

A. I. N - 210943.0055/09-0
AUTUADO - PELÁGIO OLIVEIRA S/A
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 30. 11 .2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO JJF Nº 0354-01/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A consulta formulada pelo estabelecimento filial atacadista da empresa Pelágio Oliveira S/A, destinatário das mercadorias, teve como matéria a operação de transferência realizada pelo estabelecimento matriz industrial, portanto, o mesmo assunto de que cuida o Auto de Infração em lide. Considerando que a resposta dada pela Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA-GECOT/DITRI, através do Parecer GECOT nº. 6.951/2006, foi no sentido de que o responsável pela retenção e recolhimento do imposto é o estabelecimento destinatário - filial atacadista - e não o estabelecimento remetente – matriz industrial –, pode se afirmar que o contribuinte agiu em conformidade com o entendimento manifestado pelo órgão consultivo. Ou seja, no momento em que a GECOT/DITRI respondeu que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do estabelecimento filial atacadista e não do estabelecimento matriz localizado noutro Estado, assegurou o direito de ambos – remetente e destinatário - procederem conforme respondido. Assim, enquanto não for reformada a resposta dada pela GECOT/DITRI, através de outro parecer; mediante alteração da legislação; orientação através de portaria do Secretário da Fazenda, de instrução normativa ou de parecer normativo, qualquer procedimento fiscal instaurado relativamente à matéria objeto da consulta não poderá prosperar, sendo insubsistente a infração. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 14.917,01, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de 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. Consta na “Descrição dos Fatos” do

Auto de Infração, que o contribuinte não reteve o ICMS em favor do Estado da Bahia, nos termos do Protocolo ICMS nº 50/05, relativamente às operações subsequentes de produtos derivados de farinha de trigo.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 19 a 22), dizendo que a ação fiscal diz respeito à Nota Fiscal nº 17.413, emitida pelo estabelecimento matriz da empresa Pelágio Oliveira S/A.

Sustenta que inocorreu a infração imputada no Auto de Infração, alegando que os produtos derivados de farinha de trigo, transferidos da matriz industrial, através de transferência para suas filiais atacadistas mesmo estabelecidas em outros Estados, estão sujeitas a Substituição Tributária quando da saídas das referidas mercadorias do estoque da filial atacadista, e não na entrada das referidas mercadorias no Estado da Bahia.

Invoca o art. 503-C do RICMS/BA, assim como o Parecer exarado no processo de Consulta nº 6951/2006, para fundamentar a sua argumentação, afirmindo que o Auto de Infração é nulo.

Finaliza requerendo o julgamento pela improcedência total do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 37/38, afirmando que a autuação exige ICMS devido por substituição tributária interestadual, tendo por fundamento o disposto no inciso II do § 1º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05 que vigorou até 20/12/2009, cujo teor transcreve.

Diz que, a partir de 21 de dezembro de 2009, não se aplica a substituição tributária nas operações de transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao Estado da Bahia, porém, o impugnante entende que as operações realizadas até o dia 20 de dezembro de 2009, também, não estavam sujeitas à retenção do ICMS devido por substituição, sob o argumento de que o RICMS/BA dispõe em sentido contrário.

Contesta o argumento defensivo, invocando o art. 99 do Código Tributário Nacional, para manifestar o entendimento de que “*o alcance do decreto que regulamenta a lei estadual do ICMS tem como limite o território baiano; por isso, o parágrafo 7º (que, logicamente, limita-se ao Art. 506C do RICMS/BA) refere-se às transferências internas realizadas pelos contribuintes especificados nos incisos do referido artigo que, no Inciso I, é taxativo quanto ao domicílio do fabricante.*”

Reproduz o art. 506-C do RICMS/BA, para dizer que os trechos sublinhados evidenciam, respectivamente, o limite espacial de validade do regulamento e a ressalva que preserva a substituição prevista no acordo interestadual, de maneira que, salvo melhor entendimento, a cobrança do ICMS devido por substituição foi legítima.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às transferências de mercadorias - derivados de farinha de trigo-, provenientes de Estado signatário relacionadas no Protocolo ICMS nº 50/05.

Incialmente, observo que o estabelecimento filial atacadista destinatário das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 17.413, formulou consulta à Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ - GECOT/DITRI, cujo teor foi o seguinte:

“PELAGGIO OLIVEIRA S/A, atuando neste Estado no comércio atacadista de massas alimentícias em geral, dirige consulta a esta Administração Tributária solicitando orientação no tocante ao tratamento tributário aplicável às aquisições interestaduais

de produtos derivados de farinha de trigo, recebidos em transferência do estabelecimento matriz situado no Ceará, tendo em vista os fatos a seguir expostos:

- Entende a Consulente que, com o advento do Protocolo ICMS 50/2005, atribuindo ao estabelecimento industrial ou importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações interestaduais com derivados de farinha de trigo, a disposição contida no art. 506-C do RICMS/BA perdeu sua aplicabilidade efetiva. Diante do exposto, efetua os seguintes questionamentos:

1 - Perdeu efeito o artigo 506-C do RICMS? Como fica o mesmo após o advento do Protocolo 50/2005?

2 - Existe algum decreto que tenha incorporado as disposições do Protocolo 50/2005 à legislação estadual?

3 - Como se dará o recolhimento do ICMS na situação acima descrita: no número da Inscrição de nossa matriz industrial em Fortaleza, ou no número de Inscrição de nossa filial em Salvador? E com que código de pagamento?

4 - No caso de venda por nossa filial atacadista da Bahia, das mercadorias vindas de nossa matriz em Fortaleza, para contribuintes do Estado da Bahia:

4.1 - Será devido algum imposto na venda dessas mercadorias, por parte de nossa Filial?

4.2 - De que forma será o cálculo, base, apuração, recolhimento e com que código? (...).

A resposta dada pelo referido órgão consultivo tributário da SEFAZ/BA, através do Parecer nº 6951/2006 esclareceu que:

“Da análise da presente consulta, informamos que a mesma foi encaminhada preliminarmente à Gerência de Substituição Tributária - GERSU para pronunciamento quanto à matéria consultada, tendo a mesma ressaltado que a Alteração nº 77 do RICMS/BA, introduzida pelo Decreto nº 10.001/06, e com efeitos a partir de 10/05/06, acrescentou o § 7º ao art. 506-C do referido diploma regulamentar, dispondo da seguinte forma:

Art. 506-C. Caberá aos contribuintes a seguir indicados, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária, o lançamento e o pagamento do ICMS referente às operações subsequentes com produtos derivados de farinha de trigo elencados no subitem 11.4 do inciso II do art. 353:

*.....
III - contribuintes que receberem, a qualquer título, as referidas mercadorias de outra unidade da Federação, salvo se houver acordo interestadual que estabeleça a retenção do ICMS referente às operações subsequentes pelo remetente dos mencionados produtos.*

*.....
§ 7º Não deverá ser feita a retenção do imposto nas operações em transferência para estabelecimento industrial ou filiais atacadistas deste Estado das mercadorias de que trata este artigo.”*

Dessa forma, embora o Protocolo ICMS 50/2005 efetivamente estabeleça, em sua cláusula primeira, a aplicabilidade do regime de substituição tributária nas operações interestaduais com derivados de farinha de trigo, inclusive na hipótese de transferência entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, o § 7º do art. 506-C do RICMS/BA afasta a obrigatoriedade de retenção do imposto pelo remetente localizado em outra Unidade da Federação, na hipótese de transferência para filial

industrial ou atacadista localizada em território baiano. Tais operações, portanto, serão tributadas normalmente, utilizando-se a alíquota interestadual prevista na legislação respectiva.

Da mesma forma, o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária e relativo às operações subsequentes a serem realizadas no Estado da Bahia com os citados produtos deverá ser efetuada pelo estabelecimento filial atacadista localizado em território baiano, e a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será calculada na forma prevista no art. 61, inciso II, alínea "a", c/c os §§ 2º e 3º do art. 506-C do RICMS/BA."

Portanto, em conformidade com a resposta acima reproduzida dada pela GECOT/DITRI, o estabelecimento filial atacadista – destinatário das mercadorias – é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto quando das saídas subsequentes das mercadorias e não o estabelecimento remetente - matriz industrial – quando da remessa em transferência, conforme exige o lançamento de ofício em exame.

Considerando que a consulta formulada pelo estabelecimento filial atacadista da empresa Pelágio Oliveira S/A, teve como matéria a mesma operação de transferência realizada pelo estabelecimento matriz industrial, pode ser dito que o contribuinte agiu em conformidade com o entendimento manifestado pelo órgão consultivo. Ou seja, no momento em que a GECOT/DITRI respondeu que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do estabelecimento filial atacadista e não do estabelecimento matriz localizado noutro Estado, assegurou o direito de ambos – remetente e destinatário - de procederem conforme respondido.

É certo que a consulta alcança o consulente, o que poderia suscitar questionamento sobre o seu alcance para o estabelecimento matriz, contudo, no presente caso, não há como dissociar a operação de transferência para impor ao remetente – matriz - a obrigação pela retenção e recolhimento do imposto, cuja responsabilidade foi dita no referido parecer que é do destinatário – filial atacadista.

Vale dizer que a consulta não produziria os efeitos jurídicos pretendidos pelo consulente, caso fosse aplicável, exclusivamente, ao estabelecimento destinatário, dada a especificidade da operação de transferência. Afinal, há que se preservar o princípio da segurança jurídica com observância do entendimento manifestado pelo ente tributante.

Nesse sentido, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 estabelece nos artigos 63 e 65, abaixo reproduzidos:

"Art. 63. Dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, atualizadas monetariamente até 31/12/00, se o seu vencimento tiver ocorrido antes dessa data, mas sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta.

(...)

Art. 65. A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo, que se considera não devido no período."

Diante do exposto, enquanto não for reformada a resposta dada pela GECOT/DITRI, através de outro parecer, mediante alteração da legislação, ou orientação através de portaria do Secretário da Fazenda, de instrução normativa ou de parecer normativo, qualquer procedimento fiscal instaurado relativamente à matéria objeto de consulta não poderá prosperar, sendo insubstancial a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0055/09-0**, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR