

A. I. N.º - 210943.0099/12-7
AUTUADO - OXITENO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - CARLOS LAZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 27.11.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0265-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA [MATERIAL DE LIMPEZA – PROTOCOLO ICMS 106/09]. RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FISCAL DA FRONTEIRA. Fato apurado no trânsito de mercadorias. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/05/2012, exige ICMS de R\$6.399,98, acrescido da multa de 60%, sob acusação de que o contribuinte deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme DANFE da NF-e 007.500 e Termo de Apreensão e Ocorrências e documentos às fls. 05 e 06.

Às fls. 24 e 25, transcrevendo a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 109/2009, o autuado se manifesta alegando improcedência da ação fiscal, pois a mercadoria classificada na NCM 3402.13.00 não está relacionada no Anexo Único do citado protocolo. Portanto, não procederia a exigência do imposto para a Bahia, por substituição tributária.

Desta forma, diz que a apreensão da mercadoria não se justifica, tampouco a exigência de pagamento de ICMS ST para a Bahia.

Requer a substituição do fiel depositário (Expresso Bahia Transportadora Ltda para Oxiteno Nordeste S.A. Indústria e Comércio – IE 01.205.921), cancelamento do Termo de Ocorrência e liberação da mercadoria apreendida.

O autuante à fl. 35 informa que, embora tenha equivocadamente indicado o Protocolo 109/2009 que trata de “papelaria” no Termo de Ocorrência que iniciou a ação fiscal, por se tratar de “material de limpeza”, tal equívoco foi retificado na emissão do auto de infração, arrolando o Protocolo 106/2009 no enquadramento legal.

Contudo, entende pertinente a apreciação sobre os efeitos do seu esclarecimento, uma vez que a negação do acordo passa ao largo do fato principal, qual seja, que a mercadoria envolvida é material de limpeza destinado a contribuinte atacadista de produtos químicos, estando, assim, incluída no regime de substituição tributária.

Considerando o equívoco do enquadramento legal no termo que iniciou a ação fiscal, para evitar eventual alegação de cerceamento de defesa, conforme fl. 39, esta 4^a JJF converteu o PAF em diligência à repartição fiscal de origem para:

- a) Entrega de cópia da informação fiscal de fl. 35 que complementa o auto de infração;
- b) Reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para defesa do contribuinte.

Intimado para conhecimento da informação fiscal e reabertura do prazo de defesa (fl. 40), o sujeito passivo se manteve silente.

VOTO

Cuida o presente auto de infração da exigência do ICMS retido e não recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, sediado em São Paulo, relativo a operações subsequentes na venda de Ultramex, material de limpeza, NCM 3402.1300, para contribuinte

cadastrado na Bahia, que, por força do Protocolo ICMS 106/09, firmado por São Paulo e Bahia, se acha enquadrado no Regime de Substituição Tributária.

A operação objeto da autuação foi realizada através da NF-e 007.500, cujo DANFE de fl. 09 informa o valor de R\$ 0,00 como base de cálculo e ICMS ST.

Compulsando os autos, observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, foi corretamente tipificada e tem suporte no demonstrativo de fl. 04 e documento fiscal de fl. 09. Ela está determinada com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório, além do que cópia dos papéis de trabalho que sustentam o lançamento tributário de ofício lhe foram entregues. Portanto, os autos possuem conformação legal no aspecto formal e material, não havendo vício que o inquine de nulidade total ou parcial.

Cumpre lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária regem-se por normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Como acima relatado, a alegação defensiva do contribuinte se prendeu ao fato de que no Termo de Ocorrência que iniciou a ação fiscal (fls. 4 e 5), equivocadamente, o autuante grafou o de nº 109/09, como o Protocolo pertinente ao caso.

Embora o enquadramento legal do caso (Protocolo ICMS 106/09) conste corretamente indicado no auto de infração, e deste lançamento o sujeito passivo foi intimado na forma legal (fls. 13 a 16), com o fito de garantir a ampla defesa e evitar eventual alegação de seu cerceamento, conforme fl. 39, o PAF foi convertido em diligência para entrega de cópia da informação fiscal de fl. 35 e reabertura do prazo legal de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa pelo autuado.

Tendo em vista que, transcorrido o novo prazo de defesa, o sujeito passivo não se manifestou, acolho a manifestação intercorrente de fls. 24-25 datada de 15/05/2012 e juntada aos autos em 22/05/2012, como peça defensiva a este auto de infração, cuja lavratura deu-se em 05/05/12.

Considerando que, como acima tratado, a razão de mérito da lide está com o autuante e a disposição dos arts. 140, 141 e 142 do RPAF que aqui transcrevo, tenho como subsistente o valor exigido.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Infração procedente

Em face do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento tributário de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0099/12-7**, lavrado contra **OXITENO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.399,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR