

N.F. N° - 207160.0044/23-8
NOTIFICADA - HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
NOTIFICANTE - FRANCISCO CARLOS SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT – POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.09.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0155-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. CERVEJAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALTERAÇÃO DA MVA. O Sindicato Nacional das Indústrias de Cervejas (SINDCERV) impetrou Mandado de Segurança Coletivo de n° 8185905-55.2022.8.05.0001, com liminar deferida na data de 12/01/2023, que beneficia o grupo econômico do qual a Notificada faz parte de só serem tributadas, mediante nova carga de 27% prevista na Lei de n° 7.014/96, a partir de 24/03/2023. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 01/02/2023, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 8.575,17**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.145,10, perfazendo um total de R\$ 13.720,27, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.002.002: 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 n° 7.014/96. Multa prevista no art. 42, Inciso II, alínea ‘e’ da Lei de n° 7.014/96.

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

“Efetuou retenção a menor e o respectivo recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária, utilizando indevidamente do benefício da redução da Base de cálculo, que estava prevista nos incisos XLVIII do art. 268, dispositivo que se encontra revogado pelo Decreto de n° 21.796, de 23/12/22, DOE de 24/12/22, com efeito desde 01/01/2023. TOF de n° 2174491010/23-1 de 28/01/2023 e DANFE de n° 1.107.144 de 28/01/2023.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de n° **2071600044/23-8**, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o demonstrativo da memória de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 07); o **Termo de Ocorrência Fiscal** n° **2174491010/23-1** (fls. 05 e 06) datado de **28/01/2023**; o **DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e** de n° **001.107.144** (fl. 08), Natureza da Operação – Venda, emitido na data de **28/01/2023**, pela **Empresa HNK BR Indústria de Bebidas** (CNPJ de n° **50.221.019/0057-90**), localizada no Estado da **Bahia - Alagoinhas**, carreando as mercadorias com NCM de n° **2203.00.00** (Cerveja Schin Pilsen), e tendo como destinatário a **Empresa HNK BR Logística e Distribuição LTDA.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de n° **05.254.957/0030-12**); o documento do motorista e do veículo (fl. 13);

A Notificada se insurgue contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação,

onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 17 a 26), protocolizada na SAT/DAT METRO/CPAF na data de 04/05/2023 (fl. 16).

Em seu arrazoado a Notificada inicia sua peça alegando a tempestividade da mesma e no tópico “**Síntese Fática**” tratou que a Notificada dedica-se à industrialização, ao comércio atacadista e varejista, à importação e à exportação de bebidas, dentre outras atividades constantes no seu objeto social, e que em razão dessa atividade, está sujeita à incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e serviços devido sob o regime de Substituição Tributária (ICMS/ST), e sua parcela destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza devido por Substituição Tributária (FUNCEP/ST), nos termos da legislação de regência.

Explicou que no Estado da Bahia, referidas normas encontram-se no RICMS/BA, com relação às operações internas com cerveja e chope, era prevista uma redução da base de cálculo, que **resultaria numa alíquota de 25%** do valor da operação, conforme artigo 268, XLVIII do Decreto de nº 13.780/12, ora revogado, vez que em 24/12/2022 foi publicado o Decreto de nº 21.796, **que extinguiu o benefício fiscal de redução da base de cálculo**, passando a vigorar alíquota de 27% (25% de ICMS propriamente, mais 2% referente ao Fundo de Combate à pobreza-FUNCEP), conforme revisão do artigo 16, inciso II, “b” c/c artigo 16-A, parágrafo único, da Lei de nº. 7.014/96.

Tratou que os efeitos da revogação do referido benefício fiscal, nos termos do decreto acima citado, passaram a vigorar a partir de 01/01/2023 e, dessa forma, a Fiscalização do Estado da Bahia lavrou a Notificação Fiscal ora impugnada (**Doc. 02**), em virtude de reconhecimento a menor de ICMS pelo uso indevido de redução de base de cálculo no período de janeiro de 2023, exigindo-lhe o pagamento de débito de ICMS/ST, multa e juros, no **valor total de R\$ 13.720,27 (treze mil, setecentos e vinte reais e vinte e sete centavos)**.

Descreveu o enquadramento legal lhe imputado e consignou que o lançamento não merece prosperar uma vez que o Decreto de nº 21.796 de 2022, que extinguiu a base de cálculo reduzida, **majorando a carga tributária suportada pela Notificada**, não observou a regra da **anterioridade nonagesimal**, o que afronta os princípios da legalidade e da segurança jurídica, e que nesse sentido, o grupo econômico do qual a Notificada faz parte encontra-se amparado por medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo de nº 8185905-55.2022.8.05.0001, o qual assegurou o direito líquido e certo das empresas associadas de não se submeterem à majoração do tributo até 24/03/2023 (**Doc. 04**).

Suscitou no tópico “**Direito – Inobservância da Regra da Anterioridade Nonagesimal e Liminar Deferida no Mandado de Segurança de nº. 8185905-55.2022.8.05.0001**” que a Notificada se beneficiava da redução da base de cálculo para operações internas com cerveja e chope, limitando-se a carga tributária a 25% do valor da operação, conforme artigo 268, inciso XLVIII do Decreto de nº 13.780/12 e que na data de 24/12/2022 fora publicado o Decreto de nº 21.796 revogando o dispositivo supramencionado e reestabelecendo a regra geral de aplicação da alíquota de 25% acrescida do percentual de 2% referente ao FUNCEP, totalizando, portanto, 27% entrando em vigor em 01/01/2023 – apenas 7 dias após sua promulgação em desatenção, portanto, à regra da anterioridade tributária nonagesimal.

Assegurou que a extinção intempestiva de determinado benefício fiscal existente há anos acarreta majoração da carga tributária e, portanto, não é permitida sua eficácia imediata, para que não sejam os particulares, pegos de surpresa por um novo valor a ser recolhido ao Erário como ocorreu no caso concreto, não podendo o Estado da Bahia exigir a cobrança da diferença do recolhimento de ICMS, pois não observou o prazo de 90 dias expressamente trazido pelo artigo 150, inciso III, alínea “c” da Constituição Federal, sendo que nesse sentido, a extinção de benefício fiscal é equiparada à majoração de tributo, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal – STF (fl. 22).

Explanou que o Poder Judiciário garantiu o cumprimento da regra constitucional, por meio de decisão liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo de nº 8185905-55.2022.8.05.0001, impetrado pelo Sindicato Nacional das Indústrias de Cervejas (SINDCERV), para

que seja reconhecido o direito líquido e certo das empresas associadas apurarem e recolherem o ICMS, considerando a redução de base de cálculo anteriormente prevista no artigo 268, XLVIII do Decreto de nº 13.780/12 para os fatos geradores ocorridos até 24/03/2023. O Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador **concedeu a liminar**, nos seguintes termos:

“Por conseguinte, prestigiando-se o princípio da não surpresa, nos termos do art. 150, inc. III, “c”, da Constituição Federal, DEFIRO A LIMINAR, na forma em que requerida, para reconhecer o direito líquido e certo das empresas associadas ao Sindicado Impetrante de só serem tributadas, mediante nova carga de 27% prevista na Lei de nº. 7.014/96, a partir de 24/03/2023, após o transcurso do período de 90 dias constitucionalmente previsto da publicação do Decreto de nº. 21.796/22, que alterou a alíquota ali prevista, abstendo-se a autoridade coatora de exigir eventuais diferenças do imposto dentro do referido período, até ulterior manifestação deste Juízo, sob pena de multa a ser arbitrada”

Frisou que a referida decisão ainda dispõe que “a lei que institua ou majore um tributo preveja para si um prazo de vacância obrigatório, contado a partir da data de sua publicação, dando assim um período de tempo para que os contribuintes possam se preparar para suportar a nova carga tributária”.

Apontou que a decisão que deferiu a liminar foi publicada no dia 23/01/2023, antes, portanto, da Notificação Fiscal em comento (01/02/2023), ou seja, **a Fiscalização, no máximo, poderia ter feito o lançamento para fins de evitar decadência, mas com a cobrança suspensa.**

Alertou que o CONSEF não se afasta do entendimento do STF, endossado pelo TJBA, e já decidiu que **a revogação de benefício fiscal configura aumento indireto de tributo**, conforme Acórdão CJF de nº 0248-12/22-VD, (fls. 23 e 24) e que o próprio CONSEF já manifestou seu entendimento de que, **nos casos cujo mérito de infração é discutido em ação judicial, a cobrança do imposto deve ser suspensa e a multa deve ser afastada**, conforme acórdão prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal nos autos do Processo 297895.0163/07-9 (CJF de nº 0115-12/10), folha 24.

Afirmou que a Fiscalização desconsiderou a regra da anterioridade disposta no artigo 150, inciso III, alínea “b” e “c” da Constituição Federal. Este fato é exatamente o que restou consignado na liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo referido, uma vez que a aplicação da alíquota majorada somente poderia ser realizada após os 90 dias da publicação do Decreto, não havendo que se falar em cobrança de imposto e aplicação de penalidade em razão do não recolhimento em testilha, na medida em que, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário em escopo (artigo 151, inciso IV do CTN e artigo 117, § 2º do RPAF), **a ausência do pagamento estava e ainda está devidamente amparada por medida judicial que beneficia o grupo econômico do qual a Notificada faz parte (Doc. 05).**

Requeru no tópico **“Pedido”** cancelar a Notificação Fiscal, em virtude da sua nulidade, uma vez que foi **desrespeitada a anterioridade nonagesimal** e o grupo econômico do qual a Notificada faz parte está amparado por decisão liminar exarada no Mandado de Segurança Coletivo de nº 8185905-55.2022.8.05.0001, e subsidiariamente seja suspensa a cobrança da Notificação Fiscal até o final do julgamento do *writ* acima referido pelo TJBA.

No mais, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a produção de prova documental superveniente e que as publicações do presente feito sejam realizadas, exclusivamente, em nome do **Dr. Gilberto Ayres Moreira, OAB/SP de nº 289.437, sob pena de nulidade**, nos termos do artigo 272, § 5º do Código de Processo Civil.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

Participou da sessão o patrono da Notificada, em sustentação oral, o Advogado Marcelo da Rocha Ribeiro Dantas OAB/SP 348.301.

VOTO

A Notificação Fiscal, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 01/02/2023, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 8.575,17**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.145,10, perfazendo um total de R\$ 13.720,27, em decorrência do cometimento da Infração (054.002.002) **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.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando art. 8º; inciso II da Lei de nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, Inciso II, alínea 'e' da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Honoro Viana (fl. 01), relacionado ao DANFE da **NF-e de nº. 001.107.144**, emitido na data de 28/01/2023, pela **Empresa HNK BR Indústria de Bebidas** (CNPJ de nº50.221.019/0057-90), localizada no Estado da **Bahia - Alagoinhas**, carreando as mercadorias com NCM de nº **2203.00.00 (Cerveja Schin Pilsen)**, enquadradas no Regime de Substituição Tributária, e tendo como destinatário a **Empresa HNK BR Logística e Distribuição LTDA.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de nº05.254.957/0030-12), tendo a Notificada efetuado a retenção a menor e o respectivo recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à operação interna subsequente, para fins de substituição tributária por ter utilizado o benefício da redução da Base de cálculo, que estava prevista no inciso XLVII do art. 268, dispositivo que se encontra revogado pelo **Decreto de nº. 21.796, de 23/12/22**, DOE de 24/12/22, com efeito desde **01/01/2023**.

Relativamente ao momento da **instantaneidade da ação fiscal** do trânsito de mercadorias, essa ocorreu em **28/01/2023** com o **Termo de Ocorrência Fiscal nº. 2174491010/23-1** (fls. 05 e 06).

Conquanto, ao pedido expresso da defesa a fim de que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato processual, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei de nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Donde, através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não tendo mais sentido qualquer outra forma de intimação que não o DT-e.

Entendo que antes de que seja feito qualquer exame acerca dos aspectos preliminares, procedimentais e meritórios em torno do presente lançamento, exsurge uma questão prejudicial que inviabiliza a prossecução do julgamento e a continuidade do debate administrativo da exigência tributária.

Verifica-se que o Sindicato Nacional das Indústrias de Cervejas (SINDCERV) impetrhou Mandado de Segurança Coletivo de nº 8185905-55.2022.8.05.0001, com liminar deferida na data de 12/01/2023 (fl. 118), **que beneficia o grupo econômico do qual a Notificada faz parte (Doc. 05)**, para que seja reconhecido o direito líquido e certo das empresas associadas apurarem e recolherem o ICMS,

considerando a redução de base de cálculo anteriormente prevista no artigo 268, XLVIII do Decreto de nº 13.780/12 para os **fatos geradores ocorridos até 24/03/2023**, donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos:

“Por conseguinte, prestigiando-se o princípio da não surpresa, nos termos do art. 150, inc. III, “c”, da Constituição Federal, DEFIRO A LIMINAR, na forma em que requerida, para reconhecer o direito líquido e certo das empresas associadas ao Sindicato Impetrante de só serem tributadas, mediante nova carga de 27% prevista na Lei de nº. 7.014/96, a partir de 24/03/2023, após o transcurso do período de 90 dias constitucionalmente previsto da publicação do Decreto de nº. 21.796/22, que alterou a alíquota ali prevista, abstendo-se a autoridade coatora de exigir eventuais diferenças do imposto dentro do referido período, até ulterior manifestação deste Juízo, sob pena de multa a ser arbitrada”

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) **se abstivesse de exigir** antes do período de 90 dias constitucionalmente previstos da publicação do Decreto de nº. 21.796/22, a revogação da redução da base de cálculo para a carga tributária correspondente a 25% incidente nas operações internas do art. 268, inciso XLVIII, exarado na exigência da infração da presente Notificação Fiscal conforme descrição dos fatos (fl. 01).

O Mandado de Segurança é uma **medida judicial** a qual procura, com rapidez, um direito considerado “líquido e certo”, ou seja, um direito facilmente demonstrável, garantido por lei ou expresso em regulamento ou norma, que esteja sendo violado ou prestes a ser violado por uma autoridade. É chamado de remédio jurídico **por ser um mecanismo mais rápido** para se obter a garantia pretendida e **admitir decisão liminar**, possibilitando que o juiz determine desde logo que o direito seja garantido, **antes de julgar em definitivo o mérito do pedido**. Assim sendo, inerente ao Mandado de Segurança **está a liminar** que se presta para assegurar o direito, reparando, logo no início da demanda, ainda que provisoriamente, a violação cometida.

Importante ressaltar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Do deslindado, não consta nos autos o julgamento definitivo do mérito da medida judicial impetrada na data de 06/01/2023, anterior à instantaneidade da ação fiscal, 28/01/2023. Nesta esteira, o RPAF-BA/99 é cristalino ao determinar que a **propositura de medida judicial** pelo contribuinte implicar-se-á na desistência da impugnação na seara administrativa, consoante a inteligência do art. 117, a saber:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo” (negritos da transcrição)

Constata-se que regra semelhante se encontra resguardada na Lei de nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), pelo comando do art. 126, c/c o art. 127-C, IV:

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

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial."

Portanto, ao tomar esta Relatoria ciênciça da existência de **Mandado de Segurança**, que se discute matéria **de proceder a retenção e o recolhimento a menor** de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição **prejudicada**, em face do esgotamento da instância administrativa, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente.

Isto exposto, tenho a Notificação Fiscal como subsistente, tendo em conta estar a defesa apresentada prejudicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar **PREJUDICADO** o exame da impugnação à Notificação Fiscal nº **207160.0044/23-8**, lavrada contra **HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, no valor de **R\$ 8.575,17**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei nº 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR