

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 descharacteriza 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 consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes 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 (CONFAN), 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 deficiente 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 deficiente 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