

A. I. N° - 279462.0001/11-2
AUTUADO - CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A.
AUTUANTE - NILDA BARRETO DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/12/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0256-03/11

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. Ultrapassadas as preliminares suscitadas. 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, nos termos do art. 353, inciso II, item 11, do RICMS/BA. O autuado firmou com o fisco baiano Termo de Acordo, assumindo a responsabilidade pela retenção do imposto nas operações com mercadorias destinadas à Bahia. Os fatos não foram negados, e não foram questionados os cálculos do imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/6/11, apura seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [estabelecido no Estado de Minas Gerais], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 680.472,69, com multa de 150%;
2. falta de retenção de ICMS pelo autuado, estabelecido no Estado de Minas Gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 10.292,52, com multa de 60%;
3. retenção de ICMS efetuada a menos pelo autuado, estabelecido no Estado de Minas Gerais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 154.876,17, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 275/279) reclamando ausência de enquadramento legal, assinalando que o enquadramento legal indicado no Auto diz respeito a artigos do regulamento do imposto. Argumenta que, nos termos do art. 37 da Constituição, um dos princípios da administração pública e atributo necessário do ato administrativo é o respeito ao princípio da legalidade, e o próprio RPAF, no art. 39, V, prevê que no Auto de Infração devem constar os dispositivos da legislação tributária em que se enquadra a situação apresentada. Observa que foram apuradas pela fiscalização três infrações, sendo citados a título de enquadramento legal o art. 353, inciso II, e o art. 126, inciso I, do RICMS-BA, combinados com o art. 61. Alega que todas as Notas Fiscais objeto da autuação se referem a massas e biscoitos, não sendo possível de forma clara

identificar o enquadramento legal correspondente ao dispositivo regulamentador, e protesta que essa situação causa cerceamento da defesa em sua plenitude.

Reclama também da ausência de Termo de Início de Fiscalização. Alega que a fiscalização, ao lavrar o Auto de Infração, se esqueceu de percorrer todos os caminhos necessários para efetuar o lançamento sem vícios, e, ao proceder à autuação sem antes colher a assinatura do intimado no Termo de Início de Fiscalização ou em recibo, atropelou um termo essencial que fundamenta ou instrui a ação fiscal, nos termos do *caput*, inciso I, e inciso I do § 4º do art. 28 do RPAF. Observa que o art. 29 e seus incisos tratam das únicas hipóteses em que não há necessidade da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, e pondera que nenhuma dessas hipóteses se enquadra na autuação em questão.

Pede que o Auto de Infração seja anulado, cancelado ou julgado improcedente.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação (fls. 293-C-294) dizendo que o “contribuinte” foi autuado por deixar de observar a legislação fiscal do Estado da Bahia no que concerne à substituição tributária devida sobre massas e biscoitos, estabelecida no art. 353, inciso II, do RICMS/BA. Informa que o autuado foi alçado à condição de substituto tributário por vontade própria, pois solicitou ao Estado da Bahia a celebração de Termo de Acordo para proceder à substituição tributária de massas, biscoitos e bebidas isotônicas, uma vez que Bahia e Minas Gerais não são signatários de nenhum convênio ou protocolo de substituição tributária para tais mercadorias, tratando-se, portanto, de uma obrigação voluntária, de modo que, não querendo mais tê-la, poderá a qualquer tempo pedir sua cessação, ou então o Estado da Bahia, sabendo que essa empresa tem sido depositária infiel do ICMS retido por substituição tributária e está descumprindo as cláusulas pactuadas no referido Termo de Acordo, deverá de imediato cassar tal regime especial.

Quanto à formalidade legal, a auditora considera que o enquadramento legal das infrações obedece à disposição contida no art. 19 do RPAF, segundo o qual 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.

Aduz que, por se tratar de “contribuinte” domiciliado em Minas Gerais, a comunicação do início da fiscalização foi efetuada através de Termo de Início de Fiscalização enviado via AR, e recebido em 23.4.11, conforme consta à fl. 8, além da comunicação efetuada por “e-mail” durante todo o período de fiscalização.

Observa que o autuado não fez nenhuma alegação de mérito.

Considera que as informações constantes no presente processo são suficientes para caracterizar as infrações atribuídas ao autuado.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a falta de recolhimento de ICMS retido (item 1º), falta de retenção (item 2º) e retenção efetuada a menos (item 3º), na qualidade de sujeito passivo por substituição estabelecido no Estado de Minas Gerais, relativamente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado no Estado da Bahia.

A defesa suscitou duas preliminares. Na primeira, questiona o fato de no “enquadramento legal” serem citados dispositivos do regulamento do imposto, e não da lei, em desatenção, a seu ver, ao princípio da legalidade.

Nos termos do art. 19 do RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar (decreto) 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. Ultrapasso por isso a questão suscitada.

A segunda preliminar tem por fundamento a ausência de Termo de Início de Fiscalização.

A lavratura de Termo de Início de Fiscalização é procedimento essencial à validade do Auto de Infração. 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”. 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. O Termo de Início de Fiscalização à 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 autuado não pode alegar que não recebeu os aludidos ARs, haja vista que constam nos autos comunicados da empresa enviando elementos à fiscalização (fls. 37, 53 e 147). Ultrapassou também essa preliminar.

Quanto ao mérito, os fatos não foram negados, e não foram questionados os cálculos do imposto.

De acordo com o campo “Descrição dos Fatos”, no Auto, 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. 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.

Em virtude desses acordos firmados entre a empresa e o fisco, a responsabilidade tem fundamento em especial segundo a teoria dos contratos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0001/11-2**, lavrado contra **CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$845.641,38**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 165.168,69 e de 150% sobre R\$ 680.472,69, previstas no art. 42, incisos II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR