

A. I. Nº - 179627.0004/09-7
AUTUADO - PELÁGIO OLIVEIRA S/A
AUTUANTE - ELCIOR PIO FERREIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 30.11.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0357-01/10

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

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 25/11/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$6.328,50, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) ou do recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias substituídas tributariamente por antecipação, em virtude de convênio ou Fatos” consta que se refere aos DANFES de nºs 019.032 e 019.031, relativos

no Protocolo nº 50/05, procedentes do Ceará, correspondendo a transferência para filial descredenciada, sem a antecipação do imposto.

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 179627.0011/09-3 às fls. 05/06.

O autuado apresentou impugnação às fls. 22 a 25, esclarecendo que a ação fiscal se baseou nas Notas Fiscais de nºs 19.031 e 19.032, emitidas pela empresa Pelágio Oliveira S/A – matriz industrial, situada no estado do Ceará, destinada a sua filial atacadista estabelecida na Bahia.

Alega que os produtos derivados de farinha de trigo, originários da matriz indústria, através de transferência para suas filiais atacadistas mesmo em outros Estados, estão sujeitas à substituição tributária quando das saídas das mercadorias dos estoques das filiais atacadistas, e não antecipação tributária, independente de estarem ou não credenciadas. Realça que tais disposições se encontram em conformidade com o artigo 506-C, inciso III, c/c § 7º do RICMS/BA, os quais transcreveu, bem como com o Parecer nº 6.951/2006, cuja cópia anexou às fls. 26 a 28.

Conclui, afirmando que diante do equívoco incorrido pelo autuante e dos argumentos apresentados, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 43 a 45, salientando que o impugnante destinara produtos sujeitos à substituição tributária para filial atacadista deste Estado, sem pagamento do ICMS devido, infringindo o disposto no Protocolo nº 50/05.

Realça que o dispositivo do RICMS/BA (art. 506-C, inciso III), utilizado pelo autuado não se aplica à presente situação, tendo em vista que a operação ocorreu entre estados signatários do mencionado Protocolo, o que torna incorreta a interpretação trazida pelo contribuinte, devendo prevalecer o disposto no acordo interestadual, que estabelece a responsabilidade pelo pagamento ao remetente.

Aduz que o fato de o destinatário se encontrar na situação de descredenciado no cadastro do Estado da Bahia não tem relevância quanto ao disposto no Protocolo, não existindo amparo legal para que o pagamento do imposto seja transferido para a filial, devendo a ação fiscal prosperar. Acrescenta que de acordo com o Parecer nº 03174/2009 (fls. 46/47), emitido pela GECOT/DITRI em 04/03/2009, tornam-se descaracterizadas as alegações defensivas. Mantém a ação fiscal.

Intimado a respeito da Informação Fiscal e de seus anexos, o autuado se manifestou às fls. 54 a 58, asseverando que a forma de tributação em casos de transferências da matriz para filial, signatárias ou não do Protocolo 50/05, ocorre quando das saídas promovidas pela filial atacadista, procedimento adotado em diversos estados, inclusive no Ceará, signatário do citado protocolo.

Realça que em momento algum praticou atos que ocasionassem qualquer prejuízo ao fisco estadual, de modo que na situação discutida, o imposto é devidamente recolhido quando da saída das mercadorias do estabelecimento filial atacadista, não havendo falta de recolhimento do ICMS. Aduz que já passou por diversas fiscalizações, nunca tendo sido constatada a aludida infração, o que indica que o fisco baiano não desaprova a conduta da empresa em efetuar o recolhimento do imposto pela filial atacadista quando da saída das mercadorias.

Quanto à alegação de que a filial se encontraria descredenciada, salienta que o próprio autuante afirmou na Informação Fiscal que esse fato não tem relevância alguma em relação ao disposto no protocolo e ao crédito reclamado. Assim, entende que não há o que se discutir a respeito.

Destaca que de acordo com o art. 506-C, § 7º do RICMS/BA a retenção do imposto não deverá ser feita nos casos de transferências para estabelecimentos filiais atacadistas localizados no Estado da Bahia das mercadorias de que tratam o artigo, quais sejam, os produtos derivados de farinha de trigo, entendimento confirmado no Parecer nº 6.951/2006, emitido em processo de consulta formulada pelo autuado para dirimir dúvidas acerca do tema discutido.

Sustenta que, além disso, a cláusula primeira do Protocolo 50/05 não especifica a aplicabilidade das regras ali contidas nas transferências do estabelecimento matriz para a filial atacadista, não sendo expressamente claro se deve ser aplicado em tais operações. Acrescenta que, ademais, houve uma significativa alteração nesse acordo, através do Protocolo 185/09, que excetuou da aplicabilidade do referido protocolo as transferências interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, conforme transcrição da nova redação do inciso II do § 1º da cláusula primeira do Protocolo 50/05.

Requer o acolhimento de suas razões, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

O Auto de Infração em lide trata da 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 outras unidades da Federação relacionadas no Protocolo ICMS nº 50/05.

Observo, inicialmente, que o autuado alegou que a operação em questão se refere à transferência das mercadorias entre estabelecimento industrial matriz com sede no Estado do Ceará e sua filial atacadista estabelecida no Estado da Bahia, ressaltando que esta formulara consulta à Gerência de Consulta e Orientação Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ - GECOT/DITRI, a respeito da matéria sob exame. Por ter total relevância com o assunto objeto da presente lide, apresento abaixo trechos do referido processo:

“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?
(...)”*

Constato que 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 ... pronunciamento quanto à matéria consultada, tendo Alteração nº 77 do RICMS/BA, introduzida pelo Decreto

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."

Deste modo, 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 (industrial), quando da remessa em transferência, conforme exige presente lançamento de ofício.

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, concluo que o contribuinte agiu em conformidade com o entendimento manifestado pelo órgão consultivo. Isto significa que quando a GECOT/DITRI respondeu que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do estabelecimento filial atacadista e não do estabelecimento matriz localizado no Estado do Ceará, assegurou o direito de ambos - remetente e destinatário -, de procederem em conformidade com a resposta.

Tendo em vista que a consulta alcança o consultante, isto poderia suscitar questionamento sobre o seu alcance para o estabelecimento matriz, contudo, neste caso, não há como dissociar a operação de transferência para impor ao remetente (matriz industrial) a obrigação pela retenção e recolhimento do imposto, cuja responsabilidade foi dita no referido (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 insubsistente a infração.

Vale registrar que em relação ao processo de consulta citado pelo autuante, visando amparar o lançamento tributário, que o Parecer nº 03174/2009, emitido pela mesma GECOT/DITRI, além de se referir a contribuinte que não guarda correlação com as operações objeto da presente autuação, também envolve situação que não guarda total semelhança com este caso, haja vista que, inclusive, trata sobre os recebimentos de mercadorias procedentes de estados não signatários do Protocolo 50/2005.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **179627.0004/09-7**, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR