

N.F. Nº - 207160.0051/23-4
NOTIFICADA - CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
NOTIFICANTE - FRANCISCO CARLOS SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0085-05/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. CERVEJAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALTERAÇÃO DA MVA. O Sindicato Nacional das Indústrias de Cervejas (SINDCERV) impetrou Mandado de Segurança Coletivo de nº 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 nº 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. Defesa **PREJUDICADA**. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. 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\$ 19.315,36**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 11.589,22, perfazendo um total de R\$ 30.904,58, 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 nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42 Inciso II alínea ‘e’ da Lei de nº 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 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. TOF de nº 2174491019/23-9 de 30/01/2023 e DANFE de nº 193.647 de 30/01/2023.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº 207160.0051/23-4, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o demonstrativo da memória de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 09); o **Termo de Ocorrência Fiscal** nº 2174491019/23-9 (fls. 05 e 06) datado de 28/01/2023; o **DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº 193.647** (fl. 07), Natureza da Operação – Venda, emitido na data de 30/01/2023, pela **Empresa Cervejaria Petrópolis da Bahia LTDA.** (CNPJ de nº **15.350.602/0001-46**), localizada no Estado da **Bahia - Alagoinhas**, carreando as mercadorias com NCM de nº 2203.00.00 (Cerveja Schin Pilsen), e tendo como destinatário a **Empresa Cervejaria Petrópolis S/A.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de nº **73.410.326/0199-37**); o documento do motorista e do veículo (fl. 10);

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

onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 16 a 43), protocolizada na SAT/DAT METRO/CPAF na data de 27/04/2023 (fl. 16).

Em seu arrazoado a Notificada inicia sua peça alegando a tempestividade da mesma e no tópico “*Síntese Fática*” tratou ser empresa de grande porte nacional, e se dedica a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata, e que nos termos da legislação nacional e baiana, sujeita-se ao recolhimento de ICMS próprio e ICMS substituição tributária quando realiza as vendas de sua cerveja em lata.

Explicou que nesse sentido, foi cientificada da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cervejas em lata por meio do Decreto Estadual de nº 18.406/2018, e que 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, onde a associação **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**, para autorizar suas associadas a manterem a 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 desta Notificação Fiscal.

Asseverou que, no entanto, apesar **da proibição judicial, a Notificada foi surpreendida pelo presente lançamento** no valor atualizado de R\$ 30.904,58 (trinta mil, novecentos e quatro reais e cinquenta e oito centavos) com base no que prevê o Decreto Estadual de nº 18.406/2018, sendo o montante R\$ 19.315,36 a título de ICMS e o valor de R\$ 11.589,22 correspondente à multa.

Tratou no tópico “*Preliminar – Nulidade – Crédito Fiscal com Exigibilidade Suspensa – Precedente do STJ em Sede de Repetitivo no RESP. 1.140.956 – SP*” que dentre o mérito da presente notificação, imperioso apontar que ele é nulo, pois a **CervBrasil, Associação da qual a Notificada é associada, possui liminar válida** em Mandado de Segurança impetrado perante o Superintendente da Administração Tributária do Estado da Bahia, **com a finalidade de manter a MVA cobrado sobre a cerveja em lata no percentual de 100%**, estando, portanto, o excedente de 40% previsto no Decreto Estadual de nº 18.406/2018 suspenso nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Alegou que no mérito, tampouco assiste razão à Notificada, tendo em vista que o Decreto em que a presente Notificação Fiscal se funda é inconstitucional e ilegal, defendendo em sede Preliminar a nulidade do crédito fiscal com exigibilidade suspensa trazendo precedente do **STJ em sede de repetitivo no Recurso Especial - RESP 1.140.956-SP**.

Enfatizou, que nos termos da 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.

Explanou que a Lei Complementar de 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.

Destacou que, em sua redação original, o RICMS/BA/12 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), tendo sido alterada pela publicação do Decreto Estadual de nº 18.406/2018, 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 da 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%.

Acrescentou que não se pode perder de vista o que tem sido decidido pelas E. Juntas de Julgamento Fiscal desse CONSEF em casos semelhantes, nas quais é pacífico o entendimento que a lavratura de Notificação Fiscal pode se dar no máximo até a ciência das autoridades fiscais do teor da decisão, o que, nos termos das próprias Juntas, ocorre com a publicação da mesma, sendo que a decisão proferida em sede do Mandado de Segurança de nº 0501506-72.2019.8.05.0001 ocorreu no dia 27/02/2019, enquanto a presente Notificação foi emitida via DTE no dia 27/02/2023 (6ª JJF: Acórdão 0314-06/20NF-VD).

Salientou que no caso supramencionado a Notificação Fiscal com o mesmo objeto que o presente auto, cujo débito também está abarcado pelo objeto do Mandado de Segurança de nº 0501506-72.2019.8.05.0001, não foi anulado pois, nos termos da 6ª JJF, responsável pelo julgamento, aquela Notificação Fiscal foi lavrada antes da publicação da decisão proferida no Mandado de Segurança mencionado, decisão que teria efeito “*ex nunc*”, e, portanto, não retroagiria.

Apontou no tópico “*Nulidade – Ofensa ao Princípio da Legalidade*” onde inferiu 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.

Defendeu a ilegalidade do Decreto de nº 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.

Finalizou no tópico “*Do Pedido*” onde requereu que seja julgada 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.

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.

VOTO

A Notificação Fiscal, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 01/02/2023, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 19.315,36**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 11.589,22, perfazendo um total de R\$ 30.904,58, 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 Honorato Viana (fl. 01), relacionada ao DANFE da Nota Fiscal Eletrônica – NF-e de nº 193.647, Natureza da Operação – Venda, emitido na data de 30/01/2023, pela **Empresa Cervejaria Petrópolis da Bahia LTDA.** (CNPJ de nº 15.350.602/0001-46), localizada no Estado da Bahia - Alagoinhas, carreando as mercadorias com NCM de nº 2203.00.00 (Cerveja Schin

Pilsen), e tendo como destinatário a Empresa **Cervejaria Petrópolis S/A.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de nº **73.410.326/0199-37**), 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 **30/01/2023** com o **Termo de Ocorrência Fiscal nº 217449.1019/23-9** (fls. 05 e 06).

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 a Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL) impetrou Mandado de Segurança Coletivo de nº 8185905-55.2022.8.05.0001 (14/01/2019) com liminar deferida na data de 26/02/2019 (fl. 118), **que beneficia o grupo econômico do qual a Notificada faz parte (Doc. 03)**, para que seja reconhecido o direito líquido e certo das empresas associadas apurarem e recolherem o ICMS, considerando a manutenção da MVA de 100%, donde o Excelentíssimo Magistrado, proferiu decisão, em suma nos seguintes termos:

“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;”

Note-se ser claro o *decisum* no tocante de que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) **se abstivesse de exigir** a MVA de 140% majorada pelo Decreto Estadual de nº 18.406 de 22/05/2018.

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 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 ciência 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 **fica a Defesa 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada, restando incólume a Notificação Fiscal nº 207160.0051/23-4, lavrada contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.**, que exige ICMS no valor de **R\$ 19.315,36**, 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, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR