

PROCESSO - A. I. Nº 207106.3001/16-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0042-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA (SUDOESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-12/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS PARRA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. Existência de ação judicial em curso, impetrada pela recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando a mesma matéria específica do lançamento de ofício, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, restando prejudicada a análise das razões recursais, à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 125, II do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7.438/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. Considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso de Ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/07/2016, exige 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 nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (07.02.03), ocorridas 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, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 24 a 31. Explica que realizou pagamento da tributação das mercadorias conforme prova lista de DAE’s, referente quando da entrada da mercadoria em território baiano. Salienta que as mercadorias da substituição tributária não foram feitas em razão do açúcar, pois já fora totalmente tributado na origem (usina açucareira), portanto, a tributação foi feita na entrada, não se sabe por que o Fiscal entendeu que as operações subsequentes deveriam ser novamente submetidas à ST.

Pontuou que 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, levando à inexorável 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.

Afirmou que 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”, percebeu que a FISCO promoveu o cálculo do ICMS ST nas operações de venda de açúcar, sendo que não pode oferecer tal operação à tributação do ICMS haja vista que a mercadoria está sujeita ao regime de ST por antecipação, conforme o art. 353, II, “12” e art. 61, XIV do RICMS-97 e do art. 289, § 2º, II do RICMS-2012.

Ressaltou que o RICMS prevê que nas operações com o açúcar deve-se promover a ST por antecipação do ICMS promovendo o recolhimento por substituição (DAE's listados), sendo que toda a cadeia de tributação se encerrou com a substituição.

Roga pelo princípio da eventualidade, dizendo que 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 de nulidade da autuação ou total improcedência.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 64 a 66, confronta o entendimento defensivo dizendo que não há nulidade do Auto de Infração. Explicou que o autuado é uma indústria, 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. Entendeu 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 ST, pois o produto final já está pronto para comercialização, exatamente como foi feito pela fiscalização.

Diz 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.

A 4ª JJF converteu o processo em diligência à PGE para opinativo acerca da decisão da Justiça no Processo citado, 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%. Informou 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 no STJ- Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial nº 1824415/BA, porém, encontra-se em fase final de julgamento pela Primeira Turma do STJ, 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 trânsito 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 convertido novamente em diligência à INFAZ DE ORIGEM para que fossem tomadas as providências indicadas no mencionado Parecer, tendo resposta de que está anexado ao PAF planilhas de ST com alíquota interna para o açúcar de 7%, resultando em inexistência de diferenças. Novamente em Sessão Suplementar realizou deliberou pela conversão do processo em diligência à PGE/PROFIS para tomar conhecimento da diligência realizada pela Inspetoria.

Às fls. 115 a 116 foi anexado Parecer Conclusivo da PGE/PROFIS concluindo 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.

A 4ª JJF converteu novamente o processo em diligência à INFAZ VITORIA DA CONQUISTA, para que a Repartição Fazendária intimasse os mesmos para entrega dos documentos anexados.

A JJF destacou que o Acórdão JJF nº 0103-04/19 tem correspondência entre a matéria tratada no presente lançamento do Auto de Infração e àqueles referentes à Ação Ordinária nº 0560374-19.2014.8.05 e decidiu considerar a Defesa prejudicada.

Após o processo ser enviado à PGE/PROFIS para inscrição em Dívida Ativa. O sujeito passivo, às fls. 151 a 156, ingressou com pedido de controle de legalidade na PGE/PROFIS com vistas à declaração de nulidade da decisão proferida pela 4ª JJF, no qual fora acolhido pela CJF.

Afirmou a autuada 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”. Salientou 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.

Asseverou que a PGE/PROFIS se posicionou no sentido de que o silêncio da Junta de Julgamento, de fato, conduz à nulidade da decisão de 1ª Instância e representa a este Conselho de Fazenda Estadual opinando pela nulidade da decisão.

Destacou ainda que o Acórdão CJF nº 0134-12/21 foi decidido por unanimidade acolher a Representação proposta e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, concluindo que caberia a JJF, antes de julgar prejudicada a defesa da autuada, avaliar se o cerne da questão se restringia à análise do percentual aplicado, frisando 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.

Frisa que a alegada ilegitimidade passiva pontuada pela autuada não foi objeto de apreciação da JJF, assim como 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). Assim, o processo foi devolvido à Primeira Instância administrativa para análise de todas as razões de defensivas.

Após as intervenções das partes, a JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0134-12/21 (fls. 214 a 217), foi decidido por unanimidade ACOLHER a Representação interposta pela PGE/PROFIS e declarar NULA a decisão que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, através do Acórdão JJF nº 0103-04/19, com fundamento na conclusão de que houve omissão dos argumentos apresentados pela recorrente em sua peça defensiva.

O sujeito passivo alega que o lançamento é nulo, uma vez que não conseguiu entender o motivo pelo qual o Fisco considera que as operações subsequentes (vendas por ela realizadas) deveriam ser submetidas à substituição tributária, visto que realizou toda a tributação das mercadorias autuadas no momento da entrada da mercadoria em território baiano, quando adquiridas em outros Estados, ou já teria recebido totalmente tributado na origem, em se tratando de aquisições internas (usina açucareira).

O autuante, por sua vez, ao prestar a Informação fiscal sustenta a autuação, asseverando que a autuada seria uma indústria, pois 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.

Este entendimento encontra amparo no disposto no art. 2º, § 5º, incisos II e IV do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, onde se considera que o acondicionamento ou reacondicionamento que resulte na alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria, também é considerado um processo de industrialização:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(....)

§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como:

(...)

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;

Deste modo, o pressuposto contido no art. 353, inciso II do RICMS/97, de que cabe à empresa autuada a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, está em perfeita sintonia com a presente situação, tendo em vista que a análise não deve se ater exclusivamente à natureza da mercadoria adquirida.

No caso sob análise, sem dúvida o autuado realiza um processo equiparado à industrialização, que se refere a acondicionamento ou reacondicionamento, considerando que o açúcar não é comercializado na forma que é adquirido.

Saliento que analisando a questão sob a ótica da substituição tributária, percebe-se que o legislador, ao afastar a obrigatoriedade de retenção ou antecipação na aquisição feita por estabelecimento industrial, certamente procurou alcançar a última etapa do processo produtivo, ou seja, se aproximar o máximo possível do preço praticado pelo industrial para o mercado consumidor.

Assim, se o autuado adquire o açúcar e agrega ao seu custo uma etapa considerada como industrialização, a exigência de antecipação tributária com base no preço de aquisição em outro Estado, indubitavelmente resultaria em prejuízo ao Estado da Bahia, pelo recolhimento a menos do imposto sem a agregação do custo de industrialização (reacondicionamento).

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

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

De acordo com os Pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, a tributação a 7% é matéria incontroversa, objeto de ordem judicial requerida pelo próprio recorrente.

Assim, de acordo com o demonstrativo que deu sustentação ao presente lançamento, fls. 05 a 16, verifico que a Fiscalização tributou as operações internas a 17%, tendo concedido os créditos referentes aos valores destacados nos documentos fiscais de entrada e aos antecipadamente recolhidos (substituição tributária).

A determinação judicial é para que o Estado não exija o imposto à alíquota diversa de 7%, razão pela qual, em atendimento à solicitação do i. procurador Dr. Leonardo Sérgio Pontes Gaudenzi, o processo foi convertido em diligência e o autuante elaborou demonstrativo aplicando a alíquota interna para o açúcar de 7%, fls. 92 a 105, onde se verifica a inexistência de diferença de imposto a recolher, em função da aplicação da alíquota de 7%, conforme determinação judicial. Consequentemente, a infração é totalmente insubsistente.

Com base em todo o exposto, julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, devido a desoneração estabelecida pelo RPAF/99.

Registrado a presença na sessão de videoconferência, Sr. Matheus Moraes Sacramento – OAB/BA nº 21.250, no qual exerceu o seu direito a sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

Observe que, a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0042-04/22 VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento do crédito tributário com valores atualizados de R\$ 712.280,33 a data do julgamento sob às fls. 245, fato este que, justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Observe ainda, que o Acórdão CJF nº 0134-12/21 decidiu por unanimidade acolher a Representação

proposta e declarar NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, concluindo que caberia a JJF antes de julgar prejudicada a defesa da autuada, avaliar se o cerne da questão se restringia à análise do percentual aplicado.

A autuada tem como atividade econômica o CNAE-Fiscal 4637102- Comércio Atacadista de açúcar. Consta da informação fiscal do autuante sob a fl. 65 que, “a autuada é uma indústria, uma vez que, adquire AÇUCAR das refinarias a granel ou em sacas de 50 kg e empacota em embalagens de menor valor ou peso, (embalagens de 1kg, 2kg ou 5kg) agregando valor ao produto para revenda futura”.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, verifico que, a desoneração decorreu em razão da fiscalização ter tributado as operações internas a 17%, concedendo os créditos referentes aos valores destacados nos documentos fiscais de entrada e aos antecipadamente recolhidos por substituição tributária.

Do exame das peças processuais constato que, o impugnante ajuizou Ação Ordinária, através do Processo nº **0560374-19.2014.8.05.0001**, tendo obtido medida liminar que determinou que o Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia, por si ou por seus subordinados, se abstinhasse de exigir o pagamento do ICMS à alíquota diversa de 7%, referente às operações internas realizadas pela autuada.

Percebo que, a determinação Judicial que fora requerida pela autuada sob nº0560374-19.2014.8.05.0001, da 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, foi mantida integralmente pela Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Observo que, em cumprimento o que determinava a decisão judicial, a PGE/PROFIS, converteu o processo em diligência ao autuante para que o Estado não exija o imposto à alíquota diversa de 7%.

Neste sentido, em cumprimento a diligência solicitada pela PGE/PROFIS o autuante elaborou novo demonstrativo aplicando a alíquota interna para o açúcar de 7%, onde ficou constatado a inexistência de diferença de imposto a recolher (Fls. 92 a 105).

Verifico que, a PGE/PROFIS, por apresentar-se inconformada com a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia apelou ao STJ- Superior Tribunal de Justiça, através do RE- Recurso Especial nº 1824415/BA, e que, após os transmisses legais da instrução processual, em sessão virtual de 19/04/22 a 25.04.2022, sob a relatoria do Ministro SERGIO KUKINA, da Primeira Turma, por unanimidade votou em NÃO CONHECER O RECURSO DO ESTADO DA BAHIA.

Constato que, os patronos da autuada encaminharam via correio eletrônico à Secretaria da Segunda Câmara do CONSEF/BA em 28.06.2022, para fazer juntada aos autos do processo, Certidão nº 2914881 emitida em 28.06.2022, pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, onde CERTIFICA que, em 23/06/2022, a lide encontra-se finalizado já em TRASITADO EM JULGADO, para baixa definitiva pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Por fim, também se encontra certificado, que o assunto tratado no mencionado processo é de natureza de Direito Tributário, Impostos, ICMS- Imposto sobre circulação de Mercadorias.

Assim, após às análises realizadas no presente processo, em razão do sujeito passivo ter impetrado Ação Ordinária, entendo que o mérito não pode ser apreciado na esfera administrativa, devendo ser apreciado no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, o COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, no seu art. 126 dispõe:

“Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do Recurso Voluntário interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis”.

E para fortalecer, o art. 125, inciso II, do mesmo diploma legal, com redação dada pela Lei nº 7438, de 13/01/99, preconiza que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Neste caso, entendo ficar prejudicado o exame na esfera administrativa, pois, em tal hipótese, a legislação processual considera que enseja renúncia do poder de recorrer ou a desistência de impugnação ao Recurso Voluntário acaso interposto.

Diante de tais considerações, julgo PREJUDICADO o exame na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso de Ofício interposto referente ao 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**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS