

**PROCESSO** - A. I. Nº 2798620002/17-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - MINERAL MINÉRIOS DA BAHIA LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 04/09/2020

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C/JF Nº 0180-12/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁGUA MINERAL. ICMS RETIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO. INTIMAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS PARA FASE RECURSAL. Representação proposta de acordo com o art. 136, §2º do COTEB, que fundamenta, no exercício do controle da legalidade, o conhecimento da entrada do Recurso Voluntário, após o julgamento de Primeira Instância, antes mesmo de receber oficialmente a intimação para apresentação do Recurso. Da análise dos fatos postos nos argumentos, e das provas dispostas no processo, não há qualquer sombra de dúvidas, que por equívoco, o contribuinte teve cerceado o seu direito à apreciação em segunda instância. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no exercício do controle da legalidade, ao verificar que é admissível e tempestivo o Recurso Voluntário, antes mesmo de publicado o Acórdão, uma vez que, no caso presente, foi apresentado o Recurso antes da intimação postal.

Diz o parecer, de lavra da Procuradora Ana Carolina Moreira que a despeito da tese da tempestividade apreciada, acredita que houve um equívoco por parte do CONSEF, em protocolar o Recurso e não proceder ao devido encaminhamento, pois foi destinado à 1ª JJF, conforme despacho de fl. 94.

Que diante disto, parece razoável que seja dado o devido processamento ao Recurso, interposto em 19.06.2019, em homenagem ao princípio da economia de atos, em vez de futuramente ver o processo anulado na esfera judicial.

Representa então, a este Conselho de Fazenda para que seja reaberta a instância administrativa, apreciando o Recurso Voluntário. O parecer foi submetido à censura hierárquica, e encaminhada a este Conselho em despacho da Procuradora Paulo Gonçalves Morris Matos, conforme fl. 148.

O Auto de Infração em epígrafe, foi lavrado em 01/03/2017, quando foi lançado ICMS no valor histórico total de R\$270.741,92, acrescido da multa de 150%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado:

*Deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período de ocorrência: outubro, novembro e dezembro de 2016.*

Após impugnação inicial às fls. 26/34, e da informação fiscal, fl. 60, o auto foi julgado Procedente, conforme voto abaixo:

### **VOTO**

*O Auto de Infração em exame, versa sobre o cometimento de conduta infracional imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.*

*20 Inicialmente, cumpre consignar que o pedido formulado pelo impugnante para realização de diligência resta*

*indeferido, haja vista a desnecessidade de revisão fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme pretendido. Os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para a análise e decisão da lide. Assim sendo, indefiro o pedido de diligência com fulcro no art. 147, I, "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.*

*No mérito, verifico que apesar de a conduta infracional imputada ao autuado estar descrita no Auto de Infração como falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, na realidade, em conformidade com os demonstrativos elaborados pelo autuante, acostados às fls. 06 a 19 dos autos, o autuado efetuou o recolhimento a menos do ICMS retido referente aos fatos geradores objetos da autuação.*

*Vale dizer que o autuado apurou o ICMS devido por substituição tributária, emitiu o respectivo documento fiscal, contudo, efetuou o recolhimento do ICMS retido a menos, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, cujas colunas apontam o número da Nota Fiscal, a data de emissão, o valor contábil, a base de cálculo, o valor do ICMS, o valor do ICMS ST e a chave de acesso.*

*Observo que o impugnante conduz a sua defesa, alegando precipuamente a inconstitucionalidade e ilegalidade da pauta fiscal utilizada pelo Estado da Bahia como base de cálculo. Por certo, existe um óbice intransponível que afasta a apreciação por parte desta Junta de Julgamento Fiscal, a questão aduzida pelo impugnante atinente à inconstitucionalidade e ilegalidade do ato normativo referente à pauta fiscal, no caso a determinação do artigo 125, incisos I e III do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956/81, no sentido de que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo, emanado de autoridade superior. Assim dispõe o referido dispositivo legal:*

*Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; [...] III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

*Portanto, não cabe a esta Junta de Julgamento Fiscal, apreciar tal questionamento aduzido pelo impugnante. Entretanto, cabe consignar que a fixação da base de cálculo do ICMS mediante pauta fiscal encontra-se prevista expressamente na Lei nº 7.014/96, precisamente no seu artigo 19, conforme abaixo reproduzido:*

*Art. 19. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:*

*Os §§ 1º e 3º do mesmo dispositivo legal assim dispõem: § 1º O imposto será sempre lançado pela pauta fiscal nas operações previstas em regulamento. [...] § 3º A pauta será fixada mediante ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda. Já o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece no seu artigo 289, que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.*

*As águas minerais estão arroladas no referido Anexo 1. O § 11, inciso VI, do mesmo artigo 289 determina o seguinte: Art. 289 [...] § 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal: [...] VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos localizados neste estado, desde que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias; Portanto, inexistente dúvida quanto à aplicabilidade da pauta fiscal nas operações de saídas realizadas com a mercadoria água mineral, haja vista que legalmente prevista.*

*Cabe observar, que o ICMS retido foi cobrado pelo autuado do substituído/adquirente da mercadoria (água mineral), portanto, quem arcou com o ônus do tributo foi o destinatário, não cabendo ao autuado deixar de recolher o imposto retido sob pena de enriquecimento sem causa. Quanto à alegação defensiva atinente às decisões judiciais aduzidas na peça defensiva, certamente que tais decisões não têm efeito vinculante, desse modo, não se aplicam ao caso em lide.*

*Diante do exposto, a infração é subsistente. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

À fl. 72, há despacho para o setor de intimação da decisão exarada no Acórdão acima, na data de 12.07.2019. Na fl. 73, logo a seguir, consta protocolo de mesma data, 12/07/2019, com o Recurso Voluntário anexado, fls. 75/91, e à fl. 94, um despacho encaminhado para 1ª Junta. A seguir, fl. 95, na data de 16/07, intimação para o contribuinte acerca da decisão da 1ª JJF. À fl. 99, há um termo de perempção pelo fato do contribuinte "não ter apresentado o Recurso Voluntário".

À fl. 103, há documento da PGE/PROFIS, comunicando ao Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública, os títulos de inscrição na dívida ativa, e a cobrança do valor devido neste lançamento

mediante execução fiscal.

Às fls. 106, consta a representação à PGE-PROFIS por parte do contribuinte, alegando que seu Recurso Voluntário não foi julgado até a presente data, solicitando a retirada da ação de execução fiscal, suspendendo-se a exigibilidade do crédito fiscal.

Às fls. 151, a coordenação administrativa do CONSEF encaminhou o processo à SAT/DAT/GECOB para retirar o PAF da inscrição do débito em dívida ativa, para posterior distribuição para o “*julgamento em Primeira Instância*”(sic).

## VOTO

Trata o presente, de Representação da PGE/PROFIS, que no exercício do controle da legalidade, constatou que o contribuinte deu entrada no Recurso Voluntário, após o julgamento de Primeira Instância, e a antes mesmo de receber oficialmente a intimação para apresentação do Recurso.

Embora o art. 113, parágrafo 3º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF tenha previsão para a PGE solicitar providências quanto aos vícios processuais antes da inscrição do débito revel, é certo, que no caso presente, cuja inscrição já estava efetuada, o art. 136 da Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, não deixa nenhuma dúvida sobre a competência da PGE para representar junto a este Conselho no caso deste processo, conforme extraímos do parágrafo 2º do supracitado artigo:

*§ 2º Quando a constituição do crédito for manifestamente contra a lei ou o regulamento, a Procuradoria Fiscal representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que julgará o lançamento de ofício, independentemente da ouvida do réu revel.*

Da análise dos fatos postos nos argumentos, e das provas dispostas no processo, não há qualquer sombra de dúvidas, que por equívoco, o contribuinte teve cerceado o seu direito à apreciação em segunda instância, e assim, conheço da Representação.

Trata-se de lançamento de ICMS pago a menos por substituição tributária nas operações internas com água mineral, conforme se depreende do demonstrativo sintético à fl. 06, onde constam os valores apurados nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2016, em que os valores calculados no demonstrativo analítico (fls. 07/09 e mídia anexa).

Face ao exposto, voto, pelo conhecimento, e ACOLHIMENTO da Representação, a fim de que o processo seja encaminhado à Secretaria deste Conselho, para que seja dado conhecimento ao contribuinte acerca do acolhimento da Representação da PGE, e pautado para julgamento das razões recursivas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta pela PGE/PROFIS para **CONHECER** o Recurso Voluntário interposto e determinar a sua distribuição para uma das Câmaras deste Conselho de Fazenda, devendo ser intimado o recorrido para tomar conhecimento desta Decisão.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS