

A. I. N°	- 298624.0035/23-8
AUTUADO	- CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTES	- WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM	- DAT METRO / IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 25/02/2025

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/25-VD

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO A MENOS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS POR SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. Existência de Mandado de Segurança. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa. A exigibilidade do crédito tributário, deve ficar suspensa até decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme estatui o art. 126, do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/07/2023, exige crédito tributário no valor de R\$ 451.224,81, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração 01 - **008.007.002**. Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, janeiro e fevereiro de 2020.

O Autuado impugna o lançamento, fl. 19 a 50, articulando os argumentos resumidos a seguir.

DOS FATOS

Revela 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. 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. Nesse sentido, diz ter sido científica da majoração da Margem de Valor Agregado (MVA) das cervejas em lata por meio do Dec. nº 18.406/2018.

Menciona que, convencida da constitucionalidade 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.

Revela que a CervBrasil, então, 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 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.

Frisa que, apesar da proibição judicial, foi surpreendida pelo presente lançamento no valor atualizado de R\$ 451.224,81, com base no que prevê o Dec. nº 18.406/2018, o que fica evidente quando analisou o arquivo em formato Excel que acompanha a presente acusação.

Sustenta que o presente auto de infração deve ser anulado, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito ora cobrado em virtude de decisão judicial, ou no mínimo, suspenso sem a aplicação de multa e juros. Além disso, deve o presente auto de infração ser anulado por desrespeitar o princípio da legalidade.

Prossegue destacando que no mérito, tampouco assiste razão à Impugnada, tendo em vista que o Decreto em que o presente Auto de Infração se funda é inconstitucional e ilegal.

PRELIMINAR - NULIDADE - CRÉDITO FISCAL COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA - PRECEDENTE DO STJ EM SEDE DE REPETITIVO NO RESP 1.140.956-SP

Sustenta ser nula a autuação, pois a CervBrasil, Associação da qual 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 Dec. nº 18.406/2018 suspenso nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Registra que tem como objeto social a comercialização de bebidas, dentre as quais se destaca o produto cerveja, que dentre outras formas é vendida acondicionada em latas, razão pela qual se submete ao recolhimento do ICMS - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

Diz que nos termos da legislação baiana, 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, portanto, também se submete ao recolhimento do ICMS Substituição Tributária (ST), nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Cita que a Lei Complementar nº 87/1996 (“Lei Kandir”) estabelece os parâmetros para a instituição e aplicação do ICMS/ST por parte dos Estados. 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.

Afirma que a mesma 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. Diz que segundo o que dispõe a Lei Kandir, 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. Diz que tal texto legal foi complementado pelo Decreto Estadual nº 13.780/2012 - Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS-BA/12”) – o qual determinou o percentual MVA aplicável aos produtos objeto da incidência do ICMS/ST.

Revela 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%. Ocorre que, ao ser publicado o Dec. 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.

Observa que o Dec. nº 18.406/2018 foi editado sem o amparo de nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 23, § 4º, da Lei Estadual 7.014/1996, de forma que, por força desse Decreto, as empresas fabricantes de Cerveja em Lata, foram obrigadas a realizar a apuração e o recolhimento de ICMS/ST com MVA que não reflete os preços usualmente praticados no mercado, em patente ofensa às disposições da Lei Estadual nº 7.014/1996 e da Lei Kandir.

Menciona que ciente da inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto nº 18.406/2018, junto a outras empresas do ramo, recorreram ao Poder Judiciário por meio da CervBrasil (associação que congrega diversas empresas do ramo da produção de cerveja, dentre as quais o seu estabelecimento (Doc. 03)). A CervBrasil, então, impetrou o Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001 (Doc. 04), que tramita perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, no qual pugnou primeiramente fossem suas associadas 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%, conforme reproduzido à fl. 24.

Explica que compreendendo que as empresas associadas à CervBrasil corriam sério risco econômico ante ao inconstitucional e ilegal Decreto que majorou a MVA das cervejas em lata, a Juíza responsável

pelo Mandado de Segurança, Dra. Juliana de Castro Madeira Campos, deferiu a liminar pleiteada (Doc. 05) 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 da CervBrasil, decisão que se mantém vigente até a data atual, fl. 25.

Revela que, contudo, em que pese a proibição judicial, foi surpreendida pelo presente Auto de Infração.

Afirma não serem necessárias grandes digressões para se verificar que o objeto do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001 é exatamente o mesmo que o do presente Auto de Infração, de forma que a lavratura do presente Auto de Infração consiste em verdadeiro ato atentatório à dignidade da justiça, pois fere frontalmente ordem judicial, conforme prevê o art. 77, IV, do Código de Processo Civil, fl. 25.

Pondera que analisando a motivação do Auto de Infração, nota-se que se pretende cobrar exatamente a diferença entre a MVA que está sendo aplicada por força de liminar (MVA de 100%) em relação a de a MVA prevista em Decreto Estadual (MVA de 140%), fl. 26.

Sustenta que além do expresso descumprimento da ordem judicial proferida no Mandado de Segurança em referência, é evidente que a liminar concedida em tal processo se enquadra perfeitamente no que dispõe o art. 151, IV, do CTN, ou seja, é incontestável que o objeto do presente Auto de Infração se encontra com a exigibilidade suspensa.

Assevera ser cediço no meio tributário, inclusive com entendimento pacificado pelo STJ em sede do Recurso Repetitivo REsp nº 1.140.956/SP que, estando a exigibilidade do crédito tributário suspensa, fica o Fisco impedido de realizar qualquer ação coercitiva para sua cobrança, inclusive a lavratura de auto de infração. Dessa forma, não poderia ter o Agente Fiscal autuante lavrado os autos da forma como o fez, considerando que o presente débito tributário se encontra suspenso por decisão judicial.

Afirma se tratar de verdadeiro absurdo, pois como dito, ainda que lançado, o presente débito deveria quedar suspenso, sendo que poderia ser intimada, no máximo, para impugnar os valores do lançamento, mas nunca para pagar ou apresentar defesa sob pena de revelia.

Observa que o absurdo prossegue, pois o Agente Fiscal ainda lhe imputa multa sobre os valores, o que é um verdadeiro despautério, pois sabidamente, se o débito tributário está suspenso por decisão judicial, inexiste a obrigação e nem prazo para adimpli-lo, não havendo que se falar da aplicação de multa.

Assevera que não se pode perder também 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 auto de infração 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.

Registra que a decisão proferida em sede do Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001 ocorreu no dia 27/02/2019 (Doc. 06), enquanto o presente Auto foi emitido via DTE no dia 07/06/2023, fl. 29.

Nesse ponto, menciona a decisão recente da 6ª JJF, no Acórdão JJF Nº 0314-0620NF-VD em caso envolvendo o mesmo objeto desses autos, conforme ementa que reproduz à fl. 29.

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

Revela que no caso presente, como visto, a publicação da decisão ocorreu mais de 3 anos antes da lavratura do presente auto, de forma que, pelos critérios adotados anteriormente, referida decisão já estava produzindo efeitos. Assim, necessário seja respeitada a jurisprudência das JJF, sendo o presente Auto de Infração cancelado.

Sustenta que o objeto do presente Auto de Infração está acobertado por liminar deferida em sede de Mandado de Segurança, na qual há ordem expressa que veda 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, o que por si só já impediria a lavratura de Auto de Infração por parte da Impugnada.

Assinala, ainda, que o presente auto foi lavrado posteriormente a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0501506-72.2019.8.05.0001, justamente impedindo tal lavratura. Dessa forma, não há uma alternativa, portanto, que não seja a anulação do presente Auto de Infração.

Assim, requer seja o presente Auto de Infração declarado nulo.

PRELIMINAR - DUPLICIDADE DE COBRANÇA

Destaca que, ao analisar o arquivo em formato Excel que acompanha a presente acusação, denominado, se deparou com vício passível de nulidade, cujo qual compromete a lavratura do presente auto de infração.

Afirma que a autoridade fiscal incluiu na cobrança do presente auto de infração valores que já estão sendo objetos de outros autos, ou seja, há duplicidade de cobrança pelo mesmo fato.

Cita os exemplos, a título de amostragem:

- I) DANFE 73499 – Objeto da Notificação Fiscal nº 2692000001/23-7;
- II) DANFE 73263 e 73166 – Objeto da Notificação Fiscal nº 2692000001/23-7;
- III) DANFE 72893 – Objeto da Notificação Fiscal nº 2692000001/23-7.

Assinala que, como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello, o objeto pode ser definido como sendo a coisa ou relação jurídica sobre a qual incidirá o ato, ao passo que o conteúdo subsume-se ao assunto nele exposto. Aquele (objeto) é pressuposto de existência, enquanto este é elemento intrínseco ao ato administrativo, trata-se de parte de compõe a conduta.

Assevera a impossibilidade de as referidas operações serem objetos do presente auto de infração, o que impede a existência deste, pois, verifica-se a falta de um dos pressupostos de existência do ato administrativo. Não fosse isso, estaríamos diante de dupla cobrança pelo mesmo fato gerador, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, consoante exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa reproduz à fl.35. Ademais, não se pode perder de vista que a administração pública, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, deve respeito à moralidade, princípio que exige a observância à boa-fé, à honestidade e à lealdade, no exercício da função administrativa (moralidade jurídica).

Pondera que, ao incluir autuações passadas no presente auto de infração, demonstra-se violação direta à moralidade administrativa e à legalidade, haja vista que, sutilmente, tentou a autoridade fiscal cobrar duas vezes uma única operação. Aliás, são dezenas de operações cobradas em duplicidade, o que causa certa estranheza na forma com que foi o presente auto lavrado.

Frisa que, tendo em vista o vício insanável presente no referido auto de infração, requer seja este declarado nulo, por violação direta ao art. 37 da Constituição Federal.

NULIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Observa que o presente Auto de Infração possui outro vício que o torna nulo, o desrespeito ao princípio da legalidade (tipicidade). Afirma que todo procedimento administrativo deve ser precedido de certos princípios, dentre os quais se inclui o princípio da tipicidade.

Revela que de acordo com o princípio da tipicidade, a correta capituloção das infrações é imprescindível para indicar qual a ilegalidade praticada pelo contribuinte, apta a ensejar o lançamento de ofício, previsto no art. 142, do Código Tributário Nacional.

Explica que tais condições são necessárias, pois permitem ao Autuado compreender a irregularidade que lhe está sendo imputada e, então, tenha condições de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa (art. 5, LV da Constituição Federal).

Afirma que, não restam dúvidas que o Auto de Infração 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.

Diz que no caso em tela, a Autoridade Fiscal afirma que a Impugnada realizou retenção e recolhimento a menos de ICMS-ST. E, ainda de acordo com a Autoridade Fiscal, que desrespeitou o art. 8º, II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS, incorrendo na multa prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96.

Revela que da leitura do art. 8º da Lei Estadual, bem como do art. 289, do RICMS-BA/12, 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. Diz não questionar sua inclusão nessa categoria, e nem se nega a recolher o ICMS-ST para toda a cadeia, para tanto, basta uma simples análise de seus livros fiscais para perceber que mês a mês declara e recolhe referido tributo. Entretanto, não está claro aonde, nesse dispositivo apontado como infringido, há menção ao recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme lhe acusa a Autoridade Fiscal. Pois bem, indaga qual dispositivo legal foi desrespeitado.

Assevera não caber o trabalho de adivinhar qual dispositivo legal ofendeu, e ainda qual de todas as situações previstas nesse dispositivo legal praticou. De uma simples leitura do art. 142, do CTN, vê-se que tal responsabilidade compete à Autoridade Fiscal.

Sustenta que, não estando o Auto de Infração precisamente embasado com indicação clara da infração ocorrida, como de fato não está, resta configurada grave ofensa ao princípio da tipicidade (legalidade), não havendo outra opção além de se declarar a nulidade. Repisa-se, de uma simples leitura do art. 8º, II, da Lei 7.014/96 depreende-se, tão-somente, que é Substituta Tributária em suas operações nesse Estado da Bahia.

Diz restar evidente que os dispositivos indicados pelo Agente Fiscal autuante não possuem o condão de embasar a autuação: a uma, porque o dispositivo descrito como ofendido sequer foi mencionado no enquadramento legal; a duas, porque da leitura dos citados dispositivos infringidos não se chega à conclusão de qualquer infração praticada; a três, porque, nos dispositivos infringidos, não tratam de qualquer prática ilegal, mas tão somente da configuração como substituto tributário em determinadas operações.

Declara restar claro que a Autoridade Fiscal não apontou qual seria a conduta violada, na medida em que não indicou claramente o dispositivo infringido que teria incorrido, expondo a infração de forma vaga e concedendo margem a diversas interpretações possíveis, sem que se tenha certeza sobre qual a autuação se baseou para imputar o lançamento, cerceando, assim, o direito de defesa da empresa.

Frisa que da narração dos fatos supra já se percebe cabalmente que não há elementos suficientes para se estabelecer com segurança a suposta infração apontada pelo fiscal de renda 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 e art. 289, do RICMS-BA/12.

Afirma ser evidente a violação ao art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA/99, o qual estabelece que o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, será nulo.

Requer seja o presente Auto de Infração julgado nulo, em virtude da ofensa ao princípio da legalidade.

DA ILEGALIDADE DO DECRETO N° 18.406/2018 – DA INOBSErvâNCIA À LEI ESTADUAL N° 7.014/1996

Pondera que, caso não se entenda pela nulidade do presente Auto de Infração, seja em virtude da suspensão da exigibilidade do crédito escusado nos termos do art. 151, IV, seja pelo desrespeito ao princípio da legalidade.

Assinala que a Constituição Federal, em seu art. 150, § 7º, faculta à lei atribuir “a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente”. No que diz respeito ao ICMS, o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, estabelece que cabe à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária. E assim o fez a Lei Complementar nº 87/1996, cujo artigo 8º tratou da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária.

De acordo com o art. 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.

Prossegue destacando que seguindo a lógica do art. 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. Ocorre que o Dec. nº 18.704/2018, que alterou o RICMS-BA/12 e majorou a MVA aplicável à cerveja em lata não observou tais mandamentos.

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

Registra que com o advento do Dec. 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. Sustenta 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”.

Revela que a CervBrasil, entidade representativa do setor de bebidas da qual ela 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.

Lembra que o STJ tratou da definição de preço final presumido ao consumidor final, que segue lógica similar à estipulação do MVA, ou seja, depende de pesquisas de mercado para ser estipulada, de forma que refletia a realidade econômica do mercado em decisão cuja ementa reproduz.

Frisa que, como o Estado da Bahia não baseou o aumento do MVA para Cervejas em Lata em pesquisas de mercado, nem consultou entidade representativa do setor, é inconstitucional e ilegal a imposição do novo MVA pelo Dec. nº 18.704/2018, seja pela falta de motivação, seja pelo desrespeito às normas orientadoras do ICMS-ST, descritas citadas.

Requer que o Auto de Infração julgado improcedente ante a ilegalidade da majoração do MVA das cervejas em lata.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA MVA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Prossegue declarando o presente Auto de Infração também é inconstitucional por violar o princípio da legalidade.

Observa que o art. 59, da Constituição Federal consagra o princípio da hierarquia das leis, por meio do qual os atos expedidos por Autoridades do Poder Executivo (tais como Portarias, Instruções Normativas e Decretos) devem se subordinar às Leis que regulamentam, já que, por serem atos hierarquicamente inferiores, não podem criar novas obrigações e muito menos majorar tributos conferidos por Lei.

Destaca 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. A esse princípio está subordinada a Administração Pública direta e indireta da

União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, em conformidade com o artigo 37, caput, da CF/88.

Pondera que apesar de 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. Assim, ao aumentar a MVA aplicável à Cerveja em Lata por meio do Decreto Estadual nº 18.406/2018, majorou o ICMS-ST, em clara ofensa aos dispositivos constitucionais indicados acima, bem como a Lei Complementar nº 87/96 e ao próprio art. 97 do Código Tributário Nacional.

Registra que esse respeito, o E. Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao Agravo Regimental nº 363.577-RO e manteve acórdão do STJ, que julgou Recurso Ordinário em Mandado de Segurança porque, em tal caso concreto, houve Decreto emitido pelo Poder Executivo de Rondônia aumentando a carga tributária, reconhecendo que os reajustes da margem de valor agregado (MVA) representam majoração do imposto, devendo obedecer ao Princípio da Legalidade.

Revela não ser por outra razão, que os Tribunais de Justiça dos Estados, indistintamente, concedem a segurança pleiteada pelos contribuintes por reconhecerem violação ao princípio da legalidade quando a alteração da MVA implica em majoração de cobrança de ICMS/ST, sem que isto tenha sido estabelecido expressamente por lei.

Em suma, aduz restar 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.

Pugna pela improcedência do presente auto de infração ante a constitucionalidade da majoração da MVA da cerveja em lata para 140%.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer:

- (i) Seja o presente Auto de Infração julgado nulo, 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 de Auto de Infração;
- (ii) Seja reconhecida a nulidade do presente auto de infração, uma vez que há duplicidade de cobrança, consoante alhures demonstrado.
- (iii) subsidiariamente, requer seja o presente Auto de Infração julgado nulo, considerando que não trouxe os elementos necessários a sua compreensão, ofendendo o princípio da legalidade (tipicidade);
- (iv) caso vossas excelências não entendam que os casos de nulidade de aplicam ao presente caso, o que não se imagina, requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente tendo em vista que a majoração da MVA para 140% é ilegal por não obedecer aos preços praticados pelo mercado, como determina a Lei Kandir; ou,
- (v) seja o presente Auto de Infração julgado improcedente, tendo em vista que a majoração da MVA da cerveja em lata é constitucional em virtude de ter sido realizada via decreto, quando deveria ser feita por lei em sentido estrito.

Os Autuantes prestam informação fiscal às fls. 345 a 346, articulando os seguintes argumentos.

Observa que o auto em apreço acusou que o estabelecimento “Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”.

Depois de sintetizarem o teor da Defesa, informam que acatam o pleito do contribuinte e retiraram todas as Notas Fiscais apresentadas como sendo cobradas em duplicidade, fls. 31 a 34, desse Auto de Infração. Feito isso o lançamento de janeiro de 2020 diminui, indo de R\$ 78.678,36, para R\$ 53.451,75.

Assinalam que anexam a impressão do referido mês a essa informação à fl. 346.

Concluem opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Essa 3^a JJF converte os autos em diligência, à PGE-PROFIS fl. 353, para que se manifeste acerca do andamento em que se encontra o Processo n° 0501506-72.2019.8.05.0001e qual a sua repercussão nos presentes autos.

Em seu Parecer acostado às fls. 355 a 357, esclareceu, no que toca ao andamento, o aludido processo teve como último ato processual a preterição do Ministério Público Estadual declarando o desinteresse de apresentar manifestação sobre o mérito da ação, estando o processo parado desde 10/08/24. Ou seja, ainda não existe uma decisão final sobre a pretensão da autuada, por conduto do Mandado de Segurança Coletivo. Explicou que, da análise da pretensão de tutela inserta na inicial, observa-se a absoluta congruência entre o mesmo e a infração assacada no presente Auto de Infração, devendo ser aplicado, dessa forma o previsto no inciso II, do art. 117, do RPAF-BA/99.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 361 e 362, o Autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

O presente processo exige ICMS referente a Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Em sede Defesa, o pugnou pela nulidade do Auto de Infração tendo em vista a existência de liminar em Mandado de Segurança que suspendeu a exigibilidade de crédito ora cobrado, bem como a decisão judicial ser expressa no sentido da impossibilidade de lavratura de Auto de Infração.

Explicou que impetrou em 14/01/2019 o Mandado de Segurança Coletivo nº 0501506-72.2019 através da CervBrasil (associação que congrega diversas empresas do ramo de produção de cerveja) que tramita perante a 3^a Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, para conceder medida liminar inaudita altera parte para autorizar os associados da Impetrante, os quais estão elencados na lista anexa a esta Exordial (Doc. 01), 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%), posto que a majoração para 140% é inequivocamente ilegal e inconstitucional, bem como determinar 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. fl. 24.

Apresentou decisão proferida pelo Juízo da 3^a Vara da Fazenda Pública Estadual, em 26/02/2018, determinando que o impetrado, Superintendente da Administração Tributária da SEFAZ/BA, 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%), consoante decisão constante da Decisão Interlocutória, cópia acostada às fls. 180v a 182, cujo teor da concessão da liminar de segurança, reproduzo abaixo:

“(...).Posto isso, com base no art. 7º, II, da Lei n. 12.016/2009, concedo a segurança liminar para determinar que a 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 r que a Autoridade coatora se abstenha de impor qualquer medida coercitiva, como por exemplo a lavratura de autos de infração, óbices a expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, etc. Notifiquem-se a autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo de dez dias, as informações que entenderem necessárias. Intime-se o Representante Legal

da FPE. Abra-se vista ao Ministério Público, oportunamente. Autorizo que se utilize esta decisão como mandado. Salvador (BA), 26/02/2019. Juliana de Castro Madeira Campos - Titular Juiza de Direito".

Pugnou o Defendente pelo cancelamento da exigência consubstanciada no presente Auto de Infração, em cumprimento à decisão judicial proferida em seu favor, nos termos do inciso IV, do art. 151, do CTN.

De acordo com o entendimento pacificado neste CONSEF em matérias semelhantes, e consoante o disposto no art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, e no art. 117, do RPAF-BA/99, "a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto".

Convém ressaltar, por importante, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (art. 151, V, do CTN), tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede o lançamento do imposto.

Logo, resta suspensa provisoriamente a exigibilidade objeto da presente autuação, por proteção judicial, se ao final da ação for julgada desfavorável ao contribuinte, o crédito tributário deverá ser atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora previstos na legislação estadual, contando prazo a partir da data da ocorrência dos fatos geradores.

Com a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, fica prejudicada a defesa interposta, conforme previsão expressa no inciso II, do § 1º, do art. 117, do RPAF-BA/99.

Assim, nos termos do inciso IV, do art. 122, do RPAF-BA/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a defesa, mantendo-se o lançamento até decisão final pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PREJUDICADA a defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº 298624.0035/23-8, lavrado contra CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme estatui o art. 126, do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2025.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA