

PROCESSO	- A. I. N° 210943.0099/12-7
RECORRENTE	- OXITENO S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0265-04/13
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 02/04/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0045-12/14

**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. Indeferido o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 14/11/2013, mediante Acórdão JJF Nº 0265-04/13, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/05/2012, com o objetivo de exigir o débito no valor de R\$10.239,96, acrescido de 60% de multa como previsto no artigo 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais. Em decorrência da constatação da seguinte irregularidade:

*Infração 1 – Não reeve, em favor do Estado da Bahia, o ICMS devido por substituição tributária, nos termos do protocolo ICMS 106/2009, sobre as operações subsequentes a serem promovidas pelo destinatário da mercadoria descrita e codificada sob a NCM 34021300 no DANFE nº 7500 que desenvolve a atividade econômica principal de comércio atacadista de produtos químicos.*

O Recorrente fora intimado da lavratura do presente Auto de Infração através do Edital de Intimação n. 07/2012 (fls. 14 a 16), tendo em vista que a infração fora verificada em Posto Fiscal, conforme Termo de Ocorrência de fls. 03 a 12, lavrado em 05 de maio de 2012.

Em que pese não tenha apresentado a respectiva impugnação administrativa, o recorrente se insurgiu em 22 de maio de 2012 (fls. 24 e 25), contra o respectivo termo de ocorrência, aduzindo que, no caso concreto não se aplicaria o Protocolo 109/2009 tendo em vista que a mercadoria em trânsito não se enquadrava nas constantes de seu anexo único. Nesta oportunidade, requereu o cancelamento do Termo de Ocorrência e a substituição do fiel depositário da mercadoria.

A referida manifestação foi tomada como impugnação administrativa, contra a qual o agente autuante apresentou respectiva informação fiscal, na qual aduziu que incorreu em equívoco ao digitar incorretamente o número do Protocolo desrespeitado no Termo de Ocorrência, onde constava Protocolo 109/2009 quando em verdade se tratava do Protocolo 106/2009, equívoco que não ocorreu na Lavratura do respectivo Auto de Infração.

Diante de tal fato, a JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem, para que promovesse a entrega de cópia da informação fiscal do autuante, bem como a reabertura do prazo para defesa administrativa.

A diligência foi cumprida conforme comprova o Aviso de Recebimento Postal na fl. 41. Assim, após o cumprimento da referida diligência, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar Procedente, de forma unânime, o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

### 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.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, basicamente reiterando os termos da impugnação, aduzindo que:

- a) Preliminarmente, alega nulidade do Auto de Infração, asseverando não ter sido autuado, quanto mais recebido as devidas intimações sobre o mesmo, tanto o é que as alegações apresentadas pelo recorrente foram formuladas como um simples requerimento, endereçado à INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO. Aduz ainda, que só recebeu intimação para apresentar o presente Recurso Voluntário, o que evidencia a supressão do seu direito de defesa. Fundamenta suas razões nos arts. 2º e 18, inciso II do RPAF baiano.
- b) No mérito, o recorrente alega que o Auto de Infração não deve prosperar, pois, embora o Protocolo ICMS 106/2009 imponha a qualidade de sujeito passivo por substituição tributária aos estabelecimentos remetentes de produtos classificados na posição NCM 3402, em operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, o Recorrente se enquadra na exceção prevista na cláusula segunda, inciso II do mesmo dispositivo, uma vez que trata-se de um INSUMO da indústria de *Home & Personal Care*, e, como tal, sofrerá um processo de industrialização.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 14/11/2013, mediante Acórdão JJF Nº 0265-04/13, que julgou, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/05/2012, com o objetivo de exigir o débito no valor de R\$10.239,96 (dez mil, duzentos e trinta e nove reais e noventa e seis centavos), acrescidos de 60% (sessenta por cento) de multa como previsto no artigo 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

No que se refere à preliminar de nulidade aduzida, entendo não assistir razão ao Recorrente, uma vez que o mesmo foi devidamente intimado de todos os atos processuais. Tal fato resta demonstrado:

- i) pelo Edital de Intimação n. 07/2012 (fls. 14 a 16) que o intimou a apresentar defesa;
- ii) pelo Aviso de Recebimento de fl. 41, referente à intimação da diligência fiscal reabrindo prazo para apresentação de defesa; e,
- iii) pelo Aviso de Recebimento de fl. 53, referente à intimação acerca do Acórdão da JJF.

Verifico ainda, que o endereço para qual foi enviada a intimação de fl. 40 é o mesmo constante da NF-e de fl. 09, razão pela qual sequer pode ser contestado pelo Recorrente.

Ademais, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Assim, indefiro a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, verifico que a questão central versa sobre a aplicação ou não do Protocolo ICMS 106/2009. Não há discussão quanto ao enquadramento do produto no objeto do Protocolo, entretanto, o Recorrente alega estar inserido na hipótese de dispensa da aplicação do referido normativo, prevista em seu inc. II, Cláusula Segunda, que assim dispõe:

**Cláusula segunda** *O disposto neste protocolo não se aplica:*

(...)

*II - às operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;*

De fato, o produto comercializado pelo recorrente pode ser usado como insumo para a produção de outros compostos, em especial para a indústria de *Home & Personal Care*.

Resta analisar, portanto, se o destinatário se enquadraria na condição de estabelecimento industrial, e se outros requisitos para a dispensa estariam satisfeitos.

Da análise da situação cadastral do destinatário da mercadoria no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica verifico que, apesar de o mesmo ter como atividade principal o Comércio Atacadista de produtos químicos, também possui como atividades secundárias a fabricação de produtos químicos orgânicos e não orgânicos (CNAEs 20.29-1-00 e 20.99-1-99).

Assim, entendo que o produto remetido pelo Recorrente pode ter sido utilizado pelo adquirente como insumo para a fabricação de outros produtos, o que poderia dispensar o Recorrente da responsabilidade tributária atribuída pelo referido Protocolo.

Entretanto, tal dispensa apenas teria efeito caso cumpridos os requisitos e condições estabelecidos pelo Protocolo 106/09 e, em que pese o argumento defensivo do Recorrente guarde razoabilidade, o mesmo omitiu em seu Recurso o que dispõe o parágrafo segundo da mesma

cláusula acima citada:

*§ 2º Na hipótese desta cláusula, a sujeição passiva por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário, devendo tal circunstância ser indicada no campo "Informações Complementares" do respectivo documento fiscal.*

Desta feita, a dispensa do dever de retenção do ICMS por parte do Recorrente, estaria condicionada à indicação da referida situação no campo de Informações Complementares do respectivo documento fiscal à fl. 09, requisito que não fora cumprido pelo mesmo.

Diga-se ainda, que tal requisito é imputado como **dever** do remetente da mercadoria, apresentando-se, a meu ver, como uma verdadeira condição para a dispensa da responsabilidade tributária atribuída pelo Protocolo 106/09.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida a Decisão recorrida.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª 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 210943.0099/12-7, lavrado contra OXITENO S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor 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, 10 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS