

A. I. Nº - 299333.3007/16-4
AUTUADO - SORVETERIA CREME MEL S.A.
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11.04.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-01/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Autuação efetuada em desacordo com a legislação, implicando desvirtuamento da natureza da imputação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$1.278.442,68, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: 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. Período de ocorrência: maio a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015. Consta na complementação da conduta infracional que: *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.*

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 22 a 89). Apresenta uma síntese dos fatos que ensejaram o lançamento de ofício. Consigna o seu inconformismo quanto ao mérito da autuação, aduzindo sobre a possibilidade de utilização do Preço de Transferência como base de cálculo do ICMS.

De início, observa que o art. 17, § 7º, I, da Lei nº 7.014/96 dispõe que a base de cálculo do imposto corresponde ao preço de transferência. Ou, quando oriunda de outro estado, a base de cálculo corresponde ao valor da entrada mais recente da mercadoria. Diz ser a inteligência do art. 17, § 8º, I, da citada lei. Reproduz os referidos dispositivos legais.

Afirma que, pela legislação, está claro que a base de cálculo que adotou está absolutamente adequada para a operação fiscalizada, uma vez que se trata de operação envolvendo estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, situação que permite a utilização de base de cálculo conforme apontado. Diz que não há como se negar vigência ao mencionado dispositivo legal, sendo o fundamento que corrobora a operação realizada e demonstra que nenhum imposto é devido ao Fisco baiano.

Alega que, mesmo que o Fisco assim não considere, deve-se ter em conta a existência de grave erro no Auto de Infração, quando este tributa as operações realizadas sob a alíquota de 17%.

Salienta que, analisando o Anexo I do Regulamento do ICMS, evidencia-se que a alíquota utilizada para cálculo de ICMS-ST envolvendo sorvetes de qualquer espécie, sendo esta exatamente a única mercadoria que comercializa, se sujeita à alíquota de 4%, ou 7% ou 12%, jamais à de 17% como o autuante impôs. Transcreve o referido Anexo I do RICMS/BA/12.

Sustenta que, nessa linha de raciocínio, todos os critérios da Regra Matriz de Incidência Tributária foram preenchidos de forma correta, consequentemente o tributo foi integralmente recolhido e o ICMS cobrado no presente Auto de Infração é indevido, não havendo, pois, condições de se manter o lançamento em questão.

Ressalta que, subsidiariamente, deve-se modificar o lançamento para que seja imposta a alíquota de 4%, prevista na própria legislação tributária.

Prosseguindo, argui o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada. Alega que a multa imposta ofende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Apresenta análise sobre o papel da sanção no direito tributário brasileiro. Neste sentido, invoca e reproduz posições doutrinárias - Sacha Calmon Navarro Coelho, Aldo de Paula Junior, Maria da Conceição Ferreira da Cunha - bem como jurisprudência dos tribunais – Supremo Tribunal Federal (STF), TRF da 1ª e 5ª Regiões.

Conclusivamente, diz que, caso ultrapassados todos os argumentos expostos, a multa aplicada deve ser considerada confiscatória e reduzida ao patamar de 20% sobre o valor do imposto supostamente devido, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI, sob pena de verdadeiro confisco.

Continuando, reporta-se sobre o princípio da verdade material que deve prevalecer nos julgamentos administrativos.

Observa que, por este princípio, o julgador, a fim de melhor aplicar o direito ao caso concreto, deve buscar a verdade real dos fatos, sendo a ele permitido formar sua convicção livremente e, caso necessário, julgar de forma contrária a provas anexadas aos autos. Acrescenta que, isso é o que se insere dos artigos 63 do Decreto nº 7.574/2011 e 29 do Decreto nº 70.235/72. Neste sentido, invoca e reproduz lição de José dos Santos Carvalho Filho.

Sobre a possibilidade de formar seu convencimento de forma livre, destaca e transcreve argumentação de Helda Pedrita Araújo Azevedo e Silva, da Universidade de Brasília. Também, menciona e reproduz o Acórdão 108-07.925 do 1º Conselho de Contribuintes – 8ª Câmara.

Conclui que é fundamental que se busque a verdade material dos fatos, desconsiderando-se os lançamentos equivocados referentes às notas fiscais canceladas, das quais não exsurgiu fato gerador do ICMS ou descumprimento de obrigação acessória.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que seja declarado nulo o Auto de Infração vez que não se configurou o fato gerador do ICMS cobrado, pois recolheu o imposto na forma autorizada pela legislação estadual;
- subsidiariamente, caso não acolhido o argumento anterior, seja reajustada a alíquota de 17% para 4%, pois a operação trata-se de ICMS-ST envolvendo sorvetes, conforme previsão no Anexo I do RICMS/BA/12;
- que seja cancelada integralmente a multa imposta, já que não há se falar em obrigação principal, quanto menos em multa decorrente do seu descumprimento;
- seja reduzida para um patamar de 20% sobre o valor do imposto supostamente devido.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 92 a 94). Contesta as alegações defensivas. Invoca e reproduz o art. 8º, II, da Lei n. 76.014/96, para sustentar que, claramente, se observa que se trata de uma substituição tributária por antecipação e, desse modo, sujeita ao imposto nas operações a serem realizadas pelo contribuinte adquirente e alienante neste estado. Diz que, desse modo, não há que se

falar em preço de transferência, haja vista se tratar de uma operação interna, claramente descrita na legislação.

Salienta que, como se não bastasse, o art. 289 do RICMS/BA/12 que trata das mercadorias sujeitas a substituição tributária por antecipação dispõe que *ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento*. Acrescenta que o § 10 do mesmo artigo estabelece que *a base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante_ou pelo importador: V - sorvetes e picolés*.

Afirma que, assim sendo, não há que se falar em alíquotas interestaduais para operação interna, sendo, dessa forma, corretamente aplicada a alíquota de 17%.

Salienta que todos os cálculos foram efetuados com base na legislação vigente e de acordo com os demonstrativos por itens de notas fiscais constantes no anexo do CD apensado a fl. 16 dos autos. Acrescenta que, também se encontram ali os preços sugeridos enviados pelo contribuinte.

No tocante ao caráter confiscatório da multa, diz que nenhum comentário tem a fazer.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

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 7.672/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299333.3007/16-4**, lavrado contra **SORVETERIA CREME MEL S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR