

PROCESSO - A. I. N.º 269354.0008/18-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA.
RECORRIDOS - SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0091-02/19
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/03/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0006-11/21-VD

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Trata-se de decisão contrária à lei, visto que o sujeito passivo não requereu a desistência da impugnação/defesa da exação, de modo a possibilitar à remissão dos créditos tributários aplicada na Decisão recorrida, conforme prevista no § 2º, inciso II, da cláusula oitava do Convênio ICMS 190/17, recepcionada no art. 1º, § 2º, II da Lei baiana nº 14.033/18. Declarada a NULIDADE da Decisão recorrida. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0091-02/19, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, que inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$1.456.596,59, inerente aos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a abril e junho a agosto de 2016; janeiro, março e abril de 2017, sob a acusação de: “*Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.*”

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$20.626,94, diante das seguintes razões:

VOTO

[...]

Quanto ao mérito da autuação, está fundada em vários pilares, que foram considerados para a apuração dos valores lançado e tidos como a menor: erro na aplicação da alíquota do ICMS, utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e utilização na escolha da Margem de Valor Agregado (MVA) ou PMPF, as duas opções a maior, bem como, não aplicação do Decreto 14.213/2012.

Quanto a aplicação da alíquota do imposto, utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e Margem de Valor Agregado (MVA) ou PMPF, a empresa não tece qualquer consideração, sendo a impugnação unicamente em relação ao Decreto 14.213/2012 e a aplicação do incentivo previsto na legislação do estado de Minas Gerais, onde se localiza o estabelecimento autuado.

Em relação ao Decreto 14.213/2012, a questão de fundo é de natureza eminentemente jurídica, e nesta ótica será analisado, a começar pela Lei Complementar 24/75, a qual ainda vige, vez não ter sido expressamente revogada, e que visava dispor sobre os Convênios para a concessão de isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM).

[...]

Com o fito de minimizar tal prática, a Lei Complementar 160, de 07 de agosto de 2017, permitiu que, mediante convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, alterando a Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, estipulando em seu artigo 1º que “Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:

[...]

Como decorrência de tal comando, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017 que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

[...]

Ainda em atendimento ao prazo estabelecido no inciso I da cláusula terceira do referido Convênio, tal como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto 18.270/18, os demais Estados publicaram, em seus respectivos Diários Oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto 14.213/12, visando à remissão dos eventuais créditos tributários existentes.

Decorrente do citado Convênio, o Secretário Executivo do CONFAZ, publicou em 09 de agosto de 2018, o Despacho 102, com vistas a regular a forma e o procedimento de entrega da reinstituição dos benefícios fiscais, previsto nas cláusulas sétima e nona do Convênio ICMS 190/17. Tal medida parece ser o fim, ou ao menos uma trégua na “guerra fiscal”, o que acaso implementada, significará o fim não somente de tais benefícios ao arreio do consenso naquele Órgão, como, de igual modo, a inexistência de dispositivos legislativos limitadores como o constante no Decreto 14.213/2012.

O entendimento vigente deste CONSEF, em relação à matéria ora apreciada é pacífico, podendo mencionar decisões como os Acórdãos JJF 0160-02/18 e 0103-01/18. Logo, diante de tais posicionamentos, que demonstram inexistir qualquer discussão a respeito no âmbito do Órgão de julgamento administrativo, a decisão está atrelada ao mero cumprimento do Convênio 190/17.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador (...)

Pelos expostos motivos, a infração é parcialmente subsistente, diante do fato de nos termos previstos no artigo 156, inciso IV do CTN está extinto o crédito tributário relativo ao Decreto 14.213/2012, de acordo com previsão no Convênio ICMS supramencionado, mantidas as demais parcelas arroladas na autuação, pela não impugnação por parte do sujeito passivo, de acordo com a seguinte demonstração, contida no demonstrativo constante à fl. 192: (...)

Assim, a JJF concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no montante de R\$20.626,94, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 234 a 245 dos autos, o recorrente aduz que a JJF não considerou parte dos seus argumentos esposados em sua peça de defesa, conforme demonstrará.

Em seguida, alega o caráter confiscatório da multa de 60%, do que cita jurisprudência do STF, para concluir que deve ser reduzida ao patamar de 20%.

Adiante, aduz que utilizou corretamente o preço médio ponderado final (PMPF) do combustível AEHC, ínsitos nos Atos COTEPE de 2014 a 2016, inexistindo ilegalidade, conforme tabela que apresenta.

Diante do exposto, requer que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida que manteve o lançamento com relação à multa de 60% e com relação ao PMPF, já que os valores utilizados estão de acordo com os divulgados pelo CONFAZ para as competências de fevereiro a março de 2014, março, novembro e dezembro de 2015 e janeiro, fevereiro e março de 2016.

Às fls. 326 a 327 dos autos, considerando que para a remissão dos créditos tributários realizada pela JJF não basta que os entes federativos deem publicidade aos benefícios instituídos em desacordo com a Constituição, visto que a legislação também exige que o sujeito passivo desista de impugnações, defesas e recursos apresentados na esfera administrativa, nos termos do §2º,

inciso II da cláusula oitava do Convênio ICMS 190/17, cuja condição foi recepcionada no art. 1º, §2º, II da Lei baiana nº 14.033/18, o Processo Administrativo Fiscal foi convertido em diligência à Coordenação Administrativa para intimar ao contribuinte para, caso deseje, expressamente, optar pela desistência de impugnação, defesas e recursos apresentados, relacionados à utilização do crédito presumido de que trata o art. 75, XXXII, do RICMS/MG, condição “*sine qua non*” para aplicação da remissão e anistia prevista no Convênio ICMS 190/17.

Às fls. 337/350 dos autos, o patrono do sujeito passivo ratifica todas as razões recursais e encaminha, por salvaguarda, a cópia do Recurso Voluntário interposto, requerendo o seu regular processamento.

Reiterada a intimação (fls. 354), o recorrente apresenta manifestação (fls. 357/363) onde aduz que, especificamente, em face da parte da Decisão que lhe restou desfavorável, foi interposto Recurso Voluntário defendendo, portanto, tão somente a correta utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF), relativos aos Atos COTEPE de 2014 a 2016 e aspecto confiscatório da multa.

Assim, defende não haver recurso que tenha como objeto matéria relacionada à remissão e anistia prevista na cláusula oitava, § 2º, inciso I do Convênio ICMS 190/17, já julgado pela JJJF, restando prejudicado o cumprimento da intimação neste sentido, do que defende que preenchidos, portanto, os requisitos na LC 160/17 c/c Convênio ICMS 190/17 para aplicação da remissão e anistia do crédito tributário relacionado ao Decreto nº 14.213/12, visando a não exigência fiscal sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros relacionados no seu anexo único, conforme bem julgou a JJJF.

Por fim, o recorrente aduz que, considerando que os demais capítulos do Recurso Voluntário interposto não se referem ao benefício fiscal, mas sim sobre a utilização adequada de Preço Médio Ponderado a Consumidor Final do combustível AEHC e aspecto confiscatório da multa punitiva imposta pelo Estado da Bahia, requer o prosseguimento do feito, para solução do debate que ainda remanesce.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito exigido no lançamento de ofício de R\$1.456.596,59, para R\$20.626,94, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que a redução do valor exigido no montante de R\$1.456.596,59, para R\$20.626,94, decorreu da remissão do crédito tributário, resultante da glosa do crédito presumido concedido unilateralmente pelo Estado de Minas Gerais ao contribuinte, sujeito passivo por substituição - situado naquela unidade federativa - relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, tendo em vista o quanto disposto na Lei Complementar nº 160/17 e no Convênio ICMS 190/17, cujo requisito indispensável para a extinção do crédito tributário, previsto na cláusula segunda do referido Convênio, é de que os entes federativos publiquem em diário oficial e depositem no CONFAZ lista dos benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Além disso, nos termos do § 2º, inciso II, da cláusula oitava do Convênio ICMS 190/17, para a aludida remissão e a anistia, condiciona-se, dentre outras, que o sujeito passivo desista de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados no âmbito administrativo, cuja condição foi recepcionada no art. 1º, § 2º, II da Lei baiana nº 14.033/18.

No presente caso, apesar do Estado de Minas Gerais ter cumprido com as condições impostas na cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, quanto ao benefício do art. 75, XXXII do RICMS/MG, verifica-se que o sujeito passivo não requereu a desistência da sua impugnação/defesa do

lançamento de ofício, de modo a possibilitar a remissão dos créditos tributários aplicada na Decisão recorrida.

Porém, quando instado a fazê-la, por duas oportunidades, consoante documentos às fls. 334/335 e 354/355 dos autos, ratificou todas as razões recursais e se insurgiu sob a alegação de que *“Apresentada impugnação administrativa, o Acórdão JJF n. 00091-02/19 acolheu parcialmente a defesa para desconstituir o crédito tributário afeto à não aplicação do Decreto n. 14.213/2012, remanescendo, tão somente, parcelas relativas a erro na aplicação da alíquota de ICMS, utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e utilização na escolha da Margem de Valor Agregado (MVA).”*

Assim, nos termos do art. 146, I, “a” do COTEB (Lei nº 3.956/81), cuja norma foi recepcionada no art. 169, I, “a” do RPAF, pelo qual se atribui competência para o Colegiado de segunda instância a necessária reanálise da desoneração nas decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento Fiscal, **só nos resta declarar a nulidade do Acórdão recorrido**, nos termos previsto no art. 18, inciso III do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por se tratar de uma decisão não fundamentada, uma vez ser contrária à lei, tendo em vista não cumprir a condição para a aludida remissão de que o sujeito passivo desista de **impugnações, defesas** e recursos eventualmente apresentados no âmbito administrativo, conforme prevista no § 2º, inciso II, da cláusula oitava do Convênio ICMS 190/17, recepcionada no art. 1º, § 2º, II da Lei baiana nº 14.033/18.

Do exposto, voto PROVIDO o Recurso de Ofício, para declarar a NULIDADE da Decisão recorrida, e PREJUDICADO o Recurso Voluntário, ocorridos em consequência do Acórdão JJF nº 0091-02/19, o qual foi proferido em desacordo à determinação legal, devendo retornar os autos à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 269354.0008/18-3, lavrado contra **SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA.**, restando **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado, devendo, os autos, retornarem à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS