

N.F. Nº - 217526.0077/19-3
NOTIFICADA - CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.
NOTIFICANTE - MARIA DA GRAÇA MARQUES DE ARAÚJO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/11/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0281-02/24NF-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 na data da lavratura da Notificação Fiscal. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Notificação Fiscal **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 26/02/2019, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 6.967,28**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 4.180,37, perfazendo um total de **R\$ 11.147,65**, 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:

“Mercadorias transitando neste Estado com MVA destacado no DANFE de nº 126139, emitido em 25/02/2019 retido a menor”.

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº 91.355** (fl. 05), Natureza da Operação – Transf. Produto com Produto Sujeito a Substituição Tributária, emitido na data de 25/02/2019, 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 Petra Puro Malte) e tendo como destinatário a Empresa **Cervejaria Petrópolis LTDA.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de nº 15.350.602/0013-80); cópia dos documentos do veículo e CNH do motorista (fl.08).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 13 a 131).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua peça alegando a tempestividade da mesma e no tópico **“Dos Fatos”** 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.

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 o 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 de 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 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”), MVA aplicável era de 100% (cem por cento), tendo sido alterado 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 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%.

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 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 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.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Trânsito de Mercadorias, lavrada em **26/02/2019**, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 6.967,28**, mais multa de 60%, 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), relacionado **DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº 91.355** (fl. 05), Natureza da Operação – Transf. Produto com Produto Sujeito a Substituição Tributária, emitido na data de **25/02/2019**, 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 Petra), e tendo como destinatário a Empresa **Cervejaria Petrópolis LTDA.**, localizada no **Município de Salvador**, no Estado da Bahia, (CNPJ de nº **15.350.602/0013-80**), tendo a Notificada efetuada 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 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**.

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 **0501506-72.2019.8.05.0001** (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.

Destaca-se, do deslindado, que a presente Notificação Fiscal fora **lavrada na data de 27/02/2019, na data da publicação do “decisum”** onde o juiz resolveu em interlocutório às questões que a Associação CervBrasil lhe submeteu através das proposições que delimitou a prestação jurisdicional.

Sendo assim, 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 3956/81 (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 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal de nº **217526.0077/19-3** lavrada contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.**, no valor de **R\$ 6.967,28**, 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, 08 de novembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA