

PROCESSO	- A. I. Nº 207106.3002/16-7
RECORRENTE	- COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0082-01/17
ORIGEM	- INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/03/2018

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0003-11/18

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, EFETUADAS SEM O DESTAQUE NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A concessão de tutela antecipada é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, V do CTN). A suspensão da exigibilidade não se confunde com eventual óbice do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito por intermédio da atividade administrativa de lançamento, vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF nº 0082-01/17, que considerou Prejudicada a defesa relativa ao Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 20/07/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$722.763,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 12/05/2017. De forma unânime (fls. 126 a 128), julgou Prejudicada a defesa, nos termos a seguir transcritos:

#### "VOTO

*O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS relativo à operação própria realizada pelo autuado nas saídas para outros contribuintes do ICMS de açúcar, que foi recebido a granel e submetido a processo de acondicionamento em seu estabelecimento, com exigência do imposto calculado pela alíquota de 17%.*

*Consta das fls. 41 a 60, decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, em antecipação de tutela, obrigando o Estado da Bahia a exigir ICMS do autuado sobre as operações com açúcar no percentual de 7%, por considerar que o produto compõe a cesta básica.*

*De acordo com a PGE (fl. 81 verso), o processo fora remetido ao segundo grau em remessa necessária, com objetivo de obter a reforma da sentença, mas sem concessão de efeito suspensivo.*

*Observo que há identidade entre a matéria tratada no presente Auto de Infração e aquela que se encontra sob apreciação do Poder Judiciário.*

*O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto no 7.629/99, estabelece que “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”. Assim, entendo que a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.*

*Com base em todo o exposto, julgo PREJUDICADA a defesa interposta e encaminho o presente processo à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.”*

Respaldado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 140 a 143, no qual afirma que a 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) cometeu equívoco ao interpretar a legislação tributária.

O órgão de Primeira Instância entendeu haver correspondência entre a matéria tratada no presente lançamento de ofício e aquelas referentes à Ação Ordinária nº 0560374-19.2014.8.05.0001 e

ao cumprimento de Sentença nº 0331530-72.2016.8.05.0001, motivo pelo qual considerou prejudicada a impugnação.

Embora não tenha sido aberto prazo para interposição, apresentou o Recurso Voluntário, sob o entendimento de que a Decisão recorrida é inválida por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não existe "*semelhança total*" entre a questão em apreço e a que foi submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Nos autos do processo administrativo discute-se os limites materiais e formais do lançamento, enquanto na lide judicial debate-se sobre a alíquota aplicável nas operações com açúcar, fixada em 7% pelo TJ-BA, por intermédio de cumprimento provisório de sentença, segundo a qual o Estado somente pode exigir o ICMS sob tal percentual.

Ainda que houvesse identidade plena entre a defesa administrativa e a discussão judicial, o Acórdão "*a quo*" não deixaria de ser nulo, na medida em que o Auto de Infração foi lavrado depois do ajuizamento. Assim, não seria possível aplicar a norma contida no art. 117 do RPAF-BA/1999. Tal comando - a seu sentir -, somente deve ser aplicado nas hipóteses em que o contribuinte submete ao Poder Judiciário questões relativas a lançamentos de ofício já existentes. Mesmo assim, naquilo em que houver congruência entre os argumentos da defesa e os da medida judicial.

Por fim - ressaltando que informará a ocorrência (lavratura do Auto de Infração) em Juízo -, assinala que foi ordenado ao Estado da Bahia cobrar o imposto com a alíquota de 7%, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. A "*determinação para que a lide administrativa seja suspensa VIOLA a ordem judicial*", já que o Fisco, no caso concreto, deveria utilizar o referido percentual.

Encerra requerendo a nulidade da Decisão combatida.

A PGE/PROFIS, nos despachos de fls. 153/154 e 155, informa que na Ação Ordinária nº 0560374-19.2014.8.05.0001 foi prolatada sentença reconhecendo o direito do sujeito passivo ao recolhimento do ICMS sob a alíquota de 7%, nas operações com açúcar, com isenção parcial.

Em 27/08/2015, foi concedida tutela antecipada para que o Estado passasse a exigir o imposto com o referido percentual, autorizando o contribuinte a destacá-lo nas notas fiscais de venda. Tal concessão abrangeu as operações anteriores a 2012, por ser a diminuição de alíquota dos produtos da cesta básica fundamentada no princípio constitucional da seletividade (fl. 153).

Ainda pendentes de julgamento os Recursos Especial e Extraordinário, que não possuem efeito suspensivo.

O pleito de cumprimento de Sentença nº 0331530-72.2016.8.05.0001 foi deferido no dia 09/01/2017 (art. 520 do CPC-2015), sob pena de multa diária de R\$1.000,00. O Estado interpôs apelação, não julgada até o dia 29/08/2017, à qual também não foi emprestado o efeito suspensivo.

O i. procurador, Dr. Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, propõe: (i) a verificação do pagamento normal do ICMS na apuração mensal, ainda que aplicada a alíquota de 7%; (ii) a suspensão da exigibilidade dos créditos lançados nos Autos de Infração até então existentes, enquanto não ocorre o trânsito em julgado da ação; e (iii) o particionamento dos lançamentos de ofício em dois tipos, uns com a aplicação da alíquota de 7% (parte incontroversa) e outros com a de 10% (parte controvertida).

## VOTO

O sujeito passivo adquire açúcar das refinarias a granel ou em sacas de 50 kg e acondiciona em unidades de menor peso ou valor. Desse modo, o autuante tratou o açúcar "*como mercadoria comum, já que quem está recebendo é uma indústria, cuja matéria prima é o produto não embalado, a granel ou em sacas de 50 kg, mas, nas saídas para comerciantes a mesma receberá o tratamento tributário de mercadoria sujeita à substituição, pois o produto final já está pronto para comercialização (...)*".

Na impugnação, às fls. 29 a 31, o autuado alegou não entender o motivo pelo qual o Fisco considera a prática de operações tributáveis como não tributáveis, quando o Regulamento do ICMS prevê expressamente que o imposto deve ser recolhido sob o regime de substituição

tributária por antecipação (artigos 353, II, 12 e 61, XIV do RICMS/BA-1997 e 289, § 2º, II do RICMS/BA-2012).

Tal alegação - juntamente com a de não haver correspondência entre a matéria tratada no presente lançamento de ofício e aquelas referentes à Ação Ordinária nº 0560374-19.2014.8.05.0001 e ao cumprimento de Sentença nº 0331530-72.2016.8.05.0001 -, não merecem acolhimento, pois a lide administrativa decorre do entendimento do Fisco de que a alíquota aplicável é a de 17%, e o sujeito passivo pugna judicialmente pelo percentual de 7%.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Como bem disse o i. procurador Dr. Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, a tributação a 7% é matéria incontroversa, objeto de ordem judicial requerida pelo próprio recorrente.

Verifica-se, no demonstrativo de fls. 05 a 16, que a Fiscalização tributou as operações internas a 17%, tendo concedido à sociedade empresária os créditos referentes aos valores destacados nos documentos fiscais de entrada e aos antecipadamente recolhidos (substituição tributária). No mês de fevereiro de 2012, por exemplo, tais quantias perfizeram os montantes respectivos de R\$1.094.908,30 (base de cálculo), R\$186.134,41 (imposto à alíquota de 17%; art. 16, I, "a" da Lei 7.014/1996, que não se refere a açúcar), R\$83.150,06 (crédito das entradas) e R\$54.839,71 (quantia antecipadamente recolhida, cujos comprovantes foram juntados às fls. 17/18).

A determinação judicial de fls. 47/48 é para que o Estado não exija o imposto a alíquota diversa de 7%, e não para que não constitua o crédito, inclusive porque a constituição é um dever poder e um direito potestativo da Administração Pública, especialmente para prevenir o fenômeno da decadência, caso o entendimento venha a ser revertido nos Tribunais Superiores.

A concessão de tutela antecipada é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, V do CTN). O STJ tem decidido que a suspensão da exigibilidade não se confunde com eventual óbice do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito por intermédio da atividade administrativa de lançamento, vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 142 E 173, DO CTN. O DEPÓSITO JUDICIAL NÃO IMPEDE QUE A FAZENDA PÚBLICA PROCEDA AO LANÇAMENTO PARA EVITAR A DECADÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Suspensão de exigibilidade não se confunde com o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário. 2. O depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário impugnado, nos termos do art. 151, II, do CTN, mas não impede que a Fazenda proceda ao lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido. 3. Inteligência dos arts. 142 e 173, I, do CTN. A atividade administrativa de lançamento é poder/dever, vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. 4. Recurso Especial provido (REsp 522898/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJe 03/09/2008).*

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário e homologar a Decisão recorrida, que considerou **PREJUDICADA** a defesa, no que tange à obrigação tributária principal constante do Auto de Infração nº 2071063002/16-7, lavrado contra **COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.**, no valor de **R\$722.763,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Deverá o recorrente ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

**JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS**