

A. I. N° - 124157.0802/09-7
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° 0327-05/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE INSCRITO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Operações regidas pelo Protocolo ICMS 50/05, que dispõe sobre a substituição tributária interestadual de massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo. Nas operações de remessa interestadual da indústria para a filial atacadista localizada no território do Estado da Bahia, o Protocolo ICMS 50/05, após a alteração promovida pelo Protocolo ICMS 185/09, de 21/12/09, desobriga a retenção e recolhimento do imposto pelo remetente, ficando esta obrigação transferida para a etapa subsequente de saída dos produtos. Responsabilidade tributária do estabelecimento atacadista da indústria nas subsequentes saídas internas do produto. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/12/2009, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 10.957,66, acrescido da multa de 60%, em decorrência de ter sido constatada no trânsito de mercadorias a aquisição de produtos tributados (biscoitos), através do DANFE n° 43061, incluídos no regime de substituição tributária por força do Protocolo ICMS 50/05, sem a retenção do imposto e/ou com o pagamento antecipado via GNRE pelo remetente das mercadorias, conforme preceitua o RICMS-Ba.

Anexado ao processo Termo de Apreensão n° 124157.0802/09-7 e cópias da nota fiscal eletrônica (DANFE) que acobertou a operação.

O autuado, através de seu patrono ingressou com defesa (fls. 17 a 26). Impugna o lançamento com base na Cláusula quinta do Protocolo ICMS 50/05 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 0418-02/02.

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 50/05, 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 entendem os Tribunais Superiores para desconstituir o Auto de Infração, pelo que pede a improcedência do lançamento tributário.

Prestada a informação fiscal às fls. 53 a 59 dos autos. Após transcrever a íntegra do Protocolo ICMS 50/05, as disposições do RICMS atinentes à substituição tributária interestadual e as penalidades decorrentes, observa o autuante que a defesa incorre em equívoco na interpretação das normas de regência da matéria. Afirma que a operação de transferência excluída da tributação antecipada se restringe aos produtos elencados no item 11.4, do inc. II, do art. 353, quando procedentes de Estados não signatários de Protocolo ICMS 50/05 e que esta situação não se aplica ao caso objeto da autuação. Pondera que o art. 506-C, III, reforça esse entendimento. Menciona o parecer GECOT/DITRI nº 03174, de 27/02/09, anexado às fls. 60/61, que conclui que nas *“aquisições em transferência dos derivados de farinha de trigo oriundos de Estado signatário do Protocolo ICMS 50/05, o imposto devido por antecipação relativo às operações subsequentes é de responsabilidade do industrial remetente. Assim nas transferências das referidas mercadorias oriundas do Estado de Pernambuco para revenda posterior pela consulente, o remetente deverá efetuar o recolhimento do substituição tributária”*.

Diante das razões acima expostas pede o autuante a manutenção, na íntegra, do lançamento fiscal.

Intimado do teor da informação fiscal, o autuado, através de seu patrono, volta a se manifestar nos autos, às fls. 67 a 72, 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 50/05, 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 50/05, como ocorre no caso presente, entendimento que exclui 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

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, decorrente da falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas transferências de mercadorias (biscoitos), entre empresa, sendo o destinatário localizado no Estado da Bahia.

Assiste razão ao contribuinte quando arguiu a seu favor as disposições do Protocolo ICMS 50/05, após a alteração promovida pelo Protocolo ICMS 185/09, visto que a obrigação de retenção do imposto, nas remessas interestaduais por transferências de derivados de trigo, não se aplica às operações que tenham por destino estabelecimento localizado na Bahia. A citada alteração passou a produzir efeitos a partir de 21/12/09, com a publicação da norma no Diário Oficial da União.

A norma alteradora em comento passou a ter a seguinte redação após a edição do Protocolo ICMS 185/09:

***Cláusula primeira.** Nas operações interestaduais com os seguintes produtos alimentícios derivados de farinha de trigo ou de suas misturas, classificados nas respectivas posições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado –NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação –ICMS devido nas subseqüentes saídas:*

(...)

§ 1º A substituição tributária prevista nesta cláusula também se aplica em relação:

(...)

II – às transferências interestaduais, exceto em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia.

No caso em exame, como a operação de remessa se verificou em 22/12/09 e a apreensão no trânsito se deu em 24/12/09, já se encontrava vigente a norma que excluía a obrigação do ICMS ser retido na origem, ou seja, na saída da fábrica para o estabelecimento atacadista do mesmo contribuinte.

Isto posto, 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 124157.0802/09-7, lavrado contra **INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR