

A. I. N° - 269616.0007/20-1
AUTUADO - AMBEV S. A.
AUTUANTES - WAGNER RUY OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/04/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0043-04/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Refeitos os cálculos para fim de concessão do percentual de quebra de 1% incidente sobre as operações envolvendo vasilhames de vidro, ocasionando redução no valor original lançado. O autuado obteve Liminar proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, em Decisão Interlocutória, nos autos do Mandado de Segurança nº 0539293-72.2018.8.05.0001, fls. 122 e 123, determinando que o Decreto nº 18.406/2018 não deve ser aplicado a fatos geradores anteriores a 01/01/2019. 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 pelo Art. 122 do mesmo Regulamento, em relação aos períodos abrangidos pela decisão judicial, com suspensão da exigibilidade do crédito fiscal. Não acolhidos os argumentos de nulidade e indeferido o pedido de perícia técnica. Recomendação para que sejam homologados os valores já pagos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Auto de Infração expedido em 13/03/2020, para reclamar 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 conseqüente 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”*.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento tributário, fls. 45 a 49v, onde, em suas considerações iniciais, mencionou a tempestividade da peça defensiva e informou o valor do crédito tributário que reconheceu como devido, no total de R\$18.707,98, relacionado as seguintes competências: 08/17 R\$6.835,65; 09/17 R\$1.994,11; 10/17 R\$1.051,16, 11/17 R\$5.030,88, 06/18 R\$835,39 e 10/18 R\$2.960,69.

Ao se referir aos fatos relacionados a autuação, pontuou que está sendo cobrado imposto no valor de R\$1.151.003,51 que, acrescido de juros de mora, atualização monetária e multa de 60%, totaliza o montante de R\$1.939.981,08, sustentando que tal exigência não deverá prosperar, porque:

- Primeiro, a autuação é nula 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;

- Segundo, os maiores valores autuados sob o fundamento de retenção a menor são decorrentes da aplicação das alterações de MVA promovidas pelo Decreto nº 18.406/2018, o que torna o lançamento improcedente, eis que há 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, determinando a suspensão da aplicação do Decreto para fatos geradores anteriores a 01/01/2019.

- Terceiro, não considerou a existência de notas fiscais canceladas.

Em seguida ingressou aos fundamentos de mérito da autuação, onde, no item 3.1 da peça defensiva, sustentou a insubsistência da infração, ante a alegação de existência de previsão legal para abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com mercadorias acondicionadas em embalagens de vidro, citando que os autuantes deixaram de computar em sua apuração o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações realizadas com bebidas acondicionadas em embalagens de vidro previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA.

Desta forma asseverou que os autuantes utilizaram de base equivocada para levantamento do suposto recolhimento a menor de ICMS, pois não observaram corretamente que as notas fiscais autuadas envolviam cervejas acondicionadas em vasilhames de vidro, enquadrados no direito ao abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, promovendo, assim, distorções insuperáveis na apuração.

Nesse sentido, sustentou que comprovado que inexistente saldo a recolher nos período autuados, a declaração da improcedência do lançamento fiscal combatido é o único remédio para o presente caso, revelando-se de todo frágil a conclusão extraída pelos autuantes no sentido de que as diferenças constatadas representam retenção e recolhimento a menor do ICMS-ST, pois inexistente consistência na apuração levada a efeito pelo fisco, razão pela qual a nulidade por iliquidez, e improcedência, do auto de infração ora impugnado é o que considera que se impõe.

No tópico seguinte, item 3.2 intitulado *“Improcedência do Lançamento. Inaplicabilidade da Majoração da MVA Promovida pelo Decreto nº 18.406/2018. Existência de Liminar Confiando o Cumprimento da Anterioridade. Majoração da MVA aplicável apenas a Fatos Geradores Posteriores a 01/01/2019”*, pontuou que o maior valor exigido no lançamento ora combatido deu-se exclusivamente pela aplicação da majoração da base de cálculo (MVA) promovida pelo Decreto Estadual nº 18.406/2018, período de junho a dezembro de 2018, 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 artigo 150, III, b, da Constituição Federal.

Pontuou que o Decreto nº 18.406/18, alterou o percentual da Margem de Valor Agregado – MVA aplicável às operações que pratica com cerveja em lata (com e sem álcool), foi publicado em 22/05/2018 e entrou em vigor em 01/06/2018, o qual, de forma injustificada, extrapolando a competência tributária, promoveu um aumento da carga tributária a ser aplicado tanto nas operações internas quanto nas interestaduais.

Disse que até a entrada em vigor do referido Decreto 18.406/2018, ou seja, até 31/05/2018, as operações com cerveja com e 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, entretanto, após a 01/06/2018, referido Decreto Estadual ampliou a base de cálculo do tributo estadual em mais de 50%, passando a exigir a apuração do ICMS-ST mediante a aplicação de uma MVA de 140% nas operações internas e de até 207,20% nas operações interestaduais.

Sustentou 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, da CF.

Neste sentido, disse que por entender ser ilegítimo o aumento de carga tributária, 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.

Citou 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 pelo nos autos do 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 (doc. 03), observando que a Fazenda Estadual fora intimada da referida ordem liminar em julho de 2018. Portanto, desde julho de 2018, o Fisco teve 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, reproduzindo, excerto da liminar proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador:

“(…) 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. (...)”

Desta forma, sustentou 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, observando que, no presente caso, os principais valores autuados são identificados dentro do prazo indicado na liminar proferida, e, ante os termos da ordem judicial, o Fisco estadual está impedido de aplicar o Decreto, bem como não está sujeito a majoração ali encampada em relação aos fatos geradores ocorridos no interregno determinado na decisão judicial, limitação essa respaldada, inclusive, pelo artigo 150, III, b, da Constituição Federal.

Destacou, em reforço, que o mesmo tema já foi objeto de discussão por sua parte 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, 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. Advogados(s): BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI (OAB 29331/BA).

Desta forma, sustentou que afigura-se, inexigível a majoração do ICMS-ST imposta pelo Decreto Estadual nº 18.406/ 2018, ante a flagrante violação ao princípio da anterioridade e da noventena, não restando dúvidas quanto ao seu direito e de suas filiais de não serem tributadas mediante a aplicação das novas MVAs fixadas pela referida norma até o exercício financeiro subsequente ao de sua publicação, ou seja, até o ano de 2019, concluindo que, durante tal lapso, não pode o Fisco exigir sua aplicação ou praticar medidas restritiva, punitivas, de cobrança ou qualquer outra que possa frustrar as atividades da empresa.

Observou que, para o período de junho a dezembro de 2018, a autoridade fiscal promoveu o lançamento utilizando a base de cálculo de ICMS-ST prevista no Decreto nº 18.406/2018, incorrendo em descumprimento da ordem liminar proferida, razão pela qual não há de se falar em valores a recolher, uma vez que o imposto foi apurado e recolhido de acordo com a liminar deferida pelo E. TJBA, concluindo este tópico defensivo afirmando que a autuação lastreada no Decreto nº 18.406/2018 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.

No tópico seguinte, “3.3 - *Insubsistência da infração. Nota Fiscal 188236 Cancelada. Improcedência Face Cancelamento da Operação*”, arguiu que os autuantes deixaram de proceder à verificação da existência de cancelamento da operação, sendo que, ao consultar seu SPED de setembro de 2017 foi possível verificar que a nota fiscal, escriturada no registro C100, consta com o código da situação 02, o qual indica que a nota fiscal foi cancelada, conforme se verifica na tabela 4.1.2 do “Guia prático da EFD”, ou seja, não houve circulação efetiva da mercadoria e por consequente não houve fato gerador de ICMS-ST.

Neste sentido sustentou que manter o auto de infração em relação aos valores ora impugnados implica no afastamento da verdade material e sua penalização indevida, com a ficção da ocorrência de um fato gerador inexistente.

Em conclusão apresentou os seguintes requerimentos:

- 1) A emissão de guia parcial, quanto aos valores reconhecidos, bem como posterior extinção parcial do crédito tributário em função de seu pagamento;
- 2) Reconhecer/declarar a nulidade da autuação, ante o vício de iliquidez supra noticiado;
- 3) O reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação;
- 4) Caso não acolhido o pleito anterior, requer a anulação da multa imposta, haja vista a falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF.
- 5) Sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Ao final protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Às fls. 140 a 144 foram juntados aos autos comprovantes de pagamentos dos valores reconhecidos como devidos pelo autuado, com data de pagamento em 10/06/2020.

Os autuantes prestaram a Informação Fiscal de fls. 146 a 149, datada de 15 de dezembro de 2020, tendo, inicialmente, resumido os termos da defesa, para, em seguida, se posicionarem acolhendo sua tempestividade, e, após, citaram que em relação ao demonstrativo que elaboraram inicialmente só foi contestada pelo autuado a MVA e o abatimento de 1% sobre quebras, previsto em legislação para embalagens de vidro, que na realidade compõe a maior parte do demonstrativo.

Sobre o MVA / Decreto nº 18.406 de 22 de maio de 2018 que alterou o Decreto nº 13.780 de 16 março de 2012, modificando as MVA's do Anexo 1 do RICMS/BA, pontuaram que está explícito no seu Art. 6º: “Este Decreto entra em vigor em 1 de junho de 2018”, acrescentando que o que fizeram foi cumprir a legislação estadual a qual estão vinculados, razão pela qual aplicaram a MVA devida.

Quanto ao abatimento de 1% alegado pela defesa, disseram que acolhem o argumento defensivo em relação aos itens relacionados a vidros como embalagem, cujo valor, embora não tenha uma materialidade abrangente, diminui a exigência em R\$25.311,10, abaixo detalhado e de acordo com mídia digital que informaram estar anexada aos autos:

MÊS	VLR ANTERIOR	ABATIMENTO 1%	VLR REMANESCENTE	VLR RECONHECIDO
01/17	2.462,15	246,21	2.215,94	0,00
02/17	2.035,54	203,56	1.831,98	0,00
03/17	3.961,58	396,15	3.565,43	0,00
04/17	2.520,40	252,04	2.268,36	0,00

05/17	1.666,27	166,63	1.499,64	0,00
06/17	1.772,95	177,29	1.595,66	0,00
07/17	2.282,89	228,29	2.054,61	0,00
08/17	8.001,16	199,03	966,48	6.835,65
09/17	3.508,12	175,46	1.338,55	1.994,11
10/17	2.813,45	188,90	1.573,29	1.051,26
11/17	6.329,69	190,59	1.108,22	5.030,88
12/17	1.484,00	148,40	1.335,60	0,00
01/18	2.310,03	230,99	2.079,04	0,00
02/18	1.705,73	170,57	1.535,16	0,00
03/18	1.819,17	181,92	1.637,25	0,00
04/18	1.893,04	189,30	1.703,75	0,00
05/18	822,64	82,26	740,38	0,00
06/18	57.639,08	149,74	56.653,95	835,39
07/18	221.977,69	163,47	221.814,22	0,00
08/18	143.599,84	136,81	143.462,83	0,00
09/18	109.268,58	120,37	109.148,21	0,00
10/18	229.013,17	327,69	225.724,79	2.960,69
11/18	121.391,44	172,78	121.218,66	0,00
12/18	201.594,54	175,18	201.419,36	0,00
01/19	2.165,89	216,62	1.949,27	0,00
02/19	1.672,65	167,28	1.505,37	0,00
03/19	1.591,89	159,26	1.432,64	0,00
04/19	1.861,75	202,61	1.659,14	0,00
05/19	1.707,33	170,74	1.536,58	0,00
06/19	1.200,30	120,01	1.080,29	0,00
07/19	1.260,19	125,94	1.134,25	0,00
08/19	1.771,45	177,13	1.594,31	0,00
09/19	1.330,43	133,06	1.197,37	0,00
10/19	1.396,55	139,65	1.256,91	0,00
11/19	1.636,99	163,69	1.473,30	0,00
12/19	1.535,14	153,47	1.381,67	0,00

No que diz respeito à Nota Fiscal número 188236, informaram que só há três operações em todo o levantamento, mês 09/2017, e que localizaram a referida nota fiscal, tanto no portal NF-e, quanto no sistema Sefaz, a qual foi impressa e juntada aos autos, fls. 150 e 151, onde não consta na mesma que tenha sido cancelada, acrescentando que só utilizaram notas fiscais autorizadas, a não ser que ocorra alguma inconsistência no sistema.

Concluíram opinando pela Procedência do Auto de Infração, com as devidas correções.

O autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal, fl. 182, tendo se pronunciado de acordo com o constante às fls. 186 a 188, onde, a rigor, se limitou a reproduzir, de forma sintética, os mesmos argumentos já trazidos na impugnação inicial.

Os autuantes voltaram a se manifestar de acordo com o constante à fl. 193, pontuando que o autuado se manifestou de maneira idêntica à da sua impugnação (fls. 45 a 50), inclusive no tocante ao mandado de segurança (fl. 187).

Disseram que em relação a esse ponto específico já se pronunciaram na informação fiscal (fl. 147), acrescentando que realizaram as deduções pertinentes e que analisaram todos os pleitos devidamente, não restando nenhuma dúvida quanto a autuação.

Concluíram opinando pela Procedência do Auto de Infração, com as devidas correções.

Em 30 de setembro de 2021, o presente PAF foi encaminhado em diligência à PGE/PROFIS, fls. 196, objetivando emissão de Parecer Jurídico a respeito do tema discutido nestes autos, nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em tela foi lavrado em 13/03/2020 para exigir crédito tributário no montante de

R\$1.151.003,51, referente ao período de janeiro/2017 a dezembro/2019, de contribuinte inscrito como substituto tributário, responsável pelo ICMS Destino – CS, localizado no Estado de Pernambuco, consubstanciado na 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 total do ICMS substituição tributária e do ICMS adicional destinado do Fundo de Combate à pobreza”.

Em sua defesa o autuado suscitou a improcedência de parte do lançamento ao argumento de que a majoração do percentual da MVA promovida pelo Decreto nº 18.406/2018 se aplica apenas aos fatos geradores posteriores a 01/01/2019, com isso não procede a exigência tributária em relação ao período de junho a dezembro de 2018.

Por entender o autuado ser ilegítimo o aumento da carga tributária através do referido decreto, sem observância do prazo da anterioridade (Art. 150, II, da CF), isto porque até 31/05/2018 as operações de cerveja com e sem álcool em lata no Est. da Bahia ficavam sujeitas ao ICMS ST mediante a aplicação da MVA de 100% para as operações internas e de até 156% para as operações interestaduais, entretanto, após 01/06/2018, com base no referido decreto, foi ampliada a base de cálculo em mais de 50%, passando a MVA das operações internas para 140% e de até 207,20% para as interestaduais.

Neste sentido disse que o Poder Judiciário do Estado da Bahia, através de ordem Liminar proferida pelos autos do 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, fls.122 e 123.

Citou, também, que o mesmo tema já foi objeto de discussão 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.

Mencionou que mesmo ciente da liminar judicial vigente, proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, a qual determinou a suspensão da aplicação do Decreto 18.406/2018 para fatos anteriores a 01/01/2019, a autoridade fiscal manteve os valores autuados, o que descaracteriza descumprimento de ordem liminar proferida, razão pela qual a autuação não poderá prosperar, por afrontar não só o princípio da anterioridade e da segurança jurídica, mas, também, ao determinado pelo Poder Judiciário.

Já os autuantes mantiveram a autuação sustentando que está explícito no Art. 6º do referido decreto que o mesmo entrou em vigor em 01 de junho de 2018, sendo que, o que fizeram foi cumprir a legislação estadual a qual estão vinculados.

Diante disto, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por converter o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS no sentido de que esse I. Órgão emita Parecer Jurídico esclarecendo sobre a possibilidade da manutenção ou não da exigência tributária consignada no presente Auto de Infração para os fatos anteriores a 01/01/2019”.

Em atendimento ao quanto solicitado, foi emitido em 30 de novembro de 2021 o Parecer Jurídico PGE/2021161481-0, da lavra do I. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, o qual foi referendado pela I. Procuradora Assistente PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, fls.199 a 204, no qual, após respeitável dissertação jurídica assim concluiu: *“Destarte, na esteira da jurisprudência atual, entendemos que a supressão de redução de base de cálculo pelo Estado legiferante está adstrita ao princípio da anterioridade nonagesimal”.*

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 Interlocutória 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 precaver 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 ORIGINAL	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
TOTAL	1.151.003,51	6.603,09	1.083.238,10	61.162,33

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0007/20-1**, lavrado contra **AMBEV S/A.**, no valor de **R\$ 1.144.400,43**, com incidência da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser intimado para recolher o imposto no valor de **R\$ 61.162,33**, devendo ser homologados os valores já recolhidos, ficando **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal 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**, nos termos do Art. 117 do RPAF/BA, ficando suspensa a exigibilidade do crédito fiscal em relação às parcelas acima indicadas, até decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo o PAF prosseguir com seus trâmites normais, na forma prevista pelo RPAF/BA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR