

PROCESSO - A. I. Nº 207106.3001/16-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 4ª JJF nº 0103-04/19
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA (SUDOESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2021

2ª CJF DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NOVA DECISÃO. Representação proposta de acordo com os arts. 119, § 1º e 136, § 2º do COTEB, no sentido de anular a decisão de primeira instância e realização de novo julgamento para apreciar argumentos não abarcados pela decisão judicial referente à autuação, sendo que não consta manifestação da JJF quanto ao questionamento realizado em referência à aplicação das regras da substituição tributária por antecipação, nas operações de aquisição de açúcar diretamente das Usinas (Industriais). Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS a este Conselho de Fazenda, opinando que, pelas razões expostas, o CONSEF julgue o Auto de Infração, consoante art. 136, § 2º do COTEB.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que ocorreram os seguintes fatos:

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 20/07/2016 para exigir 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 sujeito passivo protocolou representação a pedido de controle de legalidade na PGE/PROFIS com vistas à declaração de nulidade da 4ª JJF e à realização de novo julgamento para apreciar argumentos não abarcados pela decisão judicial.

Salienta o sujeito passivo que, embora não tenha aberto prazo para interposição de recurso (como manda o RPAF), o faz, pois entende que a decisão da 4ª JJF desatende princípios basilares do direito de defesa, acabando por tornar nulo o processo administrativo.

A um, porque as medidas judiciais acima referidas foram propostas antes da lavratura do auto de infração que deu origem ao presente PAF, daí porque não se poderia dizer que a recorrente teria aberto mão “aprioristicamente” da defesa de todo e qualquer auto de infração que lhe cobrasse ICMS sobre o açúcar.

Ressalta, pois, que o art. 117 do RPAF somente poderia ser aplicado às hipóteses em que medida judicial seja adotada DEPOIS da lavratura do Auto de Infração.

A dois, porque os provimentos judiciais constantes da Ação Ordinária nº 0560374-19.2014.8.05.0001 consideram, com efeito *ex tunc*, ilegal e inconstitucional a cobrança de ICMS sobre o açúcar em alíquota superior a 7% e ordenam ao Estado da Bahia que não promova a cobrança de forma diversa do que foi decidido. Tais provimentos judiciais são reconhecidos inclusive pela PGE

(Procurador Leonardo Gaudenzi) como plenamente eficazes (dado que não houve efeito suspensivo concedido pelo STJ para obstar os efeitos da decisão do TJ/Ba).

Aduz que a lavratura do auto de infração em testilha é medida absolutamente ilegal, violadora de ordem judicial, estando inclusive sujeitando o Estado da Bahia ao pagamento de multa fixada pelo Poder Judiciário (R\$1.000,00/dia), conforme a ora recorrente frisou em sua sustentação oral, por dever de lealdade.

E, a três, porque – ainda que por absurdo entenda-se que o art. 117 do RPAF é aplicável à espécie – a i. 4ª JJF simplesmente *deslembrou* que os argumentos da impugnação não se resumem a questionar a alíquota aplicável à espécie.

Afirma a recorrente que o fundamento que aponta a existência de ordem judicial prévia é o último sucessivo e que, antes dele, dois argumentos que devem ser (ou deveriam ter sido) conhecidos antes, a saber: i) a arguição da nulidade da autuação (dado que não se pode determinar a infração); e ii) a argumentação de que a cobrança é improcedente dado que o ICMS deve ser recolhido através do regime de substituição tributária na entrada.

Salienta que ambos os argumentos acima não foram objeto de questionamento judicial, de tal sorte que – no mínimo quanto a estes – não se aplicaria o art. 117 do RPAF.

Relata que ao considerar toda a impugnação prejudicada, a 4ª JJF violou preceitos fundamentais ao devido processo legal e ao direito de defesa, dado que fora tolhido da ora recorrente o direito de ver tais argumentos apreciados administrativamente.

Chama atenção ao requerer o registro que fez questão de tentar resolver estas nulidades em sede administrativa, visto que poderia não alegar estas matérias (dado que sequer fora intimada a – querendo – interpor recurso), obter uma “nulidade de gaveta”, e utilizar esse argumento em eventual fase judicial, contudo não o fez.

A PGE examinou as alegações do sujeito passivo e exarou Parecer PROFIS-NCA manifestando entendimento que o silêncio da Junta de Julgamento, de fato, conduz à nulidade da decisão. Representa este Conselho de Fazenda Estadual opinando pela nulidade do Acórdão **JJF Nº 0103-04/19**.

Registra-se que, na oportunidade, a participação na sessão o Dr. Matheus Moraes Sacramento, no qual realizou sustentação oral pela Contribuinte no dia 05/05/2021, sendo adiado para o dia 13/05/2021 que novamente se fez presente.

Este é o relatório.

VOTO

Conforme consta no relatório acima, o sujeito passivo protocolou representação à PGE/PROFIS, alegando “*existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante*” (art. 119, §1º do COTEB). Por sua vez, a PGE/PROFIS representa opinativo de julgamento do processo pelo CONSEF, com fundamento no art. 136, §2º do COTEB.

Apreciando as alegações defensivas postuladas pelo sujeito passivo junto ao Controle da Legalidade, inicialmente, sinalizo que o contribuinte foi autuado pelo cometimento de infração única, notadamente por não ter procedido a retenção do ICMS e o subsequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e em relação às operações subsequentes realizadas neste Estado da Bahia.

E desde a oposição de impugnação, a recorrente contesta a referida imputação, alegando a improcedência da infração, por considerar que suas operações foram efetivamente tributadas quando da entrada interestadual do seu produto. Isto porque, aduz a recorrente, que o item lançado “açúcar”, está sujeito ao regime de substituição tributária por antecipação. Complementa ainda a recorrente, que nas entradas internas do referido produto, originárias de fornecedores

sediados neste Estado da Bahia, o ICMS foi retido e recolhido pelos remetentes, estando, portanto, toda a cadeia subsequente desonerada do referido imposto.

Em sede de defesa, invocando inclusive o princípio da eventualidade, a recorrente se insurgiu em relação à alíquota utilizada pelo fiscal autuante para aferir o montante do ICMS supostamente não recolhido, alegando que a alíquota do ICMS aplicável às operações com açúcar é de 7%, conforme decisão judicial.

Neste sentido, caberia, pois, à Junta de Julgamento, antes de julgar prejudicada a defesa da autuada, avaliar se o cerne da questão se restringe à análise do percentual aplicado. É que o encaminhamento à PGE para fins de suspensão da exigibilidade do imposto, apenas garante à ora recorrente, a prorrogação da referida exigência, mas não a análise meritória das suas razões de defesa.

É de se questionar, portanto, se a alegada ilegitimidade passiva pontuada pela autuada foi objeto de apreciação pela Junta de Julgamento. Não consta, também, manifestação da Junta quanto ao questionamento realizado em referência à aplicação das regras da substituição tributária por antecipação, nas operações de aquisição de açúcar, diretamente das Usinas (Industriais).

Referidos questionamentos, foram apenas tratados pelo fiscal autuante ao se manifestar em sua Informação Fiscal, contudo, sequer foi ratificado pela 4ª JF.

O objeto social da Autuada, conforme consta cadastrado junto ao Sistema da SEFAZ é:

Atividade Econômica Principal:

4637102 - Comércio atacadista de açúcar

Atividade Econômica Secundária

4632003 - Comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados, farinhas, amidos e féculas, com atividade de fracionamento e

4729699 - Comércio varejista de produtos alimentícios em geral ou especializado em produtos alimentícios não especificados anteriormente.

Neste sentido, volto a questionar se deve a autuada ser equiparada a estabelecimento industrial ao adquirir açúcar das refinarias? Referidos questionamentos foram analisados e/ou afastados pela decisão de piso?

É certo que a determinação judicial é para que o Estado não exija o imposto à alíquota diversa de 7%, e não para que não constitua o crédito, até mesmo porque, é sabido que o dever do fisco é, de fato, efetuar os exames requisitados para homologar os valores recolhidos pelo contribuinte, demarcando o prazo inicial para contagem da decadência.

Ocorre, contudo, que o julgamento de piso impediu que fossem analisados outros pontos trazidos em peça de defesa, cingindo-se a decidir e julgar “prejudicada” a defesa do contribuinte, face à propositura de medida judicial pelo sujeito passivo, cuja relação, inclusive, não me parece ser crucial em relação ao Auto de Infração em lide.

Isto porque, caso a lide se restrinja a validar os cálculos realizados, qual seja, se o fiscal autuante, ao aferir o ICMS recolhido à menor pela autuada, deveria aplicar 7% ou 17%, por certo a defesa, de fato, restaria prejudicada. Contudo, a citada hipótese não se aplica ao presente caso.

Sinalizo e ressalto, que a autuada foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS, contestando especificamente a legalidade/procedência da infração e não os cálculos apurados.

Desde a sede de impugnação, a autuada contesta a autuação como um todo, arguindo alegações de nulidade ao mérito propriamente dito, postulando questionamentos que sequer foram analisados pela decisão de piso.

Pelo exposto, concordo com as razões manifestadas pela Douta Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, e voto pela Nulidade da decisão proferida pelo Juízo de piso, ante à omissão da 4ª

JJF, aos argumentos apresentados pela recorrente em sua peça impugnatória, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância, para que sejam devidamente analisadas todas as razões de defesa suscitadas pela autuada.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, devendo retornar os autos à Primeira Instância.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207106.3001/16-0**, lavrado contra **COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA**. Devendo os autos retornar à Primeira Instância, para que sejam devidamente analisadas todas as razões de defesa suscitadas pela autuada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS