

**PROCESSO** - A.I. Nº 140799.0004/03-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PSH - PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 16/11/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0386-12/06

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), em razão da existência de vício insanável no procedimento fiscal referente à infração 2 dos autos. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A PGE/PROFIS representa a este Conselho para que seja declarada a improcedência da infração 2, opinando pelo deferimento do pedido do controle da legalidade, por ser de inteira justiça.

As ilustres Pareceristas fazem, em síntese, o seguinte relato dos fatos:

*“Trata-se de pedido de controle de legalidade referente a Auto de Infração definitivamente julgado, cujo crédito fiscal fora inscrito e ajuizado. Ainda antes da inscrição em Dívida Ativa, a requerente ingressou com pedido de controle, o qual foi analisado em seu mérito e indeferido por essa PGE/PROFIS. Posteriormente, a Requerente ingressou com uma Ação Anulatória de Débito Fiscal cujo pedido fora deferido para conceder a antecipação parcial da tutela para “suspender a exigibilidade do crédito consubstanciado no Auto de Infração e respectiva CDA até julgamento final da ação”, determinando, inclusive, o cancelamento da inscrição do débito na dívida ativa. Ocorre, que o mais intrigante foi o fato de a 1ª CJP, ao analisar o Recurso de Ofício contra Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, que não analisara o mérito da questão de direito discutida em outro Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa acerca da mesma imputação, ter decidido pelo Não Provedimento do Recurso de Ofício, adentrando-se no mérito da questão e, desta vez, decidindo de maneira diametralmente oposta a (ver Acórdão anexo). Como se trata de uma Decisão mais recente, oriunda da mesma Câmara de Julgamento Fiscal, quer-nos Parecer que, procedimentalmente, o pedido de representação a CJP seria o remédio processual mais adequado para pacificar o entendimento e unificar-se o conteúdo das decisões. Com efeito, uma vez que entendemos pela admissibilidade da apreciação do presente Pedido de Reconsideração, não poderíamos deixar de manifestar a nossa opinião sobre o mérito da questão de direito, e, desde já, pedir vênias pelo entendimento diverso do que fora firmado por essa douta PGE/PROFIS, manifestado em Pareceres integrantes do PAF, pelos argumentos de fato e de direito que passo a expor.”*

Quanto ao Auto de Infração, relata que o contribuinte dedica-se à industrialização e comércio de alimentos enterais e paraenterais, destinadas a pacientes que necessitam de alimentação especial; a autuação resultou do fato de haver o contribuinte ter sido excluído do regime do SIMBAHIA, por extrapolar o limite legal da receita bruta, optado pro calcular e recolher o ICMS com base no art. 118, § 1º do RICMS (5% sobre a receita bruta). Alegou o autuante que o autuado não estava enquadrada em nenhum dos códigos de atividades contemplados no Anexo 96 e que seu CNAE somente foi alterado para 5229-9/99 posteriormente à autuação; e ainda, que em relação ao citado código, constava uma restrição em NOTA, que limita a utilização desse código, não contemplando a atividade da Requerente/autuada.

A seguir comenta: *“a difícil questão fundamental que se insurge da questão, é perquirir acerca da natureza jurídica deste instituo da tributação de ICMS com base na receita bruta. Como o nosso escopo não é o de analisar a legalidade deste regime de cobrança à luz da doutrina tradicional acerca da concessão de benefícios fiscais, nos respaldamos na doutrina de Aurélio Pitanga Seixas, (in Teoria e Prática das Isenções Tributárias), que, ao contrário de outros juristas de renome, admite a concessão de isenções parciais, na forma de redução, deduções, abatimentos, etc, para que, ao menos neste aspecto, possamos traçar um paralelo do expediente sob análise com um instituto clássico de Direito Tributário”*. Transcreve trecho da obra citada. Após algumas considerações de natureza jurídica, conclui que no caso, estamos diante de uma espécie de benefício fiscal; com base na regra matriz estabelecida pelo art. 27, § 3º, I da Lei nº 7.014/96, pode-se constatar que as alterações normativas que vêm sendo editadas desde a redação original do art. 42, § 8º, da Lei nº 5.341, seguem no sentido de incluir novas atividades entre aquelas inicialmente contempladas, referentes justamente ao ramo de prestação de serviços de restaurante, bares e lanchonetes (vale dizer, fornecimento de alimentação). Após uma série de considerações afirma textualmente: *“Um verdadeiro absurdo em termos de técnica legislativa: uma nota de rodapé de um anexo ao decreto do RICMS, editada por outro decreto, restringir o campo de atuação de uma lei”*. Analisando a questão da formalização *a posteriori* da opção pelo regime de tributação com base na receita bruta, pelo princípio da verdade material, a opção de fato nasce com a efetiva utilização para cálculo e recolhimento do imposto com base na sistemática em tela. A obrigação acessória é formalidade administrativa que em nada influi na constituição do direito ao benefício. Caberia ao Fisco a culminação de multa por descumprimento de obrigação de natureza formal. Transcreve jurisprudência do STJ.

A douta Procuradora Leila Von Sohsten Ramalho ratifica o entendimento esposado pelos ilustres pareceristas, e o Procurador Chefe expressa o seu “de acordo”.

## VOTO

Em bem fundamentado Parecer, os ilustres procuradores analisaram detidamente a matéria sob seus aspectos jurídicos e materiais. Na realidade, restou comprovado que o contribuinte tem como atividade a indústria e comércio de alimentos, sem nenhuma contestação por parte do fiscal autuante. Apega-se o auditor fiscal ao enquadramento do contribuinte na legislação que rege a matéria, fundamentando-se apenas em nota de rodapé acrescida ao RICMS por um decreto, restringindo o campo de atuação de uma lei. Trata-se de flagrante ilegalidade, com evidente agressão ao princípio da hierarquia legal. Ademais, a Procuradoria já se manifestou em outras oportunidades sobre o mesmo assunto, a exemplo do citado Acórdão da 1ª CJF e a DITRI em Pareceres exarados a pedido do recorrente, no controle de legalidade. Em face do exposto, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS para cancelar a infração 2, como requerido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS