

A. I. N° - 124157.0809/09-1
AUTUADO - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 06.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0319-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Redação dada ao inciso II do §1º, da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05 excetua o remetente da obrigação de reter em favor da Bahia o ICMS devido nas operações subsequentes, nas operações de transferência para estabelecimento industrial ou atacadista do mesmo sujeito passivo neste Estado, firmando-se a substituição tributária na regra do art. 355, I, do RICMS/Ba. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/01/2010, exige o valor de R\$7.729,65, acrescido da multa de 60%, sob acusação de falta de retenção do ICMS devido por antecipação em virtude de convênio ou protocolo por parte do remetente, no caso, Protocolo ICMS 5005, e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária ou do percurso da mercadoria. Multa de 60%.

O autuado em sua defesa, fls. 23 a 32, impugna o lançamento com base na Cláusula quinta do Protocolo ICMS 5005, que reza aplicação, no que couber, a este protocolo, as normas contidas no Convênio ICMS 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.

Aduz que estando transferindo mercadoria para um seu estabelecimento atacadista neste Estado, não se aplica ST, ao caso, em virtude da ressalva contida no inciso II da Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, norma reproduzida nos arts. 375, II, 506-C, § 7º e 506-D do RICMS-BA que copia. Diz que a jurisprudência do CONSEF não diverge desse entendimento nas ementas dos Acórdãos JJF 0419-02/ e JJF 0418-0202.

Expressa que sua filial na Bahia é quem faz a retenção do imposto nas saídas internas subsequentes, nos termos do §1º, do art. 372 do RICMS-BA.

Portanto, entende que por força da Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93 c/c a Cláusula quinta do Protocolo ICMS 5005, arts. 375, II, 506-C, §7º, 506-D, do RICMS-BA, na transferência das mercadorias objeto deste auto, não se aplica a substituição tributária.

Seguindo, protesta pela aplicação da multa de 60% por entendê-la confiscatória, entendimento consolidado nos tribunais conforme ementas que transcreve (STF – ADI 551/RJ, TRF 1º Reg. REO 01.16560-5/MG, TRF 5ª Reg. AMS 79825/PE).

Defende que também deve ser considerado o benefício da dúvida, como prevê o art. 112 do CTN, e entende os Tribunais, Superiores para desconstituir o Auto de Infração, pelo que pede a improcedência do lançamento tributário.

O autuante, em informação fiscal de fls. 58/62, afirma que a autuada descumpriu exigência da legislação pertinente: Protocolo ICMS 5005, Cláusula primeira; arts. a multa, reproduz os art. 911 e 915 do RICMS-BA.

Sobre a alegação defensiva do autuado, diz que ele está tendo equivocado entendimento na interpretação do inciso III do art. 506-C, §7º, cuja aplicação se deve quando os produtos forem procedentes de Estados não signatários do Protocolo ICMS 5005, o que não é o caso em tela.

Para subsidiar seu entendimento transcreve resposta de consulta emanada no Parecer GECOT/SEFAZ nº 03174/2009, a qual diz que nas aquisições em transferência dos derivados de farinha de trigo oriundos de Estado signatário do Protocolo ICMS 5005, o imposto devido por antecipação relativo às operações subsequentes é de responsabilidade do industrial remetente.

Às fls. 69/74, o contribuinte volta a se manifestar contraditando a Informação Fiscal por duas vertentes: Primeiro, porque o autuante deixou de informar que o Protocolo ICMS 185/09, com efeitos a partir de 21/12/2009, ou seja, antes do fato gerador da presente contenda (1001/2010), deu nova redação ao inciso II do §1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 5005, excetuando a obrigatoriedade de substituição tributária nas transferências interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, razão pela qual o Parecer GECOT/DITRI nº 03174/2009, resta prejudicado, bem como a alegação de que se equivocou na aplicação do art. 506-C, §7º, do RICMS-BA. Segundo, porque o autuante defende a substituição tributária de forma generalizada, deixando de considerar as operações realizadas nos termos da Cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS 81/93 c/c a Cláusula quinta do Protocolo ICMS 5005, como ocorre no caso presente, entendimento que excluem da substituição tributária por antecipação pelo remetente, as transferências interestaduais para outro estabelecimento atacadista da mesma pessoa jurídica, 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, entendimento esse corroborado nos arts. 375, II, 506-C, §7º e 506-D do RICMS-BA.

Nesse sentido, novamente reproduz as ementas de acórdãos citadas na Defesa e o art. 372, §1º do RICMS-BA, para concluir que, por força da legislação citada, não cabe a autuação em lide, pelo que pugna seja o auto julgado improcedente.

VOTO

Este Auto de Infração cuida da falta de pagamento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 de RICMS-BA/97.

O autuado em sua defesa afirma que a operação de transferência das mercadorias apreendidas se realizou entre estabelecimento industrial matriz com sede no Estado de Pernambuco (autuado) e filial atacadista estabelecida no Estado da Bahia, e que, por força do Protocolo 50/2005, está sujeito à substituição tributária, mas, que as regras contidas na Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93 c/c a Cláusula quinta do Protocolo ICMS 5005 e nos arts. 375, II, 506-C, §7º e 506-D do RICMS-Ba., além da alteração introduzida no inciso I, I do §1º, da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 5005 pelo Protocolo ICMS 185/09, cuja vigência é anterior à data do fato gerador do lançamento em discussão, excluem as operações objeto deste auto, da obrigatoriedade da substituição tributária por parte do remetente, sujeito passivo neste PAF. Em complemento, também protestou em relação à multa sugerida no Auto de Infração por entendê-la abusiva e contrária ao princípio da não confiscatoriedade esculpido no art. 150, IV, da Constituição Federal.

O autuante, por sua vez, afirma a obrigatoriedade da substituição tributária por parte do remetente/autuado com base no Protocolo ICMS 5005, Cláusula primeira e arts. 370 e 373 do RICMS-BA. Disse que a alegação defensiva está equivocada, tendo em vista que a exclusão prevista no §7º do art. 506-C desobriga o estabelecimento remetente da substituição tributária, apenas quando os estados de localização do remetente e destinatário não forem signatários de acordo interestadual, como previsto no inciso III do artigo, o que não é o caso. Em subsídio a esse entendimento, colou o Parecer GECOT/DITRI nº 03174/2009, que res]

Sobre a multa, diz que é a prevista na legislação pertinente, repr

RICMS-BA.

Depois de analisar os elementos carreados aos autos verifico que, efetivamente, assiste razão ao autuado quando sustenta a alegação de que as mercadorias apreendidas estão sujeitas à substituição tributária, mas que ele, na condição de indústria localizado em Pernambuco, efetuando transferência de produtos para outro seu estabelecimento atacadista neste Estado, sendo ambos os estados signatários do Protocolo ICMS 5005, está desobrigado de efetuar a retenção do imposto devido por conta das operações subsequentes a serem aqui realizadas. Isto, porque a nova redação dada ao inciso II do §1º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 5005, com vigência a partir de 21/12/2009, ao excetuar o remetente industrial ou importador situado em Estado signatário, da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, nas transferências interestaduais para outro seu estabelecimento atacadista localizado na Bahia, de fato, resolve a questão em tela, superando o entendimento motivador do autor do feito e mesmo o expressado no Parecer GECOT/DITRI nº 03174/2009, interpretação na qual também se ancora o autuante, tendo em vista que o fato gerador do lançamento ocorreu em 10/01/2010, portanto, já sob a vigência da desobrigação da retenção tributária pelo remetente autuado.

Assim, o Protocolo nº 50/2005, em que Pernambuco e Bahia são signatários, regula a substituição tributária nas operações interestaduais com os produtos, massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães e outros derivados de farinha de trigo, mercadorias objetos deste lançamento tributário, estando determinado na cláusula 1ª, §1º, Inciso II, que a substituição tributária também se aplica em relação às transferências interestaduais, exceto em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia a partir de 21/12/2009, com o que se firma, nesse caso, a regra tributária prevista no art. 355, inciso I, do RICMS-BA., conforme abaixo:

“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, na hipótese de transferência de estabelecimento industrial localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes equiparando-se nestas operações à própria indústria, devendo ser observado pelo estabelecimento filial atacadista destinatário o disposto no § 2º do artigo seguinte;”

Desse modo, conforme o dispositivo regulamentar acima transcrito, no caso em tela, o substituto tributário responsável por reter o imposto devido nas operações subsequentes é o estabelecimento atacadista do autuado localizado na Bahia e destinatário das mercadorias a ele transferidas.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124157.0809/09-1, lavrado contra **INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOSÉ RAIMU