

N. F. Nº - 099883.0096/19-0
NOTIFICADO - CERVEJARIA PETRÓPOLIS LTDA.
NOTIFICANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/01/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0314-02/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOR DE ICMS. Sujeito passivo utilizou percentual de MVA a menor para cálculo do ICMS ST. Escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia da discussão da lide na esfera administrativa. Aplicação do art. 117 do RPAF-BA. DEFESA PREJUDICADA. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrada em 21/02/2019, a Notificação Fiscal exige ICMS de R\$ 13.914,88, acusando cometimento da seguinte infração:

54.02.02. Procedeu a retenção e o recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes para fins de antecipação tributária. **Valor:** R\$ 13.914,88. **Período:** 21/02/2019. **Enquadramento Legal:** art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96. **Multa** - 60%, art. 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Consta na Descrição dos Fatos “*Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Destacou a menor o ICMS, da substituição tributária total, dos produtos enquadrados no Anexo Único do RICMS/BA, NCM/SH 2203.00.00, constante do DANFE nº 000091041*”.

Foram anexados aos autos: demonstrativo de débito, DANFE da NF-e nº 000091041, memória de cálculo, intimação da lavratura/AR, dentre outros documentos.

O contribuinte ingressou com Impugnação (fl. 10/32), na qual se qualificou, informou sobre a tempestividade, passando a apresentar as suas razões de defesa.

Dos Fatos

Diz ser empresa de grande porte nacional, dedicada precipuamente a fabricação e comércio atacadista de bebidas, dentre as quais se destaca o comércio de cerveja, inclusive em lata. Dessa forma, nos termos da legislação nacional e baiana, se sujeita ao recolhimento de ICMS próprio e ICMS substituição tributária quando realiza as vendas de sua cerveja em lata.

Informa que foi cientificada da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cervejas em lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, mas, convencida da inconstitucionalidade e ilegalidade da referida majoração, junto a outras cervejarias, por meio da associação CervBrasil, recorreram ao Poder Judiciário para se proteger de eventual cobrança tributária descabida em seu comércio de cerveja em lata, obtendo decisão liminar autorizando suas associadas a manterem a MVA em 100% e proibindo a Fazenda da Bahia de adotar qualquer ato coercitivo para cobrança, tal qual a lavratura de Auto de Infração.

Preliminar – Nulidade – Crédito Fiscal com Exigibilidade Suspensa – Precedente do STJ em Sede de Repetitivo no Resp 1.140.956-SP

Alerta que antes de entrar no mérito da autuação aponta a nulidade da autuação, pois a Impugnante possui liminar em Mandado de Segurança válida com a finalidade de manter a MVA

cobrada sobre a cerveja em lata no percentual de 100%, estando suspenso, portanto, o excedente de 40% previsto no decreto nº Estadual nº 18.406/2018, nos termos do art. 151, IV, do CTN, conforme seria demonstrado.

Reitera comercializar cerveja, inclusive cerveja em lata, razão pela qual está submetida ao recolhimento do ICMS referente as suas operações, assim como ao recolhimento do ICMS/ST, nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

Acentua que a Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”) estabelece os parâmetros para a instituição e aplicação do ICMS/ST por parte dos Estados e 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.

Diz que a Lei Kandir prevê que a base de cálculo para a incidência do ICMS/ST poderá ser calculada de determinadas formas, entre as quais, a partir da utilização da margem de valor agregado (“MVA”), calculada conforme preços usualmente praticados no mercado, sendo que a Bahia publicou a Lei Estadual nº 7.014/1996, estabelecendo o texto base para aplicação do ICMS/ST no Estado, deixando expresso que a definição do MVA será baseada em pesquisas de mercado e consultas a entidades de classe.

Aduz que tal texto legal foi complementado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012, Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS/BA”), determinando a MVA aplicável a cada produto 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). Ocorre que, 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.

Por força do referido Decreto, as empresas fabricantes de Cerveja em Lata foram obrigadas a realizar a apuração e o recolhimento de ICMS/ST com MVA que não refletia os preços usualmente praticados no mercado, em patente ofensa às disposições da Lei Estadual nº 7.014/1996 e da Lei Kandir.

Ciente da inconstitucionalidade e ilegalidade do referido Decreto, a Impugnante, juntamente com outras empresas do ramo, recorreram ao Poder Judiciário por meio da CervBrasil, que impetrou o Mandado de Segurança nº 0501506- 72.2019.8.05.0001, que tramitava perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no qual pugnou que 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 a 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% .

Reproduzindo trechos dos pedidos realizados na referida ação judicial, na qual a Juíza do caso deferiu a liminar pleiteada, determinando que a Impugnada estaria proibida de tomar qualquer medida coercitiva, como por exemplo a lavratura de Auto de Infração, em relação as empresas associadas a CervBrasil. Contudo, em que pese a proibição judicial, a Impugnante teria sido surpreendida pelo presente “Auto de Infração”.

Fala não precisar digressões para verificar que o objeto do referido Mandado de Segurança ser exatamente o mesmo que o do presente “Auto de Infração”, de forma que a presente lavratura consiste em ato atentatório a dignidade da justiça, pois afronta a ordem judicial, conforme prevê o art. 77, IV, do Código de Processo Civil.

Além do descumprimento da ordem judicial proferida no Mandado de Segurança em referência, entende evidente que a liminar concedida em tal processo se enquadra no disposto no art. 151, IV, do CTN, reproduzido:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Portanto, inconteste que o objeto da presente lavratura se encontra com a exigibilidade suspensa.

Prosseguindo, diz que as alegações defensivas fazendo referência a jurisprudência do STJ, que em sede de Recurso Repetitivo, especificamente no REsp nº 1.140.956/SP, implica na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ficando o Fisco impedido de realizar qualquer ação coercitiva para sua cobrança, inclusive a lavratura de auto de infração.

De todo o exposto, depreende-se que o objeto da presente autuação está acobertado por liminar deferida em sede de Mandado de Segurança, expressamente vedando a lavratura de auto de infração.

Depreende-se, também, que o crédito tributário ora cobrado está suspenso, nos termos do art. 151, IV, do CTN, não havendo, portanto, outra alternativa que não a anulação da presente autuação, vez que lavrada em desrespeito à ordem judicial e à precedente do STJ. Dessa forma, requer a Nulidade da presente lavratura.

Da Nulidade – Ofensa ao Princípio da Legalidade

Alega que a presente lavratura possui outro vício que a torna nula, qual seja o desrespeito ao princípio da legalidade (tipicidade), previsto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, condições necessárias a permitir ao autuado compreender a irregularidade que lhe está sendo imputada e, então, exercer o contraditório e ampla defesa.

No caso em tela, a Autoridade Fiscal teria afirmado que a Impugnada realizou retenção e recolhimento a menor de ICMS-ST, em desrespeito ao art. 8º, II da Lei 7.014/96, incorrendo na multa prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96.

Reproduzindo o art. 18, IV, “a”, do RPAF e excerto de doutrina a respeito, diz que o AI não pode definir genericamente os dispositivos infringidos, mas de forma clara para possibilitar a compreensão e exata dimensão do lançamento, sob pena de sua nulidade.

Aduz não negar a recolher o ICMS-ST, mas entende não estar claro onde infringiu o dispositivo de enquadramento, qual seja o desrespeito ao Decreto 18.406/2018, de modo que chama atenção para o enquadramento legal utilizado pela autoridade fiscal para a presente lavratura, o qual não estaria embasado de forma precisa, com indicação clara da infração ocorrida, fato que entende ofender ao princípio da tipicidade (legalidade), não havendo outra opção além da sua declaração de Nulidade.

No tópico “**Da Ilegalidade do Decreto Nº 18.406/2018 – Da Inobservância à Lei Estadual Nº 7.014/1996**”, após reproduzir o art. 8º da LC 87/1996, art. 23, § 4º da Lei 7014/96, bem como ementa de decisão do STJ, requer que o “auto de infração” seja julgado improcedente, haja vista a ilegalidade da majoração da MVA das cervejas em lata, visto que o Estado da Bahia não teria se baseado em pesquisas de mercado para realizá-lo, como dispõe o arcabouço normativo orientador do regramento do ICMS/ST.

Da Inconstitucionalidade da Majoração da MVA – Violação ao Princípio da Legalidade”

Reproduzindo os arts. 5º, II, 59 da CF, art. 97, do CTN, parte da decisão do STJ no Agravo Regimental 363.577-RO, bem como ementas e partes de outras decisões do STJ, diz restar demonstrado que a majoração da MVA referente a Cerveja em Lata não poderia ter sido instituída por Decreto e, portanto, deve ser afastada ante a ausência de previsão expressa em lei, sendo clara a ofensa aos arts. 5, II, 150, I, da CF e art. 97 do CTN, de forma que requer a improcedência do AI ante a inconstitucionalidade da majoração da MVA da cerveja em lata de 100% para 140%.

Dos Pedidos

Por todo o exposto, requer:

- (i) Seja o Auto de Infração JULGADO NULO, tendo em vista a existência de liminar em

Mandado de Segurança que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário cobrado, bem como a decisão judicial ser expressa no sentido da impossibilidade de lavratura de “Auto de Infração”;

- (ii) Subsidiariamente, requer que o Auto de Infração seja JULGADO NULO, considerando a inexistência de elementos necessários à sua compreensão, ofendendo o princípio da legalidade (tipicidade);
- (iii) Caso não se entenda pela Nulidade, requer que o Auto de Infração seja JULGADO IMPROCEDENTE, tendo em vista que a majoração da MVA para 140% é ilegal por não obedecer aos preços praticados pelo mercado, como determinaria a Lei Kandir;
- (iv) Ou, seja o Auto de Infração JULGADO IMPROCEDENTE, tendo em vista que a majoração da MVA da cerveja em lata ser inconstitucional, em virtude de ter sido realizada via decreto, quando deveria ser feita por lei em sentido estrito.

Ao final, protestou pela realização de sustentação oral.

No curso da instrução processual o PAF foi encaminhado em diligência à PGE-PROFIS para emissão de parecer acerca da repercussão da decisão judicial interlocutória no presente PAF (fls. 124 e 136), que, em parecer, manifestou-se pelo seguimento do PAF nesta via administrativa tendo em vista a lavratura do Auto de Infração antes da citada decisão judicial (fls. 186-188).

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que a defesa foi exercida dentro do prazo regulamentar. O lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente atendem as formalidades legais e não se inserem em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O contribuinte compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o direito de ampla defesa, abordando os aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, sustentam suas teses defensivas, tendo exercido, sem qualquer restrição, o contraditório no presente processo administrativo fiscal.

Registro, também, que este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade e ilegalidade de normas. Não cabe a este órgão julgador realizar juízo de valor sobre a inconstitucionalidade e/ou ilegalidades de normas legais, nem afastar a sua aplicabilidade, devendo atuar em estrita obediência ao disposto pelo artigo 167 do RPAF/BA/99, que veda, de forma expressa, a apreciação de tais matérias.

A Notificação Fiscal em lide foi lavrada em 21/02/2019, no Posto Fiscal Honorato Viana, para exigir um crédito tributário no valor histórico de R\$ 13.914,88, acrescido de multa de 60% e demais acréscimos legais, em decorrência do cometimento da Infração **54.02.02**, referente 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.

A Notificada efetuou a retenção a menor e o consequente recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente à operação interna subsequente, tendo utilizado o percentual da Margem de Valor Agregado - MVA reduzido, em desacordo com a alteração prevista pelo Decreto nº 18.406/2018, que alterou o Decreto 13.780/2012 (RICMS-BA).

O enquadramento Legal está no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96 e a tipificação da Multa no art. 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Antes de adentrar no mérito do presente lançamento tributário, constato a existência de questão prejudicial que inviabiliza o debate no âmbito administrativo e o seu consequente julgamento.

Analisando os elementos trazidos aos autos, verifica-se que a Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL) impetrou Mandado de Segurança Coletivo de nº 0501506-72.2019.8.05.0001, em 14/01/2019, tendo obtido Decisão liminar em 26/02/2019 (fl. 128), a qual garantiu ao sujeito passivo, dentre outros fabricantes de cerveja, o reconhecimento do direito líquido e certo de as empresas associadas apurarem e recolherem o ICMS, considerando a manutenção da MVA de 100%, 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;”.

Desse modo, constata-se o comando decisório para que a autoridade impetrada (Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia) se abstenha de exigir a MVA de 140%, majorada pelo Decreto Estadual de nº 18.406/2018.

No curso da instrução processual tal questão jurídica foi objeto de diligência à PGE-PROFIS com o objetivo de apontar a repercussão do comando judicial neste caso, oportunidade que em parecer apontou que em que pese a decisão ser teratológica por contrariar o art. 151, IV, do CTN, tratando-se de Auto de Infração lavrado antes da ciência do comando judicial pela SEFAZ, não desvela descumprimento da demanda judicial.

Nesse sentido, importa ressaltar, que o Mandado de Segurança é uma medida judicial cuja finalidade é a tutela de 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 autoridade. Trata-se de remédio jurídico, por ser um mecanismo mais rápido para se obter a garantia pretendida e admite decisão de caráter liminar, a qual possibilita que o juiz determine a garantia do direito discutido em juízo antes da decisão definitiva do mérito da ação.

No entanto, a opção do sujeito passivo de levar a discussão para apreciação do poder judiciário não invalida o direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento com a finalidade de resguardar o crédito tributário da decadência, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

(...)

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.

(...)

Semelhante disposição encontra-se resguardada pelo art. 126, c/c o art. 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (Lei de nº 3956/81):

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.

Os comandos regulamentares (RPAF-BA/99) também determinam que a propositura de medida judicial pelo contribuinte implica na desistência da impugnação na esfera administrativa, como dispõe o 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.

Dessa forma, além de a decisão judicial liminar no citado Mandado de Segurança ter sido posterior à ocorrência dos fatos geradores da autuação, observo que, ainda que fora anterior não obstaría a lavratura do lançamento fiscal pelo sujeito ativo tributário com efeito de prevenir eventual decadência, vez que a citada decisão judicial liminar se limita a suspender a exigibilidade do crédito constituído, conforme reconhece o próprio Impugnante.

Assim, optando pela via judicial, tenho a defesa administrativa como prejudicada, em função do esgotamento desta instância, devendo o Processo Administrativo Fiscal – PAF ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis.

Considero a Notificação Fiscal PROCEDENTE.

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 **099883.0096/19-0**, lavrada contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.**, no valor de **R\$ 13.914,88**, acrescida de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado ao setor competente para adoção das providências cabíveis, na forma do disposto pelo art. 117 do RPAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – JULGADORA