

A. I. Nº - 232151.0002/11-3
AUTUADO - DURATEX S. A.
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 28.09.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0241-04/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o Protocolo ICMS 104/2009 prevê a não retenção do imposto nas operações interestaduais destinadas a contribuintes que possuam regime especial, e também que o destinatário das mercadorias possuía regime especial, fato que descaracteriza o ilícito. Infração improcedente. Indeferido o pleito de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 03/10/2011 para exigir ICMS no valor de R\$ 10.820,20, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de ter o autuado deixado de proceder à retenção do imposto, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O sujeito passivo na defesa apresentada (fls. 18 a 24) inicialmente discorre sobre a infração e afirma que a autuação é indevida, visto que o destinatário possui Regime Especial (RE) – Processo 718564-2010/4 e Parecer Final 25.159/2010 – que permite recolher o ICMS no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, não lhe cabendo a responsabilidade de proceder à retenção do imposto.

Preliminarmente, suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que falta a indicação das normas que regulamentam o procedimento fiscal, para que possa ser assegurado o direito do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal).

No mérito, afirma que não fez a retenção do ICMS na operação interestadual de mercadorias destinadas à MULTIBEL Utilidades Eletrodomésticos Ltda., inscrição estadual (IE) 72.938.366, porque a sociedade empresária possui Regime Especial que lhe assegura o direito de não se submeter à retenção do imposto, transferindo-se para a mesma a responsabilidade pelo recolhimento do tributo relativo às suas operações.

Transcreve à fl. 21 a cláusula primeira do aludido Regime Especial (RE) e a cláusula segunda do Protocolo ICMS 104/2009, que prevê a não aplicação do mesmo nas operações interestaduais destinadas a contribuintes possuidores de RE (Regimes Especiais).

Para sua garantia e segurança, exige que o cliente declare ser possuidor do mencionado Regime, principalmente quanto à responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST (substituição tributária), conforme documento acostado à fl. 41, o que não foi considerado na autuação.

Para comprovar o exposto, requer seja oficiada a MULTIBEL para apresentar documento do recolhimento do ICMS-ST, o que a fiscalização deveria ter feito durante os trabalhos anteriores à lavratura do Auto em busca da verdade material. Cita texto de autoria de doutrinadores acerca deste princípio (verdade material) e da legalidade e diz que não deixou de arcar com suas

responsabilidades. Requer a improcedência da autuação e protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, inclusive juntada posterior de documentos, indicando endereço para encaminhamento de intimações e notificações.

O agente de tributos autuante na informação fiscal (fls. 47/48) comenta a imputação, as alegações defensivas e ressalta que o *“documento fiscal é o espelho da operação trata-se de um contrato formal, oneroso e consensual, implicando assim direito e deveres as partes envolvidas”*.

Afirma que a nota deve conter as informações pertinentes, como determina o Protocolo [104/2009] na Cláusula segunda, V, § 2º, informando de quem é a responsabilidade da sujeição passiva, o que é por demais importante no trânsito de mercadorias, já que ao realizar uma consulta via sistema tem acesso a um resumo, a exemplo da pesquisa do tributo devido nas operações internas com materiais de construção.

Conclui com os seguintes dizeres: *“considerando que no documento fiscal deveria estar formalidades essenciais, para que conclusivo fosse. (...) Considerando que as alegações de defesa foram observadas, entendo, salvo melhor juízo, que o Auto de Infração em questão, deva ser julgado, conforme a legislação pertinente”*.

VOTO

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do ato administrativo sob o argumento de que não foram indicadas as normas que regulamentam o procedimento fiscal, de maneira a exercer o seu direito à ampla defesa. Observo que a infração da qual o contribuinte foi acusado trata de falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo como enquadramento as cláusulas primeira e nona do Protocolo 104/2009.

Constato que o mencionado Acordo trata de definição de contribuintes e sujeição passiva nas operações interestaduais com materiais de construção civil. Tal norma foi celebrada no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), com amparo na Lei Complementar nº 24/1975, e tem validade em todo o território nacional, aplicável aos contribuintes do ICMS localizados nos estados signatários, que é o caso do estabelecimento autuado.

Por isso, não acolho a nulidade suscitada, ficando rejeitada a preliminar respectiva.

Uma vez que o defendente solicitou ofício à MULTIBEL, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), indefiro o pedido de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

No mérito, o Auto de Infração exige o tributo em decorrência de falta de retenção e recolhimento. O impugnante alegou que o estabelecimento destinatário das mercadorias possuía Regime Especial, motivo pelo qual não procedeu à retenção prevista nos Protocolos 104/2009 e 26/2010.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que, conforme cópia do documento auxiliar de nota fiscal eletrônica (DANFE) 447.007, o estabelecimento autuado não fez a retenção do ICMS relativo às vendas de válvulas, acabamentos para registro e sifão para lavatórios como determina o Protocolo ICMS 104/2009. Não tendo sido retido o imposto e nem apresentada a guia nacional de recolhimento de tributos estaduais (GNRE) correspondente, o agente autuante de forma correta lavrou o Auto de Infração para exigir o ICMS que deveria ter sido retido e recolhido.

Entretanto, o defendente juntou às fls. 39 e 40 cópia do Parecer Final 25.159/2010, exarado pela Gerência de Tributação desta Secretaria no processo 718564-2010/4, onde se registrou que a MULTIBEL *“fica dispensada da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de materiais de construção oriundos de estado não signatário de acordo interestadual ou nas hipóteses em*

que o acordo permita o deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária, ficando responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações internas subsequentes”.

Já a cláusula segunda, V do Protocolo 104/2009 estabelece que o disposto neste Acordo não se aplica nas operações interestaduais promovidas por contribuinte detentor de regime especial de tributação que lhe atribua a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas de mercadorias que promover.

Também foi acostada cópia de declaração emitida pela Comercial Ramos (MULTIBEL) para a DURATEX S/A (fl. 41) informando a concessão do RE e solicitando dispensa de retenção do ICMS nas operações desta empresa para aquela.

Pelo exposto, restou comprovado que o Protocolo ICMS 104/2009 prevê situação em que não seja feita a retenção do ICMS em operações destinadas aos contribuintes possuidores de regimes especiais.

Por sua vez, com relação à operação de venda das mercadorias objeto da autuação, o estabelecimento destinatário é possuidor de Regime Especial que dispensa a retenção do imposto devido por substituição por parte do estabelecimento autuado, ficando, portanto, descaracterizado o ilícito apontado no lançamento de ofício.

Infração descaracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232151.0002/11-3**, lavrado contra **DURATEX S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA