

A.I. Nº - 206973.0010/21-8
AUTUADO - AMBEV S. A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - PUBLICAÇÃO - 07.02.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-06/22-VD

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LIVROS FISCAIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO COM MVA DE 100% AO INVÉS DE 140%. APELAÇÃO DE SENTENÇA JUDICIAL. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo de acordo com o disposto nos artigos 117, II c/c o art. 122, IV do RPAF/BA (art. 126 da Lei 3.956/1981). Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/03/21 para exigir ICMS no valor de R\$308.591,46 acrescido da multa de 60% em razão de: *Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento*, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Consta na descrição dos fatos, que por se tratar de parcela CONTROVERSA, o lançamento está sujeito a LIMINAR concedida no MANDADO DE SEGURANÇA – Processo 0539293-72.2018.8.05.0001 que suspendeu a exigibilidade da diferença entre a MVA de 100% para 140% de cerveja em lata instituída pelo Dec. 18.406/2018.

O autuado na defesa apresentada às fls. 76 a 82, através dos advogados Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti OAB/PE 19.353 e José Ricardo do N. Varjão, OAB/PE 22.674 inicialmente, ressaltam a tempestividade da defesa, que foi enviada para o endereço eletrônico do CONSEF.

Descreve a infração e afirma que o auto de infração não deve prosperar, tendo em vista que as diferenças exigidas são decorrentes da aplicação das alterações de MVA promovidas pelo Dec. 18.406/2018, que foi objeto de concessão de Liminar Judicial proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos do mandado de segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do Decreto para fatos geradores anteriores a 01/01/2019.

Esclarece que o valor exigido decorre da majoração da base de cálculo com a aplicação da MVA de 140% promovida pelo Dec. 18.406/2018 ao invés de 100%, o que torna o lançamento improcedente por não obedecer ao prazo da anterioridade (art. 150, III, b, da CF), visto que o Dec. 18.406/2018 de 22/05/2018 entrou em vigor em 01/06/2018, promovendo um aumento da carga tributária nas operações internas e interestaduais, implicando em aumento do tributo, violando os princípios da segurança jurídica, não surpresa e anterioridade, previstos no art. 150, III da CF.

Informa que buscou o Poder Judiciário do Estado da Bahia questionando que o referido Decreto só fosse aplicado para fatos geradores realizados a partir do exercício subsequente, e lhe foi concedido Liminar no Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinando que o referido decreto não deve ser aplicado a fatos geradores anteriores a 01/01/2019.

Transcreve parte do conteúdo da decisão proferida pelo Poder Judiciário e destaca que foi objeto de demanda na Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, em trâmite na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que foi julgada procedente, conforme teor da sentença reproduzida à fl. 80.

Conclui afirmando que estando protegido judicialmente a autoridade fiscal não poderia promover lançamento tributário descumprindo a liminar deferida pelo TJBA.

Requer reconhecimento da defesa para declarar a nulidade da autuação e no mérito a sua improcedência total ou parcial, indicando à fl. 82, endereço para encaminhamento de intimações.

A auditora Ivana Maria Melo Barbosa prestou informação fiscal (fls. 95 a 97) e esclarece que conforme descrito na infração e confirmado na defesa, o 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 cerveja em lata até 31/05/2018 e a MVA de 140% para o mesmo produto em virtude da alteração promovida pelo Dec. 18.406/2018.

Comenta as razões apresentadas com a defesa, cujos fatos narrados coincidem com a infração, ressaltando que caso o lançamento não tivesse sido efetuado, o Estado da Bahia correria o risco de “perder” o valor exigido, caso a decisão judicial for julgada favorável e ocorresse após alcançado o prazo decadencial, constituindo o crédito tributário para se precaver da decadência.

Com relação a Ação Ordinária 0579991-28.2015.8.05.0001 em trâmite na 9ª. Vara de Fazenda Pública de Salvador (fl. 80), ressalta que trata-se de decisão de primeira instância, sujeita a recursos e ainda que transitada em julgado 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 que pelo número do processo percebe-se ser ação iniciada em 2015, anterior à alteração trazida pelo Dec. 18.406/2018, objeto do descumprimento que gerou o presente lançamento.

Ressalta que a defesa não aponta equívocos no demonstrativo que recai sobre as operações com cerveja em lata e por isso mantém integralmente o lançamento, até a decisão judicial aguardada.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento de ICMS-ST relativo a operações de comercialização de CERVEJA em LATA, por a empresa ter recolhido o ICMS-ST aplicando a MVA de 100% e ter sido exigido a diferença do imposto apurado com a MVA de 140%.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que em relação a alteração do MVA promovida pelo Dec. 18.406/2018:

- 1) Obteve concessão de Liminar Judicial pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no mandado de segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do Decreto para fatos geradores anteriores a 01/01/2019.
- 2) 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, julgada procedente.

Conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal e parte do conteúdo reproduzido na defesa às fls. 80/81, a demanda da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001 *“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**”* (grifo nosso).

Portanto, considerando que a exigência fiscal decorre da alteração da MVA de 100% para 140% sobre as operações com comercialização de CERVEJA EM LATA, instituída pelo Dec. 18.406 de 22/05/2018, constato que apesar de haver coincidência da matéria, a referida Ação Ordinária foi interposta no ano de 2015, antes da edição do Dec.18.406/2018. Consequentemente, considero que

a citada Ação Ordinária não tem pertinência com a exigência deste lançamento, ficando prejudicada a sua apreciação.

Com relação a questão de mérito, relativo à aplicação do MVA de 100% e não de 140% em razão da majoração instituída pelo Dec. 18.406/2018 observo que esta situação foi descrita na infração que a parcela exigida está sujeita a LIMINAR concedida em MANDADO DE SEGURANÇA – Processo nº 0539293-72.2018.8.05.0001, que suspendeu a exigibilidade da diferença da MVA.

No extrato de consulta ao TJBA juntado às fls. 41 e 42 demonstra que a concessão em parte da Medida Liminar foi publicada em 10/07/2018, enquanto o lançamento relativo à exigência da diferença entre a MVA de 100% e 140% pertine as operações ocorridas no mês de junho/2018, com lavratura do auto efetivado em 29/03/2021, ou seja, o contribuinte já tinha a proteção judicial.

Constata-se que liminar concedida no mandado de segurança nº 0539293-72.2018.8.05.00010072635-78.2011.8.05.0001 possui absoluta similitude da matéria objeto com o do auto de infração, em relação a exigência da MVA de 140% instituída pelo Dec. 18.406/2018.

Pelo exposto, tendo o estabelecimento autuado optado pela propositura de medida judicial sobre a lide objeto do lançamento, *declaro a desistência da impugnação e extinto o processo administrativo fiscal*, nos termos dos artigos 117, II c/c o art. 122, IV do RPAF/BA.

Ressalte-se que tendo o estabelecimento autuado proposto medida judicial sobre a lide objeto do lançamento (não cobrar a MVA de 140% no exercício de 2018), a depender da sentença final irrecorrível proferida pelo Poder Judiciário pode implicar em ocorrência ou não da infração.

Logo, a constituição do crédito fiscal está amparada em ato normativo da Administração Pública Estadual e de acordo com o disposto no art. 167, II do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a apreciação de questão sob a apreciação do Poder Judiciário, devendo ser mantida a constituição do crédito tributário para precaver a ocorrência da decadência quanto ao valor exigido nos termos do art. 149, I do Código Tributário Nacional (CTN). Entretanto fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, IV do CTN.

Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente a questão de MÉRITO do presente Auto de Infração, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade e adoção dos procedimentos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **206973.0010/21-8**, lavrado contra **AMBEV S.A.** Fica suspensa a exigibilidade do crédito, diante da renúncia a discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2022.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

