

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0023/15-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIAS TUDOR M. G. DE BATERIAS LTDA.
RECORRIDOS - INDÚSTRIAS TUDOR M. G. DE BATERIAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO e RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0093-05/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.08.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0125-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Demonstrado que o sujeito passivo seguiu entendimento firmado por Parecer concedido através da Diretoria de Tributação. Entendimento retificado apenas posteriormente a ocorrência dos fatos geradores e à lavratura do próprio Auto de Infração. Inexigibilidade de conduta diversa do contribuinte. Segurança Jurídica. Vinculação da administração ao entendimento firmado em solução de consulta fiscal até que o entendimento seja retificado e seja dada ciência ao contribuinte. Aplicação do art. 158 do COTEB. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decretado, de ofício, Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício interpostos contra Decisão proferida pela 5ª JJF em 20/05/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$730.151,87, em decorrência de cometimento de uma infração.

***Infração 01.** – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. (RV e RO).*

***Data da Ocorrência:** Entre 31/01/2011 e 31/12/2014. **Valor:** R\$ 730.151,87.*

Concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por maioria, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe nos seguintes termos:

“O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a exigência tributária atinente à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A lide se delimita em torno da correta aplicação do MVA no cálculo do imposto devido por substituição tributária nas saídas interestaduais de “bateria” realizadas pelo sujeito passivo para contribuintes localizados neste Estado, na medida em que a aludida mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária interestadual através do Protocolo 41/08.

O autuante entende que, para apuração do imposto devido por substituição tributária, deve ser aplicada a MVA 56,90% até agosto de 2012 e a partir dessa data passou a aplicar a MVA 78,83%. Já o sujeito passivo entende que a retenção do ICMS ST aplicado, na primeira hipótese, deve ser o MVA 41,70% e, após agosto de 2012, 49,10%.

Argumenta o impugnante que, conforme o Protocolo ICMS 41/08, nas operações interestaduais com autopeças automotivas com destino a contribuintes situados neste Estado que tenham contrato de fidelidade com seus respectivos fornecedores, as MVAs a serem aplicadas serão 41,70% e 49,10%, nunca as MVAs 56,90% e

78,83% utilizadas pelo auditor fiscal.

Registra que a SEFAZ respondeu ao sujeito passivo em consultas formais, determinando a aplicação das MVAs utilizadas para retenção e recolhimento do ICMS ST. O primeiro parecer nesse sentido foi emitido em 04/03/2009. Trata do Parecer nº 3.453/2009, de autoria da parecerista Ozita de Andrade Mascarenhas Costa, em que o consulente solicitava orientação no tocante à MVA aplicável nas aquisições interestaduais de peças automotivas arroladas no Protocolo ICMS 41/08, onde a Gerência de Tributação determina ao autuado a aplicação do MVA de 41,70%, conforme parte do aludido parecer já relatado.

Ocorre que o aludido parecer foi retificado pelo Parecer, do mesmo órgão, número 28589/2015, alinhando novo entendimento, esclarecendo que o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia nas operações com produtos arrolados no Anexo Único do Protocolo 41/08, promovidas por indústria de autopeças que não produz veículos automotores, deve ser calculado com aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA ajustada de 78,83% (item 28 do Anexo 1 do RICMS-BAS12), calculada considerando a MVA original de 59,60% (cinquenta e nove inteiros e sessenta centésimos por cento) prevista no inciso II, do § 2º da cláusula segunda do referido Protocolo, conforme texto que segue:

Número: 23485720153 Categoria: Tipo: Procedimento Administrativo Fiscal Consulta Assunto: Substituição Tributária PROCESSO FINALIZADO INTERESSADO I.E./CNPJ/CPF Razão Social Situação Processo 49.269.695 TUDORBAT - DISTRIBUIDOR DE BATERIAS E COMPONENTES LTDA - EPP RETIFICAÇÃO DEFERIDA Ementa: ICMS. Retificação do Parecer DITRI/GECOT nº 3453/2009, exarado no Processo 027.348/2009-4, para esclarecer o contribuinte que o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia nas operações com produtos arrolados no Anexo Único do Protocolo 41/08, promovidas por indústria de autopeças que não produz veículos automotores, deve ser calculado com aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA ajustada de 78,83% (item 28 do Anexo 1 do RICMS-BAS12), calculada considerando a MVA original de 59,60% (cinquenta e nove inteiros e sessenta centésimos por cento) prevista no inciso II, do § 2º da cláusula segunda do referido Protocolo. Número e ano: 28589 2015 PARECER FINAL A empresa acima qualificada apresentou Consulta Formal (Processo nº 027.348/2009-4) questionando qual a MVA aplicável para a retenção e antecipação do imposto devido a este Estado por indústria de peças automotivas (baterias) estabelecida no Estado de Minas Gerais com a qual firmou contrato de fidelidade. Em resposta, foi emitido o Parecer DITRI/GECOT nº 3453/2009, cuja conclusão foi favorável à adoção da MVA ajustada de 41,70%, prevista no Protocolo 41/08, Cláusula segunda, § 3º (redação dada pelo Prot. ICMS 49/08, efeitos de 01.06.08 a 31.07.12), que foi revogado. Entretanto, após nova apreciação da matéria por parte desta Diretoria de Tributação, foi constatada a necessidade de REFORMA do supracitado Parecer, para firmar o novo entendimento de que a MVA prevista na Cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, direciona-se às operações de aquisição de peças originais, diretamente junto a fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra, de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729 (ressalvada a hipótese descrita no § 6º), não podendo ser aplicada em relação aos demais fabricantes de peças automotivas, ainda que tais indústrias estabeleçam com seus clientes contratos de fidelidade para revenda de seus produtos. Dessa forma, a Consulente deve orientar o fabricante de peças automotivas arroladas no Protocolo ICMS 41/08, estabelecido no Estado Minas Gerais, a calcular o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia, com aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA ajustada, de 78,83%, calculada considerando a MVA original de 59,60% (cinquenta e nove inteiros e sessenta centésimos por cento) prevista no inciso II, do § 2º da cláusula segunda do supracitado Protocolo, abaixo transcrita: “Cláusula segunda A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente, ou na falta deste, o preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço. § 1º Inexistindo os valores de que trata o caput, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA ajustada”), calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = [(1+ MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, onde: I - “MVA-ST original” é a margem de valor agregado prevista no § 2º; II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação; III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias. § 2º A MVA-ST original é: I - 33,08% (trinta e três inteiros e oito centésimos por cento), tratando-se de: a) saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979; b) saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade. II - 59,60% (cinquenta e nove inteiros e sessenta centésimos por cento) nos demais casos”. Ressalte-se, por fim, que de acordo com o disposto no artigo 65 do RPAF/Ba (Dec. nº 7.629/99), a Consulente fica eximida de qualquer penalidade relativamente ao período em que agiu em observância ao entendimento anterior, o qual perderá a eficácia após 20 dias da ciência do novo posicionamento desta

*Diretoria de Tributação. É o parecer. Cargo: AUDITOR FISCAL Unidade: SAT/DITRI/GECOT
Identificação: 132989273 Parecerista: OZITA DE ANDRADE MASCARENHAS COSTA Data/Hora:
04/12/2015 12:55:00 Ratifico o parecer final exarado neste processo: Gerente GECOT 18/12/2015 18:09:00
JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA Diretor DITRI 18/12/2015 18:09:00 JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA*

O exame da lide permite a conclusão de que efetivamente o último parecer, acima parcialmente reproduzido, número 28589/2015, é que interpreta corretamente o disposto no Protocolo 41/08, com o qual alinho meu entendimento, para - cabe razão ao autuante quando afirma que o autuado não atende a condição de (a) “fabricante de veículos automotores” ou (b) “fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários”, e exige o imposto devido com base na aplicação da MVA de 56,90% até agosto de 2012, (concernente ao Protocolo 41/08), conforme redação dada ao § 3º da Cláusula segunda pelo Prot. ICMS 49/08, efeitos de 01.06.08 a 31.07.12 e a partir daí a MVA 78,83%, conforme redação dada ao § 3º da cláusula segunda pelo Prot. ICMS 61/12, efeitos a partir de 01.08.12. Cabe observar que o aludido § 3º do Protocolo 41/08 foi revogado, tendo em vista que a redação atual da Cláusula segunda, do aludido acordo, já contempla a fórmula para o necessário cálculo da alíquota ajustada, conforme detalha o Parecer da Diretoria de Tributação, número 28589/2015, acima transcrito.

A cognição da presente lide nos permite alinhar que o contribuinte foi claramente induzido ao erro ao proceder conforme orientação do Parecer nº 3.453/2009, em que o consulente solicitava orientação no tocante ao MVA aplicável nas aquisições interestaduais de peças automotivas arroladas no Protocolo ICMS 41/08, onde a Diretoria de Tributação determina ao autuado, equivocadamente, a aplicação do MVA de 41,70%. Tal parecer, conforme relatado, foi retificado pelo Parecer número 28589/2015.

É sabido que basta a culpa para que se caracterize a infração à legislação tributária, não há necessidade de que o agente tenha a intenção de praticar a infração, pois os contribuintes presumidamente devem agir com observância ao cumprimento das suas obrigações tributárias. Essa presunção, que é relativa, pode ser afastada pelo contribuinte que demonstre ter agido com observância à orientação da Administração Tributária, conforme o presente caso.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 100, assim, exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, quando o contribuinte tenha incorrido em ilegalidade induzido por: atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Assim, demonstrado que o sujeito passivo foi induzido ao erro pelo Parecer a ele concedido da Diretoria de Tributação, bem como verificado que há diferenças de imposto a recolher diante da aplicação correta da norma, a exigência tributária deve se cingir apenas ao valor relativo à obrigação principal devida indicada como valores históricos constantes do Auto de Infração, sem a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Não há, por conseguinte, o que se falar em carecer, a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA, competência para dispensar as multas por descumprimento de obrigação principal, na medida em que a competência da Câmara Superior se restringe ao apelo da equidade, portanto, um apelo que se faz à justiça para retificar a lei quando ela se revela insuficiente.

O aludido dispositivo, contudo, não se aplica ao presente caso, na medida em que o Código Tributário, em seu art. 100, conforme já alinhado, afasta de forma suficientemente clara a aplicação das multas por descumprimento de obrigação principal, quando o sujeito passivo procede de acordo com determinação constante em normas complementares das leis, em relação às quais se enquadram, com força normativa, os Pareceres emanados da Diretoria de Tributação, na medida em que orientam os contribuintes a aplicarem corretamente a lei.

Além do mais o próprio RPAF/BA, em seu art. 65, prescreve que 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.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cabendo dispensa da multa, juros de mora e a atualização do valor monetário.”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 86/92)**, com base nas seguintes alegações:

- a) Afirmou que no presente caso não deve aplicar o art. 100 do CTN, pois existe previsão no art. 65 do RPAF/BA c/c §4º do art. 158 do COTEB de que a observância pelo contribuinte de resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo;
- b) Alega que a resposta à consulta formal é uma decisão administrativa que vincula o Fisco, sanando o estado de incerteza do sujeito passivo quanto ao enquadramento jurídico-tributário que a Administração entende aplicável a uma situação fática;
- c) Ressaltou que somente teve ciência do Parecer nº 28589/2015 em que o entendimento da Administração foi alterado, no ano de 2016, de modo que a orientação anterior permanecia em vigor na época dos fatos geradores.

Os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na assentada de julgamento datada 10/08/2016 (**fls. 98/99**), após a leitura do relatório e identificação da matéria objeto da lide, decidiram remeter os autos à PGE/PROFIS, com o objetivo de que fosse emitido parecer formal sobre os aspectos jurídicos suscitados pelo Recorrente.

A PGE/PROFIS, provocada pela diligência, emitiu parecer (**fls. 103/106**), tecendo os seguintes argumentos:

- (i) A indisponibilidade do crédito tributário significa que, sendo interesse de toda a coletividade, não se encontra à livre disposição de quem quer que seja, nem mesmo da própria Administração Pública, e que pensar de modo diverso, seria o mesmo que possibilitar a preposto do Fisco tomar às vezes de legislador;
- (ii) Segue aduzindo que não vê possibilidade de o Recorrente se eximir do pagamento do imposto, tendo em vista que a orientação dada pela SEFAZ mediante o mencionado Parecer nº 3.453/2009, trafegou no sentido contrário à legislação vigente à época;
- (iii) Concorde, no entanto, com a Decisão de 1ª instância com relação ao afastamento da penalidade e dos acréscimos moratórios, tendo em vista o art. 100 do CTN e dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva.

A Procuradora Assistente, por sua vez, emitiu Parecer divergindo do pronunciamento retro indicado (**fls. 107/123**), com base nos seguintes argumentos:

- (i) Um dos propósitos da consulta tributária é o de promover a segurança jurídica na tributação, de modo que o Contribuinte possa obter orientação do Fisco acerca da aplicação da legislação, podendo ater-se ao cumprimento adequado da norma e planejar com segurança sua vida fiscal;
- (ii) Aduz que a conduta da Administração Tributária perante o consulente deve se pautar pelos mais rigorosos cânones de ética e de lealdade e que lhe parece oposta a qualquer postulado de moralidade e de justiça fiscal, a hipótese de aplicação retroativa de alteração no entendimento externado em resposta à consulta, notadamente por que o consulente de boa-fé adequou sua conduta à inteligência estatal;
- (iii) Destaca que o art. 146 do CTN já assentou a ideia de que novos critérios jurídicos adotados pelo Fisco não podem, por ocasião do lançamento, serem aplicados a fatos geradores pretéritos e que essa mesma inteligência deve ser aplicada à alteração superveniente de interpretação da Administração mediante consulta;

- (iv) Põe em relevo que o posicionamento do STJ vem seguindo a linha de que a resposta à consulta tem efeito vinculante para os órgãos fazendários, conforme pode ser extraído do Acórdão lançado no RESp nº 670601/PR e no RESp nº 786473/MG;
- (v) Pontua que a questão perpassa pelo sopesamento dos princípios jurídicos da legalidade e da segurança jurídica, e que no caso concreto, o próprio Estado da Bahia positivou o resultado do sopesamento por ele realizado, conforme se extrai dos §§ 4º e 5º, do art. 158 do COTEB, em que deixa claro que, estando o contribuinte em acordo com resposta fornecida em solução de consulta, estará ele eximido não apenas das penalidades e encargos moratórios, mas também do próprio tributo, no caso de posterior alteração da resposta originalmente fornecida, devendo ser devidamente cientificado da alteração;
- (vi) Segue aduzindo que, conquanto a legislação somente exonere o próprio consulente do pagamento do tributo e das penalidades, seu teor deve ser abrangido também ao substituto tributário, pois a resposta em consulta em questão, embora formulada pelos destinatários, se destina a reger também a conduta do fornecedor, no caso a Autuada, tanto que o próprio Parecer convoca que o fornecedor se amolde ao teor da consulta;
- (vii) Por fim, sustenta que manter a cobrança do tributo à Autuada seria permitir que a carga tributária seja integralmente suportada pelo substituto tributário, não sendo repassada ao consumidor final ou ao contribuinte substituído, subvertendo, assim, o princípio da capacidade contributiva.

Em seguida, os autos foram redistribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de serem apreciados os Recursos Voluntário e de Ofício.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração é imputada ao Contribuinte o cometimento de 01 Infração à legislação tributária, referente à retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento a menor do tributo devido na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes com a mercadoria “bateria”, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em que pese o Acórdão proferido pela Junta de Julgamento Fiscal tenha sido objeto de Recursos de Ofício e Voluntário, saliento, de ofício, que tais recursos encontram-se prejudicados tendo em vista que o presente Auto de Infração padece de vício insanável.

Isso porque os destinatários das operações promovidas pelo sujeito passivo, realizaram consulta à SEFAZ/BA com o objetivo de obter orientação quanto a MVA aplicável nas aquisições interestaduais de peças automotivas arroladas no Protocolo ICMS 41/08, ocasião em que foram emitidos os Pareceres nºs 16238/2019 e 3453/2009, que assim dispunham:

*“Dessa forma, e considerando que a repartição fiscal da circunscrição do contribuinte, no Parecer 26571/2008, exarado em 30/12/2008, no processo protocolado sob nº. 283589/2008-9, registra, para subsidiar as futuras fiscalizações, que o Consulente firmou contrato de fidelidade estipulado no Protocolo 41/08, **recomendamos o Consulente a orientar este fornecedor que, nas próximas remessas, retenha e recolha a substituição tributária adotando a MVA de 41,7% (quarenta e um inteiros e sete centésimos por cento)**. Ressaltamos que 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.***

(...)

Em face da resistência do fornecedor do Consulente em aplicar a MVA informada por esta SEFAZ no supramencionado parecer, ressaltamos que a resposta a uma consulta fiscal consiste, por si só, no posicionamento oficial da Administração Tributária acerca de como o contribuinte deve proceder em relação à matéria nela abordada, afastando o risco de descumprimento involuntário da legislação pertinente, e, consequentemente, das penalidades decorrentes desse descumprimento, conferindo-lhe, assim, segurança jurídica”. (g.n.).

É fato incontroverso que o sujeito passivo reteve e recolheu o imposto com base na MVA

indicada pela própria SEFAZ, com base no entendimento retro destacado e que essa interpretação somente foi retificada posteriormente a ocorrência dos fatos geradores e à própria lavratura do Auto de Infração, mediante o Parecer nº 28589/2015, proferido em dezembro de 2015 e cuja ciência foi dada pelo contribuinte em janeiro de 2016.

Destaco que a questão, eminentemente jurídica, foi objeto de Parecer pela PGE/PROFIS, sendo que os posicionamentos do Procurador Parecerista e da Procuradoria Assistente acabaram por divergir no resultado. Entretanto, ambos os Pareceres partiram da premissa de que a questão em comento está entre o sopesamento entre o princípio da indisponibilidade do crédito tributário e o princípio da segurança jurídica.

Em relação ao sopesamento entre os princípios, e à vinculação do teor da consulta à autuada destaco os seguintes excertos, retirados do Parecer da Procuradoria Assistente e com o qual me alinho integralmente:

(...) o intérprete só pode ser convocado a sopesar princípios em contenda se o legislador já não tiver antecipadamente tomado para si esta tarefa, especificando qual deles deve predominar em determinada situação. É o que ocorreu no caso concreto, pois a legislação do Estado da Bahia não deixa margem a qualquer dúvida de que, tendo o contribuinte atuado em consonância de resposta fornecida pela Administração em processo de consulta, estará ele eximido não apenas da imposição de penalidades e encargos moratórios, como também do próprio tributo que eventualmente se poderia reclamar, se futuramente revista a orientação. É o que deflui claramente dos §§ 4º e 5º, do art. 158, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/1981. (...).

(...) Conquanto, a rigor, a legislação apenas exonere o próprio consulente do pagamento do tributo e de qualquer penalidade, parece-nos razoável entender que, no caso concreto, dada a peculiaridade de se tratar de consulta relacionada com o valor do imposto a ser retido e recolhido por substituição tributária, o alcance da norma legal deve se estender para abranger também o substituto tributário. E assim o é porque a consulta em questão produziu norma individual e concreta válida não apenas para o próprio consulente, mas destinada a reger também a conduta da autuada, na condição de substituta tributária (...).

Destaca-se que o COTEB é claro ao determinar que a orientação adotada em solução de consulta anterior prevalecerá somente após a cientificação do consulente da nova orientação, e que enquanto prevalecer o entendimento consubstanciado na consulta original nenhum procedimento fiscal poderá ser instaurado com relação a matéria objeto da consulta:

Art. 158. Nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente, a respeito da matéria consultada, desde a data de entrada da petição até o décimo dia após a ciência da decisão final da consulta.

(...)

§ 4º A reforma de orientação adotada em solução de consulta anterior prevalecerá em relação ao consulente, após cientificado este da nova orientação.

§ 5º 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 considerado não devido no período.

Além disso, conforme bem destacado pela Procuradoria Assistente o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a Consulta Fiscal vincula o órgão que a emanou enquanto não revisto - REsp nº 670601/PR e no REsp nº 786473/MG -, de modo que no presente caso, considerando que o entendimento da Consulta ainda estava produzindo efeitos na época da lavratura do presente Auto de Infração, o sujeito passivo não poderia sequer ter sido fiscalizado sobre esses fatos e, portanto, não poderia ser autuado por cumprir o quanto determinado na solução de consulta.

Por fim, destaco que manter a cobrança do imposto seria o mesmo que permitir que o Recorrente arque com os encargos tributários de toda a cadeia produtiva, sem possibilidade de repasse dos encargos às demais partes da cadeia de circulação da mercadoria, posto que as operações já foram realizadas, o que não se pode admitir sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, e, de ofício, julgar a NULIDADE da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269616.0023/15-0**, lavrado contra **INDÚSTRIAS TUDOR M. G. DE BATERIAS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS