

A. I. Nº - 207106.3001/16-0
AUTUADO - COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
AUTUANTES - CHARLES BELINE CHAGAS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.08.2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-04/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado realizou saídas de açúcar submetido a processo de industrialização (acondicionamento) em seu estabelecimento sem a devida retenção do imposto. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Processo deverá ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/07/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$300.180,77, em decorrência do autuado não ter procedido a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (07.02.03), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2012, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 24 a 31, falando inicialmente, sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Após reclama que em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/2012 a 03/2012, o Auto de Infração aponta como enquadramento legal da infração os arts. 353, II, 126, I e art. 61 do (Dec. 6.284/97) e como fundamento para a multa aplicada o art. 42, II “e” da Lei 7.014/96. Para os fatos geradores ocorridos entre 04/2012 e 12/2012, aponta como fundamento legal da infração o art. 8º, II da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS (Dec. 13.780/2012) e como fundamento para a multa aplicada o mesmo art. 42, II “e” da Lei 7.014/96 utilizado para o período anterior.

Explica que a empresa efetivamente realizou a tributação das mercadorias conforme, aliás, prova a própria lista de DAE’s pagos, que foi acostada aos autos pelo auditor fiscal. E o fez conforme determina a lei, quando da entrada da mercadoria em território baiano (na hipótese em que tenha adquirido tais bens em outros Estados). Quando as mercadorias advieram de dentro da própria Bahia, a substituição tributária não foi feita em razão do açúcar já ter sido totalmente tributado na origem (usina açucareira).

Diz que conforme se verá adiante, se toda a tributação foi feita na entrada (quando originada de outros Estados) ou na origem (quando advinda de usina de açúcar sediada na Bahia), não sabe por que o Auditor Fiscal autuante entendeu que as operações subsequentes (vendas realizadas pela Impugnante) deveriam ser – novamente – submetidas à substituição tributária.

Acrescenta que inexiste na autuação a descrição específica da suposta infração cometida pela autuada, tornando impossível promover a defesa técnica. Considerando a descrição da infração, a descrição dos fatos e os dispositivos legais apontados na autuação, a Impugnante não consegue entender o motivo pelo qual foi autuada, fato este que a impede de efetivamente exercer plenamente os seus fundamentais direitos à ampla defesa e ao contraditório. Esta situação leva à

inxorável nulidade da autuação, na modalidade “*ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração*” conforme previsão expressa do art. 18, IV, “a” do RPAF.

Prossegue dizendo que por decorrência da nulidade apontada anteriormente, ficou impedida de confrontar analiticamente todos os aspectos da autuação e que através da leitura dos anexos ao Auto de Infração – em especial o “DEMONSTRATIVO 3 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS”, percebe-se que o Autuante promoveu o cálculo do ICMS ST nas operações de venda realizadas pela Impugnante. Então, apenas em homenagem ao princípio da eventualidade, convém esclarecer que a Impugnante, quando vende açúcar (essa foi a única mercadoria elencada nos demonstrativos anexados ao auto de infração), não pode oferecer tal operação à tributação do ICMS haja vista que a mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária por antecipação, insculpido nas disposições expressas do art. 353, II, “12” e art. 61, XIV do RICMS-97 e do art. 289, §2º, II do RICMS-2012.

Ressalta que o RICMS (tanto o aprovado pelo Decreto 6.284/97 quanto o ora vigente) prevê que nas operações com o açúcar deve-se promover a Substituição Tributária por antecipação do ICMS tanto sendo este o caso e tendo a Impugnante promovido o recolhimento por substituição (como aliás provam os DAE’s listados pelo próprio Ilustre Auditor Autuante), não há motivos para considerar que as operações de venda sejam tributadas. Toda a cadeia de tributação se encerrou com a substituição. Além disso, quando a Impugnante compra o açúcar em usina situada dentro do Estado da Bahia, esta substituição é feita por ela – usina – e vale para todas as operações subsequentes.

Diz que atenção ao princípio da eventualidade, ultrapassados os argumentos atinentes a nulidade e a substituição tributária por antecipação, e os Ilustres Julgadores entendam que a operação de venda de açúcar efetuada pela Impugnante deva ser tributada pelo ICMS, é imperioso para a correta apuração do imposto devido que a alíquota interna a ser utilizada seja de 7%, já que o Poder Judiciário determinou ao Estado da Bahia, em antecipação de tutela deferida desde agosto de 2015, que se limitasse a tributar as operações com açúcar promovidas pela Impugnante utilizando a alíquota de ICMS de 7%, sendo o Estado da Bahia cientificado desta ordem desde 01/09/2015.

Finaliza requerendo a declaração da nulidade da autuação e, acaso ultrapassada, pela total improcedência, em razão do açúcar estar submetido ao regime de substituição tributária por antecipação encerrando a tributação nas operações subsequentes.

Sucessivamente, em atenção ao princípio da eventualidade, acaso não tenha sido declarada a nulidade ou a total improcedência como requerida pede que seja refeito auto de infração de forma que a apuração do imposto eventualmente devido seja feita utilizando-se a alíquota interna de 7%, conforme determinação judicial. Nesta hipótese, requer ainda a concessão de novo prazo para querendo impugnar a referida apuração.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contraprova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 64 a 66. Informa não haver fundamento no pedido de nulidade do Auto de Infração com base no argumento de que é impossível determinar a infração cometida pelo autuado. Diz que a infração está perfeitamente descrita e enquadrada no Auto de Infração.

Diz que o autuado é uma indústria, uma vez que, adquire açúcar das refinarias a granel ou em sacas de 50Kg e empacota em unidades de menor valor ou peso, (embalagens de 1Kg, 2Kg ou 5Kg) agregando valor ao produto para revenda futura. O autuante entende que, no momento da entrada do açúcar, este deve receber tratamento tributário como mercadoria comum já que quem está recebendo a mercadoria é uma indústria, cuja matéria prima é o açúcar não embalado, a granel ou em sacas de 50Kg, mas, no momento da saída para comerciantes, a mesma receberá

tratamento tributário de mercadoria sujeita à Substituição Tributária, pois o produto final já está pronto para comercialização, exatamente como foi feito pela fiscalização.

Diz, ainda, que no Processo nº 05603374-19.2014.8.05.0001, o Poder Judiciário determina que a alíquota para venda de açúcar estipulada pelo Estado da Bahia deve ser de 7% a partir de 2014. Os lançamentos de ICMS a que este Auto de Infração se refere são do exercício de 2012, portanto, um período anterior ao determinado pelo mencionado processo. Requer a procedência do Auto de Infração.

Esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Procuradoria Geral do Estado para manifestação acerca da decisão da Justiça no Processo nº 056374-19.2014.8.05.0001, quanto à aplicação da alíquota de 7% nas operações com açúcar e quanto à retroatividade dos efeitos da sentença, informando ainda, se no presente caso deveria ser aplicado o disposto no art. 122, incisos II e IV do RPAF/BA

Em resposta à diligência, a PGE informou que na referida ação ordinária foi prolatada sentença reconhecendo o direito da autora ao recolhimento do ICMS, nas operações com açúcar, com isenção parcial, a alíquota de 7% (sete por cento). Informa, ainda, que foram interpostos embargos de declaração e em 09/01/2017 foi deferido pedido de Execução Provisória determinando que o Estado dê cumprimento à sentença proferida no procedimento ordinário nº 0560374-17.2014.805.0001, sob pena de multa diária de R\$1.000,00. O estado propôs apelação contra tal decisão, porém, encontra-se pendente de julgamento, sendo que a este recurso também não foi emprestado efeito suspensivo.

Após opinou pela remessa à SEFAZ para que fossem tomadas as seguintes providências:

Verificasse se houve pagamento normal, na apuração regular mensal do tributo, ainda que aplicada à alíquota de 7%.

Em caso positivo identificasse todos os autos de infração atingidos pela situação, para que fosse providenciado o lançamento da suspensão da exigibilidade enquanto não ocorre o transito em julgado.

Em caso negativo, realizar o particionamento dos autos de infração em duas partes, uma com a aplicação da alíquota de 7% e o restante com o diferencial da alíquota, ou seja, 10%.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem para que fossem tomadas as providências indicadas no mencionado Parecer.

O Fiscal autuante a fl. 91 informa estar anexando ao PAF planilhas de ST com alíquota interna para o açúcar de 7%.

Esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão suplementar realizada em 18/04/2018, deliberou pela conversão do processo em diligência à PGE/ROFIS para tomar conhecimento da diligência realizada pela Inspetoria, fls. 91 a 105.

Solicitou ainda emissão de Parecer conclusivo, e em seguida o encaminhamento do processo ao CONSEF para julgamento.

Às fls. 115 a 116 foi anexado Parecer da lavra do Sr. Procurador José Augusto Martins Junior afirmando que a lide instaurada no presente processo está umbilicalmente atrelada à decisão prolatada no Processo nº 056374-19.2014.805.0001, em que resta fixado a aplicação da alíquota de 7%, nas vendas de açúcar.

Conclui que diante tal situação, em que a decisão tem interferência visceral com a discussão no presente lançamento, impõe-se a aplicação do disposto no art. 117 do RPAF, considerando-se prejudicada a impugnação, devendo o feito ser encaminhado para inscrição em dívida ativa, determinando-se a suspensão da exigibilidade.

Na assentada de julgamento do dia 25 de março de 2019 observou-se que não foi dada ciência ao autuado e autuante acerca dos mencionados Pareceres. Por esta razão decidiu a 4ª JJF converter o processo em diligência à INFRAZ VITORIA DA CONQUISTA, para que a Repartição Fazendária

intimassem os mesmos, mediante recibo, para entrega dos documentos anexados, **A PARTIR** das fls. 71, concedendo-lhes o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida, porém, não houve manifestação de ambas as partes.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A defesa aduziu que a apuração do imposto eventualmente devido deveria ser feita utilizando-se a alíquota interna de 7%, conforme determinação judicial.

Considerando que o sujeito passivo apresentou cópia de sentença proferida pela 10ª Vara da Fazenda Pública, em ação ordinária, reconhecendo o direito de aplicar a alíquota de 7% nas operações com açúcar e, depois, em embargos de declaração, esclarecendo que os efeitos da sentença se aplica, inclusive, para as operações ocorridas antes do início da vigência do RICMS/12 bem como autorizando o depósito em conta judicial de todo o ICMS incidente nas operações, cujas sentenças foram confirmadas em sentença de reexame necessário pelo Tribunal de Justiça (fls.39 a 57), esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à PGE/PROFIS no sentido de emitir Parecer Jurídico visando obter manifestação acerca da decisão da Justiça no Processo nº 056374-19.2014.8.05.0001, inclusive a retroatividade dos efeitos da sentença, informando ainda, se no presente caso deve ser aplicado o disposto no art. 122, incisos II e IV do RPAF/BA.

A PGE/PROFIS por meio do Dr. José Augusto Martins Junior apresentou Parecer conclusivo esclarecendo que a lide instaurada no presente processo está umbilicalmente atrelada à decisão prolatada no Processo nº 056374-19.2014.805.0001, em que resta fixado a aplicação da alíquota de 7%, nas vendas de açúcar.

Conclui que diante tal situação, em que a decisão tem interferência visceral com a discussão no presente lançamento, impõe-se a aplicação do disposto no art. 117 do RPAF, considerando-se prejudicada a impugnação, devendo o feito ser encaminhado para inscrição em dívida ativa, determinando-se a suspensão da exigibilidade.

De fato, 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.

Ademais, constato que este entendimento já foi consignado em processo semelhante a situação ora analisada, contra o mesmo contribuinte, através do Acórdão nº 0082-01/17, proferido pela 1ª JJF deste Conselho. Esta decisão foi mantida pela segunda Instância ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, conforme Acórdão nº 003-11/18.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerada **PREJUDICADA** a defesa interposta, no que tange à obrigação tributária principal, constante no Auto de Infração nº 207106.3001/16-0, lavrado contra **COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.**, no valor de **R\$300.180,77**, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Suspensa a exigibilidade do crédito

tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Julho de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR