

A. I. Nº - 269354.0012/18-0
AUTUADA - UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.
AUTUANTE - LUIS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-05/19

EMENTA: ICMS. PREÇO MÉDIO PONDERADO FINAL. **a)** OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍlico HIDRATADO COMBUSTÍVEL. RETIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PELA COTEPE. Deve o contribuinte complementar o imposto quando o Ato emanado da COTEPE é posteriormente alterado ainda na sua vigência e publicado na Imprensa Oficial, no sentido de corrigir no texto anterior o valor do preço médio ponderado final. **b)** DIFERENÇAS DE ICMS COBRADAS EM FACE DO CONTRIBUINTE ERRONEAMENTE UTILIZAR O PMPF, EM VEZ DA MVA, VISTO, NESTE CASO, SER ESTA ÚLTIMA DE MONTANTE MAIOR. Sujeito passivo comprova e autuante concorda que parte das operações alcançadas tiveram o pagamento suplementado através de notas fiscais complementares de imposto. Infração elidida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Antes de iniciar o relato da presente demanda administrativa, vale preambularmente salientar que foram adotadas as premissas estipuladas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, mormente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e sumulação dos manifestos feitos pelas partes.

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/12/2018, monta o valor histórico de R\$37.317,17 e tem como alvo o recolhimento a menor de ICMS em face de quantificação equivocada da respectiva base de cálculo.

Esmiuçadamente, a cobrança contém a seguinte exigência:

A empresa, nos meses de outubro/2015 e novembro/2015, procedeu aos cálculos do ICMS – Substituição Tributária nas vendas de álcool etílico hidratado combustível a menor, em função de erro na utilização do Preço Médio Ponderado Final ou Margem de Valor Agregado, dos dois o maior. Cabe registrar que a Base de Cálculo do ICMS – ST baseia-se no art. 23, §6º, I, da Lei nº 7.014/96 e Anexo I (ST), item 6.1 do Decreto nº 13.780/2012-RICMS-BA, Ato Cotepe/PMPF nº 0021/2015 e regra prevista na Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 110/07.

Infração 01 – 07.02.02: *Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.*

Deu-se o enquadramento legal pelo art. 8º, II da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei atrás mencionada.

Abrange fatos geradores ocorridos em 31.10.2015 e 30.11.2015.

Entre outros documentos, o i. autuante anexa intimação para apresentação de livros e documentos, via Domicílio Tributário Eletrônico - DTE (fl. 05) e planilha denominada “complemento da substituição tributária nas vendas internas de etanol hidratado combustível para a Bahia” (fl. 07).

Cientificado do lançamento em 27.12.2018, contribuinte oferta impugnação (fls. 12/17) em 08.02.2019, com registro no sistema de protocolo (fl. 11).

Após acenar pela tempestividade do remédio interposto, a defendantе adentra logo no mérito da discussão, pontuando em síntese o seguinte: para o débito de R\$2.698,68, a diferença deflui de 12 documentos fiscais, segundo levantamento de fl. 07, toda quitada com a emissão de notas fiscais complementares, de nº 6102 a 6110, guias de pagamento anexadas ao PAF. Quanto à diferença de R\$34.618,49, sustenta ser ela inexistente, eis que a base de cálculo correta, no caso em tela, deve levar em conta o Preço Médio Ponderado Final (PMPF), qual seja, R\$2,54, a teor do que estipulou o Ato Cotepe 21/2015, valor usado até 03.11.2015, data em que houve a retificação para R\$2,85; nesta data, portanto, algumas vendas já tinham ocorrido, com emissão das notas fiscais, cujos valores do imposto já estavam pagos, de modo que soa arbitrário haver mudança do preço ponderado para alcançar vendas já efetivadas, quando já ocorrido os fatos geradores, retroagindo seus efeitos financeiros para prejudicar o sujeito passivo, em claro vilipêndio ao princípio da irretroatividade tributária.

Paralela e complementarmente, sustenta-se a desproporcionalidade da multa aplicada de 60%, por ser em volume que induz confisco, de modo que tal percentual "...mostra-se abusivo e desarrazoado, pois, em verdade, equivale a montante maior do que o valor integral da dívida e, assim, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (sic; fl. 17).

Pede, ao cabo, a improcedência da cobrança.

Juntam-se RG de um dos signatários da defesa (fl. 18) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 19), destacadamente atos societários, notas fiscais e guias de recolhimento.

Em seu informativo fiscal (fls. 21/23), o i. auditor fiscal acolhe parcialmente as alegações relacionadas com a cobrança de R\$2.698,68, porquanto de fato foram emitidas nove notas fiscais complementares em novembro de 2015, embora ainda faltasse complementar o imposto para as NFs 6045, 6049 e 6050, na quantia de R\$129,56.

Já no tocante à exigência de R\$34.618,49, pontua que igualmente deveria o contribuinte emitir notas fiscais complementares para os fatos geradores ocorridos de 01 a 15.11.2015, haja vista o comando do Ato COTEPE/PMPF Nº 21, DE 23.10.2015 e retificações posteriores.

Nada se falou na informação fiscal a respeito da alegada desproporcionalidade da multa.

Sorteado o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais existentes neste processo.

A defesa foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação legal para assinatura da peça impugnatória.

Identificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário. Assinale-se que a juntada na informação fiscal do ato normativo sobre o qual circunda a discussão já foi objeto de análise pela autuada, inclusive tendo como fulcro central de rebate a publicação retroativa da mudança do PMPF.

Foram detectadas irregularidades em dois meses do exercício de 2015.

Em outubro, constatou-se que o valor do imposto foi calculado com base no PMPF, embora a base de cálculo maior, aquela a ser adotada no caso concreto, tenha sido a que resultou da aplicação da margem de valor agregado (MVA). Daí as diferenças lançadas.

A autuada demonstrou ter recolhido complementarmente o imposto para nove das doze notas fiscais que se encaixavam nesta situação, restando ainda demonstrar o pagamento em suplemento para as NFs. 6045, 6049 e 6050, circunstância, aliás, consignada pelo i. autuante. Da simples análise das notas de complemento apensadas pela empresa em mídia digital, constata-se que **ainda resta pagar o imposto para os documentos fiscais atrás mencionados, na cifra de R\$129,56.**

Já **em novembro** o debate toma outro rumo. É que, originariamente, o Ato COTEPE/PMPF 21/2015 publicou para o AEHC – álcool etílico hidratado combustível o preço ponderado final de R\$2,54, a ser empregado nas vendas internas subsequentes na Bahia, a título de substituição tributária, a vigorar para os fatos geradores ocorridos entre 01.11.2015 a 15.11.2015.

Ulteriormente, no DOU de 03.11.2015, publicou-se retificação do citado ato normativo no sentido de mudar o preço do AEHC de R\$2,54 para R\$2,85, respeitante às operações alcançadas pela fiscalização, conforme se extrai do contido na fl. 25. Noutras palavras, a base de cálculo para adoção da ST nestas hipóteses não seria R\$2,54 e sim R\$2,85. Foi isto que a autuação cobrou.

Note-se que a retificação não interferiu no período de vigência assinalado inicialmente pelo veículo normativo em comento, qual seja, 01 a 15.11.2015. Haveria retroatividade maléfica se a retificação atingisse fatos geradores sucedidos antes de 01.11.2015 e não foi isto que aconteceu.

Ainda em plena vigência do Ato 21, apenas retificou-se em 03.11 a base imponível para R\$2,85, de sorte que, mesmo para situações ocorridas a partir de 01.11, dois dias antes, portanto, as vendas realizadas deveriam quantificar uma base de R\$2,85, em vez de R\$2,54. Para as mercadorias já saídas, bastava emitir-se documentos fiscais de complemento de imposto.

Procedimento aliás aceito nas legislações de regência quando há reajuste de preço posterior à venda efetuada, caso em que é permitido ao vendedor expedir nota complementar de preço, mesmo depois de sacramentado o trânsito e ingresso da mercadoria no estabelecimento destinatário.

Haveria retroatividade proibida se a multicitada retificação aludisse a períodos anteriores à vigência do Ato 21. O fato é que, dentro do período de tempo ao qual o citado Ato estava surtindo efeitos jurídicos, houve a mudança do PMPF.

Note-se que a irretroatividade constitucional veda cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. A autuação cobriu hipóteses de incidência realizadas entre 01 e 15.11.2015 que, em vez de partirem de uma base imponível de R\$2,54, deveriam considerar o preço de R\$2,85, por força de mera retificação feita em ato normativo que estava em pleno vigor e já produzindo efeitos jurídicos. Então, bastava ao sujeito passivo emitir apenas as notas fiscais complementares de preço.

Assim, procede a cobrança de R\$34.618,49, em relação a novembro de 2015.

Por outro lado, não obstante inexista pedido expresso formal de redução ou exclusão da penalidade pecuniária, a questão foi tratada na defesa, nomeadamente às fls. 16 e 17.

A insatisfação toca na desproporcionalidade pelo fato do percentual de multa resultar confiscatório, o que caracteriza uma inconstitucionalidade.

Não tem este Conselho competência para examinar inconstitucionalidade de eventuais dispositivos de lei. O que o sujeito passivo pretende é questionar o caráter confiscatório da penalidade prevista no art. 42, II, “e” da Lei Institutiva do ICMS.

Por impertinência temática, a teor do que estipula o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA, afasto o pedido de reconhecimento desproporcional e confiscatório da multa lançada.

“*Ex positis*”, rejeito a preliminar de nulidade levantada e, no mérito, considero o Auto de Infração parcialmente **PROCEDENTE EM PARTE**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269354.0012/18-0**, lavrado contra **UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.748,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2019.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR