

A. I. Nº - 298575.0042/06-8
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A. – ILPISA
AUTUANTE - SIMONE MARIA VALVERDE GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 19.12.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0406-02/06

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.
Fato não negado pelo sujeito passivo. Alegado acordo com terceiro para que este efetuasse os pagamentos. As convenções particulares não modificam a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/9/06, acusa a falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto lançado: R\$ 462.228,50. Multa: 50%.

O contribuinte defendeu-se confirmando que, com relação ao imposto lançado neste Auto, os valores foram declarados pela própria empresa através dos documentos de informações econômico-fiscais (DMA), que espelham o que consta no Registro de Apuração do ICMS, haja vista que nunca foi sua intenção deixar de informar ao fisco, com exatidão, os valores do ICMS apurados em cada mês, como também nunca foi sua intenção deixar de recolher o imposto mensal, e tanto isso é verdade que até o mês de fevereiro de 2006 não existem valores em aberto relativamente ao ICMS normal, porém, a partir de março, ocorreram fatos que escaparam ao seu controle.

Tais fatos, configurando uma “operação triangular” envolvendo a Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S.A. (ILPISA), a Empresa Baiana de Alimentos S.A. (EBAL) e o Estado da Bahia, são historiados assim:

- a) a ILPISA industrializa e comercializa derivados do leite;
- b) um de seus maiores clientes é a EBAL, mais comumente conhecida como “Cesta do Povo”, empresa vinculada ao Governo do Estado da Bahia;
- c) as relações comerciais entre a ILPISA e a EBAL encontram-se devidamente registradas por meio de contratos de fornecimento de mercadorias, conforme alguns deles juntados como amostra;
- d) em razão das compras de mercadorias, a EBAL tem um saldo de “contas a pagar” à ILPISA;
- e) até meados de 2003, a forma de liquidação desse saldo era o pagamento mediante depósito em conta bancária da ILPISA;
- f) a partir do segundo semestre de 2003, foi feito um acordo entre as duas empresas, ficando acertado que, ao invés de a EBAL pagar integralmente as mercadorias adquiridas, ela deveria efetuar o recolhimento do ICMS que a ILPISA gerava nas suas operações mensais, até o montante do saldo das compras realizadas em cada mês por todas as unidades da ILPISA neste Estado (a fábrica, no município de Itapetinga, a filial em Salvador e o posto de coleta de leite no município de Maiquinique), não só a título de ICMS normal, mas também relativamente ao imposto devido por substituição ou antecipação e por parcelamento de débitos;
- g) todo mês, era feito um encontro de contas, a ILPISA emitia os documentos de arrecadação do ICMS (DAEs) e os enviava à EBAL, para que esta providenciasse o pagamento e posteriormente

abatesse do seu “contas a pagar” o valor correspondente, sendo que o saldo remanescente a favor da ILPISA era transportado para o mês subsequente;

- h) essa sistemática de pagamento do imposto em função das relações comerciais entre a EBAL e a ILPISA foi determinada por imposição do Governo do Estado, através da Secretaria da Fazenda, que, com o intuito de ver garantido o recebimento do ICMS do mês, determinou que a EBAL não mais depositasse seus débitos na conta bancária da ILPISA, mas que, em vez disso, efetuasse o recolhimento do seu ICMS de cada mês;
- i) embora esse comportamento do Estado seja revestido de uma dose de autoritarismo e tenha causado um grande constrangimento à ILPISA, naquela época não restou outra alternativa senão aceitar esse acordo, já que a EBAL era um dos seus maiores clientes na Bahia, e na atual conjuntura econômica não poderia ser rejeitado um cliente de tal porte;
- j) em suma, os valores de ICMS apurados pela ILPISA em cada mês, a partir do segundo semestre de 2003, passaram a ser recolhidos diretamente pela EBAL ao Estado, mediante apresentação dos DAEs pela ILPISA, configurando-se, dessa forma, a partir daquela época, uma “operação triangular” envolvendo a ILPISA, a EBAL e o Estado da Bahia;
- l) essa operação triangular não está acobertada por nenhum contrato formal, e nem poderia, haja vista que a assinatura de um acordo desta natureza pelo Estado seria, no mínimo, antiético, uma prova cabal de que o Estado estaria agindo de forma extremamente autoritária, duvidando da capacidade financeira de um contribuinte ao exigir uma garantia (o produto de suas vendas) para o recebimento de um imposto que ainda nem venceu;
- m) entretanto, pouco importa o fato de não existir contrato formal para esta operação triangular, pois os contratos podem ser expressos ou tácitos, verbais ou por escrito, de acordo com a legislação civil, de modo que a atividade é desenvolvida da maneira que convenha às partes e, a partir daí, aceitam-na e a ela se integram;
- n) a referida operação triangular, que vem ocorrendo desde 2003, pode ser facilmente provada através dos correios eletrônicos (“e-mails”) trocados entre a ILPISA e a EBAL ao longo dos meses;
- o) quanto à validade desse meio de prova, o Poder Judiciário já se manifestou sobre essa questão, sendo pacificado no STJ o entendimento de que, para a validade dos atos, tanto na esfera pública como na privada, o que é imprescindível é a certeza da ciência dos interessados com relação à realização dos negócios, haja vista que o ato praticado deve conter o requisito da certeza, excluindo a dúvida da parte adversa quanto à pretensão apresentada;
- p) como essa operação triangular funciona basicamente através de recursos tecnológicos, e isso vem ocorrendo sistematicamente, não há por que se falar em falta de certeza de ciência das partes, com o intuito de descaracterizar o ato praticado;
- q) a operação funcionava da seguinte forma: mensalmente, a ILPISA apurava o valor do seu ICMS a pagar, e, feito isso, verificava-se qual o saldo a receber da EBAL daquele mês, e então a gerência fiscal da ILPISA encaminhava “e-mail” à Diretoria Financeira da EBAL, informando os valores de cada espécie de ICMS (normal, antecipado, substituição tributária ou parcelamento) e solicitando uma data para programar o envio dos DAEs para recolhimento; depois, a EBAL informava a data e a ILPISA enviava os DAEs para pagamento; este era o procedimento padrão que vinha sendo adotado até o mês de fevereiro de 2006, conforme cópias de “e-mails” anexas, trocados entre a ILPISA e a EBAL, desde janeiro de 2005 até fevereiro de 2006, os quais deixam clara a habitualidade do procedimento;
- r) alguns desses “e-mails” foram enviados também com cópia para prepostos da Secretaria da Fazenda, como pode ser visto na documentação anexa, não restando dúvidas, portanto, do conhecimento desta operação pelo Estado;

- s) até o mês de fevereiro de 2006, os valores relativos ao ICMS vinham sendo normalmente recolhidos, dentro dessa sistemática;
- t) a partir de março de 2006, a EBAL, alegando problemas financeiros, deixou de recolher o ICMS da ILPISA, e, desde então, a ILPISA vem tentando, insistente, fazer valer o acordo firmado em 2003;
- u) nas trocas de “e-mails” realizadas a partir de março de 2006, visando ao recolhimento do imposto, a alegação da EBAL foi sempre a mesma, sérias dificuldades de caixa, mas sempre sinalizando que os compromissos com a ILPISA seriam honrados assim que fosse possível, conforme “e-mails” anexos;
- v) acreditando na boa-fé da EBAL, a ILPISA não suspendeu os fornecimentos de mercadorias, só o fazendo a partir do dia 3/8/06, data da última entrega de produtos, quando a situação passou a ser insustentável, já que àquela altura o “contas a pagar” da EBAL para com a ILPISA já era superior a R\$ 820.000,00;
- x) preocupada com a situação, e com o objetivo de evitar uma autuação, já que o ICMS se encontrava sem ser pago, a ILPISA por várias vezes procurou a repartição do seu domicílio fiscal para informar o que estava ocorrendo;
- z) porém a postura adotada pela SEFAZ passou a ser de descaso, praticamente ignorando o acerto que existia desde 2003, alegando que a Secretaria da Fazenda não poderia ser prejudicada por um desacordo comercial entre contribuintes, enfim, não mais reconhecendo o acordo, e acabou por lavrar o presente Auto de Infração.

Feita essa explanação dos fatos, o autuado apresenta um quadro evolutivo, comparando os valores que a EBAL devia à ILPISA ao final de cada mês, com os valores do ICMS que foram objetos dessa autuação. Observa que, caso a EBAL continuasse a cumprir a sua parte do acordo, ao final de cada um dos meses objeto da autuação existiria no seu “contas a pagar” saldo suficiente para cobrir a parcela do ICMS mensal da ILPISA, ou seja, os valores objetos dessa autuação não iriam existir caso a EBAL cumprisse o que fora acordado.

Aduz que os valores apresentados em seu demonstrativo são referentes ao saldo das faturas em aberto, e foram extraídos do relatório emitido pela própria EBAL, conforme documento anexo.

Pede que seja cancelado e arquivado o Auto de Infração.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação dizendo que o Auto de Infração foi lavrado com obediência de todos os preceitos legais, identificando e descrevendo de forma clara a infração cometida pelo contribuinte. A seu ver, o fato de existir um suposto acordo informal com a EBAL não invalida a obrigação do contribuinte de recolher o imposto no prazo regulamentar, pois, conforme dispõem os arts. 121 e 123 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e as convenções particulares não modificam a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente. Salienta que o autuado não nega a ocorrência dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto, nem tampouco a incidência do imposto nas operações, limitando sua argumentação aos aludidos acordos, meramente comerciais.

Opina pela manutenção do lançamento.

Após dados os autos por instruídos, foi feita juntada de petição do autuado, dirigida ao Relator do processo, dizendo que o representante da empresa não poderia fazer-se presente à sessão do dia 5/12/06.

Atendendo ao apelo do autuado, aberta a sessão do dia 5, foi anunciado o adiamento do julgamento para a sessão seguinte, de 7/12/06.

VOTO

O imposto lançado diz respeito à falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativamente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Esse é o teor da acusação.

A defesa não nega isso. Ao contrário, declara que, “De fato, os valores apresentados no Auto, foram declarados através dos documentos de informações fiscais (DMA), emitidos pela ILPISA, que são o espelho do Registro de Apuração do ICMS”.

Quanto ao acordo que alega ter feito com a EBAL – Empresa Baiana de Alimentos S.A., para que esta pagasse o imposto em seu lugar, tal acordo, se existe, só é válido entre as partes, não sendo, contudo, oponível ao Estado.

Isto – friso bem –, no tocante ao acordo entre a ILPISA e a EBAL.

No entanto, há certas afirmações do autuado que são preocupantes, quando ele diz que a sistemática adotada a partir de 2003 “foi determinada por imposição do Governo do Estado, através da Secretaria da Fazenda”, e que “esse comportamento do Estado seja revestido de uma dose de autoritarismo e tenha causado um grande constrangimento à ILPISA”, dizendo mais adiante que, dentre os “e-mails” trocados entre a ILPISA e a EBAL, “alguns desses e-mails foram enviados também com cópia para prepostos da Secretaria da Fazenda, como poderá ser visto na documentação anexa, não restando dúvidas, portanto, do conhecimento desta operação pelo Estado”, e que “a ILPISA por várias vezes, procurou o seu domicílio fiscal para informar o que estava ocorrendo”, porém “Surpreendentemente a postura adotada pela SEFAZ passou a ser de descaso, praticamente ignorando o acerto que existia desde 2003, alegando que a Secretaria da Fazenda não poderia ser prejudicada por um desacordo comercial entre contribuintes, enfim, não mais reconheceu o acordo, e acabou por lavrar o Auto de Infração ora atacado”.

Este Órgão de julgamento tem competência, apenas, para a solução de litígios entre o fisco e os sujeitos passivos de obrigações de natureza tributária, mais especificamente no que diz respeito às impugnações de lançamentos de crédito tributário mediante Auto de Infração. Se, no bojo de um processo administrativo, existem aspectos que têm reflexos fora dos autos, de ordem administrativa, por exemplo, não me cabe, como julgador, manifestar-me sobre eles, mas é meu dever representar ao Órgão competente, sob pena de omissão, em atenção ao princípio da moralidade (art. 37 da Constituição).

A auditora, na informação prestada, não viu nenhuma importância nos pontos assinalados pelo autuado, por considerar que a EBAL é uma empresa de economia mista e pessoa jurídica de direito privado. De fato é, porém, na condição de entidade da administração indireta, ela submete-se ao preceito do art. 37 da Constituição. Aliás, o alegado acordo entre a EBAL e o autuado, se realmente houve, não encerra, a rigor, nenhuma ilegalidade, pois não há nada de errado em uma empresa se comprometer a pagar débitos de outra e compensá-los com negócios correntes, se tal acordo é do interesse recíproco. A gravidade que vejo mesmo é no fato de o autuado insinuar que a sistemática implantada “foi determinada por imposição do Governo do Estado, através da Secretaria da Fazenda”. Seria inacreditável que a repartição fiscal “determinasse” que um contribuinte pagasse o imposto devido por outro. Como, porém, isso é apenas insinuado, sem maiores detalhes, sem citação de nomes, não vejo elementos suficientes para representar a quem quer que seja a apuração dos fatos fora destes autos.

Assim, volto ao mérito da lide em apreço no presente Auto de Infração. O fato concreto é este: o contribuinte apurou imposto em sua escrita fiscal e não efetuou o recolhimento nos prazos regulamentares.

O processo está formal e materialmente em ordem.

As convenções particulares não modificam a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298575.0042/06-8, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A. – ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 462.228,50, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR