

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 099883.0090/19-1
<b>RECORRENTE</b>	- CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0020-05/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / IFMT METRO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 14/03/2024

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0083-12/24-VD

**EMENTA:** ICMS. REFRIGERANTES. OPERAÇÕES SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALTERAÇÃO DA MVA. RECOLHIMENTO A MENOS. Decisão revisou os cálculos e abateu os valores destacados na nota fiscal que acobertava o trânsito das mercadorias. Mérito não contestado. Nulidades não acolhidas, Ação judicial interposta posteriormente à lavratura do lançamento que foi efetivado com base em MVA estabelecida em conformidade com a legislação do imposto. Nulidades rejeitadas. Mantida a decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 21/02/2019, no Posto Fiscal Honorato Viana, exigindo ICMS em decorrência do cometimento da seguinte infração:

*Infração – 01: 54.02.02 – Procedeu a retenção e o recolhimento a menos de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária (Cerveja em lata, NCM 2303.00.00 - R\$ 29.068,52. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 142/148) foi apreciado que:

*Inicialmente, cabe apreciar alguns aspectos primeiros suscitados pela impugnante que antecedem a análise de mérito. Em preliminar, a autuada traz à baila um entrave de ordem processual, a impedir a formalização do presente auto de infração.*

*É que, como representante da autuada, a entidade denominada “Associação Brasileira da Indústria da Cerveja - CERVBRASIL”, ingressou perante a 3ª Vara da Fazenda Pública - Salvador, com mandado de segurança coletivo tombado sob nº 0501506-72.2019.8.05.0001, visando que suas operações comerciais com cervejas acondicionadas em lata tivessem a apuração e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (ST), levando em consideração a margem de valor agregado (MVA) de 100%, haja vista a majoração indevida para 140%, promovida no Dec. 18.406/2018, alterador do Regulamento do ICMS da Bahia.*

*Neste sentido, o citado juízo proferiu decisão liminar no intuito de que a Fazenda Pública Estadual considere a apuração e pagamento do ICMS-ST em relação à cerveja em lata com observância aos ditames originais do Dec. 13.780/2012 (RICMS-BA), mantendo-se a MVA de 100%, até ulterior deliberação, ao tempo em que fica obrigada a autoridade coatora se abster de implantar qualquer medida coercitiva, como por exemplo a lavratura de autos de infração, criação de óbices à emissão de certificados de regularidade fiscal “etc.” (sic. – fl. 125).*

*Deste modo, segundo a tese empresarial, estaria o fisco impedido por ordem judicial de formalizar o presente lançamento de ofício. Pois bem.*

*Ao examinar o teor da liminar acostada aos autos às fls. 122 a 125, verifica-se tratar a matéria de assunto similar ao abrangido neste PAF, qual seja, a legalidade ou ilegalidade da cobrança do ICMS-ST a partir da aplicação da MVA de 140%, implantada pelo Dec. Estadual 18.406/2018.*

*Sem embargo de constar nos autos prova material de que efetivamente é a defendente associada integrante da entidade beneficiária do provimento jurisdicional mencionado, consoante se extrai da fl. 110v, é de se ver que a situação aqui retratada não estava ainda protegida pelo Poder Judiciário.*

*Isto porque, consultando-se em 23.10.2020 o processo judicial no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), através do link*

<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000XCXE0000&processo.foro=1>, verifica-se que, datada a liminar de 26.02.2019, esta teve publicidade no mês seguinte, com ciência inclusive das supostas autoridades coatoras.

Acontece que, conforme demonstrativo de débito do auto de infração e respectivo termo de apreensão, a formalização do crédito tributário se deu **antes** da prolação da liminar, precisamente em 21.02.2019, de sorte que, naquela altura, o fisco baiano não tinha conhecimento oficial de haver determinação judicial em sentido proibitivo.

Nesta toada, o auto de infração já estava lavrado, não surtindo efeitos jurídicos a determinação judicial para o caso ora sob exame.

Por outro lado, não encontra aqui ressonância o precedente do STJ em sede de recursos repetitivos (REsp 1140956), citado à fl. 70, voltado para o impedimento de lavratura de autos de infração. Referido julgado, em verdade, só mira a impossibilidade de formalização do crédito tributário se – e somente se – o contribuinte realizar o depósito integral da dívida, inclusive pela via do mandado de segurança, desde que ajuizado antes do executivo fiscal. Não há provas neste processo de que a Associação “CervBrasil” tenha depositado em juízo qualquer quantia em favor do estabelecimento autuado. Logo, sem serventia a decisão para o deslinde da presente controvérsia.

A suspensão da exigibilidade do crédito pela liminar será questão a ter análise futura pelo órgão competente, qual seja, a d. PGE, com titularidade para representar judicialmente o Estado da Bahia, quando do oferecimento da execução fiscal. Entretanto, independente de qualquer discussão, está a exigibilidade suspensa pela própria interposição de defesa administrativa, ex vi do art. 151, III do CTN.

**Com base nestas razões, afastamos o pleito da autuada.**

Também em preliminar argui-se a nulidade da cobrança, posto inexistir definição clara e objetiva dos dispositivos violados pela empresa, no sentido de se compreender a exata dimensão do lançamento e evitar-se que o fato-tipo se “adapte livremente ao caso concreto” (fl. 72), sob pena de gerar insegurança jurídica. Não há motivos para se nulificar a exigência pela insuficiência dos dispositivos apontados como inobservados pelo contribuinte.

Com efeito, o comando da Lei 7.014/96 tido como desatendido foi o art. 8º, caput e inciso II. Combinando um dispositivo com o outro, está prevista a responsabilidade por substituição tributária do sujeito passivo, cabendo a ele efetuar a retenção do ICMS devido nas operações com as mercadorias constantes do Anexo I, salvo exceções que aqui não se enquadram.

Para efeito de efetivação do lançamento de ofício, bastou ao preposto fiscal indicar os mencionados dispositivos de lei (em sentido estrito) que entendeu violentados. Estes foram por si só, suficientes para a autuada compreender perfeitamente a imputação contra ela esgrimida: recolhimento a menor do ICMS-ST pela diferença entre a MVA adotada pela empresa (100%) e a considerada pela fiscalização (140%). Os demonstrativos elaborados pela fiscalização atestam indviduosamente ter sido esta a irregularidade.

Tanto assim foi que a empresa ofertou impugnação ampla e completa, passando por pedidos preliminares e explorando profundamente as razões de mérito, conforme se verifica da extensa – e bem elaborada – peça contestatória de 23 páginas.

**Por conseguinte, desacolhemos esta preliminar.**

Sendo assim, o auto de infração obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi interposta por advogado constituído nos autos.

Vemos também acatados o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Através de ação de trânsito, a cobrança atinge diferenças de imposto em função do contribuinte ter considerado a menor a base de cálculo para efeito de substituição tributária nas operações internas com cerveja em lata, levando em conta a adoção da Margem de Valor Agregado – MVA diferente daquela considerada pela empresa.

Vamos, portanto às questões de mérito.

Como primeiro ponto, a contestante sustenta a ilegalidade do Dec. 18.406/2018 pela inobservância da Lei Baiana do ICMS – de nº 7014/96. A seu ver, o Estado aumentou a MVA para a cerveja em lata, sem apresentar nenhum estudo de mercado capaz de justificar tamanho aumento, tampouco levou em conta informações a serem colhidas das entidades representativas do setor econômico, conforme prevê o art. 23, § 4º da citada Lei. Trouxe como arrimo decisão oriunda do STJ.

Reza a citada disposição de lei:

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

(...)

*II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

*a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*

*b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*

*c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

*§ 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.*

*§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.*

*Destaques foram feitos pela transcrição.*

*A mudança da MVA promovida pelo legislador, partiu, é claro, de análises de mercado, por ser da lógica da fixação da margem agregada de valor, saber-se a média ponderada dos preços comumente praticados no mercado. A consulta a entidades representativas do setor cervejeiro não é procedimento compulsório, mas só na hipótese da informação e elementos não serem obtidos através de outros mecanismos de pesquisa. Daí a ressalva na lei de que a consulta de informações e elementos só se impõe “quando necessários” (sic.).*

*Se o sujeito passivo, opôs circunstância impeditiva da alteração da MVA de 100%, para 140%, caberia a ele demonstrar um percentual diferente e não se resumir ao campo das especulações, sem consistência estatística para comprovar o contrário.*

*O precedente do STJ trazido pela empresa às fls. 28 e 29, não se aplica ao segmento cervejeiro, visto abordar medicamentos, cuja lógica de tributação antecipada segue um outro fio de raciocínio.*

*Por faltar respaldo fático-probatório que suporte estar a autuada correta no seu entendimento, não há como acolher a tese defensiva quanto a este aspecto.*

*Uma segunda frente argumentativa de mérito é explorada pela impugnante: é que a margem de valor adicionado (MVA), só pode ser instituída ou majorada por intermédio de lei estrita, oriunda do Poder Legislativo, em respeito ao princípio da legalidade, de acordo com movimentações jurisprudenciais tomadas pelo STF, STJ e pelo TJ-AM.*

*Acontece que há autorização na lei, em sentido estrito, no intuito das MVAs serem modificadas via regulamento do ICMS, aprovado por decreto. Isso é o que se desfui do comando legal atrás reproduzido, com expressões em destaque, precisamente no caput do § 4º, do art. 23 da Lei Estadual 7.014/96, que instituiu o referido imposto estadual em território baiano. Logo, foram os próprios legisladores da Assembleia Legislativa, percebendo a dinamicidade da economia que tanto afeta os preços dos produtos, que admitiram a possibilidade das alterações das margens agregadas serem ultimadas através de decreto, exatamente como ocorreu no caso ora sob exame.*

*Não se vê, portanto, ilegalidade alguma na mudança promovida no Dec. 18.406/2018, alterando a MVA de 100% para 140% no cálculo do ICMS-ST para a cerveja em lata, de sorte que, também por este veio, improcede o pleito defensivo.*

*Não obstante esta trilha de raciocínio, do ponto de vista quantitativo, salta aos olhos um detalhe importante: é que a autuação procura cobrar retenção a menor do ICMS-ST, em virtude da diferença de MVAs, para a empresa como sendo de 100%, para o autuante como sendo 140%. A postulação fiscal nasceu a partir da complementação dos 40%, desconsiderados no documento fiscal.*

*Sobre este particular, verifica-se que na NF 90868, objeto do lançamento, já há destaque do imposto da*

operação própria e também do imposto devido por substituição tributária. Mas nos cálculos feitos pelo preposto fiscal para encontrar o valor do crédito tributário, apenas o ICMS da operação própria foi abatido, esquecendo-se do próprio ICMS-ST que já constava destacado no documento fiscal.

Neste espeque, assim está a memória de cálculo elaborada pela fiscalização à fl. 08:

<i>BC ICMS conf NF</i>	74.739,30
<i>BC ICMS (com IPI)</i>	79.582,54
<i>MVA</i>	140%
<i>BC ICMS-ST</i>	190.998,09
<i>RD BC ICMS-ST</i>	176.850,86
<i>ICMS ST (25%)</i>	44.212,72
<i>CRÉD OP PROPRIA</i>	(18.684,82)
<i>ICMS-ST DEVIDO</i>	25.527,89
<i>+ FCP (2%)</i>	3.819,96
<i>SOMA</i>	29.347,85
<i>VALOR AI</i>	29.068,52 ( <i>lançado a menor R\$ 279,34</i> ).

Para evitar o bis in idem, como há destaque na nota fiscal de ICMS-ST e do imposto devido para o Fundo de Combate à Pobreza, tais valores também devem ser deduzidos da quantia exigida na autuação, de modo que o cálculo ficará desta forma:

<i>VALOR AI</i>	29.068,52.
<i>ICMS-ST destacado NF</i>	(20.927,00)
<i>FCP destacado NF</i>	(1.674,16)
<i>Valor a cobrar</i>	6.467,36

Vale salientar, que não comporta neste PAF o comando contido no art. 332, III, “g”, “l” do regulamento baiano, lembrado pelo autuante, pois aqui não se trata de operação interestadual, onde a remessa das mercadorias teve origem em outra Unidade Federativa. O caso em análise, versa sobre transferência interna, de fábrica para filial situadas em território baiano, com obrigação de se fazer a retenção do ICMS-ST, conforme art. 289, § 18º, do mesmo regulamento, contra o qual a autuada não questionou, mas, ao contrário, fez os devidos destaques da ST e do FCP.

Para limpar de dúvidas, cabe transcrever o dispositivo:

**Art. 332.** O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

**III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:**

(...)

**g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:**

**1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;**

**2 - os valores referentes ao frete ou seguro não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição tributária;**

Nestas circunstâncias, ultrapassadas as preliminares e as questões de mérito aventadas na peça defensiva, mas considerando a natureza da infração formalizada, isto é, retenção a menor do ICMS-ST, julgamos o auto de infração PROCEDENTE EM PARTE, para ser complementado o imposto de R\$ 6.467,36, haja vista a diferença de MVA de 40%.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 158/179) por meio do advogado Roberto Vergelino Rosado OAB/SP 442.274, inicialmente ressaltou a sua tempestividade, autuação, defesa e julgamento que entende deva ser reformado conforme passou a expor.

Em seguida apresenta preliminar de NULIDADES com o seguinte teor:

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA:** Possui liminar em Mandado de Segurança para manter a Margem de Valor Agregado (MVA) cobrada sobre a cerveja em lata de 100%, contra o excedente de 40% previsto no Dec. 18.406/2018 suspenso pela força do art. 151, IV do CTN. Admite ser responsável por substituição tributária, porém a majoração da MVA para 140% não refletiu os preços praticados no mercado, conforme previsto na LC 87/96, Lei nº 7.014/96 e orientação contida no Protocolo ICMS/BA na redação original previa

MVA de 100% para comercialização de cerveja em lata, mas foi alterado para 140% por meio do Decreto nº 18.406/2018, que não reflete os preços de mercado.

Por meio da “CervBrasil”, associação que congrega diversas empresas do ramo da produção de cerveja, impetrou o MS 0501506-72.2019.8.05.0001, em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, para que autorize os associados a efetuarem a apuração e o recolhimento do ICMS/ST com base no porcentual de 100%, até que fosse julgado o mandamus, o que foi deferido pela juíza responsável pelo MS.

Alega que apesar da proibição judicial, foi lavrado o Auto de Infração, descumprindo o MS, contrariando o disposto no art. 151, IV da CF, como já manifestou o STJ na decisão do RESP 1.140.956/SP, prolatada em sede de recursos repetitivos.

Finaliza afirmando que o objeto da autuação está acobertado por liminar deferida em MS, que veda a lavratura de AI, cujo crédito tributário está suspenso, o que por si só impede a sua lavratura, desrespeitando ordem judicial, motivo pelo qual deve ser declarado nulo.

**OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.** Argumenta que a fiscalização indicou dispositivos genéricos como supostamente infringidos, não possibilitando a compreender a exata dimensão do lançamento, nomeadamente os arts. 8º, II e 42, II, “e” da Lei nº 7.014/1996 e infração nos termos do art. 142 do CTN, sem sequer mencionar os artigos do Decreto nº 18.406/2018, que foi considerado infringido.

Requer que o Auto de Infração seja declarado nulo, por não indicar corretamente os dispositivos que embasam a infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF-BA.

No mérito, discorre sobre a obrigação tributária e condição de responsável (artigos 150, § 7º da CF) que remete para a lei complementar (art. 155, § 2º, XII, “b” da CF), cujo art. 8º da LC 87/1996, definiu a base de cálculo para fins de substituição tributária, também previsto no art. 23, § 4º da Lei nº 7.014/1996.

Ressalta que o Decreto nº 18.704/2018 alterou a MVA de cervejas em lata de 100% para 140%, utilizando como requisito o previsto no art. 23, I da Lei nº 7.014/1996 (preços usualmente praticados pelo substituído), inclusive, não respeitando o requisito previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal, que exige que a MVA leve em consideração as informações obtidas “junto a entidades representativas dos respectivos setores”, que no caso, a CervBrasil não foi comunicada.

Afirma que o STJ tratou da definição do preço presumido ao consumidor final (RESP 1.192.409/SE/2010), baseado em preço de revistas especializadas, que na situação em questão deveria ser consulta aos representantes de fabricação e cervejas, sendo inconstitucional e ilegal a imposição do MVA de 140% estabelecido pelo Decreto nº 18.704/2018.

Requer que o lançamento seja julgado nulo diante da ilegalidade na majoração da MVA.

**INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA MVA.** Discorre sobre a hierarquia das leis (art. 59 CF), o princípio da constitucionalidade e legalidade (arts. 5º, II e 150, I e 37) e 97, I e II do CTN.

Neste contexto transcreve decisões do STF (RE 363.577-RO/2010), STJ (RE 293.000/SE/2012), Recurso no MS 29300/SE e Tribunais de Justiça dos Estados (MS 4.004.934-AM/2018) para reforçar o seu posicionamento de que a majoração do MVA de cerveja em lata não poderia ser instituída por Decreto e deve ser afastada por falta de previsão expressa em lei.

Reque que o Recurso Voluntário seja acolhido e provido para declarar nulo o Auto de Infração e se assim não entenderem, que seja julgado improcedente pelos motivos expostos.

## VOTO

O Auto de Infração acusa retenção e recolhimento a menos de ICMS-ST, relativo a comercialização de Cerveja em lata - NCM 2303.00.00. Na decisão proferida o débito foi reduzido

de R\$ 29.068,52 para R\$ 6.467,36. Não houve inerposição de Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário Interposto o sujeito passivo não questionou o mérito quanto ao valor remanescente, tendo apenas invocado nulidades em síntese:

- i) Credito fiscal com exigibilidade suspensa – precedente RESp 1.140.956-SP;
- ii) Ofensa ao princípio da legalidade;
- iii) Ilegalidade do Decreto nº 18.406/2018.
- iv) Inconstitucionalidade da majoração da MVA – Violação ao Princípio da Legalidade.

Constatou que as nulidades suscitados foram apreciadas na decisão ora recorrida.

No que se refere o precedente do REsp 1.140.956-SP (exigibilidade suspensa) observo que foi fundamentado no Acórdão que a “Associação Brasileira da Indústria da Cerveja - CERVBRASIL”, ingressou perante a 3ª Vara da Fazenda Pública - Salvador, com Mandado de Segurança Coletivo nº 0501506-72.2019.8.05.0001, para considerar MVA de 100%, por haver majoração indevida para 140%, promovida no Decreto nº 18.406/2018, alterando o RICMS/BA.

E que o juízo proferiu decisão liminar no intuito de que a Fazenda Pública Estadual considerasse a apuração e pagamento do ICMS-ST (cerveja em lata), mantendo-se a MVA de 100%, até ulterior deliberação, abstendo de implantar qualquer medida coercitiva, como por exemplo **“a lavratura de autos de infração”** ( fl. 125).

No Acórdão foi apreciado (fl. 144) que;

*Ao examinar o teor da liminar acostada aos autos às fls. 122 a 125, verifica-se tratar a matéria de assunto similar ao abrangido neste PAF, qual seja, a legalidade ou ilegalidade da cobrança do ICMS-ST a partir da aplicação da MVA de 140%, implantada pelo Dec. Estadual 18.406/2018.*

*Sem embargo de constar nos autos prova material de que efetivamente é a defendente associada integrante da entidade beneficiária do provimento jurisdicional mencionado, consoante se extrai da fl. 110v, é de se ver que a situação aqui retratada não estava ainda protegida pelo Poder Judiciário.*

*Isto porque, consultando-se em 23.10.2020 o processo judicial no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), através do link <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000XCXE0000&processo.foro=1>, verifica-se que, datada a liminar de 26.02.2019, esta teve publicidade no mês seguinte, com ciência inclusive das supostas autoridades coatoras.*

*Acontece que, conforme demonstrativo de débito do auto de infração e respectivo termo de apreensão, a formalização do crédito tributário se deu **antes** da prolação da liminar, precisamente em 21.02.2019, de sorte que, naquela altura, o fisco baiano não tinha conhecimento oficial de haver determinação judicial em sentido proibitivo.*

*Nesta toada, o auto de infração já estava lavrado, não surtindo efeitos jurídicos a determinação judicial para o caso ora sob exame.*

*Por outro lado, não encontra aqui ressonância o precedente do STJ em sede de recursos repetitivos (REsp 1140956), citado à fl. 70, voltado para o impedimento de lavratura de autos de infração. Referido julgado, em verdade, só mira a impossibilidade de formalização do crédito tributário se – e somente se – o contribuinte realizar o depósito integral da dívida, inclusive pela via do mandado de segurança, desde que ajuizado antes do executivo fiscal. Não há provas neste processo de que a Associação “CervBrasil” tenha depositado em juízo qualquer quantia em favor do estabelecimento autuado. Logo, sem serventia a decisão para o deslinde da presente controvérsia.*

Conforme apreciado na decisão recorrida não consta nos autos prova de que a recorrente integre a entidade beneficiária do provimento jurisdicional, conforme cópia do Estatuto da CERVBrasil (fls. 110/118); Consulta em 23.10.2020 o processo judicial no sítio eletrônico do TJ-BA: link <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000XCXE0000&processo.foro=1>, a data da liminar é de 26.02.2019, com publicidade no mês seguinte e ciência inclusive as supostas autoridades coatoras, enquanto o auto de infração formalizou o crédito tributário em 21.02.2019, **antes** da prolação da liminar. Logo, o Fisco baiano não tinha conhecimento de determinação judicial em sentido proibitivo, não surtindo efeitos jurídicos a determinação judicial para o caso em exame.

E ainda, que o STJ em sede de recursos repetitivos do REsp 1.140.956 (fl. 70), “*mira a impossibilidade de formalização do crédito tributário se – e somente se – o contribuinte realizar o depósito integral da dívida, inclusive pela via do mandado de segurança, desde que ajuizado antes do executivo fiscal. Não há provas neste processo de que a Associação “CervBrasil” tenha depositado em juízo qualquer quantia em favor do estabelecimento autuado. Logo, sem serventia a decisão para o deslinde da presente controvérsia*”.

Pelo exposto, entendo que a reapresentação dos argumentos defensivos, diante da nulidade rejeitada, deve ser mantida visto que a suspensão da exigibilidade do crédito pela liminar poderá vir a ser analisada pelo PGE, que detém a titularidade para representar judicialmente o Estado da Bahia, quando do oferecimento da execução fiscal. Fica rejeitada a primeira nulidade suscitada.

No tocante a segunda nulidade suscitada, de falta de definição clara e dispositivos violados para compreender a exata dimensão do lançamento, conforme apreciado a infração indica que foi feita retenção a menor do ICMS-ST na comercialização de cervejas em lata, produto enquadrado no Anexo Único do RICMS/BA, infringindo o disposto no art. 8º, II da Lei nº 7.014/1996.

Conforme Nota Fiscal-e nº 90.844 (fl. 7) emitida pelo estabelecimento foi feita a retenção do ICMS ST, indicando conformidade com o art. 289, § 18 e redução da base de cálculo prevista no art. 268, XLVIII tudo do RICMS/BA, que tratam de retenção do imposto nas transferências internas de cervejas, chopes e refrigerantes efetuadas do estabelecimento fabricante com destino a estabelecimento atacadista da mesma empresa. Foi aplicada MVA de 100%.

Já o demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização (fl. 8) indica o mesmo cálculo com aplicação da MVA de 140% prevista no Anexo I do RICMS/BA e exigido o ICMS-ST correspondente a diferença entre as MVAs.

Pelo exposto, tendo se defendido alegando ilegalidade do Dec. nº 18.406/2018 que elevou a MVA de 100% para 140%, que corresponde a descrição da infração (retenção a menos) e demonstrativo de débito (diferença da MVA), pode se concluir que o sujeito passivo entendeu e se defendeu do que foi acusado, visto que os elementos constantes dos autos possibilitaram compreender a imputação, apresentando razões de mérito, que foi acolhida em parte na decisão proferida em primeira instância deste CONSEF. Fica rejeitada a segunda preliminar de nulidade.

Quanto as preliminares de nulidades suscitadas de ilegalidade do Decreto nº 18.406/2018 e inconstitucionalidade da majoração da MVA, o recorrente argumenta que a alteração da MVA relativa a comercialização de cerveja em lata, pelo citado Decreto está em desconformidade com a Lei nº 7.014/96, por não basear se em estudo de mercado ou informações colhidas nas entidades representativas do setor econômico, conforme prevê o art. 23, § 4º da citada Lei.

Conforme fundamentado na Decisão recorrida o art. 23 da Lei nº 7.014/1996 estabelece:

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

*(...)*

*II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

*(...)*

*§ 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.**

*§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto (grifo nosso).*

Pelo exposto, o art. 23, § 4º da Lei nº 7.014/1996 prevê que a MVA pode ser estabelecida em “regulamento”. Portanto, a alteração por meio do Dec. nº 18.406/2018 é legal e o critério não prevê ser necessário obtenção por parte de entidades representativas dos setores.

Constatou que na situação presente, a Nota Fiscal-e nº 90.884 indica valor unitário da lata de cerveja de 269 ml comercializada a R\$ 0,66 que adicionado a MVA de 140% resulta em valor de R\$ 1,60, valor presumível dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado, neste Estado (art. 23, § 4º, I da Lei nº 7.014/1996) e o sujeito passivo não apresentou provas de que os preços praticados no mercado são inferiores ao estabelecido em Lei e Regulamento.

Observo ainda que o REsp 1.192.409/SE/2010 iniciado com precedente do STJ (fl. 171) trazido pela empresa se aplica ao setor de medicamentos (Revista ABCFARMA) e não em qualquer relação com o segmento cervejeiro.

Por tudo que foi exposto, ficam rejeitadas a terceira e quarta nulidade suscitadas.

O recorrente não apresentou argumentos quanto ao mérito, cuja decisão da Primeira Instância reduziu o débito de R\$ 29.068,52 para R\$ 6.467,36.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 099883.0090/19-1, lavrado contra CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 6.467,36, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS