

PROCESSO - A. I. Nº 273307.0011/13-5
RECORRENTE - CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A. (MACARRÃO PERIQUITO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0086-04/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0272-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO INFORMADO NA GIA-ST. AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO LEGAL E DO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO. Preliminares rejeitadas com base nos art. 19 e 26, III, c/c art. 28, II, do RPAF/99. Lançamento incontroverso quanto ao mérito. Aplicação do art. 140 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/09/2013, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$63.444,15, acrescida da multa de 150%, apurado em razão da seguinte infração: *"Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido no mês de maio de 2011"*.

O Fisco acosta, às fls. 04 a 08, documentos que consistem em Termos de Intimação para apresentação de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRES relativa ao recolhimento do ICMS-ST para a Bahia, referente ao mês de maio/2011 (fl. 05); documento intitulado "Resposta à Intimação", assinado por Diretor Presidente da empresa Caiubi Indústria de Alimentos S/A, na qual informado que o valor apurado no mês de maio/2011 é de R\$63.444,15, do qual não foi efetuado o pagamento (fl. 06); Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição tributária - GIA-ST indicando o valor de Total do ICMS-ST a Recolher de R\$63.444,15 (fl. 07).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 33 a 36.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 63 a 65 contestando as alegações defensivas e mantendo a imputação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0086-04/14, às fls. 69 a 71. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

No presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, o impugnante se insurge contra o procedimento fiscal, exclusivamente, no que diz respeito à ausência de enquadramento legal e do Termo de Início de Fiscalização.

Ocorre que na fl. 01 consta o enquadramento no Auto de Infração, com base nas disposições contidas no Regulamento do ICMS, vigente à época dos fatos geradores, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997. Tal descrição normativa possui amparo conferido pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, que, no seu art. 19, dispõe:

Art. 19. 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.

No que diz respeito ao início do procedimento fiscal, o mencionado regulamento processual, no art. 26, inciso

III, versa:

Art. 26. *Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

[...]

III - *intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*

[...]

E segue ao regulamentar a dispensa da lavratura do Termo de Início de Fiscalização no art. 28, inciso II:

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

[...]

II - *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização; (grifo acrescido)*

[...]

Do exposto, não assiste razão ao impugnante acerca da sua insurgência, visto que na fl. 5 consta a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, cuja ciência, pelo Diretor Presidente do estabelecimento autuado, ocorreu em 24/07/13. Dessa forma, rejeito as preliminares suscitadas.

Verifico, nos autos, a existência da indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e das condutas típicas do ilícito administrativo imputado, bem como a possibilidade, conferida ao sujeito passivo, do exercício do direito de defesa e do contraditório, com base nas peças juntadas, em face da apuração do imposto, da multa proposta, da base imponível e do enquadramento. Assim, constato a presença dos elementos inerentes à constituição do crédito tributário promovido pelo autuante.

Por seu turno, o impugnante não apresenta fatos específicos para modificar ou extinguir a acusação fiscal.

Destarte, com base no art. 140 do RPAF/99, inclusive pela declaração do sujeito passivo, à fl. 6, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 83 a 88, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária.

Em síntese, o Recorrente novamente cita ser pessoa jurídica que possui como principal atividade a industrialização e a comercialização de produtos alimentícios. Que a autuação versa sobre a infração consubstanciada em deixar de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Que no Auto de Infração inexistia enquadramento legal baseado em lei, e no voto *a quo* o Relator faz menção ao artigo 19 do RPAF/99. Que se tenta equiparar um decreto regulamentar a uma lei, e que com base em regulamento não se pode ignorar um princípio constitucional e desprezar a necessidade do enquadramento legal ser baseado em lei, uma vez que a Recorrida não pode desconstituir um direito dele, Recorrente. Que, ainda assim, o próprio artigo em questão traz ao final: “*desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*” e diante disto ele, Recorrente, indaga: “*qual seria o enquadramento legal adequado, analisando todo o contexto bem como a descrição dos fatos presentes no Auto de Infração?*” Que se existe dúvida quanto ao enquadramento legal, a indicação de um regulamento não pode suprir uma lei, e a situação em lide caracterizaria cerceamento de defesa, além de ferir o princípio da legalidade. Cita Decisão de outro Contencioso administrativo.

O contribuinte passa a pugnar pela diminuição da multa aplicada, em caso de manutenção da procedência da autuação por este Conselho. Relata que o Fisco aplicou multa de 150% sobre o montante do tributo supostamente devido, alegando a aplicação do art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, mas que tal penalidade é extremamente gravosa e gera um aumento exponencial do crédito tributário, pelo que deveria ser aplicada somente em graves situações.

Cita o §1º, IV, do art. 159 do RPAF/99, e aduz ter deixado de efetuar o recolhimento do tributo não por vontade própria, mas porque realmente não tinha Recursos para tal. Afirma que, conforme

verifica-se no andamento processual cujo documento anexa (fl. 110), encontra-se em processo de Recuperação Judicial desde 02/06/2011 e, neste sentido, seria evidente que para a companhia chegar a requerer a intervenção judicial, já viria em frágil situação econômico-financeira no decorrer dos anos anteriores. Que, em consequência, visando manter as suas operações e eventualmente recuperar-se economicamente, teve de privilegiar o pagamento de seus fornecedores e funcionários e, por isso, viu-se entre optar por continuar o seu funcionamento, ou pagar tributos. Que, não obstante, ressalta ter a total intenção de, respeitado seu plano de recuperação judicial, regularizar sua situação fiscal assim que lhe for possível. Que não agiu de má-fé ao deixar de recolher o tributo, mas a sua condição financeira impediu que o fizesse, restando clara a presença de evento de força maior que, nos termos da legislação por si mencionada, deveria dar ensejo à diminuição das penalidades aplicadas.

Conclui requerendo o acolhimento do Recurso voluntário para que, nos termos dos seus fundamentos, o Auto de Infração em tela fosse anulado, cancelado, ou julgado totalmente improcedente. Sucessivamente, caso não se entenda pela anulação do Auto de Infração, que se diminua a multa aplicada para o montante de 20%, tendo em vista os fatos pontuados, bem como sua frágil situação financeira.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins Sento-Sé, emite Parecer às fls. 115 a 117 aduzindo que a empresa apresentou Recurso voluntário visando à reforma do acórdão JJF nº 0086-04/14, que julgou procedente o Auto de Infração em análise. Que o cerne do Auto de Infração consiste na falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Que em razões recursais o recorrente requer a anulação, ou improcedência, do Auto de Infração, com fundamento nos seguintes argumentos: ausência de enquadramento legal; diminuição da multa aplicada por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, em consonância com os termos do art. 159, §1º, inciso IV, do RPAF/99.

A Procuradora prossegue expondo que da análise das razões expendidas no Recurso voluntário, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido.

Que compulsando os autos verifica-se que a imputação fiscal está clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual (arts. 353, inciso II, e 126, inciso 1, do RICMS/BA/97), assim como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, tendo o contribuinte exercido plenamente o direito de defesa consagrado no Texto Constitucional. Que os princípios da legalidade e da ampla defesa foram rigorosamente respeitados no lançamento tributário sob apreço.

Que o recorrente assegura a ausência de enquadramento legal na infração descrita pelo autuante, e 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 logrou indicar de modo claro e preciso os dispositivos do RICMS/BA/97 relativos à infração fiscal, 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.

Registra que o recorrente não enfrenta o mérito do lançamento tributário sob apreço, nem questiona os demonstrativos de débitos.

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.

Que, no quanto pertinente ao pedido de redução da multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, ao apelo da equidade, é de bom alvitre recordar que nos termos do §1º do art. 159 do RPAF/99 falece competência à Câmara de Julgamento Fiscal para sua apreciação. Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa. Por conseguinte, descabe a alegação recursal de cerceamento de direito de defesa em decorrência de dita inexistência de dispositivo legal que preveja a hipótese de incidência do fato gerador ocorrido.

No quanto pertinente à alegação de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, observo que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Assinalo, por oportuno, quanto ao pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal, que é a imputação presente no Auto de Infração em foco, inexistir previsão normativa para sua apreciação por Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, motivo pelo qual não o analiso. Contudo em se tratando de retenção, pelo autuado, de valor monetário referente a imposto a ser recolhido, e que lhe foi entregue por outrem para que ele, sujeito passivo da exação objeto da lide, o repassasse aos cofres públicos, então em não o tendo repassado, configura-se irregularidade por cuja grandeza a lei comina penalidade mais gravosa.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

O contribuinte não se insurge contra o mérito da ação fiscal.

A situação que gera a lide está demonstrado de forma clara nos autos, tal como já descrito no Relatório deste Acórdão e documentos juntados às fls. 04 a 08 dos autos deste processo. Assim vê-se que o Fisco, para iniciar a ação fiscal, intimou o contribuinte para apresentar a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estadual - GNRE relativa ao recolhimento do ICMS-ST para a Bahia, referente ao mês de maio/2011 (fl. 05). Em atendimento, a empresa apresentou o documento intitulado "Resposta à Intimação", assinado por Diretor Presidente da empresa Caiubi Indústria de Alimentos S/A, na qual este informa que o valor apurado no mês de maio/2011 é de R\$63.444,15, e que não foi efetuado o pagamento (fl. 06).

O Fisco também junta, à fl. 07, Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição Tributária - GIA-ST indicando o valor de Total do ICMS-ST a Recolher de R\$63.444,15, que é exatamente o valor informado pela empresa, à fl. 06, confessando a respectiva ausência de recolhimento, e também é o montante de ICMS lançado de ofício.

Portanto, o contribuinte tem pleno conhecimento do motivo da cobrança fiscal: falta de recolhimento devido por substituição tributária, embora a empresa tenha procedido à sua retenção.

A argumentação relativa à ausência de Recursos financeiros suficientes à quitação da obrigação principal não descaracteriza o cometimento da infração pelo sujeito passivo.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 273307.0011/13-5, lavrado contra **CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A. (MACARRÃO PERIQUITO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.444,15**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS