

PROCESSO - A. I. Nº 281508.0471/07-2
RECORRENTE - REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0085-04/08
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 26/09/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0306-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto, o mesmo deve ser exigido do remetente. Na situação presente, não ficou demonstrada a impossibilidade da exigência do imposto do contribuinte substituto, para que justificasse a cobrança supletivamente por parte do destinatário (substituído). Rejeitada a preliminar de nulidade reiterada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 4ª JF - Acórdão JF nº 0085-04/08 - que julgou o Auto de infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir ICMS no valor de R\$3.166,73, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Na Decisão recorrida foi salientado que em relação à alegação de que as mercadorias são destinadas a sujeito passivo por substituição e, portanto, não deveria reter o ICMS substituto, por não se aplicar às operações interestaduais, verifica-se que conforme disposto na cláusula primeira do Protocolo ICMS 10/92, nas operações interestaduais com refrigerantes, entre contribuintes situados nos Estados signatários, *“fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes, realizada por quaisquer estabelecimentos”*, excetuando no seu § 2º às transferências de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista, situação em que a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário. Portanto, de acordo com o mencionado dispositivo legal, o remetente é sujeito passivo por substituição e se tratando de operação de venda destinada a estabelecimento comercial atacadista, conforme documento à fl. 8, não se enquadra nas situações excetuadas pelo mencionado Protocolo, haja vista que não se trata de operação de transferência ou remessa para estabelecimento filial.

No Recurso Voluntário, às fls. 45 a 49 dos autos, o autuado reproduz as mesmas alegações da defesa, reiterando pela nulidade do Auto de Infração, além de requerer que seja revista a Decisão da 4ª JF, que o considerou procedente.

A PGE/PROFIS, às fls. 71 a 74 dos autos, salienta que no caso em exame, nos termos das normas pertinentes (Protocolo ICMS 10/92, Convênio ICMS 81/93 e RICMS/BA – Decreto nº 6.284/97), competia ao remetente das mercadorias o recolhimento do imposto por antecipação, porquanto se

trata de estabelecimento industrializador de refrigerantes que efetuou a venda de mercadorias a comerciante atacadista localizado neste Estado da Bahia. Assim, entende restar improcedente seu pedido, em virtude de total falta de fundamentos fáticos ou de direito.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade reiterada pelo recorrente pelas mesmas razões do relator da 4ª JJF, de que a infração está fundamentada em Protocolo de ICMS (10/92) do qual o Estado onde está localizado o contribuinte é signatário.

Da análise das alegações trazidas pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, observo que seus argumentos são incapazes de modificar a Decisão recorrida, pois restou comprovada a infração cometida, inerente ao descumprimento da obrigação principal tributária de antecipação do imposto, desde quando o estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de contribuinte substituto, é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes realizadas por qualquer estabelecimento.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à Fundamentação)

No mérito, conquanto concorde com a conclusão a que chegou o nobre relator, tenho que alguns fundamentos de fato e de direito devem ser expostos para melhor compreensão da controvérsia.

Infere-se dos autos que o adquirente da mercadoria possui, como atividade principal, o comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante. Desta forma, por não ser o destinatário estabelecimento industrial, nem estabelecimento filial atacadista do remetente, fica, via de regra, 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 subsequentes, realizadas por quaisquer estabelecimentos”***.

Registre-se, ainda, que a exigência fiscal veiculada na presente autuação encontra amparo nos arts. 10 e 11, da Lei nº. 7.014/96, os quais gizam:

“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”;

O art. 373, do RICMS/BA, de seu turno, 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)”***.

Como se vê, em razão da regra insculpada na Cláusula Primeira do referido Protocolo ICMS 10/92, é do autuado a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo devido aos cofres

baianos. Registre-se que este Protocolo integra a legislação tributária, que, ao lado das normas legais também invocadas, regem a obrigação de recolher o tributo devido, não se vislumbrando ofensa ao princípio da legalidade, como aduz o recorrente.

Por derradeiro, constata-se a existência de circunstância relevante para a presente autuação, que é justamente o fato de constar, tanto dos dados cadastrais da Norsa Refrigerantes, quanto da consulta pública ao seu cadastro disponível na internet, que a forma de apuração do ICMS da destinatária da mercadoria é a substituição tributária. Tal circunstância, em que pese não seja suficiente para afastar a responsabilidade tributária do recorrente pelo imposto lançado neste auto, pode, sim, ter ensejado a falta de retenção do ICMS cobrado nesta oportunidade, pois é esta consulta pública que é verificada pela remetente no momento de emitir a sua nota fiscal de saída.

Ora, se a informação prestada pela própria Secretaria da Fazenda é no sentido de que a destinatária da mercadoria está submetida à substituição tributária, é natural que conclua pela desnecessidade de efetuar a retenção do imposto devido em favor do Estado da Bahia, até mesmo porque o próprio mecanismo de se exigir o imposto do contribuinte de fora do Estado, quando se poderia exigir o tributo do contribuinte baiano, é absolutamente ilógico.

Enfim, as circunstâncias da autuação e o fato de o equívoco ter gerado a lavratura de vários autos impõem à Secretaria da Fazenda que reveja as informações lançadas no sistema de consulta disponibilizado na internet, para evitar que os remetentes de mercadorias continuem sendo 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281508.0471/07-2**, lavrado contra **REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.166,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): José Hilton de Souza Cruz, Valnei Sousa Freire, Sandra Urânia Silva Andrade, Oswaldo Ignácio Amador e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à Fundamentação) – Conselheiro: Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO EM SEPARADO
(Quanto à Fundamentação)

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS