

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0780/09-3
RECORRENTE - PELAGIO OLIVEIRA S/A. (FÁBRICA ESTRELA)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0293-04/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0382-12/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O recorrente procedeu em consonância à resposta formulada através do Parecer GECOT nº 6951/2006 que assim se expressa: “*Dessa forma, embora o Protocolo ICMS 50/2005 efetivamente estabeleça, em sua cláusula primeira 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 da retenção do imposto do remetente localizado em outra 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*”. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$6.648,02, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, inciso. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 25/11/2009 decorre de apenas uma infração, objeto do presente Recurso Voluntário, transcrita abaixo:

***Infração 1** - mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convenio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.*

Consta na descrição dos fatos que se trata de mercadorias tributadas (biscoito), constantes do DANFE 019.038 (cópia anexa), elencadas na substituição tributária conforme protocolo 50/05, sem a retenção do ICMS e/ou GNRE, conforme previsto no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97.

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, mantendo integralmente a autuação, como segue:

“Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 25/11/09, para exigir a retenção do ICMS do remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às mercadorias (biscoitos e bolo), constantes do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) de nº 19038, transferidas do estabelecimento industrial, localizado

no Estado do Ceará, para a filial situada no Estado da Bahia, membros federativos signatários do Protocolo ICMS 50/05.

Verifico que se trata de uma operação interestadual de biscoitos e massas alimentícias entre Estados signatários do Protocolo ICMS 50/2005, norma específica que disciplina o ICMS atinente a matéria, cujo acordo interestadual à época do fato gerador, ou seja, 25/11/2009, não havia sido ainda alterado pelo Protocolo ICMS 185/2009, com vigência a partir de 21/12/2009, excluindo a obrigatoriedade da retenção do ICMS nas operações de biscoito e massa alimentícia na transferência do estabelecimento industrial para a filial atacadista localizada no Estado da Bahia, o que vale dizer que, quando da realização da operação, vigia a redação original do § 1º da cláusula primeira do aludido Protocolo ICMS 50/05, cujo dispositivo atribuía ao estabelecimento industrial ou importador a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas, sendo que no inciso II do citado dispositivo determinava, expressamente, “às transferências interestaduais”, conforme abaixo transcrito:

“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;

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

[...]

II – às transferências interestaduais;

Alega o defendente que “Os produtos derivados de farinha de trigo, transferidos da Matriz Industria, através de Transferência para suas Filiais Atacadistas mesmo em outros estados, estão sujeitos a Substituição Tributária quando das saídas das referidas mercadorias do estoque da Filial Atacadista, e não na entrada das referidas mercadorias no Estado da Bahia”. Conforme Art. 503-C do RICMS/97 § 7º. Bem como Parecer de Consulta de n.º 6951/2006, cópia em anexo”.(sic)

Quanto à alegação relativa ao artigo 503-C do RICMS/97, aqui entendido como o artigo 506-C, conforme transcrito na peça defensiva, o próprio dispositivo legal, em seu inciso III, ressalva que:

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.

[...]

III – contribuintes que receberem, a qualquer título, as referidas mercadorias de outra unidade da Federação, salvo se houver acordo interestadual que estabeleça que a retenção do ICMS referente às operações subseqüentes pelo remetente dos mencionados produtos. (grifo nosso)

No tocante à alegação de que o contribuinte se encontrava, à época, sob o manto da orientação da Consulta formulada relativa ao Processo nº 01281420064, conforme Parecer GECOT nº 6951/2006, verifico que, conforme foi orientado ao contribuinte, à fl. 23 dos autos, a responsabilidade pela retenção do imposto, no caso, é do estabelecimento remetente, consoante texto a seguir transcrito:

“Finalmente, no tocante à tributação das operações estaduais com derivados de farinha de trigo serem realizadas pela filial atacadista localizada neste Estado, deverá ser observado o seguinte:

- a) Tratando-se de contribuinte localizado em unidade federada signatária do Prot. ICMS 50/05, deve ser efetuada a retenção do imposto nos termos do citado protocolo;
- b) Tratando-se de contribuinte localizado em unidade federada não signatária do Protocolo ICMS 50/05, o documento fiscal que acobertar tais operações deverá conter o destaque do ICMS apenas para possibilitar a utilização do crédito pelo destinatário, ou seja, a Consulente não deverá lançar a débito o valor relativo ao imposto destacado em tais operações, tendo em vista que as mesmas já foram tributadas antecipadamente, conforme previsão contida no § 5º do art. 506-C, do RICMS/BA, a saber:”

Logo, no caso concreto, por se tratar de contribuinte com estabelecimentos localizados em Estados signatários do Prot. ICMS 50/05, deve ser efetuada a retenção do imposto nos termos do citado protocolo, conforme determinado no dispositivo regulamentar e corroborado na resposta à consulta feita pelo contribuinte (alínea “a”, acima transcrita). Assim, para as transferências interestaduais de biscoito e bolo destinadas à filial no Estado da Bahia, a substituição tributária, à época da operação, era atribuída ao estabelecimento industrial remetente, localizado no Estado do Ceará.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 92 a 101, o contribuinte vem aos autos para reiterar suas razões da defesa, aduzindo inicialmente a nulidade da autuação com fundamento de que formalizou consulta à SEFAZ/BA com o objetivo de respaldar seus procedimentos concernentes ao recolhimento do ICMS nas transferências de mercadorias de sua matriz no Estado do Ceará, para sua filial no Estado da Bahia. Diz que a SEFAZ/Ba, por via do Parecer nº 6.951/2006, ratificou o entendimento do contribuinte no que tange a transferência de mercadorias de sua matriz para as filiais.

Com esteio no Parecer nº 6951/2006, referido acima, assevera que não se configura o cometimento da infração, pois, do conteúdo no referido Parecer, há a ratificação do seu entendimento quanto ao recolhimento do ICMS, tudo porque o §7º do art. 506-C do RICMS/Ba diz expressamente que *“não deverá ser feita a retenção do imposto nas operações em transferência para estabelecimento industrial ou filiais atacadistas deste estado (Bahia) das mercadorias de que trata este artigo”*. Nesse sentido, afirma que como as mercadorias que ensejaram a lavratura do Auto de Infração foram transferidas da sua matriz no Estado do Ceará para sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia, a tributação ocorre quando das saídas finais do estoque da filial atacadista, independentemente de ser o Estado signatário ou não do Protocolo ICMS 50/05.

Para corroborar sua tese, repisa que seu entendimento deriva do Parecer 6951/2006, exarado em um processo de consulta formulada pelo recorrente com o fito de dirimir suas dúvidas acerca do tema. Cita trecho do referido Parecer.

Cita trecho da Decisão recorrida para indicar o que chamou de *“uma equivocada interpretação dada ao Parecer nº 6951/2006”*. Entende que o multicitado Parecer lhe é favorável, dada a fundamentação no art. 506-C, §7º do RICMS/BA, e afirma que *“... o Parecer ao mencionar em seu item “a” que a retenção deverá ser efetuada pelo remetente, está, claramente, se referindo, como bem diz o trecho que antecede o referido item, ‘à tributação das OPERAÇÕES ESTADUAIS (...)’ com derivados de farinha de trigo que são realizadas pela Filial na Bahia, isto é, seria o ICMS retido à Matriz quando a FILIAL TRANSFERISSE A MERCADORIA RECEBIDA DA MATRIZ PARA OUTRO ESTADO.”*

Por tudo isso, diz que, no momento da autuação, encontrava-se realizando suas obrigações tributárias de acordo com o que fora declarado na Consulta, não podendo o Auto de Infração ter sido lavrado.

Afirma que a cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05, real motivadora da consulta que formulou à SEFAZ/Ba, estabelece a retenção e recolhimento do imposto pelo estabelecimento industrial ou importador, não especifica a aplicabilidade das regras ali contidas nas transferências do estabelecimento matriz para a filial atacadista, não sendo expressamente claro que deve ser aplicado em tais operações.

Afirma que esteve *“...submetida a diversas fiscalizações pretéritas, não recebeu, por parte dos agentes fazendários, nenhuma advertência em relação ao procedimento sempre empregado, isto é, o recolhimento por parte da filial, e não pela matriz, o que, juntamente com o disposto no art. 506-C, §7º do RICMS/BA e o Parecer 6951/2006, consolida que a autuação fora ilegal, por não respeitar a atuação do contribuinte da forma prevista em sua Consulta”*.

Aduz que o Protocolo ICMS 185/09 introduziu significativa alteração no Protocolo ICMS 50/05, à exceção da aplicabilidade do referido protocolo no caso de transferências interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, o que, em seu entender, confirma a tese da imprecisão da cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05.

Pugna pela declaração de nulidade do Auto de Infração em razão da existência de Consulta favorável ao procedimento que emprega para recolhimento ICMS por conta da transferência de suas mercadorias da Matriz no Ceará para a Filial na Bahia e, alternativamente, pede a declaração de improcedência da autuação, ante o fato de a contribuinte ter agido em total consonância com o disposto no art. 506-C, §7º do RICMS/BA.

Por fim, requer que seja realizada a intimação de todos os atos processuais, inclusive quando da inclusão em pauta de julgamento para fins de SUSTENTAÇÃO ORAL de suas razões, através de aviso de recebimento, no endereço do procurador do recorrente, na pessoa do advogado.

A PGE/PROFIS, com Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Lina de A. Sento-Sé, fls 111 a 113, de início, diz que estão atendidos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99.

Quanto à nulidade arguida pelo recorrente, a ilustre procuradora, registra que o fato gerador ocorreu em 25/11/2009 e versa sobre operações interestaduais de biscoitos e massas alimentícias entre estados signatários do protocolo “ICMS 20/2005”.

Afirma que apenas com a vigência do Protocolo ICMS 185/2009 é que restou afastada a obrigatoriedade da retenção do ICMS nas operações com biscoito e massa alimentícia nas transferências do estabelecimento industrial para a filial atacadista localizada no Estado da Bahia. De outro lado, à época dos fatos, vigia a redação original do § 1º do Protocolo ICMS 50/2005, que determinava que nas operações interestaduais, o estabelecimento industrial ou importador seria responsável pela retenção e recolhimento do imposto nas saídas subsequentes.

Quanto ao Parecer GECOT nº 6951/2006, do qual se socorre o recorrente, a representante da PROFIS diz que o inciso III, do art. 506-C, do RICMS/BA estabelece ressalva expressa na hipótese de haver acordo interestadual que estabeleça que a retenção do ICMS.

Aduz que o Parecer GECOT nº 6951/2006, fls. 23, elucida a questão quando estabelece que em se tratando de estabelecimentos localizados em estados signatários do Protocolo ICMS 50/05, e que realizem operações interestaduais com derivados de farinha de trigo realizadas pela filial atacadista no Estado da Bahia, a retenção do imposto deverá ser feita pelo estabelecimento industrial remetente, no caso, aquele localizado no Estado do Ceará.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Analisando primeiramente a nulidade arguida pelo recorrente, ao que parece, com fundamento de que houvera feito consulta à SEFAZ/Ba com o fito de respaldar seus procedimentos quanto ao recolhimento do ICMS nas transferências de mercadorias entre sua matriz no Estado do Ceará e sua filial no Estado da Bahia, entendo que, independentemente do resultado do conteúdo do Parecer que responde à consulta formulada pelo recorrente, não há qualquer indicativo de uma possível nulidade como quer o recorrente, tudo porque se houvesse a aludida autorização do fisco, por via do Parecer nº 6951/2006, para que o recorrente procedesse aos recolhimentos de impostos da forma como feita, o caso seria de improcedência e não de nulidade, o que me Parecer, no caso, ser o desejo do contribuinte. Pelo exposto, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, a autuação decorre da falta de retenção do imposto pelo recorrente, na condição de sujeito passivo por substituição, em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (biscoito e bolo), conforme Protocolo ICMS 50/05 e RICMS/BA.

A JJF verificou, à luz dos elementos trazidos aos fólios deste PAF, que as operações que deram azo à autuação envolvem biscoitos e massas alimentícias entre Estados signatários do Protocolo

ICMS 50/2005. Verificou também que, à época dos fatos, norma específica que disciplina o ICMS atinente à matéria, ainda não havia sido alterada pelo Protocolo ICMS 185/2009, com vigência a partir de 21/12/2009, e que veio a excluir a obrigatoriedade da retenção do ICMS nas operações de biscoito e massa alimentícia na transferência do estabelecimento industrial para a filial atacadista localizada no Estado da Bahia, o que sujeitava a aludida operação aos ditames do Protocolo ICMS 50/05, que determinava que os estabelecimentos industriais ou importadores fossem responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas.

Quanto ao Parecer GECOT nº 6951/2006, entende a JJF que é clara a orientação dada à recorrente, como dito na fl. 23 dos autos, a responsabilidade pela retenção do imposto, no caso, é do estabelecimento remetente. Transcreve trecho do aludido Parecer, externado entendimento de que vem corroborar o dispositivo regulamentar, mantendo integralmente a autuação.

Os fundamentos recursais no combate à autuação que entende improcedente têm essência no fato de que da consulta que fez à SEFAZ, recebeu resposta, no formato de Parecer nº 6951/2006, exarado pela GECOT, e lá há referência ao § 7º do art. 506-C do RICMS/Ba que diz que “*não deverá ser feita a retenção do imposto nas operações em transferência para estabelecimento industrial ou filiais atacadistas deste estado (Bahia) das mercadorias de que trata este artigo*”. Nesse sentido, o entendimento do recorrente é na direção de que como as mercadorias, objeto da autuação, foram transferidas da sua matriz no Estado do Ceará para sua filial atacadista localizada no Estado da Bahia, a tributação deveria ocorrer no momento das saídas finais do estoque da filial atacadista, independentemente de ser o Estado signatário ou não do Protocolo ICMS 50/05.

Quanto ao regramento estabelecido pelo Protocolo 50/2005, não resta qualquer dúvida de que, efetivamente, o recorrente estaria obrigada à retenção e conseqüente recolhimento do ICMS aos cofres do Estado da Bahia, por substituição tributária, vez que a dicção da Cláusula primeira do referido Protocolo é muito clara, e diz:

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:*

(...)

§ 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;*

III - *às operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se refere este protocolo, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.*

Por outro lado, o Parecer GECOT nº 6951/2006, fls. 24, transcreve o art. 506-C do RICMS/Ba, e diz, com todas as letras:

“Dessa forma, embora o Protocolo ICMS 50/2005 efetivamente estabeleça, em sua cláusula primeira 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 da retenção do imposto do remetente localizado em outra 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.”

Bem, o fato é que o contribuinte, mesmo diante da norma esposada pelo Protocolo ICMS 50/2005, viu-se em dúvidas quanto à matéria. Formulou seus questionamentos e recebeu as devidas respostas da mesma SEFAZ, por via do Parecer GECOT nº 6951/2006. Ocorre que, se pairavam dúvidas a respeito da matéria, tais dúvidas foram aclaradas ao contribuinte pela SEFAZ. Em

verdade, a signatária do Parecer em comento reproduziu o texto dado ao art. 506-C e seu § 7º do art. 506-C do RICMS/BA, tudo em perfeita consonância com a legislação posta.

Em verdade, a questão que se desnuda é que, primeiro, apesar de o Estado da Bahia ser signatário do Protocolo ICMS 50/05, a norma estatuída pelo dito protocolo não foi incorporada à legislação do Estado da Bahia, o que se mostra flagrante a partir de leitura do multicitado art. 506-C. Nesta senda, há que se destacar que os protocolos ICMS são eminentemente autorizativos, o que implica dizer que não há imposição aos Estados signatários de incorporarem a norma introduzida pelos Protocolos em suas legislações, especificamente. Por Segundo, a regra estatuída no art. 506-C do RICMS é contrariada pelo § 7º do mesmo artigo.

No caso em tela, em que pese contrariar o Protocolo ICMS 50/05, o recorrente procedeu absolutamente dentro dos ditames encontrados na legislação de regência (art. 506-C) e em perfeita sintonia com o Parecer exarado pela GECOT sob nº 6951/2006.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0780/09-3**, lavrado contra **PELAGIO OLIVEIRA S/A. (FÁBRICA ESTRELA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS