

PROCESSO	- A. I. N° 279462.0001/11-2
RECORRENTE	- CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A. (MACARRÃO PERIQUITO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0256-03/11
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 18/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0002-13/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TERMO DE ACORDO FIRMADO MEDIANTE REGIME ESPECIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. c) RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. As operações que deram ensejo aos lançamentos impugnados dizem respeito a vendas de massas, biscoitos, macarrão e outros produtos enquadrados no regime de substituição tributária. O autuado firmou com o fisco baiano Termo de Acordo, assumindo a responsabilidade pela retenção do imposto nas operações destas mercadorias quando destinadas à Bahia, cujos números não foram questionados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JJF - através do Acórdão JJF n° 0256-03/11 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 15/06/2011 para exigir do autuado, estabelecido no Estado de Minas Gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, o débito no montante de R\$ 845.641,38, apurado em razão da constatação de três infrações, a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 680.472,69, acrescido da multa de 150%, conforme consta da planilha – Demonstrativo do ICMS ST Retido x ICMS ST Recolhido – Anexo I, em relação aos meses de agosto de 2010 a abril de 2011;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 10.292,52, uma vez que emitiu diversas notas fiscais para saídas de produtos (massas e biscoitos) destinadas a contribuintes varejistas, sem a devida retenção do ICMS ST, conforme consta da planilha – Demonstrativo do ICMS ST Não Retido – Anexo II e nas notas fiscais, em relação aos meses de janeiro, fevereiro e maio/2009; janeiro, abril, junho, agosto, outubro, novembro e dezembro/2010;

INFRAÇÃO 3 – Reteve e recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 154.876,17, uma vez que deixou de observar a base de cálculo mínima estabelecida em pauta fiscal, conforme Instruções Normativas nº 76/07e 07/10, consoante dispõe o art. 506-C, § 2º, do RICMS/BA, em relação aos meses de janeiro de 2009 a outubro de 2010.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, em relação ao fato do autuado questionar que no “enquadramento legal” foram citados dispositivos do regulamento do imposto, e não da lei, em desatenção ao princípio da legalidade. O órgão julgador sustenta que, nos termos do art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Assim, ultrapassou a questão suscitada.

Inerente à alegação da ausência de Termo de Início de Fiscalização, aduziu a JJF que a lavratura de Termo de Início de Fiscalização é procedimento essencial à validade do Auto de Infração e que o art. 196 do CTN prevê que os prepostos do fisco devem lavrar termo próprio, no início dos trabalhos fiscais, “na forma da legislação aplicável”. Em seguida, diz que a regra jurídica aplicável a esse caso, na Bahia, está consubstanciada no art. 127, § 1º, II, do COTEB (com a alteração feita pela Lei nº 7.438/99) e no art. 28 do RPAF, cujo inciso I prevê que, não sendo transscrito o aludido termo no livro próprio, deve ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo.

Salienta a JJF que o Termo de Início de Fiscalização (fl. 7) não foi assinado pelo autuado, porém foi colhida a assinatura de seu preposto em recibo, conforme consta à fl. 8, tendo em vista que cópia do aludido termo foi enviada ao autuado por via postal, com aviso de recebimento (AR), o qual não pode alegar que não recebeu os aludidos AR, haja vista que constam nos autos comunicados da empresa enviando elementos à fiscalização (fls. 37, 53 e 147). Assim, ultrapassa também essa preliminar.

No mérito, aduz a JJF que os fatos não foram negados e não foram questionados os cálculos do imposto, do que salienta que, de acordo com a “Descrição dos Fatos”, as operações que deram ensejo aos fatos imputados pela fiscalização dizem respeito a vendas de massas, biscoitos, macarrão e outros produtos enquadrados no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, inciso II, item 11, do RICMS/BA.

Esclarece que, como a Bahia não mantém convênio ou protocolo com o Estado de Minas Gerais, o autuado, por iniciativa própria, requereu a celebração de Termo de Acordo com o fisco baiano para assumir a responsabilidade pela retenção do imposto nas operações com mercadorias destinadas à Bahia. Foi firmado então Termo de Acordo mediante o Regime Especial nº 20256320061 (Parecer nº 1.346/2007), fls. 265/267, modificado pelo Regime Especial nº 09288020098 (Parecer nº 11.631/2009), fls. 268/270. Assim, em virtude desses acordos firmados entre a empresa e o fisco, a responsabilidade tem fundamento em especial segundo a teoria dos contratos. Mantém a exação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 313 a 315 dos autos, onde reitera sua alegação acerca da ausência do enquadramento legal baseado em lei, do que diz que o relator faz menção ao artigo 19 do Decreto 7.629/99 para fundamentar sua Decisão, o que segundo o recorrente, mais uma vez, a recorrida tenta equiparar um decreto regulamentar a uma lei, pois o regulamento não pode simplesmente ignorar um princípio constitucional e desprezar a necessidade do enquadramento legal ser baseado em lei.

Salienta que, ainda assim, o próprio artigo em questão traz ao final: “desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”, do que indaga: qual seria o enquadramento legal adequado, analisando todo o contexto bem como a descrição dos fatos presentes no Auto de Infração? Concluiu que, “Se existe dúvida quanto ao enquadramento legal, à indicação de um Regulamento não pode suprir uma Lei. Caracterizando assim, CERCEAMENTO DE DEFESA, além de ferir diretamente o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.” Diz que é neste sentido que tem se manifestado a Câmara Superior de Recursos Fiscais da Secretaria da Receita Federal, do que cita Acórdão CSRF/01-04.473, 07/03/2005, para, por fim, requerer o acolhimento do Recurso Voluntário e julgar nulo, cancelado ou improcedente o Auto de Infração.

Às fls. 333 a 335 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, visto que se verifica à saciedade que as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária (art. 353, inciso II, art. 126, inciso I, art. 506-C, do RICMS/BA), assim como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo o contribuinte exercido plenamente o direito de defesa consagrado no Texto Constitucional. Assim, concluiu que os princípios da legalidade e da ampla defesa foram rigorosamente respeitados no lançamento tributário sob apreço.

Destaca o opinativo que o recorrente alega a ausência de enquadramento legal nas três infrações descritas. Porém, salienta a PGE/PROFIS que, em consonância com os termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro na indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Observa que o recorrente logra indicar de modo claro e preciso os dispositivos do RICMS, sendo importante ressaltar que o sujeito passivo compreendeu os motivos que embasaram o procedimento fiscal, razão pela qual os argumentos de ausência de enquadramento legal e cerceamento de defesa restam prejudicados.

Por fim, a PGE/PROFIS registra que o recorrente não enfrenta o mérito do lançamento tributário sob apreço, nem tampouco questiona os demonstrativos de débitos, haja vista que as operações, objeto do procedimento fiscal, dizem respeito a venda de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, tendo o autuado celebrado termo de acordo com o fisco baiano para assumir a responsabilidade pela retenção do imposto nas operações com mercadorias destinadas ao Estado da Bahia.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a instância, que julgou procedente o lançamento de ofício.

Sua tese recursal se fundamenta, em síntese, que o lançamento é nulo, diante do argumento da ausência do enquadramento legal baseado em lei, o que caracterizou cerceamento de defesa além de ferir o princípio da legalidade.

Da análise da peça vestibular, verifica-se que o Auto de Infração exige do autuado, estabelecimento situado no Estado de Minas Gerais, porém inscrito no Cadastro de Contribuintes da Bahia como Contribuinte Substituto, sob nº 72.735.009, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, relativo às operações internas subsequentes: 1º a falta de recolhimento do ICMS retido; 2º a falta de retenção do ICMS, e 3º a retenção do ICMS efetuada a menos. Foram dados como infringidos os artigos 353, inciso II; 126, inciso I, e 61 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O aludido artigo 353, II, item 11, do RICMS/BA, previa a época, que:

“Art. 353 - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

[...]

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já ter-las recebido com o imposto antecipado:

11 - trigo em grãos e farinha de trigo e seus derivados:”

Por sua vez, o art. 6º da Lei Complementar 87/96 estabelece que “Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário”, consignando, ainda, em seu §§ 1º e 2º que:

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Já a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 8º, inciso II, item 10 do Anexo I, dispõe que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na

hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Como o artigo 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, conforme bem ressaltou a Decisão recorrida, não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte nem qualquer violação ao devido processo legal, como faz crer o recorrente, pois os fatos descritos evidenciam claramente o enquadramento legal, consoante acima transscrito, cujo procedimento de substituição tributária o autuado vem realizando, ao reter o imposto relativo às operações subsequentes, quando das suas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, porém, apesar de reter o imposto, não vem repassando ao erário estadual da Bahia, consubstanciando numa apropriação indébita na condição de depositário infiel, conforme apontado na primeira infração, ou vem retendo a menos o imposto, como consignado na terceira infração, o que demonstra pleno conhecimento da matéria que está sendo acusado, sendo até pueril sua indagação recursal de que: *“qual seria o enquadramento legal adequado, analisando todo o contexto bem como a descrição dos fatos presentes no Auto de Infração? Se existe dúvida quanto ao enquadramento legal, à indicação de um Regulamento não pode suprir uma Lei. Caracterizando assim, CERCEAMENTO DE DEFESA, além de ferir diretamente o PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.”* (sic)

Ademais, por se tratar de um contribuinte inscrito no Cadastro do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, conforme extrato à fl. 260 dos autos, signatário do Termo de Acordo com a SEFAZ/BA para que seu estabelecimento, localizado no Estado de Minas Gerais, proceda a retenção do imposto, na condição de Contribuinte Substituto, nas operações interestaduais que destinem massas e biscoitos ao território do Estado da Bahia, com recolhimento no 9º dia do mês subsequente ao da sua retenção, conforme Parecer nº 1346/07, às fls. 265 a 267, cujo Regime Especial foi alterado para inclusão de novos produtos, conforme Parecer nº 11631/09, às fls. 269 e 270 dos autos, não cabe ao recorrente alegar desconhecer tais fatos, objeto deste Auto de Infração, cujas acusações estão fundamentadas nos aludidos Regimes Especiais, consoante o campo “Descrição dos Fatos”.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo recorrente e, como não houve alegação de mérito, considero corretos os números apurados e subsistentes as exações constantes do Auto de Infração, pois, conforme bem salientou a JJF, em virtude desses acordos firmados entre a empresa e o fisco, a responsabilidade tem fundamento, segundo a teoria dos contratos.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279462.0001/11-2, lavrado contra CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A. (MACARRÃO PERIQUITO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$845.641,38, acrescido das multas de 60% sobre R\$165.168,69 e 150% sobre R\$680.472,69, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de janeiro de 2013.

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS