

A. I. N° - 281074.0017/09-7

**AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**

**AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES**

**ORIGEM - IFMT-DAT/METRO**

**INTERNET - 27.04.10**

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0106-04/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias foram adquiridas em Estado signatário do Protocolo 26/04 o que desobriga o destinatário de promover a antecipação do pagamento do imposto. Infração não caracterizada. Não acatada a nulidade suscitada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 08/02/09, exige ICMS no valor de R\$2.010,78, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos que se trata de aquisições de mercadorias constantes das notas fiscais 15091, 15092, 15152, 15153 e 15172, enquadradas na substituição tributária, procedentes de Estado não signatário do Protocolo ICMS 26/04.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 24 a 31), inicialmente discorre sobre a infração e sua fundamentação, afirmando ser absurda, primeiro, pela falta de clareza e precisão do Auto de Infração e, segundo, porque observou rigorosamente a legislação tributária em vigor, inclusive adquiriu a mercadoria do Estado de São Paulo que é signatário do Protocolo ICMS nº. 26/2004.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado sem tipificação legal que corresponda aos fatos narrados, o que dificulta o exercício do seu direito de defesa.

Transcreve parte de texto de autoria do professor Hely Lopes Meirelles, o art. 5, LV da Constituição Federal (CF), art. 18 e 39 do RPAF/BA, para reforçar o seu posicionamento de que a autuação não preenche os requisitos legais, cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, diz que adquiriu mercadoria (rações para animais) de empresa localizada no Estado de São Paulo, que é signatário do Protocolo ICMS nº. 26/04, nos termos do Protocolo ICMS 45/08.

Pondera que de acordo com a Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº. 26/04, indicada inclusive como infringida pelo autuante, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, é do contribuinte industrial ou importador, no caso, a Empresa KELCO SUL ARTEFATOS DE COURO LTDA. (CNPJ 89.064.885/0006-00), e não da impugnante.

Salienta que não há previsão expressa no citado Protocolo acerca da possibilidade de se responsabilizar a impugnante pela obrigação, no caso de não retenção e recolhimento pelo substituto tributário como determina, a título de exemplo, o Convênio ICMS 76/94 (Cláusula primeira, §3º), não podendo ser-lhe imputada obrigação de retenção e recolhimento do ICMS-ST, sobretudo com a aplicação de multa.

Afirma que não tendo obrigação de reter o ICMS-ST pela entrada da mercadoria procedente de Estado signatário, nos termos do Protocolo ICMS nº. 26/04 inexiste retenção do ICMS-ST quando da saída subsequente.

Invoca o art. 112 do CTN que preconiza que na dúvida, deve ser decidido a favor do contribuinte. Requer nulidade e se não acatada, a improcedência do Auto de Infração. Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, juntada posterior de provas, perícia, diligência, vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para se fazer justiça.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 52/53, informa que no exercício de suas atividades fiscalizadoras constatou que o contribuinte transportava mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de GNRE, infringindo o disposto na legislação vigente.

Em seguida discorre sobre as alegações defensivas e contesta que não houve cerceamento de direito de defesa, haja vista que o impugnante teve acesso à documentação e lhe foi concedido prazo para se defender.

No mérito, reconhece que procedem às alegações defensivas da não responsabilidade pela retenção e pagamento do imposto e multa, em razão de que inicialmente constatou que o Protocolo ICMS 26/04 não contemplava o Estado de São Paulo como signatário, mas que após a autuação verificou que com a publicação do Protocolo 45/08, ocorreu adesão daquele Estado. Concorda com a improcedência da autuação.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação por ausência de fundamentação, falta de clareza e precisão, lavrado sem tipificação legal o que concorreu para dificultar o exercício do seu direito de defesa.

Pela descrição da infração (falta de retenção do ICMS) e indicação dos dispositivos tidos como infringidos (Cláusulas 1<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> do Prot. 26/04) constato que tais dispositivos não se aplicam ao estabelecimento destinatário e sim ao remetente na condição de industrial ou importador. Tal situação conduz a nulidade por ilegitimidade passiva, visto que o destinatário não figura como sujeito passivo por substituição. Entretanto, nos termos do art. 155, § Único do RPAF/BA, havendo possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de declarar a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração acusa falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Verifico que conforme cópia das notas fiscais 15091, 15092, 15152, 15153 e 15172, acostadas às fls. 8/11 se trata de aquisição de rações para animais domésticos adquiridas da Nelco Sul Artefatos de Couro Ltda, localizada no Estado de São Paulo.

Conforme disposto na Cláusula primeira do Prot. ICMS 26/04, nas operações interestaduais com rações tipo “pet” para animais domésticos, classificadas na Posição 2309 - NBM/SH, praticadas entre contribuintes situados nos Estados signatários, fica atribuída ao contribuinte industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS.

Por sua vez, conforme reconhecido pelo autuante, com a edição do Prot. ICMS 45/08, o Estado de São Paulo tornou-se signatário do Prot. 26/04, a partir de 04/04/08. Concluo que conforme acima apreciado, o remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ficando descaracterizado o cometimento da infração apontada no Auto de Infração por parte do estabelecimento destinatário.

Recomendo a autoridade fazendária mandar renovar o procedimento fiscal para exigir o imposto por parte do remetente das mercadorias nos termos do Prot. ICMS 26/04 e 45/08.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n.<sup>o</sup> 281074.0017/09-7, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR