

**PROCESSO** - A. I. N° 269616.0007/20-1  
**RECORRENTE** - AMBEV S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0043-04/22-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFRAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 10/11/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0273-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Defesa parcialmente prejudicada quanto à apreciação da matéria que se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário, e que ademais diz respeito à validade, vigência e aplicabilidade de ato emanado por autoridade hierarquicamente superior. A medida judicial prejudicial (mandado de segurança preventivo), impetrada anteriormente à lavratura do Auto de Infração ora em exame não se relaciona com os critérios concretos de que se valeu a Autoridade Tributária para a apuração do tributo devido, critérios esses também objeto de impugnação e de apreciação por parte do órgão julgador de primeiro grau. Mantida a decisão de origem. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou parcialmente prejudicada a Defesa contra o Auto de Infração em epígrafe (acolhendo parte das alegações do Sujeito Passivo, julgando o lançamento Procedente em Parte).

Com a decisão, o ora Recorrente se viu desonerado do montante de R\$ 11.805,33 ao tempo da prolação da decisão (fl. 222).

O Auto de Infração foi lavrado em 13/03/2020 e notificado ao Sujeito Passivo em 27/03/2020 (fl. 42), a exigir ICMS no montante de R\$ 1.151.003,51, além de multa (60%) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento uma infração, ocorrências verificadas entre jan/2017 e dez/2019, tendo-se enunciado a acusação nos seguintes termos:

*INFRAÇÃO 01- 08.07.02: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Considerou-se concomitantemente, em cada operação, a carga do ICMS substituição tributária e do ICMS adicional destinado ao Fundo de Combate à Pobreza. [...] Enquadramento Legal: Artigo 10 da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Total da Infração: R\$ 1.151.003,51.*

Dentre outras matérias, a Defesa destacou decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, proferidas a título de liminar em Mandado de Segurança (em 09/07/2018, autos de nº 0539293-72.2018.8.05.0001), que trata da suspensão da exigibilidade do ICMS-ST apurado por meio da Margem de Valor Adicionado (MVA), por virtual ofensa a princípios constitucionais tributários por parte do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, alterador do RICMS-BA/12.

Destaque-se que o feito foi remetido (fl. 196) à PGE para emissão de parecer jurídico, lavrado em resposta às fls. 199 a 204 (com Despacho PROFIS-NCA de aprovação), no qual se concluiu que “*Destarte, na esteira da jurisprudência atual, entendemos que a supressão ou modificação de redução de base de cálculo pelo Estado legiferante está adstrita ao princípio da anterioridade nonagesimal*”.

Em 08/03/2022 (fls. 210 a 219), por unanimidade, a 1ª JJF julgou a Defesa parcialmente prejudicada e Parcialmente Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos, nos seguintes termos:

**VOTO**

*De acordo com o constante na peça inicial, o presente lançamento, realizado em 13/03/2020, tem por escopo a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 1.151.003,51, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, referente ao período de janeiro/2017 a dezembro/2019, em face da seguinte acusação: “Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Considerou-se concomitantemente, em cada operação, a carga do ICMS substituição tributária e do ICMS adicional destinado ao Fundo de Combate à Pobreza”.*

*Em sua peça impugnativa o autuado arguiu a nulidade do lançamento “por ausência de liquidez e certeza do lançamento, uma vez que a fiscalização deixou de observar o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA”.*

*A rigor, este argumento não pode ser acolhido, na medida em que o não abatimento de 1% no valor da base de cálculo do ICMS ST não é causa para nulidade do lançamento, tratando-se de uma questão a ser analisada no bojo do mérito, o que adiante será feito.*

*De maneira que sob o ponto de vista formal, o lançamento atende ao estabelecido no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, razão pela qual, passo ao exame meritório do mesmo.*

*Antes porém, com base no Art. 147, II do RPAF/BA, indefiro o pedido de perícia técnica formulado pelo autuado, tendo em vista não ser necessária, ante aos elementos presentes nos autos, os quais são suficientes para a formação do meu convencimento, na condição de julgador.*

*Desta maneira, quanto à alegada falta de abatimento pelos autuantes do percentual de 1% no valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA, tal fato foi acolhido pelos autuantes, que refizeram os cálculos e aplicaram tal redução nas operações de vendas cujas embalagens dos produtos são de vidro, por se constituírem em percentual de quebras admitidos pela legislação aplicável.*

*Neste sentido, após o refazimento dos cálculos, foi admitida uma redução na exigência no valor de R\$ 25.311,10, consoante demonstrado às fls. 147 e 148.*

*Entretanto, analisando o demonstrativo sintético de fls. 147/148 elaborado pelos autuantes, o qual não está totalizado, constatei dois equívocos: o primeiro diz respeito ao total do abatimento de 1%, que corresponde a R\$ 6.603,09, e não R\$ 25.311,10, consoante consignado pelos autuantes.*

*O segundo equívoco diz respeito aos valores considerados como “remanescentes” pelos mesmos, visto que deduziram do valor efetivamente remanescente as parcelas do débito que foram reconhecidas pelo autuado, o que não é correto, a dedução é feita após a determinação do valor devido por ocasião do julgamento. Isto significa que a diferença entre os valores acima indicados, ou seja, entre R\$ 6.603,09 e R\$ 25.311,10, é justamente aquele que foi reconhecido pelo autuado em sua peça defensiva, com ínfima diferença.*

*Isto posto, passo a enfrentar o outro argumento consignado na peça defensiva, relacionado à majoração da MVA nas operações de saídas de mercadorias comercializadas no período de junho a dezembro de 2018, por força da alteração promovida no Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, com entrada em vigor em 01/06/2018.*

*Antes porém, registro que o autuado citou, a título de reforço aos seus argumentos, Decisão proferida pelo Poder Judiciário na demanda da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, a qual lhe foi favorável.*

*Tal demanda, “reconheceu o direito da AUTORA a não ser submetida à aplicação do Decreto antes de decorrido o prazo de 90 dias após sua publicação, sob aplicação a MVA incidente sobre a base de cálculo do ICMS ST, em decorrência da aplicação do Decreto nº 16.434 de 2015”, não podendo ser aplicada ao caso presente, posto que a exigência fiscal aqui em discussão decorreu da alteração da MVA de 100%, para 140%, sobre as operações com comercialização de CERVEJA EM LATA, instituída pelo Dec. nº 18.406, de 22/05/2018, entretanto, apesar de haver coincidência da matéria, a referida Ação Ordinária foi interposta no ano de 2015, antes da edição do Dec. nº 18.406/2018, logo, não tem pertinência com a exigência deste lançamento.*

*Especificamente em relação à presente autuação, alegou o autuado que o Poder Judiciário do Estado da Bahia, através de ordem Liminar proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública em Decisão Interlocatória nos autos do Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, fls. 122 e 123, determinou que o referido decreto não deve ser aplicado a fatos geradores anteriores a 01/01/2019, (doc. 03), observando que a Fazenda Estadual fora intimada da referida ordem liminar em julho de 2018, sendo que desde essa época o Fisco tinha conhecimento da suspensão da aplicação do decreto, bem como a vedação para cobrança de tributos em relação ao período de junho a julho de 2018, conforme abaixo reproduzido:*

“(...) 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. (...)”

A Medida Liminar referida foi publicada em julho/2018, enquanto o lançamento, combatido em parte, se relaciona à diferença entre a MVA de 100% e 140%, e diz respeito a operações ocorridas nos meses de junho/2018 a dezembro/2018, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 13/03/2020, época em que o autuado já se encontrava amparado por proteção judicial.

Vejo que a Liminar concedida no Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.00010072635 - 78.2011.8.05.0001, possui absoluta similitude com a matéria discutida no presente Auto de Infração, naquilo que diz respeito à exigência da MVA de 140%, instituída pelo Dec. 18.406/2018.

Desta maneira, tendo o autuado optado pela propositura de medida judicial sobre parcelas objeto do lançamento, isto significa que nos termos do Art. 117 do RPAF/BA, importa à renúncia em recorrer na esfera administrativa, ficando extinto o processo administrativo fiscal, na forma estabelecida no Art. 122 do mesmo Regulamento, em relação aos períodos de junho/2018 a dezembro/2018, nos valores respectivos de R\$ 57.489,34, R\$ 221.814,22, R\$ 143.462,83, R\$ 109.148,21, R\$ 228.685,48, R\$ 121.218,66 e R\$ 201.419,36, totalizando o valor de R\$ 1.083.238,10.

Desta maneira, a decisão final pelo Poder Judiciário poderá resultar ou não na manutenção da infração imputada, e estando o lançamento amparado em ato normativo oriundo da Administração Pública Estadual, aplica-se ao presente caso o disposto no art. 167, II do RPAF/BA, ou seja, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a apreciação de questão sob a ótica do Poder Judiciário, devendo ser mantida a constituição do crédito tributário para prever a ocorrência da decadência quanto ao valor exigido, no importe de R\$ 1.083.238,10, nos termos do art. 149, I do Código Tributário Nacional (CTN), ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, IV do CTN, restando, consequentemente, PREJUDICADA a defesa referente à questão de mérito, objeto da Medida Liminar, devendo os autos, após sanadas as questões relacionadas às parcelas não extintas, serem encaminhados à PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade e adoção dos procedimentos legais.

Isto posto, temos que o Auto de Infração foi lavrado no valor de R\$ 1.151.003,51, do qual, após a dedução do valor de R\$ 1.083.238,10, em face da prejudicialidade acima posta, resta em discussão o valor de R\$ 67.765,41.

Deste valor, conforme já analisado acima, no tocante à alegada falta de abatimento pelos autuantes do percentual de 1% no valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA, tal fato foi acolhido pelos mesmos, que refizeram os cálculos e aplicaram tal redução nas operações de vendas cujas embalagens dos produtos são de vidro, por se constituírem em percentual de quebras admitidos pela legislação aplicável, os quais, após acolherem o argumento defensivo, refizeram os cálculos, proporcionando uma redução efetiva na exigência do valor de R\$ 6.603,09, consoante demonstrado às fls. 147 e 148, redução que acolho.

Desta forma, do valor de R\$ 67.765,41 a ser analisado, após a dedução de R\$ 6.603,09 proposta pelos autuantes, remanesce em discussão apenas o valor de R\$ 61.162,33, do qual o autuado, sem maiores detalhamentos, reconheceu como devida a quantia de R\$ 18.707,97, na forma indicada à fl. 45v, cujo pagamento ocorreu em 10/06/2020, de acordo com os documentos de fl. 141 e 143, os quais deverão ser homologados.

Isto significa que remanesce para análise o valor de R\$ 42.454,35, isto é, R\$ 61.162,33 menos R\$ 18.707,97 reconhecido pelo autuado, cujo único argumento defensivo remanescente de exame nos autos está relacionado à Nota Fiscal nº 188236, do mês 09/2017, a qual o autuado afirma não ser devida a exigência incidente sobre a mesma, pelo fato de ter sido cancelada.

Tal afirmativa não foi aceita pelos autuantes, que afirmaram que só trabalharam com notas fiscais autorizadas, fazendo juntada às fls. 150 e 151, de uma cópia da referida nota fiscal, na qual realmente não consta registro de qualquer evento relacionado a cancelamento, razão pela qual, não pode ser acolhido o argumento defensivo.

Quanto ao pedido do autuado no sentido de que as intimações sejam efetuadas em nome de um dos patronos que substabeleceu a peça defensiva, observa que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais ocorrem na forma estabelecida pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pedido possa ser atendido.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 1.144.400,43, com a configuração abaixo:

- Em relação às parcelas objeto de demanda judicial, pertinentes aos períodos de junho/2018 a dezembro/2018, nos valores respectivos de R\$ 57.489,34, R\$ 221.814,22, R\$ 143.462,83, R\$ 109.148,21, R\$ 228.685,48, R\$

121.218,66 e R\$ 201.419,36, totalizando o valor de R\$ 1.083.238,10, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do Art. 117 do RPAF/BA.

- No que diz respeito à parcela remanescente de R\$ 61.162,33, que é devida, deverá ser homologado o valor pago no montante de R\$ 18.707,98:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO				
MÊS/ANO	VALOR ORGINAL	ABATIMENTO 1%	DEMANDA JUDICIAL	VALOR REMANESCENTE
jan/17	2.462,15	246,21	0,00	2.215,94
fev/17	2.035,54	203,56	0,00	1.831,98
mar/17	3.961,58	396,15	0,00	3.565,43
abr/17	2.520,40	252,04	0,00	2.268,36
mai/17	1.666,27	166,63	0,00	1.499,64
jun/17	1.772,95	177,29	0,00	1.595,66
jul/17	2.282,89	228,29	0,00	2.054,60
ago/17	8.001,16	199,03	0,00	7.802,13
set/17	3.508,12	175,46	0,00	3.332,66
out/17	2.813,45	188,90	0,00	2.624,55
nov/17	6.329,69	190,59	0,00	6.139,10
dez/17	1.484,00	148,40	0,00	1.335,60
jan/18	2.310,03	230,99	0,00	2.079,04
fev/18	1.705,73	170,57	0,00	1.535,16
mar/18	1.819,17	181,92	0,00	1.637,25
abr/18	1.893,04	189,30	0,00	1.703,75
mai/18	822,64	82,26	0,00	740,38
jun/18	57.639,08	149,74	57.489,34	0,00
jul/18	221.977,69	163,47	221.814,22	0,00
ago/18	143.599,64	136,81	143.462,83	0,00
set/18	109.268,58	120,37	109.148,21	0,00
out/18	229.013,17	327,69	228.685,48	0,00
nov/18	121.391,44	172,78	121.218,66	0,00
dez/18	201.594,54	175,18	201.419,36	0,00
jan/19	2.165,89	216,62	0,00	1.949,27
fev/19	1.672,65	167,28	0,00	1.505,37
mar/19	1.591,89	159,26	0,00	1.432,64
abr/19	1.861,75	202,61	0,00	1.659,14
mai/19	1.707,33	170,74	0,00	1.536,58
jun/19	1.200,30	120,01	0,00	1.080,29
jul/19	1.260,19	125,94	0,00	1.134,25
ago/19	1.771,45	177,13	0,00	1.594,31
set/19	1.330,43	133,06	0,00	1.197,37
out/19	1.396,55	139,65	0,00	1.256,91
nov/19	1.636,99	163,69	0,00	1.473,30
dez/19	1.535,14	153,47	0,00	1.381,67
<b>TOTAL</b>	<b>1.151.003,51</b>	<b>6.603,09</b>	<b>1.083.238,10</b>	<b>61.162,33</b>

Não foi interposto Recurso de Ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 230 a 242), pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, ora expostas em síntese, grande parte delas reiterativas da tese de defesa:

- a) Inexistência de renúncia ao processo administrativo, já que a liminar judicial vigente, proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos do Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, foi proferida em processo que não se confunde com os fundamentos da defesa oferecida nestes autos. Destaca que a consequência da aplicação do art. 117 do RPAF/99 seria outra, pois a autoridade fiscal constituiu o crédito tributário (mesmo sob a vigência da liminar proferida antecendentemente, em mandado de segurança) e o notificou para oferecer defesa, o que a seu ver seria proibido.
- b) Inaplicabilidade da MVA ajustada segundo a alteração promovida via Decreto nº 18.406/2018.
- c) Parcial insubsistência da autuação, em relação à Nota Fiscal nº 188236 (cancelada).

Conclui requerendo seja admitida a peça recursal, no sentido de seu provimento, para declarar nulidade da decisão de primeira instância; subsidiariamente, caso o Conselho entenda que o feito se encontra apto para julgamento, que seja declarado nulo o lançamento, ou reconhecida a sua improcedência; e que as intimações sejam feitas em nome do Dr. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, inclusive para fins de sustentação oral.

Recebidos os autos, considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 09/09/2022, para julgamento.

## VOTO

De início, constata-se que o pleito do Recorrente para que as intimações sejam feitas em nome do profissional que indica em sua peça recursal foi atendido, consoante o costume desse Conselho publicar intimações de julgamento em nome dos advogados signatários, mesmo sem requerimento expresso.

É o que se vê no edital:



## Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF

### CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - CONSEF EDITAL(IS) DE CONVOCAÇÃO (SESSÃO VIRTUAL)

O Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com base no art.51, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 7.592/99 convoca os Senhores Conselheiros e Julgadores, o(s) representante(s) da PGE/PROFIS e Advogados, legalmente constituídos. Aqueles não julgados serão incluídos na(s) pauta(s) da(s) sessão(ões) seguinte(s), independente de publicação, de acordo com o art. 67, I, do Regimento Interno:

**2º CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 09/09/2022 às 14:00**

**RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA**  
Auto de Infração - 2696160007201 - Recurso Voluntário: Autuado(a) AMBEV S.A. - Autuante(s)  
- JOSE MACEDO DE AGUIAR - WAGNER RUY O MASCARENHAS - Advogado(s): BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI

Observo, ainda, que os atos de comunicação no curso do PAF não serão nulos se atendidos os requisitos dos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Adentrando o exame inicial do Recurso Voluntário, constato ser incontroverso que a divergência de fundo entre o Fisco e o Contribuinte diz respeito à Margem de Valor Adicionado (MVA), por virtual ofensa a princípios constitucionais tributários por parte do Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, alterador do RICMS-BA/12.

Essencial examinar este tema, ainda que em juízo delibatório, para firmar premissa sobre a admissibilidade do Recurso Voluntário.

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

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

É esse veículo legal que dispõe, ainda, que:

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

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

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

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



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

#### DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

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

(...)

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

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

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

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

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

Todavia, e mesmo diante de um flagrante risco de se configurar inobservância da ordem judicial, ainda que não transitada em julgado, mas contra a qual não foi interposto, ao que consta nos autos, qualquer recurso; e mesmo diante de Parecer Jurídico da PGE/PROFIS (proferido nestes autos, fls. 199 a 204), é de se reconhecer a prejudicialidade da medida em relação ao Processo Administrativo Fiscal, por dois motivos:

A um, por que a competência deste Conselho **não contempla a aptidão para negar aplicabilidade a ato emanado de autoridade superior**, sendo certo que o Decreto em discussão

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

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

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

A resposta, a meu ver, neste é caso é negativa (assim como sustentei, por exemplo, em caso envolvendo a mesma pessoa jurídica interessada, e a mesma liminar, por infração algo conexa, Acórdão CJF nº 0104-12/22-VD, j. em 13/04/2022).

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

**EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.** A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal. Recurso PREJUDICADO. Decisão unânime.

Entremos, o pleito deduzido em sede de mandado de segurança **não abrange**: a) a discussão sobre o procedimento de constituição do crédito, em caso de discussão judicial da matéria; e c) a discussão ventilada pela Recorrente (sobre eventual cancelamento da Nota Fiscal nº 188236), pois o lançamento em princípio restará prejudicado se mantida a decisão obtida perante o Poder Judiciário.

Conheço essas matérias.

Sobre o primeiro tema (interpretação do art. 117 do RPAF/99), a tese da Recorrente é inconcludente. Sem a constituição do crédito tributário, não haveria o que “acompanhar”, nos termos do art. 117, § 4º do RPAF/99. Em outras palavras: o § 4º, do art. 117 do RPAF/99 **não** é uma alternativa à constituição do crédito tributário, mas uma medida auxiliar a ser implementada pela Autoridade Tributária.

Sobre o segundo tema (a aludida Nota Fiscal nº 188236, do mês de 09/2017), o órgão de piso já se manifestou de forma suficientemente clara: os Autuantes declararam que seus demonstrativos somente contêm notas fiscais autorizadas, fazendo juntada às fls. 150 e 151, de uma cópia da referida nota fiscal, na qual realmente não consta registro de qualquer evento relacionado a cancelamento.

Em sede recursal, a Recorrente nada trouxe a debater tal fundamento.

Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, e na parte conhecida (aplicação do art. 117, § 4º do RPAF/99; Nota Fiscal nº 188236, de set/2017), voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, no sentido de manter suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação às parcelas objeto de demanda judicial, pertinentes aos períodos de **junho/2018 a dezembro/2018**, nos valores respectivos de R\$ 57.489,34, R\$ 221.814,22, R\$ 143.462,83, R\$ 109.148,21, R\$ 228.685,48, R\$ 121.218,66 e R\$ 201.419,36, totalizando o valor de R\$ 1.083.238,10, até decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo o PAF prosseguir com seus trâmites normais, na forma prevista pelo RPAF/BA, devendo ser homologado o valor recolhido.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269616.0007/20-1, lavrado contra AMBEV S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento no valor de **R\$ 1.144.400,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 9 de setembro de 2022.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS