

A. I. N° - 124157.0822/10-1
AUTUADO - PELÁGIO OLIVEIRA S/A
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 27/12/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0360-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Protocolo ICMS 50/2005 atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Entretanto, em relação às transferências interestaduais de produtos derivados de farinha de trigo, destinados a estabelecimento filial atacadista localizada neste Estado, cabe ao adquirente a responsabilidade pela antecipação do imposto relativo às operações subseqüentes com os citados produtos, e o autuado comprovou que o seu procedimento está conforme resposta dada a uma consulta formulada à SEFAZ/BA. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/02/2010, refere-se à exigência de R\$6.759,76 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Mercadorias tributadas (biscoitos), constantes do DANFE 37.323, elencadas na Substituição Tributária, conforme Protocolo 50/05.

O autuado apresentou impugnação (fls. 19 a 26), alegando que os produtos derivados de farinha de trigo transferidos da matriz, indústria, para suas filiais atacadistas mesmo em outros Estados, estão sujeitos à Substituição Tributária quando da saída das referidas mercadorias do estoque da filial atacadista, e não na entrada das referidas mercadorias no Estado da Bahia, conforme art. 506-C, § 7º do RICMS/97, bem como Parecer de Consulta de n.º 6951/2006, cópia que anexou às fls. 31/34 dos autos. Transcreve o mencionado art. 506-C do mencionado Regulamento e diz que, diante do equívoco e dos argumentos apresentados, faz-se indispensável a nulidade por completo da presente autuação fiscal. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, e que, por via de consequência, fique afastada, definitivamente, a cobrança do imposto exigido, por inexistência da infração

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 46 a 51 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado efetuou operação de transferência de mercadorias tributáveis do Estado do Ceará com destino ao Estado da Bahia (Estados signatários do Protocolo ICMS 50/05), através dos DANFE n° 037.323, contemplando biscoitos e massas alimentícias de sabores diversos, NCM 1905, produtos estes elencados na Substituição Tributária conforme Protocolo ICMS n° 50/05. Afirmar que o defendente descumpriu exigência da legislação pertencer à retenção e o pagamento do ICMS por Substituição Tributária em Transcreve a cláusula primeira do mencionado Protocolo e os arts.

ainda que se deve considerar que o autuado não cumpriu o RICMS/BA, especificamente, os arts. 370 e 373. Em seguida, o autuante transcreve os arts. 911, § 1º, 915, II do RICMS/BA. Quanto às alegações apresentadas nas razões de defesa, argumenta que o autuado está sendo induzido a um entendimento equivocado na interpretação do inciso III do art. 506-C, § 7º. Diz que a aplicação do mencionado dispositivo regulamentar se deve apenas para os produtos elencados no item 11.4 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, quando procedentes de Estado não signatários do Protocolo ICMS 50/05, que não é o caso do autuado, tendo em vista que o Estado do remetente dos produtos em questão (Ceará) é signatário do mencionado Protocolo. Assegura que o texto do referido inciso III do art. 506-C evidencia que, havendo Protocolo ou Convênio que estabeleça a retenção do ICMS, deve prevalecer o acordo interestadual. Junta aos autos cópia do Parecer 03174/2009 emanado da GECOT/SEFAZ/BA. Por fim, o autuante informa que a empresa filial, destinatária das mercadorias, encontra-se descredenciada, o que, de acordo com o art. 125 do RICMS/97, ensejaria a cobrança antecipada do tributo devido na primeira repartição fiscal do percurso. Pede a procedência do Auto de Infração em lide.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Mercadorias tributadas (biscoitos), constantes do DANFE 37.323, elencadas na Substituição Tributária, com base no Protocolo 50/05.

O autuado alegou que os produtos derivados de farinha de trigo transferidos da matriz, indústria, para suas filiais atacadistas mesmo em outros Estados, estão sujeitos à Substituição Tributária quando da saída das referidas mercadorias do estoque da filial atacadista, e não na entrada das referidas mercadorias no Estado da Bahia, conforme art. 506-C, § 7º, do RICMS/97, bem como Parecer de Consulta de n.º 6951/2006.

Na informação fiscal, o autuante diz que o defendente efetuou operação de transferência de mercadorias tributáveis do Estado do Ceará com destino ao Estado da Bahia (Estados signatários do Protocolo ICMS 50/05), através dos DANFE n.º 037.323, contemplando biscoitos e massas alimentícias de sabores diversos, NCM 1905, produtos estes elencados na Substituição Tributária conforme estabelece o mencionado Protocolo ICMS n.º 50/05.

Para melhor entendimento da matéria em questão, transcrevo a seguir a Cláusula primeira do referido Protocolo ICMS 50/05, que dispõe sobre substituição tributária nas operações interestaduais com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados de farinha de trigo.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os seguintes produtos alimentícios derivados da 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 Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas:

I - massa alimentícia - NBM/SH 1902.1;

II - biscoitos, bolachas, bolos, wafers, pães, panetones e outros produtos similares - NBM/SH 1905;

III - macarrão instantâneo - NBM/SH

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

I - ao diferencial de alíquota, na entrada interestadual com destino ao uso ou consumo do estabelecimento destinatário, quando contribuinte do imposto;

II - às transferências interestaduais, exceto em relação às operações destinadas ao Estado da Bahia;

Em relação à substituição tributária aplicável aos produtos derivados de farinha de trigo, o RICMS/BA estabelece:

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 subseqüentes com produtos derivados de farinha de trigo elencados no item 11.4 do inciso II do art. 353:

I - fabricantes dos referidos produtos, estabelecidos neste Estado;

II - importadores das referidas mercadorias, sem prejuízo do lançamento e recolhimento do ICMS referente à importação;

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 subseqüentes 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.

O defendente anexou aos autos cópia de um parecer (fls. 31/34 do PAF) relativo a uma consulta formulada por meio do processo de nº 01281420064, constando a conclusão de que em relação às transferências interestaduais de produtos derivados de farinha de trigo, destinados a estabelecimento filial atacadista localizada neste Estado, “não será feita a retenção pelo estabelecimento remetente, cabendo ao adquirente a responsabilidade pela antecipação do imposto relativo às operações subseqüentes com os citados produtos”.

Como não se trata de farinha de trigo, trigo em grãos ou mistura de farinha de trigo, também se aplica ao caso em exame o disposto no art. 355, inciso I, estabelecendo que o destinatário é o responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes:

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, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

Parágrafo único. Relativamente ao disposto neste artigo:

II - não se aplicam às disposições contidas nos incisos I, II e III nas operações com trigo em grãos, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, a contribuinte situado neste Estado, em relação às operações com produtos derivados de farinha de trigo, observadas as regras dos arts. 506-A a 506-G.

Assim, constato que o autuado procedeu conforme a orientação da própria SEFAZ/BA e previsão do art. 355, inciso I do RICMS/BA. Por isso, não poderia ser exigido o imposto na forma adotada no presente Auto de Infração, sendo insubsistente a exigência fiscal, e de acordo com o art. 65 do RPAF/BA, “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”

Em relação à consulta anexada aos autos pelo autuante, observo que não há identificação do contribuinte; não era do conhecimento do autuado e, somente através de portaria, instrução normativa ou parecer normativo é que a nova orientação prevaleceria sobre o entendimento manifestado na resposta à consulta do contribuinte, conforme art. 66 do RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124157.0822/10-1, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA