço em dar corpo à referida interpretação, tenho que a tese não merece prosperar, já que são discussões que partem dos mesmos pressupostos. Guardo entendimento no sentido de que a norma de regência não oferta ao contribuinte tal direito, conforme se verifica nos seguintes dispositivos:

COTEB (LEI Nº 3.956 DE 11 DE DEZEMBRO DE 1981)

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.

RPAF (DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999)

Art. 117. 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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(...)

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

I - com a extinção do crédito tributário exigido;

II - em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal;

III - pela transação;

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

V - com a decisão administrativa irrecorrível;

VI - por outros meios previstos em lei.

Efetivamente, a Autuada ingressou com medida judicial acerca da matéria tratada no presente PAF, sendo claro o ataque frontal ao Auto de Infração objeto desta lide, notadamente em contraposição à capitulação legal adotada pelo Autuado e à temática central da discussão narrada na descrição do auto de infração.

Não vejo, ainda que sob outro prisma, que das normas citadas resta margem interpretativa para conceder ao julgador administrativo a opção de selecionar quais das matérias passíveis de discussão podem remanescer após a opção do contribuinte pela via judicial.

Registro ainda que não verifico plausibilidade na tese recursal ainda que sob a chancela dos princípios da legalidade e ampla defesa, na medida em que no âmbito do processo judicial, na perspectiva das garantias, tem-se muito mais amplitude, relevo e proteção.

Logo, tendo optado pela discussão judicial e na impossibilidade de concomitância de discussões administrativas e judiciais versando sobre o mesmo objeto, ou seja, a higidez do auto de infração em comento, devem ser aplicados ao caso os arts. 117 e 122 do RPAF, com consequente renúncia ao processo administrativo fiscal.

Recurso PREJUDICADO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0011/21-4, lavrado contra AMBEV S.A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto 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, e dos acréscimos legais. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, conforme dispõe o Art. 126 do COTEB.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Antonio Dijalma Lemos Barreto, João Vicente Costa Neto, Henrique Silva de Oliveira e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – VOTO DISCORDANTE

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS