

A. I. Nº - 207349.0006/18-0
AUTUADO - CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.
AUTUANTES - VERA LUCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-01/19

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO A MENOR. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PARA CONTRIBUINTES NESTE ESTADO. Não estão sujeitas ao princípio da anterioridade o estabelecimento de MVA ajustada e a alteração de percentual de redução da base de cálculo. A introdução de dispositivo, estabelecendo a aplicação de MVA ajustada, revoga dispositivo já existente que impedia a sua aplicação. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/12/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$680.964,66, em decorrência de retenção a menor do ICMS, e o consequentemente recolhimento a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados neste Estado (08.07.02), ocorrido de dezembro de 2015 a abril de 2016 e de junho a outubro de 2016, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 34 a 48. Disse que seguiu os critérios estabelecidos no Protocolo ICMS 11/91 para efetuar o cálculo do imposto devido por substituição tributária. Destacou ser indevida a exigência de aplicação da MVA ajustada, conforme § 14 do art. 289 do RICMS, pois as operações estavam amparadas em acordo interestadual.

Além disso, alegou que as alterações promovidas pela legislação da Bahia em relação à MVA não observaram o princípio da anterioridade tributária. Afirmou, também, que o referido princípio não foi observado em relação ao aumento da alíquota de 24 para 25%, ocorrido em meados de 2016 e cujos efeitos somente se dariam em janeiro de 2017.

Lembrou que o Protocolo ICMS 11/91 foi alterado em 2015 pelo Protocolo ICMS 56/15 para estabelecer que o cálculo da substituição tributária, nas operações interestaduais destinada à Bahia, deveriam levar em consideração os critérios definidos na legislação da Bahia.

Reclamou que a legislação da Bahia, além de definir a MVA, previu a chamada MVA ajustada. Entretanto, alertou que o § 14 do art. 289 do RICMS, durante o período de ocorrência dos fatos geradores, apenas admitia a aplicação da MVA ajustada nas hipóteses de operações interestaduais oriundas de unidades da Federação que não possuísse acordo interestadual.

Destacou que a alteração da legislação da Bahia, admitindo o uso de MVA ajustada nas operações interestaduais, independentemente de haver acordo interestadual ou não, somente ocorreu em março de 2018 com a edição do Decreto nº 18.292.

O autuado observou, também, que a mudança do critério de cálculo do imposto, prevista no Protocolo ICMS 11/91 a partir de agosto de 2015, resultou em elevação da MVA de 140% para 193,68%, o que somente poderia ocorrer no primeiro dia do exercício seguinte, em atendimento ao princípio da anterioridade, por ser mais onerosa para o contribuinte, tornando ilegítima a exigência referente ao mês de dezembro de 2015.

Ressaltou que, da mesma forma, em maio de 2016, a alíquota do ICMS incidente foi majorada de

24 para 25%, mediante alteração do inciso XLVIII, do art. 267 do RICMS, implicando em nova afronta ao princípio da anterioridade. Acrescentou que a própria MVA ajustada, incidente sobre cervejas e chopes com álcool, também foi alterada em meados de 2016, conforme item 3.14 do Anexo 1 do RICMS.

Apresentou julgado do STF de 2013 em que o Ministro Dias Toffoli decidiu que “toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele ao qual veio a ser feita” (ADI 2.325 MC).

Requeru que o presente auto de infração fosse julgado totalmente improcedente ou que fosse revisto em observação ao cumprimento do princípio da anterioridade. Solicitou, ainda, que as intimações fossem entregues no endereço de Lobo de Rizzo Advogados.

As autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 115 a 118. Afirmaram que seguiram rigorosamente o que está disposto no Protocolo ICMS 11/91. Ressaltaram que aplicaram a MVA vigente na legislação tributária do Estado da Bahia.

Apresentaram anexos das fls. 132 a 150 para comprovar que em algumas notas fiscais o autuado usou a MVA correta e em outras usou a alíquota correta. Concluíram que essas oscilações demonstram que houve equívoco da empresa no cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Quanto à majoração da alíquota de 24 para 25%, explicaram que decorreu de alteração da Lei nº 7.014/96 publicada em 2015, cujos efeitos ocorreram a partir de 10 de março de 2016.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema, o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O presente auto de infração traz exigência de ICMS sob a acusação de retenção a menor do imposto, devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope em decorrência de erro no cálculo. As operações estavam amparadas no Protocolo ICMS 11/91, cuja previsão no Anexo 1 do RICMS constava no item 10.

O Protocolo ICMS 56/15 acrescentou o § 4º à cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, com vigência a partir de 01/10/2015, para estabelecer que nas operações destinadas ao Estado da Bahia, a MVA-ST a ser aplicada seria a prevista na sua legislação interna.

O item 10 do Anexo 1 do RICMS foi alterado para inclusão de previsão para aplicação de alíquotas de MVA ajustadas nas operações com cervejas e chopes, com efeitos a partir de 01/12/2015, por meio do Decreto nº 16.434/15.

A previsão de aplicação de MVA ajustada, no RICMS, para as operações interestaduais com cerveja e chope destinadas à Bahia, dada pelo Decreto nº 16.434/15, consistiu em nova regulação para a matéria, tornando sem efeitos para as operações abarcadas pelo Protocolo ICMS 11/91 o disposto no § 14 do art. 289 do RICMS, que previa de maneira geral que a MVA ajustada somente se aplicaria nas operações oriundas de unidade da Federação que não possuísse acordo com o Estado da Bahia atribuindo ao remetente à condição de sujeito passivo por substituição tributária.

De acordo, com o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), a lei nova modifica a anterior quando regula a matéria nela tratada. Assim, o disposto no § 14 do art. 289 do RICMS não se aplicava às operações de que trata o Protocolo ICMS 11/91 desde a data em que produziu efeitos a redação do item 10 do Anexo 1 do RICMS dada pelo Decreto nº 16.434/15.

As alterações do percentual de MVA não consistem em aumento da tributação, mas de um ajuste que reflete o valor efetivamente praticado no mercado para determinada mercadoria e, logo, não podem estar submetidas ao princípio da anterioridade. A MVA ajustada consiste num ajuste do percentual de MVA que resulte numa carga tributária equivalente à aplicada às operações internas.

As MVAs interna e interestadual não podem ter o mesmo percentual, pois são aplicadas sobre bases tributadas em percentuais diferentes. Assim, para se chegar à base de cálculo da substituição tributária, que deve refletir o preço praticado no mercado, as MVAs devem ser calibradas de acordo com o percentual de imposto incidente na operação, que podem variar de 4 a 25%, de acordo com a mercadoria e o destino. A MVA ajustada equipara a carga tributária com a estabelecida na MVA interna, evitando que haja tributação diferenciada em razão da origem da mercadoria.

Quanto à alíquota interna aplicada às operações com cerveja e chope, a Lei nº 12.917/13 promoveu alteração na alínea “b”, do inciso II, do art. 16 da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 31/01/2014, elevando a alíquota sobre cerveja e chope com álcool para 27%, incluído o adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O inciso XLVIII do art. 268 do RICMS estabelecia que nas operações internas com cervejas e chopes a base de cálculo seria reduzida de forma que a carga tributária incidente correspondia a 24%. O Decreto nº 16.738/16 alterou o percentual da carga tributária para 25%, com efeitos a partir de 01/06/2016.

A Tese de Repercussão Geral do STF, RE 635688, estabeleceu que a redução da base de cálculo de ICMS equivale à isenção parcial. Além disso, a Súmula nº 615 do STF decidiu que “o princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM”.

Desse modo, concluo que a vigência da alteração da redução de base de cálculo, promovida em junho de 2016 por meio do Decreto nº 16.738/16, não estava sujeita ao princípio da anterioridade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207349.0006/18-0**, lavrado contra **CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$680.964,66**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR