

N. F. Nº - 110089.1203/15-1
NOTIFICADO - AMBEV S.A.
NOTIFICANTE - CRIPIM DA SILVA MOREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/12/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0299-02/24NF-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOR DE ICMS. Contribuinte utilizou percentual de MVA a menor para cálculo do ICMS ST. Escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia da discussão da lide na esfera administrativa. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 26/12/2015, na IFMT Norte, para exigir um crédito tributário no valor histórico de R\$ 10.086,19, acrescido de multa e demais acréscimos legais, em decorrência da constatação de que *“procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas por contribuintes localizados no Estado da Bahia”*, infração **55.07.02**.

O enquadramento Legal está no art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas Primeira e Quarta do Protocolo ICMS 11/91.

Tipificação da multa: art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Na Descrição dos Fatos foi registrado que *“em local, data e hora indicadas nesta presente notificação fiscal, no exercício de minha função fiscalizadora, constatei que a empresa AMBEV fez a retenção a menor do ICMS devido, referente a antecipação parcial/total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação, por contribuinte substituto conforme os DANFES de número 42111, 42113 a 42117, 42118, em anexo”*.

Foram juntados aos autos: demonstrativo de débito, DANFES da NF-e nº 42111, 42113 a 42118, intimação do contribuinte e o aviso de recebimento.

O contribuinte ingressou com impugnação (fls. 13/20), através de representante legal, na qual se qualificou, informou sobre a tempestividade, esclareceu sobre a legitimidade das cópias dos documentos e provas anexados ao processo, passando a discorrer sobre as razões da impugnação da Notificação Fiscal.

Dos Fatos

Após reproduzir o texto da infração, informou trata-se de imposição decorrente de suposto recolhimento a menor do ICMS ST. Em face de tal infração, teria sido apontado como supostamente infringido o artigo Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas Primeira e Quarta do Protocolo ICMS nº 10/92, ficando o autuado sujeito às penalidades previstas no artigo art. 42, II,

alínea "e" da Lei 7.014/96.

Com base em tal autuação, estaria sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 10.086,19 que, acrescido de juros de mora, atualização monetária e da exorbitante multa de 60%, totalizaria o montante de R\$ 16.137,90.

Contudo, o “auto de infração” não deveria prosperar, isto porque, a autuação por retenção a menor seria decorrente da aplicação das alterações promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015, na apuração das notas fiscais em análise, o que tornaria o lançamento improcedente, devido a Liminar Judicial vigente, proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do Decreto por 90 dias, ou seja, não seria aplicável a fatos geradores ocorridos até dia 24/02/2016.

Ressaltou a exorbitância da multa aplicada, correspondente a 60% do valor do imposto supostamente não retido, pois inadequada ao caso em apreço, configurando intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante.

Dos Fundamentos Para Improcedência Do Lançamento

Da Inaplicabilidade do Decreto nº. 16.434/2015. Existência de Liminar Judicial Determinando a não Aplicação da Majoração da MVA até 24/02/2016.

Alertou que primeiramente era necessário esclarecer que a diferença encontrada na autuação se deu exclusivamente pela aplicação da majoração da base de cálculo, promovida pelo Decreto Estadual nº 16.434/2015, nos DANFES em análise. No entanto, cumpria asseverar a improcedência do lançamento realizado em tais bases, já que o referido Decreto teve sua aplicação suspensa, enquanto não decorrido o prazo da anterioridade nonagesimal, prevista no artigo 150, III, “c”, da Constituição Federal.

Explicou, que o Decreto nº 16.434/2015 foi publicado em 26/11/2015, com vigência em 01/12/2015. A referida norma estadual, de forma injustificada, ilegítima, e extrapolando a competência tributária, promoveu um aumento da carga tributária a ser aplicado apenas para as operações interestaduais direcionadas ao Estado da Bahia. Isso porque, o art. 3º, inciso XVIII do referido Decreto alterou a base de cálculo do ICMS sem fundamento legal, na medida em que utilizou como critério para aplicação dos percentuais da MVA (margem de valor adicionado) a condição territorial do responsável tributário para recolhimento do ICMS ST.

Assim, até a vigência do referido Decreto, ou seja, até 30/11/2015, vigorava no Estado da Bahia a apuração da base de cálculo do ICMS ST por meio da aplicação da MVA de 140% (cerveja em garrafa e chopes – com álcool) para operações internas e interestaduais.

Entretanto, o Decreto Estadual ampliou a base de cálculo do tributo, passando a exigir, no caso em tela, a apuração da base de cálculo mediante a aplicação de uma MVA de 177,89% (cervejas em garrafa e chopes – com álcool) apenas para operações interestaduais.

A citada 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.

Apreciando liminarmente 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 pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, determinou a suspensão da aplicação do Decreto nº 16.434/2015 por 90 dias (doc. 03).

A Fazenda Estadual fora intimada da referida ordem liminar em 25/01/2016 (doc.04).

Salientou que a Impugnante tomou ciência da notificação fiscal em 08/03/2016, ao passo que, a Fazenda Estadual já havia sido intimada da ordem liminar em 25/01/2016, portanto, o fisco tinha

conhecimento da suspensão da aplicação do decreto, mais de um mês antes da consumação do lançamento tributário.

Dessa maneira, as alterações promovidas pela referida norma não poderiam ser aplicadas pelo Fisco Baiano em relação aos fatos geradores ocorridos até 24/02/2016.

Em sequência, reproduziu os termos da Decisão proferida:

“(...)fica suspensa a aplicação do Decreto Estadual nº 16.434/15 pelo prazo de noventa dias a partir da data de sua publicação”.

Observou que as notas fiscais do presente caso foram emitidas em 26 de dezembro de 2015, portanto, passados cerca de 30 dias da publicação do Decreto, que ocorreu em 26/11/2015.

Assim, ante os termos da ordem judicial proferida, o fisco estadual estava impedido de aplicar o Decreto, bem como a Autora não estaria sujeita a majoração ali encampada em relação aos fatos geradores ocorridos no interregno do prazo de 90 dias, contados da publicação da referida norma estadual, limitação essa respaldada, inclusive, pelo artigo 150, III, “c”, da Constituição Federal.

Desse modo, a autuação lastreada no mencionado Decreto não poderia prosperar, por afrontar não só o princípio da anterioridade e da segurança jurídica, mas, também, ao determinado pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Da Exorbitância e da Confiscatoriedade da Multa Aplicada. Por Cautela. Precedentes do STF

Alegou que ainda que não acolhidos os argumentos acima, subsistiria mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto.

Asseverou que duas as razões afastariam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Com relação ao primeiro ponto, era cediço que penalidades de tal jaez dependessem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente. Em casos como tais, os pretórios administrativos vinham entendendo pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante, reproduzindo ementa de julgado do CARF sobre o tema.

Quanto a segunda questão, percebia-se que as multas aplicadas violavam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Em seguida, iniciou extensa argumentação sobre o tema, citando a doutrina Ricardo Corrêa Dalla e jurisprudência do STF, requerendo, ao final, o reconhecimento da improcedência da autuação, quanto à multa fixada, ou, subsidiariamente, a sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Dos Pedidos

Requeru a admissibilidade e o provimento da peça defensiva para reconhecer/declarar a improcedência da autuação; ou ainda, subsidiariamente, a redução da multa aplicada a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Protestou provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já estaria requerendo, sob pena de cerceamento de defesa.

Por fim, pugnou, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito fossem realizadas por via postal e em nome e endereço indicado na peça impugnatória.

Na informação fiscal apresentada (fl. 101) o inspetor fazendário esclareceu que, considerando a existência da ação ordinária de anulação de débito fiscal nº 0579991-28.2015.8.05.0001, ajuizada pelo sujeito passivo, na qual se discutia a validade do Decreto nº 16.434/2015, dentro do período de

90 dias, a partir da data da sua publicação, conforme se verificava na decisão liminar proferida nos autos da referida ação, e que o presente lançamento tributário se fundamentava no mencionado Decreto, com fato gerador da obrigação tributária ocorrido dentro do período da noventena, deveria ser observado o disposto pelo art. 117 do RPAF/BA, reproduzido, e o PAF ser encaminhado ao Conseqf para a adoção das medidas cabíveis:

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.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que a defesa foi exercida dentro do prazo regulamentar. O lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente atendem as formalidades legais e não se inserem em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do lançamento.

O contribuinte compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o direito de ampla defesa, abordando os aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, sustentam suas teses defensivas, tendo exercido, sem qualquer restrição, o contraditório no processo administrativo fiscal.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 26/12/2015, durante ação fiscal realizada no trânsito de mercadorias, cujo contribuinte realizou a retenção e o conseqüente recolhimento a menor do ICMS devido na operação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O sujeito passivo apresentou impugnação, na qual informou, dentre outros argumentos, que a presente lavratura não poderia prosperar, por decorrer da retenção a menor do ICMS, em desacordo com as alterações promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015, na apuração do imposto devidos nas notas fiscais em análise, o que tornaria o lançamento improcedente, devido a Liminar Judicial vigente, proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, a qual determinava a suspensão da aplicação do referido Decreto por 90 dias, ou seja, a alteração não seria aplicável a fatos geradores ocorridos até de 24/02/2016.

O inspetor fazendário apresentou informação fiscal, na qual esclareceu que, considerando a existência da ação ordinária de anulação de débito fiscal, ajuizada pelo sujeito passivo, na qual se discutia a validade do Decreto nº 16.434/2015, dentro do período de 90 dias, a partir da data da sua publicação, conforme se verificava na decisão liminar proferida nos autos da referida ação, e que o presente lançamento tributário se fundamentava no mencionado Decreto, com fato gerador da obrigação tributária ocorrido dentro do período da noventena, deveria ser observado o disposto pelo art. 117 do RPAF/BA..

Antes de analisar o mérito do presente lançamento, constato a existência de questão prejudicial que inviabiliza o debate no âmbito administrativo e o seu conseqüente julgamento, tendo em vista que o sujeito passivo ajuizou a ação ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, obtendo decisão liminar suspendendo a aplicação da MVA majorada pelo Decreto nº 16.434/2015, durante o período de 90 dias, período este que ocorreu o presente lançamento tributário.

No entanto, a opção do sujeito passivo de levar a discussão para apreciação do poder judiciário não invalida o direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento com a finalidade de resguardar o crédito tributário da decadência, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato

gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Semelhante disposição encontra-se resguardada pelo art. 126, c/c o art. 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (Lei de nº 3956/81):

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.

Os comandos regulamentares (RPAF-BA/99) também determinam que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implica na desistência da impugnação na esfera administrativa, como dispõe o art. 117, a saber:

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.

Do exposto, diante da existência de ação ordinário com decisão liminar vigente à época dos fatos, na qual se debate o mesmo direito aqui discutido, considero a defesa prejudicada, em função do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis.

Considero a Notificação Fiscal PROCEDENTE, estando a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal de nº **110089.1203/15-1** lavrada contra **AMBEV S.A.**, no valor de **R\$ 10.086,19**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis, conforme disposto no art. 117 do RPAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR