

A. I. Nº - 210320.0024/19-3
AUTUADO - CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0274-04/20-VD

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Utilização da Margem de Valor Agregado (MVA) das “*cervejas em lata*”, majorada por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, que alterou a MVA de 100% para o percentual de 140%. Concessão de medida liminar em mandado de segurança com o *decisum* em data posterior à lavratura do Auto de Infração, mantendo-se a MVA de Cervejas em Lata em 100%, até ulterior deliberação. Rejeitada a preliminar de nulidade, em conformidade com o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA. Infração subsistente. Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/02/2019, exige ICMS no valor histórico de R\$31.654,15 em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01- 54.02.02 – Procedeu a retenção e o recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária, na data de ocorrência de 23/02/2019, conforme Termo de Apreensão nº 2103200024/19-3 às fls. 4/4-v, demonstrativo de fl. 2 e documento fiscal (DANFE 91234) de fl. 5 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$31.654,15, com enquadramento no art. 8º, inciso II, da Lei 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “a”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

Consta ainda na descrição dos fatos que, no exercício das Funções Fiscalizadoras de Mercadoria em Trânsito, o agente Fiscal Autuante, detectou que o Contribuinte Autuado reteve o ICMS em valor inferior, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo à mercadoria constante do DANFE 91234 (cerveja em lata) chave 29190215350602000146550030000912341093348101, enquadrado no Anexo I do RICMS-BA.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação às fls. 15/23, onde, não se conformando com o auto de infração acima referido, com amparo no artigo 123, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/1999, pelos motivos de fato e de direito a seguir passo a destacar:

Diz que é uma empresa de grande porte nacional, e se dedica precipuamente a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata e dessa forma, nos termos da legislação nacional e baiana, aduz se sujeitar ao recolhimento de ICMS próprio e ICMS substituição tributária quando realiza as vendas de sua cerveja em lata.

Nesse sentido, pontua que foi cientificada da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cerejas em lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018.

Convencida, então, da inconstitucionalidade e ilegalidade da referida majoração, junto a outras cervejarias, por meio da associação CervBrasil, que as representa, não viu outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário para se proteger de eventual cobrança tributária descabida em seu comércio de cerveja em lata.

Diz que a CervBrasil ingressou com Mandado de Segurança pugnando pela manutenção do MVA

ao percentual de 100% e, ante a plausibilidade de seu direito, bem como o risco imputado a suas associadas, teve liminar deferida, autorizando suas associadas a manterem o MVA em 100% e proibindo a Fazenda da Bahia de adotar qualquer ato coercitivo para cobrança, tal qual a lavratura de Auto de Infração.

No entanto, diz que, apesar da proibição judicial, teve esse Auto de Infração lavrado contra si com base no que prevê o Decreto Estadual nº 18.406/2018.

Assim, diz que, conforme restará demonstrado, o presente auto de infração deve ser anulado, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito ora cobrado em virtude de decisão judicial. Da mesma forma, registra, também, que deve ser anulado por desrespeitar o princípio da legalidade.

No mérito, aduz que tampouco assiste razão à Impugnada, tendo em vista que o Decreto em que o presente Auto de Infração se funda é inconstitucional e ilegal.

Desta forma, feitos os primeiros esclarecimentos, passa a demonstrar que o presente Auto de Infração não pode frutificar, conforme razões de fato e de direito a seguir.

1. PRELIMINAR – NULIDADE – CRÉDITO FISCAL COM EXIGIBILIDADE SUSPensa – PRECEDENTE DO STJ EM SEDE DE REPETITIVO NO RESP 1.140.956-SP

Diz que, antes que se adentre o mérito do presente Auto de Infração, imperioso apontar que ele é nulo, pois a Impugnante possui liminar em Mandado de Segurança válida com a finalidade de manter o MVA cobrado sobre a cerveja em lata no percentual de 100%, estando, portanto, o excedente de 40% previsto no decreto Estadual nº 18.406/2018 suspenso nos termos do art. 151, IV, do CTN, conforme se demonstrará abaixo.

Registra que, dentre os vários escopos presentes em seu contrato social, realiza a comercialização de cerveja, inclusive cerveja em lata, neste Estado da Bahia, razão pela qual se submete ao recolhimento do ICMS - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

Nos termos da legislação baiana, além de recolher o ICMS referente às suas operações, também é legalmente obrigada ao recolhimento do ICMS para as operações posteriores na cadeia de consumo. Portanto diz que se submete ao recolhimento do ICMS Substituição Tributária (ST), nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, diz que a Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”) estabelece os parâmetros para a instituição e aplicação do ICMS/ST por parte dos Estados. Por sua vez, o Protocolo ICMS nº 11/1991, do Conselho Nacional de Política Fazendária (“CONFAZ”) estabelece detalhes que orientam a implementação do ICMS/ST em operações interestaduais.

Diz que a mesma Lei Kandir prevê que a base de cálculo para a incidência do ICMS/ST poderá ser calculada de determinadas formas, entre as quais, a partir da utilização da margem de valor agregado (“MVA”), calculada conforme preços usualmente praticados no mercado.

Assim sendo, pontua que o Estado da Bahia publicou a Lei Estadual nº 7.014/1996, que estabeleceu o texto base para aplicação do ICMS/ST no Estado da Bahia, deixando expresso que a definição do MVA será baseada em pesquisas de mercado e consultas a entidades de classe. Tal texto legal foi complementado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012 - Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS/BA”) - o qual determinou a MVA aplicável a cada produto objeto da incidência do ICMS/ST.

Em sua redação original, o RICMS/BA previa que, em relação aos produtos de código NCM/SH 2203 embalados em latas (“Cervejas em Lata”), a MVA aplicável era de 100% (cem por cento).

Ocorre que, ao ser publicado o Decreto Estadual nº 18.406/2018, a MVA das Cervejas em Lata foi alterada para 140% (cento e quarenta por cento), com vigência a partir de 01 de julho de 2018.

Por força do referido Decreto, as empresas fabricantes de Cerveja em Lata foram obrigadas a realizar a apuração e o recolhimento de ICMS/ST com MVA que não reflete os preços usualmente praticados no mercado, em patente ofensa às disposições da Lei Estadual nº 7.014/1996 e da Lei Kandir.

Ciente da inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto nº 18.406/2018, diz que, junto a outras empresas do ramo, recorreram ao Poder Judiciário por meio da CervBrasil (associação que congrega diversas empresas do ramo da produção de cerveja, dentre as quais a Impugnante (Doc. 03).

Registra que, a CervBrasil, então, impetrou Mandado de Segurança nº 72.2019.8.05.0001, que tramita perante a 32 Vara de Salvador/BA, no qual pugnou primeiramente fossem sua associadas (dentre as quais a Impugnante) autorizadas via liminar a realizarem a apuração e recolhimento do ICMS/ST referente às cervejas em lata utilizando o MVA de 100% e, num segundo momento, fosse o *mandamus* julgado procedente, garantindo às associadas da CervBrasil recolher o ICMS/ST sobre às cervejas em lata com MVA de 100%.

Diz que, compreendendo que as empresa associadas à CerBrasil corriam sério risco econômico ante a inconstitucional e ilegal Decreto, que majorou a MVA das cervejas em lata, a Juíza responsável pelo Mandado de Segurança, Drª Juliana de Castor Madeira Campos, deferiu a liminar pleiteada (Doc. 04) determinando que a Impugnada estaria proibida de tomar qualquer medida coercitiva, como por exemplo a lavratura de Auto de Infração, em relação as empresas associadas da CervBrasil. (Vide destaque na peça de defesa à fl. 6 dos autos).

Contudo, destaca que, em que pese a proibição judicial, foi surpreendida pelo presente Auto de Infração.

Em seguida diz que, não são necessárias grandes digressões para se verificar que o objeto do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001 é exatamente o mesmo que o do presente Auto de Infração, de forma que a lavratura do presente Auto de Infração consiste em verdadeiro ato atentatório a dignidade da justiça, pois aduz ferir frontalmente ordem judicial, conforme prevê o art. 77, IV, do Código de Processo Civil, que destaca.

Alem do expresso descumprimento da ordem judicial proferida no Mandado de Segurança citado, diz que é evidente que a liminar concedida em tal processo se enquadra perfeitamente no que dispõe o art. 151, IV, do CTN, que destaca. Ou seja, diz que é inconteste que o objeto do presente Auto de Infração se encontra com a exigibilidade suspensa.

Consigna que o STJ já se manifestou em sede de Recurso Repetitivo, especificamente no RESP nº 1.140.956/SP que, estando à exigibilidade do crédito tributário suspensa, fica o Fisco impedido de realizar qualquer ação coercitiva para sua cobrança, inclusive a lavratura de auto de infração.

Neste contexto, diz que não há outra, alternativa, portanto, que seja a anulação do presente Auto de Infração, vez que lavrado em desrespeito à ordem judicial e à precedente do STJ.

Requer que seja o presente Auto de Infração declarado nulo.

II. PRELIMINAR – NULIDADE – OFENSA AO PRINCIPIO DA LEGALIDADE

Prosseguindo, diz que, caso este Conselho de Fazenda não concorde com a nulidade exposta acima, o que diz não imaginar, impende apontar que o presente Auto de Infração possui outro vício que o torna nulo, o desrespeito ao princípio da legalidade (tipicidade).

Registra que de acordo com o princípio da tipicidade, a correta capitulação das infrações é imprescindível para indicar qual a ilegalidade praticada pelo Contribuinte, apta a ensejar o lançamento de ofício, previsto no artigo 142, do CTN

Diz que tais condições são necessárias, pois permitem ao autuado compreender a irregularidade que lhe está sendo imputada e, então tenha condições de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa (art. 5, LV da CF).

No caso em tela, diz que a autoridade Fiscal afirma que realizou retenção e recolhimento a menor de ICMS-ST. E, ainda de acordo com a autoridade Fiscal, desrespeitou o art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96, incorrendo na multa prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que, da leitura do art. 8º é possível depreender que os contribuintes que venderem mercadorias constantes do anexo I da Lei nº 7.014/96 estarão sujeitos ao recolhimento do ICMS de

toda a cadeia de consumo, portanto, sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST.

Registra que não questiona sua inclusão nessa categoria, e nem se nega a recolher o ICMS-ST para toda a cadeia, para tanto, basta uma simples análise de seus livros fiscais para perceber que mês a mês declara e recolhe referido tributo.

Entretanto, diz que, não está claro aonde, nesse dispositivo apontado como infringido, há menção ao recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme a Autoridade Fiscal acusa a Impugnante.

Diz que é um tanto vago que a fiscalização diga que um Decreto com tantas hipóteses foi infringido em sua totalidade, sem especificar exatamente em qual ponto foi infringido e como foi infringido.

Também registra que não é possível que se utilize como base normativa para lavratura de um Auto de Infração um Decreto que não é mencionado no enquadramento legal.

Pontua que não cabe a Impugnante o trabalho de adivinhar qual Decreto ofendeu, e ainda qual de todas as situações previstas nesse Decreto praticou. De uma simples leitura do art. 142, do CTN, vê-se que tal responsabilidade compete à Autoridade Fiscal.

Neste contexto, pontua que, não estando o Auto de Infração precisamente embasado com indicação clara da infração ocorrida, como de fato não está, resta configurada grave ofensa ao princípio da tipicidade (legalidade), não havendo outra opção além de se declarar a nulidade.

III. DA ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 18.406/2018 – DA INOBSERVÂNCIA À LEI ESTADUAL Nº 7.014/96

Diz que, caso não se entenda pela nulidade do presente Auto de Infração, seja em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito escusado nos termos do art. 151, IV, seja pelo desrespeito ao princípio da legalidade, o que se imagina somente por amor ao argumento, **passa a Impugnante a demonstrar que no mérito tampouco assiste razão à Impugnada.**

Registra que a Constituição Federal, em seu art. 150, §7º, faculta à lei atribuir “a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente”. No que diz respeito ao ICMS, o artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “b”, estabelece que cabe à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária.

E assim diz que o fez a Lei Complementar nº 87/1996, cujo artigo 8º tratou da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária, que destaca.

Consigna que, de acordo com o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do ICMS /ST pode ser apurada a partir da soma (i) do valor da operação realizada pelo substituto, (ii) montantes referentes às despesas vinculadas à operação sob análise, e (iii) da margem de valor agregado, calculado conforme usualmente praticados no mercado considerado.

Diz que, seguindo esta lógica do art. 8º, da Lei Complementar nº 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96 determinou em seu artigo 23, a metodologia para definição da base de cálculo do ICMS/ST em relação às operações subsequentes, estabelecendo a forma a ser utilizada pelo Estado da Bahia para calcular o MVA de cada produto, que destaca.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

§ 4º A margem a que se refere a alínea “c” do inciso II do caput será estabelecida em regulamento, com base nos seguintes critérios:

I - levantamentos, ainda que por amostragem, dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado, neste Estado;

II - informações e outros elementos, quando necessários, obtidos junto a entidades representativas dos respectivos setores;

III - adoção da média ponderada dos preços coletados.

Destaca que, o Decreto nº 18.704/2018, que alterou o RICMS/BA e majorou a MVA aplicável à cerveja em lata não observou tais mandamentos.

Diz que o requisito previsto no inc. I, do § 4º, do art. 23, da Lei Estadual nº 7.014/96 exige que a

MVA leve em consideração os “preços usualmente praticados pelo substituído”.

Pontua que a MVA anteriormente prevista no RICMS/BA para Cervejas em Lata era de 100% (cem por cento). Com o advento do Decreto Estadual nº 18.704/2018, passou-se a exigir a MVA de 140% (cento e quarenta por cento) para Cervejas em Lata, ou seja, houve majoração substancial da MVA sem qualquer justificativa, sem que o Estado apresentasse nenhum estudo de mercado capaz de justificar tamanho aumento.

Registra, também, que o Estado da Bahia também não respeitou o requisito previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal, que exige que a MVA leve em consideração informações obtidas “*junto a entidades representativas dos respectivos setores*”.

Após destacar entendimento do STJ sobre a estipulação do MVA no julgado REsp 1.192.409/SE, requer que seja o presente Auto de Infração julgado improcedente ante a ilegalidade da majoração do MVA das cervejas em lata.

IV. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA MVA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Prosseguindo, diz, também, que o presente Auto de Infração também é inconstitucional. Registra que o artigo 59 da Constituição Federal consagra o princípio da hierarquia das leis, por meio do qual os atos expedidos por Autoridades do Poder Executivo (tais como Portarias, Instruções Normativas e Decretos) devem se subordinar às Leis que regulamentam, já que, por serem atos hierarquicamente inferiores, não podem criar novas obrigações e muito menos majorar tributos conferidos por Lei, que destaca.

Além disso, diz que os artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, da Constituição Federal, consagram o princípio constitucional da Legalidade, por meio do qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de Lei. Aduz que a esse princípio está subordinada a Administração Pública direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em conformidade com o artigo 37, caput, da CF/88, que destaca.

Diz que, em que pese a Lei Estadual nº 7.014/96 trazer alusão à definição da MVA por meio de Decreto, resta claro que, conforme previsão expressa do artigo 150, inc. I, da CF/88 (repetida no art. 97, I e II, CTN) a instituição e a majoração de tributos não podem ser realizadas mediante uso de instrumento que não seja uma Lei em sentido estrito.

Após destacar decisões de STJ, bem assim de outros Tribunais Administrativos relacionados a este tópico da defesa, diz que resta demonstrado que a majoração da MVA referente à Cerveja em Lata não poderia ter sido instituída por Decreto e, portanto, deve ser integralmente afastada, ante a ausência de previsão expressa em lei, sendo clara a ofensa aos artigos inciso II, e 150, inciso I, da Constituição Federal e 97 do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, requer a improcedência do presente auto de infração ante a inconstitucionalidade da majoração da MVA da cerveja em lata para 140%.

V. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer:

- i. Seja o presente Auto de Infração julgado nulo, tendo em vista a existência de liminar em Mandado de Segurança que suspendeu a exigibilidade do crédito ora cobrado, bem como a decisão judicial ser expressa no sentido da impossibilidade de lavratura de Auto de Infração;
- ii. Subsidiariamente, requer seja o presente Auto de Infração JULGADO NULO, considerando que não trouxe os elementos necessários a sua compreensão, ofendendo o princípio da legalidade (tipicidade);
- iii. Caso não se entendam que os casos de nulidade de aplicam ao presente caso, o que não se imagina, requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente tendo em vista que a majoração da MVA para 140% é ilegal por não obedecer os preços praticados pelo mercado, como determina a Lei Kandir; ou,

- iv. Seja o presente Auto de Infração julgado improcedente, tendo em vista que a majoração da MVA da cerveja em lata é inconstitucional em virtude de ter sido realizada via decreto, quando deveria ser feita por lei em sentido estrito.
- v. Protesta desde esse momento pela realização de sustentação oral

O agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 122/123 dos autos, diz que o Auto de Infração, em tela, foi lavrado obedecendo aos moldes legais, pois indicou o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, o embasamento legal, o valor do imposto, multa e as cominações legais.

Pontua que o autuado infringido o disposto no art.8º, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 combinado com o art. 332, § 6º, inc. II, do RICMS-BA, Dec. nº 13.780/2012- Bahia, que considera esgotado o prazo para pagamento do imposto, relativamente à operação ou prestação, quando estiver sendo realizada com documento fiscal que mencione valor da operação ou prestação ou do imposto devido em importância inferior ao real, no tocante à diferença.

Diz que a empresa Autuada inconformada com a autuação levada a cabo contra si, em virtude da existência de liminar, concedida através de processo judicial sob o tombo de mandado de segurança, de número 0501506-72.2019.805.0001, cuja data de ciência se deu em 28/02/2019, às 14:49, apresentou defesa pugnando pela nulidade do Auto de Infração em epígrafe ou, em caso decisório contrário, pela sua improcedência.

Registrar que, conforme bem enfatizado em sua extensa defesa, s.m.j., houve uma liminar proibindo adoção da MVA de 140% nas operações com cerveja em lata por parte do associado Cervbrasil, cujos efeitos passaram a valer a partir de 28/02/2019 às 14:49, conforme comprovado com documento em anexo (ciência da intimação), não havendo, dessa forma, descumprimento da decisão judicial, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 23/02/2019 às 15:36:00 horas — portanto, antes da ciência por parte do Estado da Bahia.

Assim, diz ratificar a exigência do crédito reclamado inclusive da multa aplicada, com base nos argumentos informados e apresentado de tudo exposto, e devidamente fundamentado, requer o Autuante ao D. Conselheiro que julgue o presente auto de infração procedente, porém como o processo encontra-se sob pendência de ordem judicial, até que haja uma solução terminativa para a questão, sugiro que seja obedecida a norma exarada.

À fl. 123-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$31.654,15, por ter o Contribuinte Autuado procedido à retenção e o recolhimento a de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária, na data de ocorrência de 23/02/2019, em operação de Trânsito de Mercadoria, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 2103201000/19-0 à fl. 4 dos autos, relativo aos produtos constantes do DANFE Nº 91234, com o indicativo do CFOP 5.720 - *Transferência de Produção do Estabelecimento quando o Produto estiver sujeito ao Regime de Substituição Tributária* – oriundo do estabelecimento sob nº CNPJ 15.350.602/0001-46 localizado na Rodovia BR 101, KM 114, S/N, Município de Alagoinha, Estado da Bahia, Contribuinte Autuado, com destino ao estabelecimento sob nº CNPJ 15.350.602/0013-80, localizado na Rodovia BR 324, Sentido SSA, 8639, KM 75, Pirajá, Município de Salvador, Estado Bahia, com enquadramento no art. 8º, inciso II, da Lei 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “a”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O Auto de Infração nº 210320.0024/19-3, em tela, resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na IFMT/Metro, com atuação no Posto Fiscal Honorato Viana, onde, através da abordagem de veículo de Placa JOB-5616, de propriedade da própria empresa autuada, em 23/02/2019, às 15:20:00 horas, detectou que transportava CERV ITA PILS LT 473ML PAC C/12, NCM/SH 2203.00.00, CST 570, CFOP 5408, na quantidade de 5.720 pacotes, com 12 latas em cada

pacote, equivalente a 68.640 latas provenientes do estabelecimento sob nº CNPJ 15.350.602/0001-46 localizado na Rodovia BR 101, KM 114, S/N, Município de Alagoinha, Estado da Bahia, Contribuinte Autuado, com destino ao estabelecimento sob nº CNPJ 15.350.602/0013-80, localizado na Rodovia BR 324, Sentido SSA, 8639, KM 75, Pirajá, Município de Salvador, Estado Bahia.

A natureza da operação realizada se fez por transferência de produção do estabelecimento quando o produto estiver sujeito ao regime de substituição tributária nos termos do art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.104/96, combinado com o § 18 do mesmo dispositivo legal, *vigente à época do fato gerador*, conforme a seguir destacado:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

§ 18. Poderá ser feita a retenção do imposto nas transferências internas de cervejas, chopes e refrigerantes efetuadas do estabelecimento fabricante com destino a estabelecimento atacadista da mesma empresa, mediante Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ, representada pelo titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, devendo ser aplicado como base de cálculo da operação própria valor de referência definido em instrução normativa.”.

Preliminarmente, observo diferentemente do arguido pela defesa, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme se vê dos termos acima destacado, em que, o agente Fiscal, identificando, com o advento do Decreto Estadual nº 18.704/2018, o Estado da Bahia passou a exigir a MVA de 140%, para Cervejas em Lata, onde o Contribuinte Autuado, na operação objeto da autuação, constante do DANFE Nº 91234 (fl. 5), aplicou a MVA anteriormente prevista no RICMS/BA para Cervejas em Lata que era de 100%, constituiu, então, o presente lançamento conforme o seguinte descritivo *“procedeu a retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária”*, inexistindo, assim, na autuação, qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que enseje sua nulidade.

Pois bem! Continuando com suas considerações de defesa, o Contribuinte Autuado, diz que é uma empresa de grande porte nacional, e se dedica precipuamente a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata e dessa forma, nos termos da legislação nacional e baiana, aduz se sujeitar ao recolhimento de ICMS próprio e ICMS substituição tributária quando realiza as vendas de sua cerveja em lata, o que à luz da atuação, não há controvérsia entre as partes de que os produtos constantes do DANFE Nº 91234 (fl. 5), objeto da autuação, sujeita-se ao instituto da substituição tributária.

Entretanto, pontua o Contribuinte Autuado, que foi cientificada da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cerejas em lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, que alterou a MVA de *“cervejas em lata”* de 100% para o percentual de 140%, onde convencida, então, da inconstitucionalidade e ilegalidade da referida majoração, junto com outras cervejarias, por meio da associação CervBrasil, que as representa, não viu outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário para se proteger de eventual cobrança tributária em seu comércio de cerveja em lata.

Consigna, então que a CervBrasil ingressou com Mandado de Segurança pugnando pela manutenção do MVA ao percentual de 100% e, ante a plausibilidade de seu direito, bem como o risco imputado a suas associadas, teve liminar deferida, autorizando suas associadas a manterem o MVA em 100% e proibindo a Fazenda do Estado da Bahia de adotar qualquer ato coercitivo para cobrança, tal qual a lavratura de Auto de Infração, conforme os termos do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, perante a 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia.

No entanto, diz que, apesar da proibição judicial, teve esse Auto de Infração lavrado contra si com base no que prevê o Decreto Estadual nº 18.406/2018, em que, à luz *do quantum* destacado na sua peça de defesa, aduz que o presente auto de infração deve ser anulado, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito ora cobrado em virtude de decisão judicial. Da mesma forma, registra,

também, que deve ser anulado por desrespeitar o princípio da legalidade. Também, no mérito, aduz que a autuação não pode prosperar, tendo em vista que o Decreto nº 18.406/2018, em que o presente Auto de Infração se funda é inconstitucional e ilegal.

Neste contexto, observo que o efeito jurídico posto nesta liminar (fls. 54/54-v), ao Teor do Ato, datado de 26.02.2019, concede *“a segurança liminar para determinar à autoridade indigitada coatora, ou quem suas vezes fizer, que autorize os associados da impetrante a efetuem a apuração e o recolhimento do ICMS/ST em relação à Cerveja em Lata em observância aos ditames originais do Decreto Estadual no. 13.780/2012(mantendo-se a MVA de Cervejas em Lata em 100%), até que ulterior deliberação deste juízo, ao tempo em que determino que a Autoridade Coatora se abstenha de impor qualquer medida coercitiva, com o por exemplo a lavratura de autos de infração, óbices à expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, etc.”*.

Saliento, então, que se considera ato jurídico perfeito aquele praticado dentro de limites estabelecidos em lei, aperfeiçoando-se por justamente reunir todos os elementos necessários à sua formação. Por sua vez, a força das garantias aos atos jurídicos perfeitos é dada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

Neste sentido, ao se deferir a medida liminar, em geral, o efeito contrário produzido é *“ex nunc”*, não retroagindo nem interferindo nos atos jurídicos até o momento da concessão da medida, suspendendo, assim, a eficácia da norma para o futuro. Assim, é evidente que as decisões concessivas de medida liminar ou meritória, surtem efeito, desde sua concessão até o momento da suspensão de feitos pelo Presidente do respectivo tribunal.

Nesta seara tem-se que a assinatura auferida através da Decisão Interlocutória do *Mandamus* de nº 0501506-72.2019.8.05.0001, se fez na data de 26.02.2019, e, o Despacho/Decisão fora remetido para sua publicidade ao Diário de Justiça Eletrônico no dia seguinte, ou seja, na data de 27.02.2019 (conforme consulta deste processo no Sistema de Automação da Justiça e-SAJ), e ciência do Estado da Bahia, em 28/02/2019, cuja a tela foi *“printada” da Internet* e exposta à fl. 54 dos autos, assim sendo, nesta data cumpriu-se todas as fases necessárias para a sua inserção no mundo jurídico, estando perfeito e eficaz.

Vê-se, assim, que o Auto de Infração nº 210320.1000/19-0, em tela, fora lavrado na data de 23.02.2019, anterior à publicação do *“decisum”* de nº 0501506-72.2019.8.05.0001, em 27/02/2019, com ciência do Estado da Bahia, em 28/02/2019, onde o juiz resolveu às questões que a Associação CervBrasil lhe submeteu através das proposições que delimitou a prestação jurisdicional.

Isto posto, observa-se, portanto, que no momento da lavratura do Auto de Infração nº 210320.1000/19-0, em tela, o sujeito passivo ainda não havia obtido diferimento judicial, para fins da utilização da MVA de 100% para as mercadorias CERV ITA PILS LT 473ML PAC C/12 - NCM/SH 2203.00.00.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos do Convênio ICMS de nº 142/18, de 14 de dezembro de 2018, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um Código Identificador da Substituição Tributária (CEST). Relativamente ao NCM/SH 2203.00.00 das mercadorias objeto da autuação, encontra-se identificado no Anexo IV do citado Convênio.

No entanto, os produtos que estão na Substituição Tributária por Antecipação, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o NCM 2203.00.00 neste Anexo 1, vigente para o ano de 2019, tem-se que se incluem neste Regime da Substituição Tributária, com a MVA Original aplicada nas operações internas no percentual de 140%.

Por outro lado, no que concerne a alíquota a ser utilizada nesta operação interna, com cerveja em lata, ela está disposta na Lei nº 7.014/96 em seu art. 16, inciso II, alínea “b”, bebidas alcoólicas,

alíquota de 25%, acrescida do percentual adicional de 2% conforme o disposto no art. 16-A, cuja arrecadação deste percentual será vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

No tocante à base de cálculo, o comando do art. 268, inciso XLVIII do RICMS/BA/12 estabelece que é reduzida a base de cálculo das operações internas com bebidas alcoólicas, dentre elas cerveja, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 25% (vinte e cinco por cento).

Em vista disto, o agente Fiscal Autuante, com base no art. 23, da Lei nº 7.014/96, onde prevê que para fins de substituição tributária, a base de cálculo será, em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório do valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário, com o montante do IPI, obteve a Base de Cálculo do ICMS ST, conforme demonstrativo de fl. 3 dos autos.

A partir desta Base de Cálculo, o agente Fiscal Autuante aplicou a MVA de 140% encontrando-se a Base de Cálculo Ajustada e aplicou a redução da base conforme dispõe o comando do art. 268, inciso XLVIII do RICMS/BA/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 25%. Tudo isso, vê-se do demonstrativo de cálculo.

Deste modo, encontrou o agente Fiscal Autuante, o valor da retenção e o recolhimento a menos do ICMS ST, objeto da autuação, correspondente ao valor de R\$31.654,15, em nenhum momento arguido pelo Contribuinte Autuado o seu cálculo, exceto quanto à aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA) das “*cervejas em lata*”, majorada por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, que alterou a MVA de 100% para o percentual de 140% nos termos do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, perante a 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Bahia.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de debito da autuação de fl. 3 dos autos, e que, no momento da lavratura do Auto de Infração nº 210320.1000/19-0, em tela, o sujeito passivo ainda não havia obtido diferimento judicial, relativo ao Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, para fins da utilização da MVA de 100% nas operações de vendas de CERV ITA PILS LT 473ML PAC C/12 - NCM/SH 2203.00.00, manifesto pela procedência da autuação. Infração subsistente.

Por fim, acerca dos questionamentos na defesa quanto à arguição de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 18.406/2018, o qual fundamenta o presente Auto de Infração, destaco que este órgão não tem competência para afastar a aplicação da legislação estadual, assim como não tem competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, em conformidade com o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210320.0024/19-3**, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.654,15**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, alíneas “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA