

N.F. Nº - 2071600047/23-7
NOTIFICADO - CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
NOTIFICANTE- FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO INTERNET – 14/03/2024

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0016-01/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES, Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, em relação à parcela da exigência fiscal alcançada pela liminar concedida, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário, ficando suspensa a exigibilidade do respectivo crédito tributário. Observada na apuração do imposto devido a necessidade de retificação dos valores originalmente exigidos em razão da não consideração do ICMS destacado na nota fiscal relativo ao FUNCEP na apuração do imposto devido. Notificação fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A notificação fiscal em lide, lavrada em 01/02/2023, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$19.315,36 em decorrência de retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária (54.02.02), ocorrido no dia 01/02/2023, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O notificante acrescentou que o notificado utilizou indevidamente do benefício da redução da base de cálculo que estava prevista no inciso XLVIII do art. 268 do RICMS, mas com a vigência revogada pelo Decreto nº 21.796/22.

O notificado apresentou defesa das fls. 16 a 43. Disse que é empresa que se dedica a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata. Destacou que foi cientificada da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cervejas em lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018 e, convencida 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.

A CervBrasil, então, teve liminar deferida, para autorizar suas associadas a manterem o MVA em 100% para o produto cerveja em lata, e proibir a Fazenda da Bahia de adotar qualquer ato coercitivo para cobrança, tal qual a lavratura de Auto de Infração. Concluiu que a exigência fiscal deve ser anulada, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito ora cobrado em virtude de decisão judicial e por desrespeitar o princípio da legalidade, ou no mínimo, suspenso sem a aplicação de multa e juros.

Lembrou que a Lei Kandir prevê os métodos pelos quais poderá ser calculada a base de cálculo para fins de incidência do ICMS/ST, dentre as quais figura o método de cálculo por meio da margem de valor agregado (“MVA”), calculada conforme preços usualmente praticados no mercado, e que o Estado da Bahia publicou a Lei Estadual nº 7.014/1996, que nesse ponto trouxe o texto base para aplicação do ICMS/ST no Estado da Bahia, deixando expresso que a definição do MVA deverá ser baseada em pesquisas de mercado e consultas a entidades de classe, conforme se observa nos artigos 23, I, “c”, e 23, § 4º, e incisos, ambos da citada Lei Estadual nº 7.014/1996.

Acrescentou que o referido texto legal foi complementado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012 – Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS/BA”) – o qual determinou o percentual MVA aplicável aos produtos 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). Porém, 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, sem o amparo de nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 23, § 4º, da Lei Estadual 7.014/1996.

Informou que a CervBrasil, então, impetrou o Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no qual pugnou primeiramente fossem suas 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% .

Concluiu que o objeto do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001 é exatamente o mesmo que o da presente notificação fiscal, de forma que essa lavratura consiste em verdadeiro ato atentatório à dignidade da justiça, pois fere frontalmente ordem judicial.

Acrescentou que, além do expresse descumprimento da ordem judicial proferida no Mandado de Segurança em referência, é evidente que a liminar concedida em tal processo suspende a exigibilidade do crédito tributário, se enquadrando perfeitamente no que dispõe o art. 151, IV, do CTN, ficando o Fisco impedido de realizar qualquer ação coercitiva para sua cobrança, inclusive a lavratura de notificação fiscal.

Destacou que é pacificado pelo STJ que o lançamento para prevenir decadência não modifica o status de suspensão do débito tributário, não sendo, portanto, permitido que o lançamento ocorra pela imposição de um lançamento de ofício, e, muito menos com a aplicação de multa, como ocorre no caso em tela. Disse que o presente lançamento não respeita a suspensão do débito, pois intima a Impugnante a realizar o pagamento no prazo de 60 dias, ou a apresentar defesa, sob pena de revelia.

Requeru a nulidade também por ofensa ao princípio da tipicidade, pois 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 Código Tributário Nacional.

Da leitura do art. 8º da Lei Estadual, alegou que é possível depreender que os contribuintes que venderem mercadorias constantes do anexo I da Lei 7.014/96 estarão sujeitos ao recolhimento do ICMS de toda a cadeia de consumo, estarão, portanto, sujeitos ao recolhimento do ICMS-ST. Porém, no dispositivo apontado como infringido, há menção ao recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme a Autoridade Fiscal acusa a Impugnante, mas não há a indicação do dispositivo legal que foi desrespeitado. Concluiu que não há elementos suficientes para se estabelecer com segurança a suposta infração apontada pelo fiscal porque a conduta descrita no campo “descrição dos fatos”, em nada se subsume à norma dita infringida constante no campo “enquadramento legal”, qual seja, o art. 8º, II, da Lei 7.014/96.

Acrescentou que, de acordo com o artigo 8º da Lei Complementar nº 87/1996, 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, calculada conforme os preços usualmente praticados no mercado considerado.

Seguindo a lógica do artigo 8º da Lei Kandir, a Lei Estadual nº 7.014/1996 determinou, em seu artigo 23, § 4º, a metodologia para definição da base de cálculo do ICMS/ST em relação a operações subsequentes, estabelecendo a forma a ser utilizada pelo Estado da Bahia para calcular o MVA de cada produto. Porém, o Decreto Estadual nº 18.704/2018, que alterou o RICMS/BA e

majorou a MVA aplicável à cerveja em lata, não observou tais mandamentos.

Ressaltou que o requisito previsto no inciso I, do artigo 23 da Lei Estadual 7.014/1996 exige que a MVA leve em consideração os “preços usualmente praticados pelo substituído”. Porém, a MVA anteriormente prevista no RICMS/BA para Cervejas em Lata era de 100% (cem por cento) e 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.

Alegou, ainda, 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”.

Afirmou que a CervBrasil, entidade representativa do setor de bebidas da qual a Impugnante e outras grandes cervejarias fazem parte, por exemplo, em nenhum momento foi consultada pelas D. Autoridades Fiscais do Estado da Bahia acerca do valor praticado pelo substituído ou eventual aumento do preço final das cervejas em lata, nem houve notícia da consulta de outras associações similares. Requereu que a presente notificação fiscal seja julgada improcedente ante a ilegalidade da majoração do MVA das cervejas em lata.

Reiterou que a presente notificação fiscal também é inconstitucional por violar o princípio da legalidade. Destacou 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.

Alegou que, em que pese a Lei Estadual nº 7.014/1996 trazer alusão à definição da MVA por meio de Decreto, resta claro que, conforme previsão expressa do artigo 150, inciso I, da CF/88 (repetida no artigo 97, I e II, do Código Tributário Nacional), a instituição e a majoração de tributos não podem ser realizadas mediante uso de instrumento que não seja uma Lei em sentido estrito.

Concluiu dizendo que restou 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 5º, inciso II, e 150, inciso I, da Constituição Federal e 97 do Código Tributário Nacional.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 105 a 107. Alegou que a presente exigência decorreu do uso indevido de benefício de redução da base de cálculo que estava com a vigência revogada à época da ocorrência do fato gerador (inciso XLVIII do art. 268 do RICMS). Afirmou que não há nulidade do presente lançamento de ofício, pois os aspectos formais estão de acordo com a legislação.

No mérito, disse que, após as argumentações do notificado, refez o demonstrativo de débito aplicando a MVA de 100%, mas mantendo a exigência fiscal em relação ao uso indevido de redução da base de cálculo amparado em dispositivo revogado.

Presente na sessão de julgamento a Advogada Francine Caroline Nabas Pelozim OAB/SP 382.747.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe a notificação fiscal, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

A presente notificação fiscal consiste em exigência de ICMS decorrente de retenção e recolhimento a menor em operação interna realizada pelo substituto tributário com cervejas em lata.

Rejeito o pedido de nulidade da notificação fiscal em razão de incorreta capitulação da infração. De acordo com o art. 19 do RPAF, não implica nulidade o erro da indicação do dispositivo de lei

que lhe seja correspondente, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. A presente notificação descreve a infração como retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, fazendo referência a dispositivo de lei que atribui ao notificado a responsabilidade pela substituição tributária na operação com mercadoria enquadrada no referido regime. Há indicação das mercadorias na nota fiscal anexada e o demonstrativo de débito traz todos os cálculos que culminaram com a apuração do imposto exigido, permitindo ao notificado o pleno exercício do contraditório e à ampla defesa.

O item 3.14 do Anexo 1 do RICMS, vigente em 2018, foi alterado pelo Decreto nº 18.406/18 para elevação da MVA nas operações com cerveja em lata. Em decorrência disso, consta das fls. 74 a 77, decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, em medida liminar concedida aos associados da Associação Brasileira da Indústria de Cerveja (CERVBRASIL), a qual o notificado está associado, conforme documento à fl. 70, proferida em 26/02/2019, obrigando o Estado da Bahia a abster-se de exigir o ICMS, relativo ao imposto devido por substituição tributária nas operações com cerveja em lata, com a alteração promovida pelo Decreto nº 18.406/2018, no que tange restritamente à margem de valor agregado (MVA), até ulterior deliberação daquele Juízo.

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “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”. Assim, entendo que com o mandado de segurança coletivo, impetrado pela CERVBRASIL, a defesa interposta fica prejudicada no que tange à aplicação da MVA de 140% nas operações com cerveja em lata, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário em relação ao valor apurado em decorrência da utilização da MVA de 140%.

Entretanto, o valor originalmente apurado no demonstrativo à fl. 07 (R\$19.315,36) apresenta incorreções conforme a seguir. Da análise da nota fiscal nº 193.633 (fl. 97), emitida pelo notificado em 30/01/2023, objeto do presente lançamento tributário, verifiquei que o notificado, de fato, utilizou indevidamente uma redução da base de cálculo que já não estava mais em vigor desde 01/01/2023 por força do Decreto nº 21.796/22 (inciso XLVIII do art. 268 do RICMS), que permitia que a base de cálculo fosse reduzida de forma que a carga tributária correspondesse a 25%. Assim, o valor da nota fiscal foi de R\$100.461,16, mas a base de cálculo da operação própria consignada no documento fiscal foi de R\$93.016,99, proporcional a relação entre 25/27, repercutindo negativamente na apuração final do imposto devido por substituição tributária.

O notificante, por sua vez, não considerou a parcela do ICMS destinada ao FUNCEP, destacada pelo notificado na nota fiscal, para efeito de dedução do ICMS na apuração do imposto devido por substituição tributária. Sendo de R\$1.860,34 em relação à operação própria e de R\$2.005,45 em relação ao imposto devido por substituição tributária, conforme indicado na nota fiscal nº 193.633 à fl. 97.

Desse modo, a apuração do imposto devido por substituição tributária, considerando a MVA de 140%, seria R\$15.449,57, obtida com os seguintes cálculos:

Valor das mercadorias: 100.461,16

IPi : 3.917,99

Total : 104.379,15

MVA 140% : 146.130,81

Base de cálculo da ST: 250.509,96

Alíquota 27% : 67.637,69

Crédito na nota fiscal : 23.254,25

FUNCEP ICMS : 1.860,34
Valor retido na NF : 25.068,08
FUNCEP ST : 2.005,45
Total do ICMS ST devido: 15.449,57

Entretanto, como a lide administrativa permanece em relação às operações com cerveja em lata em razão da utilização indevida de redução de base de cálculo, anteriormente prevista no inciso XLVIII do art. 268 do RICMS, que já estava revogada à época da ocorrência do fato gerador, mas com a aplicação da MVA de 100%, a apuração do imposto devido por substituição tributária apontou o valor de R\$4.176,62, conforme os seguintes cálculos:

Valor das mercadorias: 100.461,16
IPI : 3.917,99
Total : 104.379,15
MVA 100% : 104.379,15
Base de cálculo da ST: 208.758,30
Alíquota 27% : 56.364,74
Crédito na nota fiscal : 23.254,25
FUNCEP ICMS : 1.860,34
Valor retido na NF : 25.068,08
FUNCEP ST : 2.005,45
Total do ICMS ST devido: 4.176,62

Com base em todo o exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** a exigência fiscal não alcançada pela liminar concedida pelo Poder Judiciário, no valor de R\$ 4.176,62, e **PREJUDICADA** a defesa interposta no que tange à obrigação tributária alcançada pela liminar concedida, no valor de R\$11.272,95 (diferença entre 15.449,57 e 4.176,62), devendo o presente processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **207160.0047/23-7**, lavrada contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.**, no valor de **R\$ 15.449,57**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$ 4.176,62**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81, devendo, a PGE, adotar as providências cabíveis, relativamente ao montante de **R\$ 11.272,95**, objeto de medida judicial, nos termos do art. 117 e seguintes do RPAF/99.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR