

A. I. Nº - 281508.0462/07-3
AUTUADO - COMPANHIA ALAGOANA DE REFRIGERANTES
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 29.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-04/08

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 para 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 4635-4/02 - 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 19/10/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 8.409,03, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de efetuar a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através nota fiscal 25956 (fl. 06). Consta que a mercadoria apreendida, objeto do presente auto de infração, ficou sob a guarda e responsabilidade de NORSA REFRIGERANTES LTDA., CICMS nº 49.698.284, na qualidade de fiel depositário, conforme documentos de fls. 09 e 10.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 17 a 20, invocando, inicialmente, a tempestividade da defesa, porque apresentada no prazo regulamentar de 30 dias da ciência.

No mérito, esclarece que se trata de pessoa jurídica e fabricante dos refrigerantes franqueados por THE COCA-COLA COMPANY e que através da nota fiscal 259.536, emitida em 16.10.2007, vendeu a prazo para uma outra empresa franqueada desses refrigerantes NORSA REFRIGERANTES LTDA, estabelecimento situado no Centro Industrial Subaé de Feira de Santana – Bahia, o que deu causa a presente autuação.

Diz que sendo ambas as empresas, a vendedora e compradora, “sujeitos passivos por substituição tributária da mesma mercadoria”, não caberia a retenção e recolhimento do ICMS SUBSTITUTO, na operação de comercialização configurada na nota fiscal supra referida. Transcreve cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, alterada pelo Convênio ICMS 96/95, em reforço ao seu argumento, para designar que “a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria”.

Afirma ainda que tal procedimento encontra-se recepcionado pelo artigo 375 inciso I, RICMS BA, pedindo que seja a presente impugnação reconhecida e provida exonerando o sujeito passivo do recolhimento do crédito tributário correspondente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 41 a 43, pontuando termos das razões defensivas apresentada, referência ao Convênio ICMS 81/93 e artigo 375 do Regulamento do ICMS na Bahia, para asseverar que a tese da impugnante não se aplica à operação objeto da ação fiscal.

Assente que a tese da impugnante não se aplica à operação em tela porque a atividade econômica principal do destinatário das mercadorias, inscrito no Estado da Bahia, NORSA REFRIGERANTES LTDA., inscrição estadual 49.698.284, é o comércio atacadista de cervejas, chope e refrigerante, além do comércio de água mineral e de bebidas não especificadas anteriormente, conforme documentos de fls. 7 e 8, não se tratando, assim, de atividade fabril, mas de atividade de comércio atacadista, sem qualquer vínculo com a remetente.

Lembra ainda que o parágrafo único do convênio retro mencionado expressa que “sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria” e que os refrigerantes encontram-se relacionados no Protocolo ICMS 10/92. Cuida ainda esse protocolo, em seu § 2º, da ressalva em questão, estabelecendo que “o regime de que trata este protocolo não se aplica às transferências da mercadoria entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista”.

Pede seja o auto julgado procedente.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração lavrado contra contribuinte inscrito no Estado de Alagoas sobre a falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na operação de venda de refrigerantes em lata, através da nota fiscal 259536, realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, mercadoria esta enquadrada no regime de substituição tributária.

É cediço que a condição de sujeito passivo por substituição tributária é determinada pela realização por contribuinte de operações com as mercadorias a que se referem os Convênios ou Protocolo correspondentes, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário.

Nos termos do Protocolo nº 10/92, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, chope, refrigerante e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina, o contribuinte substituto é o estabelecimento industrial fabricante da mercadoria, bem como o importador e o arrematante da mercadoria importada e apreendida.

No caso concreto, a mercadoria objeto da autuação – refrigerantes em lata – 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 subsequentes. Portanto, o autuado é o sujeito passivo por substituição, devendo figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária, não podendo prosperar os argumentos em contrário queridos pela impugnante.

Assim, oportuna a análise das disposições da legislação do ICMS sobre a matéria em tela, para uma melhor compreensão da lide. Estabelece o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/97, as seguintes regras acerca do caso proposto:

“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).

(...)

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 1 da alínea "i" do inciso II do art. 125.

(...)

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)

Conforme se vê da leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos, que recepcionaram as disposições dos Convênios e Protocolos, inclusive o Protocolo nº 10/92, as operações interestaduais relativas à substituição tributária são regidas de acordo com tais normas regulamentares e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas. Toda a legislação aplicável ao caso determina seja responsabilidade da recorrente pelo pagamento do ICMS-ST, no caso em tela.

O cerne da questão reside no fato de se determinar a real condição do destinatário, haja vista que, nos termos da cláusula quinta do Convênio nº. 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, recepcionado pelo RICMS/BA, no seu artigo 375, I, a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria. Segundo alega o autuado, esta seria a qualidade do destinatário, ou seja, sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

Conforme explicitado acima, 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. Assim, somente quando a operação envolver, em ambos os pólos, como remetente ou destinatário, essas categorias de contribuintes, sejam industrial fabricante, importador ou arrematante, é que estará afastada a aplicação da substituição tributária, desde que seja contribuinte substituto da mesma mercadoria.

No caso concreto, imperioso examinar a qualidade do destinatário, a partir do seu Código de Atividade Econômica – CNAE, registrado no cadastro de contribuintes - CAD/ICMS – para uma perfeita adequação do fato a norma, ou seja, identificar 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, conforme exigido no Auto de Infração em exame.

Nessa linha de pensamento, o próprio cadastro de contribuintes do Estado da Bahia informa que o estabelecimento destinatário da mercadoria, no caso, NORSA REFRIGERANTE LTDA., localizado na rua do BANEB, s/nº, Centro Industrial do Subaé, Feira de Santana-BA, inscrição estadual nº 49.698.284, encontra-se inscrito com a atividade econômica principal sob o código nº 4635-4/02

comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerantes (fl. 07) - valendo dizer, portanto, não é sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria, nessa operação.

A par disso, vale consignar 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 artigo 355, I, do RICMS/BA.

Diante do exposto, sendo o destinatário da operação contribuinte atacadista que comercializa mercadorias adquiridas, aplica-se integralmente o regime de substituição tributária, cabendo ao remetente promover a retenção e recolhimento do ICMS referente às operações subsequentes, em favor do Estado da Bahia, tendo em vista que o Estado de Alagoas é signatário do Protocolo 10/93, conforme exigido no Auto de Infração em exame.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281508.0462/07-3, lavrado contra **COMPANHIA ALAGOANA DE REFRIGERANTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 8.409,03, 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, 15 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA