

N.F. Nº - 232195.0011/19-6
NOTIFICADO - CERVEJARIA PETROPOLIS DA BAHIA LTDA.
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOR DE ICMS. Utilização de MVA original menor do que o estipulado para operações internas com mercadorias cerveja sujeita à substituição tributária, resultando em recolhimento a menor do ICMS. Concessão de medida liminar em mandado de segurança com o decisum em data posterior à lavratura da Notificação Fiscal. Há reparo a ser feito ao lançamento. Rejeitada a preliminar de nulidade e a competência deste Conselho de Fazenda para afastar a aplicação da Legislação Tributária Estadual, em conformidade com o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26.02.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 12.985,99, mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.791,59, totalizando o montante de R\$ 20.777,58 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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”.

Enquadramento Legal: art. 8º, inciso II da Lei de nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Antecipação Tributária Total. Mercadorias: cervejas em lata, NCM 2203. O valor do ICMS, referente a substituição tributária, destacado a MENOR. Integram este processo o DANFE de nº 91310, emitido por Cervejaria Petrópolis da Bahia Ltda. CNPJ: 15.350.602/0001-46”

Anexo aos autos encontra-se: o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE27418 (fl. 06); o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE22169 (fl. 07); cópia do DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) nº 91310, procedente da CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA em ALAGOINHAS/BA (fl. 05) com destino a CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA em Salvador, correspondentes às mercadorias NCM 2203.00.00 (CERVEJA), motivo da autuação.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 04).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 13 a 35), e documentação comprobatória às folhas 36 a 127, protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP na data de 26.04.2019 (fl.12).

Explica que a Notificada é 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, assim, nos termos da legislação nacional e baiana se sujeita ao recolhimento de ICMS próprio e ICMS substituição tributária quando realiza as vendas de sua cerveja em lata.

Discorre que a Notificada foi cientificada da majoração da Margem de valor agregado (MVA) das cervejas em lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, disto, convencida da inconstitucionalidade e ilegalidade da referida majoração, a Notificada, junto a outras cervejarias, por meio da associação CervBrasil, que as representa, recorreu ao Poder Judiciário onde a associação CervBrasil ingressou com Mandado de Segurança de nº 0501506-72.2019.8.05.0001 (fls. 124 a 127) 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 Infração.

Alega que no mérito, tampouco assiste razão à Impugnada, tendo em vista que o Decreto em que o presente Auto de Infração se funda é inconstitucional e ilegal, defendendo em sede de Preliminar a nulidade do crédito fiscal com exigibilidade suspensa alegando precedente do STJ em sede de repetitivo no Recurso Especial - RESP 1.140.956-SP

Enfatiza que nos termos legislação baiana, a Notificada 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; a Notificada, portanto também se submete ao recolhimento do ICMS substituição tributária (ST), nos termos do art. 150, 7º, da Constituição Federal.

Explana que a Lei Complementar nº 87/1996 - Lei Kandir, estabelece os parâmetros para a instituição e aplicação do ICMS/ST por parte dos Estados, e, 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.

Destaca que, em sua redação original, o RICMS/BA previa que, em relação aos produtos de código NCM/SH 2203 embalados em latas “Cervejas em Lata”, MVA aplicável era de 100% (cem por cento), tendo sido alterado pela publicação do Decreto Estadual 406/2018, onde 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, o qual fora interdito pelo Mandado de Segurança de nº 0501506-72.2019.8.05.0001 liminarmente autorizando a apuração e recolhimento do ICMS/ST referente às cervejas em lata a utilização do MVA de 100% e, para que num segundo momento, fosse o *mandamus* julgado procedente, garantindo às associadas da CervBrasil recolher o ICMS/ST sobre as cervejas em lata com MVA de 100%.

Inferre requerendo nulidade em ofensa ao princípio da legalidade uma vez que a Notificação Fiscal não pode definir genericamente os dispositivos infringidos, mas deve ser redigido com clareza e objetividade para que, então, seja possível compreender a exata dimensão do lançamento e evitar que o fato descrito na legislação se adapte livremente ao caso concreto, conforme conveniência da autoridade, sob pena de gerar insegurança jurídica e consequente nulidade do lançamento.

Defende a ilegalidade do Decreto 18.406/2018 devido à inobservância da Lei Estadual de nº 7.014/1996, bem como da inconstitucionalidade da majoração da MVA, violando o princípio da legalidade.

Finaliza requerendo que seja julgado Nula a Notificação Fiscal 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 da Notificação Fiscal; e que não trouxe os elementos necessários a sua compreensão, ofendendo o princípio da legalidade (tipicidade); e 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.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

Registrada a presença do defensor da Notificação Fiscal em epígrafe o Dr. Guilherme Duran Gallassi – OAB-SP nº 365743 qual fez a sustentação oral conforme regulamento do CONSEF/SEFAZ.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame acusa o Notificado do cometimento da Infração 54.02.02 de proceder 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, exigindo R\$12.985,99 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 7.791,59 que perfaz o montante histórico de R\$ 20.777,58.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, mais multa tipificada na alínea “e”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal através da abordagem de veículo da transportadora F SILVA EXPRESS LOG.(fl.07), que transportava as mercadorias CERVEJA PILS LT 550ML PAC C/12 – NCM 2203.00.00, provenientes da CERVEJARIA PETROPOLIS DA BAHIA LTDA (CNPJ nº 15.350.602/0001-46), localizada na cidade de ALAGOINHAS/BA, para o destinatário CERVEJARIA PETROPOLIS DA BAHIA LTDA (CNPJ nº 15.350.602/0013-8), localizada na cidade de SALVADOR/BA. A Natureza da Operação realizada se fez por “TRANSF. PROD. COM PRODUTO SUJEITO A SUBST. TRIB.”

Preliminarmente, observo, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que o Notificado foi garantido a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

Acerca dos questionamentos arguidos na defesa quanto à arguição de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 18.406/2018 o qual fundamentos a presente Notificação, ressalto que este órgão não tem competência para afastar a aplicação da Legislação Tributária 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.

A Notificada discorre que por meio da associação CervBrasil, que a representa, recorreu ao Poder Judiciário onde a associação CervBrasil ingressou com Mandado de Segurança de nº 0501506-72.2019.8.05.0001 (fls. 124 a 127) pugnando pela manutenção da 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 Infração.

O efeito jurídico posto nesta liminar (fls. 126 e 127) no Dispositivo concede “*a segurança liminar para determinar à autoridade indigitada coatora, ou quem suas vezes fizer, que autorize os associados da impetrante a efetuarem 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 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.*” datado de 26.02.2019.

Saliento que considera-se ato jurídico perfeito aquele praticado dentro de limites estabelecidos em lei, aperfeiçoando-se por justamente reunir todos os elementos necessários à sua formação. A Força das garantias aos atos jurídicos perfeitos é tanta que o Texto Constitucional expressa como garantia individual e fundamental a vedação de sua afetação até por norma jurídica, conforme se observa no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988 – “XXXVI - 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 até o momento da concessão da medida, suspendendo 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.

Tem-se que no Direito Brasileiro, o início da vigência do ato administrativo ocorre com a sua publicidade, ressalvadas exceções dispostas no ordenamento: “O ato administrativo, como de resto todo ato jurídico, tem na sua publicação o início de sua existência no mundo jurídico, irradiando, a partir de então, seus legais efeitos, produzindo, assim, direitos e deveres.” Como a publicidade normalmente ocorre em sentido amplo com a divulgação do ato no órgão oficial, é a publicação a providência que marca a entrada do ato administrativo no mundo jurídico.

Ademais, o início da eficácia é, em regra, simultâneo com o início da vigência. Em princípio, no momento em que o ato é publicado entra em vigor e, concomitantemente, passa a produzir efeitos. Segundo Odete Medauar, o início da vigência consiste no momento da inserção do ato administrativo no ordenamento jurídico; a entrada em vigor constitui o ponto no tempo que separa o passado do futuro dos efeitos do ato. Orienta-se pela teoria da publicidade segundo a qual o início da vigência do ato depende de divulgação – publicação, notificação, intimação, ciência (inserção no jornal oficial, afixação em local de fácil acesso, notificação pessoal, ciência no próprio expediente) – e não da assinatura, geralmente anterior.

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, cuja a tela foi “*printada*” e exposta a seguir), assim sendo, nesta data cumpriu-se todas as fases necessárias para a sua inserção no mundo jurídico, estando perfeito e eficaz.

27/02/2019

Despacho/Decisão remetido ao Diário de Justiça Eletrônico
Relação: 0337/2019 Teor do ato: III - Dispositivo Posto isso , com base no art. 7º, II, da Lei n. 12.016/2009, concedo a segurança liminar para determinar à autoridade indigitada coatora, ou quem suas vezes fizer, que autorize os associados da Impetrante a efetuarem 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 ulterior deliberação deste juízo, ao tempo em que determino que a Autoridade Coatora se abstenha de impor qualquer medida coercitiva, como por exemplo a lavratura de autos de infração, óbices à expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, etc; Notifiquem-se a autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo de dez dias, as informações que entender necessárias. Intime-se o Representante Legal da FPE. Abra-se vista ao Ministério Público, oportunamente. Autorizo a utilização de cópia desta decisão como mandado/ofício. Advogados(s): RENATA SOUZA ROCHA (OAB 154367/SP), Helcio Honda (OAB 90389/SP)

Destaca-se, do deslindado, que a presente Notificação Fiscal fora lavrada na data de 26.02.2019, anterior à publicação do “*decisum*” onde o juiz resolveu às questões que a Associação CervBrasil lhe submeteu através das proposições que delimitou a prestação jurisdicional. Observo, portanto, que no momento da lavratura da Notificação Fiscal o sujeito passivo ainda não havia obtido diferimento judicial, para fins da utilização da MVA de 100% para as mercadorias CERVEJAPILS LT 550ML PAC C/12 – NCM 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 II ao XXVI, do Convênio 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 CEST. 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 vigente para o ano de 2019 tem-se que se incluem neste Regime, com a MVA Original aplicada nas operações internas no percentual de 140%.

No que concerne a alíquota a ser utilizada nesta operação interna com cerveja ela está disposta na Lei 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 a arrecadação deste 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 alcóolicas, dentre elas cerveja, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 25% (vinte e cinco por cento).

Em vista disto, o Notificante, 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, obtém-se a Base de Cálculo do ICMS ST de R\$ 91.967,05 + R\$ 5.518,02 = R\$ 97.485,07.

A partir desta Base de Cálculo, o Notificante 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, há de se reduzir esta Base de Cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponde a 25%. Deste modo, encontrou-se o fator de redução dividindo a carga de

25% pela carga efetiva da operação 27% (incluído o percentual de 2% do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FCEP) encontrando-se uma redução de 0,9259 (equivalente a 7,407%).

Acontece que ao invés de utilizar-se do percentual correto de 7,407% o Notificante arredondou esse valor para 8% o que ocasionou em valores menores do que o devido. Ao se realizar o cálculo correto ter-se-ia a Base de Cálculo reduzida de R\$ 216.627,42, ao invés da base encontrada pelo Notificante de R\$ 215.247,03.

Ademais, o Notificante descuroou-se de realizar o abatimento dos valores, dos percentuais, já pagos pela Notificada em relação ao FCEP em seus cálculos, os quais, realizei os reparos conforme exposto na tabela a seguir.

BC ICMS ST COM IPI	MVA 140%	REDUÇÃO DA BC em 7,407%- Tributado 92,593%	ICMS – ST (COM FCEP) A	ICMS ORIGEM (COM FCEP) B	ICMS ST A RECOLHER (COM FCEP) C = A -B
R\$ 97.485,07	R\$ 233.964,17	R\$ 216.634,44	R\$ 58.491,30	R\$ 22.991,12	R\$ 35.500,18
DIF ICMS (MAJ 140%) = ICMS ST A RECOLHER – ICMS ST RECOLHIDO: R\$ 35.500,18 – R\$ 25.751,63 = R\$ 9.748,55					

Neste sentido, tem-se que a diferença do valor do ICMS ST ainda a recolher pela Notificada em razão de no momento da lavratura da presente Notificação fiscal não encontrar-se em vigência o *writ* de segurança por ela impetrado para manter-se a MVA de Cervejas em Lata no patamar de 100% ao invés de 140% conforme cálculos efetuados pelo Notificante e corrigidos conforme expostos na tabela acima, seria de R\$ 9.748,55 ao invés dos R\$ 12.985,99 alcançado pelo Notificante sem os devidos descontos dos valores já pagos.

Conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação dos conteúdos das normas, acarretando em um valor menor do que o lançado pelo Notificante. Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **232195.0011/19-6**, lavrado contra a **CERVEJARIA PETROPOLIS DA BAHIA LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.748,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR