

PROCESSO - A. I. Nº 281508.0472/07-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0041-02/08
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 17/06/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0184-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. REFRIGERANTES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. É responsável pela retenção e recolhimento do imposto, relativo às operações subseqüentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas interestaduais realizadas para contribuinte atacadista, localizado no Estado da Bahia, o fornecedor estabelecido no Estado do Rio Grande do Norte, por serem estas unidades da Federação signatárias do Protocolo ICMS 10/92. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de interposição de Recurso de Ofício, levado a efeito pela Coordenação de Avaliação, órgão compreendido na Secretaria do Conselho de Fazenda Estadual, consoante Regulamento Interno do CONSEF, Decreto nº 7592 de 04/06/99, art. 4º, IV, com o de acordo da sra. Presidente, e de ofício determinando o encaminhamento do expediente às providências a que se destina.

Refere-se ao Auto de Infração em lide, lavrado em 05/11/07, o qual imputa ao autuado à falta de retenção e do recolhimento do ICMS, no valor histórico de R\$5.868,40, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, oriundo das vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Os fatos descrevem que a operação foi originada no Estado do Rio Grande do Norte, acobertada pela Nota Fiscal nº 324974, emitida em 03.11.2007.

A defesa inicial alega, folhas 15 a 18, que exerce atividade econômica de fabricação e comercialização de refrigerantes, tendo remetido refrigerantes para uma empresa estabelecida em nosso Estado sem reter o ICMS, porque a substituição tributária, salvo disposição em contrário, não se aplica às operações interestaduais que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição relativamente à mesma espécie de mercadoria.

Comenta que o autuante se ateu às Cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 10/92, e não ao conjunto das normas jurídico-tributárias, formadoras do RICMS do Estado da Bahia. E que, surgindo algum evento relativo ao ICMS no território baiano, e estando este fato descrito no regulamento do imposto, manifestam-se os efeitos de direito, na conformidade do ordenamento jurídico-tributário estadual como um todo.

Salienta que o RICMS/BA concede garantia jurídica ao contribuinte, pois recepciona as normas dos acordos interestaduais que tratam de substituição tributária, embora o faça naquilo em que as mesmas mantenham-se compatíveis com o aludido regulamento.

Esclarece que os refrigerantes foram vendidos a uma empresa estabelecida na Bahia que fabrica semelhantes produtos com sua atividade classificada no regime de substituição tributária, e foi por isso que não coube a retenção do imposto, haja vista que a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a substituto tributário da mesma espécie de mercadorias.

Aduz que, nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do substituto, motivo pelo qual, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, nos termos do art. 372, § 3º, III, do RICMS-BA, seriam adotadas as providências previstas no § 1º do art. 125.

Argúi como preliminar, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento no art. 18 do RPAF, tendo em vista que:

- a) Por não ter o autuante competência de lavrar Auto de Infração contra contribuinte localizado em outro estado;
- b) Ilegitimidade passiva, inviabilizando a continuidade da relação processual.

Em sede de julgamento, a ilustre JJF não acatou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois que, na forma do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), o Auto de Infração foi lavrado por agente competente, ou seja, por Auditores Fiscais, em conformidade com o termo de saneamento assinado por autoridade competente.

Também destacam não se observar qualquer erro ou vício no procedimento fiscal que possa decretar a sua nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Consideram não poder ser acolhida a arguição de ilegitimidade passiva, porque o Auto de Infração fora lavrado contra contribuinte inscrito no Estado de origem das mercadorias, tendo por isso havido indicação errônea do autuado. Esclarecem que a Súmula nº 3 deste Conselho declara ser nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual. Apontam que no presente caso, há um acordo interestadual nesse sentido – Protocolo ICMS 10/92 – firmado pela Bahia e também pelo Rio Grande do Norte. Julgam restar superada também essa questão.

Igualmente asseveram que não pode ser acolhido o argumento defensivo em relação a equívoco quanto à capitulação legal dos fatos, pois, neste caso, não constituíram cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória.

Quanto ao mérito, entendem razão assistir ao autuado, pois o inciso II do artigo 355 do RICMS, estabelece que:

“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

.....

II - a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes;”

Concluem os ilustres julgadores que o RICMS/BA, de forma expressa, prevê que não é devida a retenção ou antecipação do imposto nas aquisições de mercadorias procedentes de outros Estados, quando as mercadorias se destinarem “a outro contribuinte ao qual a legislação atribua

a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subseqüentes”.

Apontam ainda para a matéria em lide, o Auto de Infração anteriormente lavrado contra o mesmo autuado, relativo à operação envolvendo os mesmos remetentes e destinatários, já foi objeto de análise e Decisão dessa 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante Acórdão Nº 0363-02/07, julgando pela improcedência da autuação.

Encerram seu relatório, com julgamento pela Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Efetivamente no presente PAF, a sujeição passiva do autuado caracterizou-se pela condição de responsável por substituição tributária, em operações interestaduais, a que se referem os respectivos Convênios ou Protocolos aqui indicados, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário.

Os termos do Protocolo ICMS 10/92, definem responsabilidade pelo recolhimento do imposto, como contribuinte substituto, tanto o estabelecimento industrial fabricante da mercadoria, bem como o importador e o arrematante da mercadoria importada e apreendida, nas operações com cerveja, chope e refrigerante, e, destaque-se, foi firmado pelos Estados envolvidos nesta lide administrativa.

Nos autos, observa-se que o adquirente da mercadoria possui, como atividade principal, o comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante, consoante documento à fl. 12 dos autos. Desta forma, por não ser o destinatário estabelecimento industrial, nem estabelecimento filial atacadista do remetente, fica o estabelecimento que deu saída à mercadoria, na condição de contribuinte substituto, responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor do Estado da Bahia, como impõe a cláusula primeira, do Protocolo ICMS 10/92: ***“Nas operações com cerveja, chope, refrigerante entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subseqüentes, realizadas por quaisquer estabelecimentos”.***

E a exigência fiscal veiculada na presente autuação encontra amparo nos arts. 10 e 11, da Lei nº. 7.014/96, os quais prescrevem:

“Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas”;

“Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento”;

Por seu turno, o art. 373, do RICMS/BA, giza que ***“nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (Conv. ICMS 81/93)”.***

A regra insculpida na Cláusula Primeira do referido Protocolo ICMS 10/92, atribui ao autuado em testilha, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo devido aos cofres baianos. Referido Protocolo integra a legislação tributária, que, juntamente às normas legais, também

invocadas, regem a obrigação de recolher o tributo devido, não se vislumbrando ofensa ao princípio da legalidade, diferentemente do alegado pelo autuado.

Verifico circunstância relevante para a presente autuação, embora conste, tanto dos dados cadastrais da Norsa Refrigerantes de fl. 12, quanto da consulta pública ao seu cadastro disponível na Internet (fl. 28), que a forma de apuração do ICMS da destinatária da mercadoria é a substituição tributária, e esta circunstância não anula ou afasta a responsabilidade tributária do autuado pelo imposto lançado neste auto. Poderá ter ensejado a falta de retenção do ICMS ora em cobrança, dada a possibilidade desta consulta pública ter sido acessada pelo remetente no momento de emitir a sua nota fiscal de saída.

Vê-se que a informação prestada pela própria Secretaria da Fazenda indica que a destinatária da mercadoria está submetida à substituição tributária, donde natural concluir-se pela desnecessidade de efetuar a retenção do imposto devido em favor do Estado da Bahia, até mesmo porque a mecânica de exigência do imposto do contribuinte, de fora do Estado, ao invés de se exigir o tributo do contribuinte local, não é razoável.

Em conduto ao entendimento manifestado neste CONSEF, urge à SEFAZ adequar as informações lançadas no sistema de consultas, disponibilizado na Internet, de forma a que os remetentes de mercadorias não sejam induzidos a erro, ressaltando-se que o recorrente poderá requerer ao Órgão competente a dispensa da multa por descumprimento de obrigação principal, nos termos do parágrafo 8º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para que seja julgado PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Em que pese concordarmos com o voto proferido pelo Relator quanto ao provimento do presente Recurso de Ofício, discordamos das suas argumentações expendidas ao final do referido voto, onde assevera que a circunstância de constar do cadastro do destinatário (Norsa Refrigerantes) disponibilizado através de consulta pública – SINTEGRA – a informação da forma de apuração por substituição tributária induziu o contribuinte a erro, o que lhe possibilitaria requerer ao órgão competente - Câmara Superior deste CONSEF – a dispensa da multa por descumprimento da obrigação principal, nos termos do §8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ora, primeiramente a informação em tela em nada poderia induzir o sujeito passivo a erro, pois consta expressamente do próprio cadastro citado a condição de atacadista do destinatário, e o Protocolo ICMS 10/92 atribui a condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto nas operações com os produtos nele especificados expressamente ao industrial e ao importador. Registre-se, aliás, que foi com base nesta regra que o digno relator deu provimento ao Recurso de Ofício.

Em segundo lugar, está correta a indicação da forma de apuração do destinatário Norsa Refrigerantes como sendo o de substituição tributária, tendo em vista a condição do referido estabelecimento no cadastro deste Estado como sendo filial atacadista de indústria, o que o faz receber em transferência os produtos do estabelecimento fabricante (matriz) sem retenção do imposto, ficando a Norsa atacadista com a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária na saída subsequente, tudo com arrimo na regra do art. 355, I, do RICMS, regra esta trazida da cláusula do Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais de substituição tributária. Abaixo transcrevemos as regras em apreço, respectivamente:

“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;”

“Cláusula quinta *A substituição tributária não se aplica:*

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.”

Assim, diante das razões acima aduzidas, não merece guarida a ressalva final do voto do ilustre relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281508.0472/07-9, lavrado contra **REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.868,40**, 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, 28 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA– PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR– RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO
(Quanto à Fundamentação)

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS