

PROCESSO - A. I. Nº 299333.3007/16-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SORVETERIA CREME MEL S.A. (CREME MEL SORVETES)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 1ª JJF nº 0032-01/17
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0277-12/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. O lançamento de ofício foi realizado em desacordo com a legislação, visto que, no caso concreto, não cabe a exigência da antecipação tributária, mas, sim, da substituição tributária relativa às mercadorias (recebidas em transferência do estabelecimento matriz industrial), quando das operações de vendas pelo estabelecimento filial atacadista. Recomenda-se o refazimento do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando-se o prazo decadencial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0032-01/17, por ter desonerado o sujeito passivo do débito lhe imputado, ao julgar o Auto de Infração Nulo, lavrado em 29/09/2016 para exigir o valor de R\$1.278.442,68, inerente ao período de maio de 2014 a dezembro de 2015, sob a acusação de:

Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A empresa vem procedendo o cálculo e o recolhimento do ICMS da Substituição tributária em desacordo com a legislação, visto que está fazendo o mesmo com base nos preços de transferência, quando a retenção e o pagamento deveriam ser feitos pela filial atacadista, na saída. Conforme & 10, V, do Art.289 do regulamento do ICMS, a base de cálculo da substituição tributária de sorvetes e picolés é, quando houver, o preço máximo ou único de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador. Portanto, foi utilizado, as tabelas de preço sugeridos, enviadas pelos contribuintes.

Consta ainda do campo “Descrição dos Fatos” que:

A empresa é filial atacadista de empresa de outro estado, o contribuinte utiliza o custo de transferência para fazer a substituição tributária por retenção, quando, na realidade, teria que utilizar o preço de venda da sua filial atacadista.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Nulo, diante das seguintes considerações:

VOTO

O Auto de Infração em exame descreve como conduta infracional imputada ao autuado o seguinte: Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na complementação da descrição consta: A empresa vem procedendo o cálculo e o recolhimento do ICMS da Substituição tributária em desacordo com a legislação, visto que está fazendo o mesmo com base nos preços de transferência, quando a retenção e o pagamento deveriam ser feitos pela filial atacadista, na saída. Conforme & 10, V, do Art.289 do regulamento do ICMS, a base de cálculo da substituição tributária de sorvetes e picolés é, quando houver, o preço máximo ou único de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador. Portanto, foi utilizado, as tabelas de preço sugeridos, enviadas pelos contribuintes.

A simples leitura dos textos acima transcritos permite chegar-se às seguintes conclusões:

(i) a infração descrita no Auto de Infração, isto é, reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, diz respeito às operações de saídas realizadas pelo contribuinte;

(ii) o autuado não procedeu à retenção e recolhimento do imposto nas saídas realizadas, mas sim a antecipação tributária nas entradas das mercadorias;

(iii) o próprio autuante reconhece que o contribuinte procedeu ao cálculo e o recolhimento do ICMS Substituição Tributária em desacordo com a legislação, pois, utilizou como base de cálculo os preços de transferência, quando a retenção e o pagamento deveriam ser feitos pela filial atacadista, na saída.

No presente caso, verifica-se que o autuado se trata de filial atacadista de indústria, portanto, obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do ICMS-ST na saída e não na entrada, conforme procedimento adotado, haja vista o que estabelece o artigo 8º, § 8º, I, da Lei n. 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto 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 subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;

O exame dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que o levantamento levado a efeito pelo autuante exige do autuado o ICMS devido por antecipação, tributária, conforme “DEMONSTRATIVO – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS”, acostado às fls. 09 a 15 dos autos. Constata-se também que todas as Notas Fiscais arroladas na autuação foram emitidas pelo estabelecimento matriz da empresa localizado no Estado de Goiás, conforme planilhas constantes no CD acostado aos autos.

Relevante observar que, legalmente, o autuado somente estava obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do imposto nas operações de saídas realizadas, inexistindo, fundamento legal para exigência do imposto por antecipação tributária pelas entradas, conforme a autuação.

Portanto, conclusivamente, pode ser dito que o lançamento de ofício foi realizado em desacordo com a legislação, haja vista que, deveria ter sido realizado pelas operações de saídas realizadas pelo autuado e não pelas entradas, conforme a autuação.

Diante do exposto, considerando que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e, no presente caso, a autuação foi efetuada em desacordo com a legislação, implicando desvirtuamento da natureza da imputação, o Auto de infração é nulo.

Nos termos do art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.6729/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação em razão do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0032-01/17.

Há de ressaltar que a razão da 1ª JJF julgar Nulo o Auto de Infração em epígrafe decorreu do fato de que, por se tratar o estabelecimento autuado de filial atacadista do industrial das mercadorias recebidas em transferências, nos termos do art. 8º, § 8º, I, da Lei nº 7.014/96, a obrigação é de efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, ou seja, a substituição tributária referente às operações internas e subsequentes, quando das operações de saídas por ele realizadas.

Entretanto, consoante se pode constatar no levantamento fiscal, às fls. 9 a 15 dos autos, como

também na mídia eletrônica (CD), à fl. 16, exige-se o ICMS devido por *antecipação tributária*, conforme “DEMONSTRATIVO – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS”, com base nas notas fiscais das entradas (Transferências recebidas do estabelecimento matriz), enquanto deveria exigir o ICMS Substituição Tributária, fazendo a retenção do imposto devido relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes, quando das vendas do estabelecimento autuado (filial atacadista).

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **299333.3007/16-4**, lavrado contra **SORVETERIA CREME MEL S.A. (CREME MEL SORVETES)**, devendo ser instaurado novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, observando o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS