

A. I. N° - 281508.0466/07-9
AUTUADO - REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 13.03.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-04/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REFRIGERANTES. REMESSA INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE DESTE ESTADO INSCRITO NA CONDIÇÃO DE ATACADISTA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado alega ilegitimidade passiva, por não ser responsável pela retenção e recolhimento do imposto, em decorrência de previsão contida no RICMS/BA, determinando que a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a contribuinte substituto da mesma mercadoria. Restou comprovado que o destinatário da mercadoria não é contribuinte substituto da mesma mercadoria, haja vista a sua condição de inscrito no CAD/ICMS sob o código de atividade econômica principal nº 4635402 – comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerantes. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/11/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 5.777,80, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de efetuar a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no mês de novembro de 2007. Verifica-se nos autos que não fora procedida a retenção do ICMS ou efetuado o recolhimento através de GNRE.

Em sua peça defensiva, fls. 14 a 17, suscita em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração, por ter sido lavrado contra contribuinte inscrito no Estado do Rio Grande do Norte, ocorrendo a indicação errônea do autuado, configurando-se a ilegitimidade passiva, inviabilizando a continuidade da relação processual.

No que concerne ao mérito da autuação, informa que se encontra devidamente constituído como pessoa jurídica de direito privado, exercendo a atividade econômica de fabricação e comercialização de refrigerantes, sendo, portanto, acorde os artigos 850 a 862 do RICMS/RN, contribuinte vinculado ao regime de substituição tributária.

Esclarece que, vendeu através da Nota Fiscal nº 324898, emitida em 01/11/07, fl. 05, mercadorias – coca-cola em lata – à empresa NORSA REFRIGERANTES LTDA., estabelecida em Feira de Santana, inscrita no CAD/ICMS sob o nº 49.698.284, enquadrada na atividade econômica de “comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante”, bem como classificada como substituto tributário. Diz entender que a substituição tributária não se aplica às operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte substituto da mesma mercadoria. Assevera que assim não entendera determinado Auditor Fiscal, lotado no Posto Fiscal “Francisco Hereda” no Estado da Bahia, lavrando o presente Auto de Infração com base no Protocolo ICMS nº 10/92, cláusula primeira, quarta e quinta e aplicando a multa prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Observa ainda que o § 3º do inciso II do art. 372, do RICMS-BA/97, estabelece 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 contribuinte substituído, motivo pelo qual, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, seriam adotadas as providências previstas no § 1º do art. 125 do mesmo regulamento. Acrescenta ainda o autuado que o legislador estadual não fora reticente, e sim, incisivo e firme ao preceituar no inciso III do art. 372 que não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos da alínea “i” do inciso II do artigo 125 do multicitado regulamento.

Conclui, requerendo a nulidade da autuação ou a sua improcedência, protestando pela apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, indicando o endereço Rodovia BR 304, km 5,8 – nº 450, Centro Industrial Avançado no Município de Macaíba, Rio Grande do Norte, CEP 59.280-000, para notificação de qualquer comunicado de natureza processual.

Ao prestar sua informação, fls. 30 a 32, o autuante, inicialmente, diz repudiar as formas agressiva e desrespeitosa manifestadas pela defesa, em sua impugnação.

Em seguida, contesta as alegações defensivas, afirmando que aplicou as disposições do Protocolo ICMS nº 10/92, em razão da supremacia dos acordos interestaduais, asseverando que, como o Estado da Bahia recepcionou as regras dos protocolos, convênios e ajustes, e por serem a Bahia e o Rio Grande do Norte, estados signatários do protocolo em questão, é inconcebível a arguição de ilegitimidade passiva. Enfatiza ainda o autuante que o parágrafo segundo da cláusula sétima do Convênio ICMS 81/93 estabelece que: “Se não for concedida a inscrição ao sujeito passivo por substituição, ou esse não providenciá-la nos termos desta cláusula, deverá efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado destinatário, em relação a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento por meio de GNRE, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.

Acrescenta que não existe dúvida quanto à responsabilidade do remetente pela retenção e recolhimento do imposto, conforme a cláusula primeira do referido Protocolo.

Aduz que as únicas exceções são verificadas no parágrafo segundo, que trata da não aplicação do regime de substituição tributária às transferências de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para o seu estabelecimento filial atacadista.

Conclui mantendo a autuação, tendo em vista que acorde o Protocolo 10/92, o estabelecimento destinatário, por não ser industrial ou importador, não é sujeito passivo por substituição desta mercadoria, bem como não se enquadra na hipótese do parágrafo segundo da cláusula primeira, por não ser uma filial do remetente e não ter sido a operação objeto da ação fiscal transferência, e sim, de vendas.

VOTO

Inicialmente observo que o autuado argúi, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, por ter sido lavrado contra contribuinte inscrito no Estado do Rio Grande do Norte, havendo indicação errônea do autuado, caracterizando a ilegitimidade passiva. Contudo a condição de sujeito passivo por substituição é determinada pela realização, pelo contribuinte, de operações interestaduais com as mercadorias a que se referem os respectivos Convênios ou Protocolos, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário.

Estatui o Protocolo nº 10/92, que contribuinte substituto, nas operações com cerveja, chope e refrigerante é o estabelecimento industrial fabricante da mercadoria, bem como o importador e o arrematante da mercadoria importada e apreendida.

Rejeito a nulidade argüida pelo fato da mercadoria objeto da autuação – refrigerantes – está sujeita ao regime de substituição tributária, conforme o Protocolo nº. 10/92, cabendo ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subseqüentes. Por

isso, o autuado é o sujeito passivo por substituição, figurando no pólo passivo da relação tributária, não podendo prosperar a arguição de nulidade por ilegitimidade passiva.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Para melhor compreensão do objeto da acusação fiscal, é sempre de bom alvitre analisar as disposições da legislação do ICMS atinente à matéria.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS-BA/97 assim dispõe:

“Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).

§ 1º As regras estipuladas nesta subseção não se aplicam, nas operações interestaduais, à substituição tributária decorrente de convênios ou protocolos celebrados anteriormente a 10/09/93, salvo no tocante aos seguintes dispositivos, que se aplicam inclusive retroativamente a todos os convênios e protocolos já firmados (Conv. ICMS 81/93, cláusula décima sexta, e Convs. ICMS 19/94 e 51/96):

[...]

II - o art. 375, inciso I - não-aplicação da substituição tributária sendo as mercadorias destinadas a sujeito passivo por substituição relativamente à mesma espécie de mercadoria (Conv. ICMS 81/93, cláusula quinta, inciso I, e Conv. ICMS 96/95);

[...]

Art. 372. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

[...]

III - não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos do item I da alínea “i” do inciso II do art. 125.

[...]

§ 3º Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:

I - se o imposto não for retido ou recolhido antecipadamente, o tributo será exigido na fronteira, atribuindo-se a responsabilidade ao remetente (art. 125, II, “b”);

III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.

Art. 373. 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)

Art. 375. Não se aplica a substituição tributária, nas operações interestaduais:

I - sendo as mercadorias destinadas a sujeito passivo por substituição relativamente à mesma espécie de mercadoria (Conv. ICMS 96/95);”.

Nitidamente se depreende da leitura dos dispositivos regulamentares supra enunciados, que recepcionaram as disposições dos Convênios e Protocolos – inclusive o Protocolo nº 10/92 -, que as operações interestaduais relativas à substituição tributária são regidas conforme o disposto nestes dispositivos regulamentares e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

Assim, da análise da questão emerge como aspecto crucial a determinação da real condição do destinatário, haja vista que, nos termos da cláusula quinta do Convênio nº. 81/93 - regra recepcionada pelo RICMS-BA/97, no inciso I de seu artigo 375, - a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria. A teor da argumentação aduzida pelo o autuado, esta seria a qualidade do destinatário, ou seja, sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

Na forma expressa nos termos do Protocolo nº 10/92, contribuinte substituto, nas operações com cerveja, chope e refrigerante é o estabelecimento industrial fabricante da mercadoria, bem como o importador e o arrematante da mercadoria importada e apreendida. Por isso, entendo que somente quando a operação envolver, em ambos os pólos, como remetente ou destinatário, essas categorias de contribuintes – industrial fabricante, importador ou arrematante – é que estará afastada a aplicação da substituição tributária, desde que seja contribuinte substituto da mesma mercadoria.

Ressalto que é indispensável verificar a qualidade do destinatário, examinando o seu Código de Atividade Econômica – CNAE, registrado no cadastro de contribuintes - CAD/ICMS-BA – identificando a sua condição, para uma perfeita adequação do fato a norma, ou seja, se o destinatário é ou não sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria, e, por consequência, se estaria o autuado obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do imposto retido, na forma exigida no Auto de Infração em exame.

Verifico à fl. 08, através do extrato dos dados cadastrais do contribuinte no sistema INC – SEFAZ que o estabelecimento destinatário da mercadoria, no caso, Norsa Refrigerantes Ltda, localizado na Rua do BANEZ, s/nº, Centro Industrial do Subaé, Feira de Santana-BA, inscrição estadual nº 49698284, encontra-se inscrito com a atividade econômica principal sob o código nº.4635402 – comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerantes. Portanto, não é sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

Convém ressaltar que, o estabelecimento atacadista somente recebe mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem a retenção do imposto nas operações interestaduais, quando se tratar de filial da indústria remetente, ou se receber de suas outras filiais atacadistas, conforme previsto no inciso I do artigo 355 do RICMS-BA/97.

Por fim, acrescento que deverá ser observada pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda ao enviar as intimações e demais comunicações relativas ao presente Auto de Infração, a indicação do endereço do autuado para notificação de qualquer comunicado de natureza processual: Rodovia BR 304, km 5,8 – nº 450, Centro Industrial Avançado no município de Macaíba, Rio Grande do Norte, CEP 59.280-000.

Ante o exposto, sendo o destinatário da operação contribuinte atacadista que apenas comercializa as mercadorias adquiridas, aplica-se integralmente o regime de substituição tributária, cabendo ao remetente promover a retenção e recolhimento do ICMS referente às operações subseqüentes, em favor do Estado da Bahia, conforme exigido no Auto de Infração em exame.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281508.0466/07-9**, lavrado contra **REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.777,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA