

A. I. Nº - 207095.2703/12-4
AUTUADO - ATACADÃO PINTO ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 07. 11. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0254-01/13

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Acolhida a arguição defensiva de nulidade das infrações 1 e 2, por completa insegurança e impossibilidade de se determinar fatos imputáveis à tributação. Faltam nos autos elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Apesar de o feito ter sido convertido em diligência em três oportunidades, no intuito de buscar a verdade material, ficou demonstrada, após diligência, a impossibilidade prática de dar prosseguimento a lide, dada a natureza dos vícios assinalados. Infrações 1 e 2 nulas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.1) BRINDES.** No caso deste item da autuação trata-se de “bonificação” e não de “brindes”, sendo legítimo o creditamento realizado pelo autuado. Infração insubstancial. **a.2) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** As aquisições de garrafas vazias com tributação do imposto, cuja destinação será para engarrafamento de aguardente e posterior comercialização, admitem o creditamento do imposto por não se tratar de material de uso e consumo. Infração insubstancial. **a.3) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO.** Infração não impugnada. **b) UTILIZAÇÃO A MAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** O próprio autuante reconheceu assistir razão ao autuado quanto à inocorrência da irregularidade apontada neste item da autuação. Infração insubstancial. 3. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não impugnada. 4. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. DEIXOU DE ATENDER INTIMAÇÕES. MULTA. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/12, exige ICMS, no valor de R\$933.046,58, acrescido da multa de 60%, mais multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$920,00, em decorrência de:

Infração 1 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$464.245,74, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior e relacionadas nos anexos 88 e 89 [do

RICMS-BA/97], nos meses de fevereiro a abril, julho a novembro de 2009, janeiro a abril e junho a dezembro de 2010.

2 – Recolheu a menos ICMS devido por antecipação parcial, no valor de R\$269.075,13, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2010.

3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$30.346,44, – mesmo tendo sido emitida a nota fiscal com destaque do imposto – em operação interestadual de aquisição de brindes, sem que tenha havido dolo, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$63.822,72, referente a aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a outubro de 2009 e janeiro de 2010. Consta que se trata de garrafas de um litro, sendo que o autuado deu entrada no estabelecimento como sendo para comercialização.

5 – Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$104.719,68, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2010. Consta que o disposto no art. 6º do Dec. 7799/00 limita o crédito calculado à alíquota de 10% nas aquisições interestaduais tributadas com a alíquota de 12%.

6 Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, pelo que foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, na data de ocorrência de 31/12/10. Consta que se trata de livros Diários e Razão, de títulos de créditos e de extratos bancários de 2009 e 2010, conforme os termos de intimações anexados ao processo.

7 – “Impediu a ação fiscal”, pelo que foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, na data de ocorrência de 31/12/10. Consta que, em relação aos exercícios de 2007 e 2008, deixou de atender aos termos de intimações anexados ao processo.

8 –Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$836,87, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro e abril de 2009.

O autuado apresentou defesa (fls. 1290 a 1296 – vol. V) e, após demonstrar a tempestividade da impugnação e descrever as Infrações 1 a 5, registra que explora a atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral – CNAE 4639701. Menciona que era beneficiário de termo de acordo, previsto no art. 7º do Dec. 7799/00, o qual reduz a base de cálculo nas operações de saídas internas de mercadorias em 41,176%, conforme estabelecido no art. 1º desse diploma legal, resultando em uma carga tributária de 10%.

Quanto à Infração 1, afirma que o autuante, na planilha “RECOLHIMENTO a MENOS de ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA do ICMS” (fls. 87 a 92), incluiu produtos que não estão relacionados no art. 353, inc. II, do RICMS-BA/97, como sujeitas à substituição tributária por antecipação, a exemplo de charque, linguiça, salsicha, embutidos de carne bovina, fiambre, vinho, whisky. Acrescenta que esses dois últimos produtos só entraram para o regime de substituição tributária em 2010, através da inserção no RICMS-BA/97 do Protocolo 107/09.

Assevera que, dos produtos relacionados pelo autuante, de acordo com a legislação do Estado da Bahia e com os protocolos aplicáveis ao caso, apenas o “açúcar” estava, à época dos fatos, no regime de substituição tributária, porém todo o ICMS devido nas operações com esse produto foi recolhido. Como prova desse argumento, acosta aos autos planilha do cálculo da antecipação (fls. 1304 a 1306) e fotocópia dos respectivos DAEs (documentos de arrecadação estadual). Diz que, dessa forma, fica totalmente impugnada a infração em comento.

No que tange à Infração 2, argumenta que o levantamento fiscal contém equívocos e, para comprovar sua assertiva, apresenta as planilhas de fls. 1596 a 1606 e acosta ao processo cópias das correspondentes notas fiscais.

Afirma que a mercadoria álcool foi considerada como sujeita à tributação normal e foi exigida a antecipação parcial, porém tal produto está no regime de substituição tributária e o ICMS devido foi recolhido, conforme as planilhas que anexou ao processo.

Alega que, na auditoria fiscal, a apuração da antecipação parcial foi realizada em desacordo com legislação aplicável à matéria. Diz que refez a apuração do imposto, aplicando a redução prevista no artigo 1º do Decreto 7.799/00, combinado com o artigo 352-A, §2º, do RICMS-BA/97, redução essa que não foi considerada pelo autuante na planilha “RECOLHIMENTO a MENOR de ANTECIPAÇÃO PARCIAL e REGISTRO de CRÉDITO a MAIOR do ICMS” (fls. 94 a 103). Transcreve o disposto no artigo 352-A do RICMS-BA/97.

Acrescenta que o autuante, de forma inverídica, fez constar na planilha “RECOLHIMENTO a MENOR de ANTECIPAÇÃO PARCIAL e REGISTRO de CRÉDITO a MAIOR do ICMS” um crédito indevido, o que acabou por resultar no suposto cometimento da Infração 5. Aduz que a metodologia empregada pelo autuante não possui amparo na legislação do ICMS.

Relativamente à Infração 3, assevera que não houve a utilização indevida de créditos fiscais, pois as operações descritas no Auto de Infração não se trata de “brindes”, mas sim de “bonificações” que lhe foram concedidas por alguns fornecedores.

Discorre sobre bonificação, diz que as mercadorias recebidas a esse título serão vendidas e que, portanto, tem direito ao crédito fiscal correspondente. Diz que tem a obrigação de pagar a antecipação parcial sobre essas operações, embora não tenha que pagar aos fornecedores por essas bonificações recebidas.

Reitera que essas mercadorias recebidas em bonificação serão revendidas e sofreram tributação na operação de saída, como diz ter ocorrido. Conclui que, assim, é um direito a utilização do crédito fiscal destacado no documento fiscal.

Ressalta que, mesmo que fossem “brindes”, por força do disposto no artigo 565 do RICMS-BA/97, teria direito ao crédito fiscal e o dever de recolher a antecipação parcial, que diz ter recolhido. Reproduz esse dispositivo regulamentar.

Quanto à Infração 4, explica que adquire garrafas vazias de aguardente 51 de contribuintes não inscritos, emite a nota fiscal de entrada e recolhe o ICMS por antecipação. Em seguida, envia essas garrafas vazias ao seu fornecedor de aguardente, que lhe vende o líquido armazenando-o nessas referidas garrafas. Posteriormente, vende a aguardente a seus clientes sem retorno de vasilhames. Diz que, dessa forma, é inquestionável o direito ao crédito fiscal, nos termos da legislação competente, uma vez que comercializou as garrafas vazias.

Afirma que a Infração 5 decorre da Infração 2 e, pelos fundamentos de defesa já expostos, esse item do lançamento também é improcedente.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Protesta pela realização de revisão fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito.

O autuante prestou a informação fiscal (fls. 2.988 a 2.994 – vol. XI e, referindo-se à Infração 1, afirma que procede o argumento defensivo quanto ao álcool Sol 96, fiambre e mortadela, pois equivocadamente incluiu tais produtos na apuração da antecipação parcial, quando, na verdade, estão enquadrados no regime da substituição tributária.

Assevera que a legislação federal do Ministério da Agricultura e do Abastecimento – Instruções Normativas nºs 04/00, 20/00 e 83/03, que reproduziu – dá o real entendimento sobre linguiça, salsicha, fiambre, etc., divergindo do posicionamento do autuado que não aceita a inclusão desses produtos no regime de substituição tributária, previsto nos itens “9” e “10” do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA/97.

Quanto aos produtos vinho, vodka, licor, vermute, caninha, rum, aguardente de vinho e whisky, diz que a Bahia aderiu ao Protocolo ICMS 14/06 por meio do Protocolo ICMS 134/08, com efeitos a partir de 01/03/09, porém só o incluiu no RICMS-BA/97 por meio do Dec. 11462/09, publicado em 11/03/11 [11/03/09], com efeitos a partir de 01/04/09. Reproduz trechos desses dispositivos legais.

Às fls. 2.996 a 3.011, apresentou demonstrativo revisado do recolhimento a menos da antecipação tributária. Às fls. 2681 a 2683 foi anexado ao processo fotocópia de páginas do RICMS-BA/97 referentes a itens do inciso II do artigo 353.

No que tange à Infração 2, ratifica a exigência fiscal consubstanciada no demonstrativo de fls. 94/103, porém exclui da autuação os débitos referentes a álcool Sol 96, fiambre e mortadela, por considerar que esses produtos estão no regime de substituição tributária. Ressalta que no rodapé desse citado demonstrativo consta que os dados da coluna “DEVIDO” do quadro “APURAÇÃO” já estavam deduzidos de 41,176%, referente à redução prevista no art. 1º do Dec. 7799/00. Diz que, assim, a observação contida na defesa é inócuia.

Às fls. 2671 a 2680, apresentou demonstrativo revisado do recolhimento a menos de antecipação parcial e de registro de crédito de ICMS a mais.

Relativamente à Infração 3, diz que as notas fiscais de entradas, tanto internas quanto interestaduais, apresentam CFOP 1910 e 2910 (bonificação, brinde ou doação). Afirma que cabia ao emissor das notas fiscais enviar carta de correção informando a real natureza das operações. Afirma que, como isso não foi feito, os créditos fiscais foram glosados.

Quanto à Infração 4, menciona que nas notas fiscais de aquisição (fls. 129 a 148) consta que se trata de garrafa vidro 1L, ao passo que nas notas fiscais do fornecedor (fls. 1002 a 1039) está consignado que se trata de garrafa de vidro 1005 ML. Diz que, no quadro das informações complementares daquelas, consta ... “INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMODATO PARA GIRO DE VASILHAME”... Frisa que a natureza jurídica desse instrumento é ser gratuito, e não, oneroso.

Transcreve o disposto no artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN) e, em seguida, sustenta que *o ICMS, que ora se discute é, seguindo a doutrina e jurisprudência, um imposto cujo lançamento é feito por homologação, onde o contribuinte não só colabora com a Administração, cumprindo atos que o art. 142 do CTN comanda que fossem dela, onerando-se sobremaneira para esse mister, mas também efetua antecipadamente o pagamento*: [em seguida, transcreve o disposto no artigo 142 do CTN].

Às fls. 2684 a 2699, foram anexados pareceres diversos da Diretoria de Tributação (DITRI).

Ao finalizar a informação fiscal, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Cientificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronunciou às fls. 3.035 a 3.039.

Referindo-se à Infração 1, afirma que está equivocado o entendimento da fiscalização quanto às mercadorias linguiça, salsicha, fiambre, mortadela etc. Explica que a legislação do Ministério de Agricultura, citada na informação fiscal, nada diz respeito à legislação do ICMS do Estado da Bahia, legislação esta que deve ser aplicada ao caso em lide.

Diz que a legislação do ICMS é clara quando determina que os produtos que estão no regime de substituição tributária resultantes do abate de aves, gado bovino, bufalino e suíno são aqueles em estado natural, congelado defumado, seco, salgado ou temperado, exceto charque.

Alega que os produtos relacionados na autuação são derivados do abate destes animais resultante de processo de industrialização, tendo como matéria prima os produtos derivados do abate, logo, com fulcro no RICMS-BA/97, são tributados pelo regime normal de apuração do ICMS.

Frisa que a legislação tributária é clara, objetiva e sem omissões acerca da matéria e, assim, o autuante não poderia, por falta de competência, aplicar ao caso legislação extravagante que não lhe diz respeito.

Assevera que o autuante continua a incorrer em erro no cálculo do ICMS devido por antecipação tributária nas operações com whisky. Menciona que é detentor de termo de acordo, previsto no Decreto 7799/00, e tinha direito a uma redução da base de cálculo da antecipação em 55,55% para carga tributária de 12% em vez de 27%, conforme artigo 3º-F desse citado decreto. Frisa que, portanto, esta deve ser a forma de apuração do imposto e não aquela utilizada pelo autuante.

Quanto à Infração 2, diz que a determinação da base de cálculo para antecipação parcial continua errada, conforme exemplo numérico referente ao produto sabão em barra constante na Nota Fiscal nº 2097. Segundo esse exemplo, a antecipação parcial devida é de R\$ 721,52, enquanto o autuante apurou equivocadamente o valor de R\$ 1.414,72. Frisa que a apuração efetuada pelo autuante carece de fundamentação legal e que foi, por esse motivo, que solicitou a realização de diligência a ser efetuada por estranho ao feito.

Relativamente à Infração 3, afirma que é inconcebível o argumento do autuante para tentar manter uma autuação que não possui fundamento legal. Diz que, para demonstrar tal incoerência, basta analisar o conceito de brinde, doação e bonificação concebido de forma pacífica para efeitos contábeis. Apresenta as seguintes definições: a) *brinde* - mercadoria que, não constituindo objeto da atividade normal do contribuinte, for adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final; b) *doação* - contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra; e) *bonificação* - desconto comercial por meio da entrega de quantidade maior de mercadorias pelo mesmo preço. Reitera os argumentos trazidos na defesa e requer a improcedência dessa infração.

Quanto à Infração 4, diz que o autuante está tentando manter uma autuação equivocada e já elidida na defesa inicial. Ressalta que, se as garrafas tivessem sido fornecidas a título de comodato, nem deveria ter havido destaque do imposto, uma vez que a operação de comodato está amparada pela não incidência do ICMS. Reitera que a autuação é de garrafas compradas e do seu direito ao crédito, e não remessa em comodato, operação não tributada pelo ICMS.

No que tange à Infração 5, frisa que o autuante não se reportou aos argumentos trazidos na defesa e, portanto, acredita que os seus argumentos defensivos foram acatados.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Requer a realização de diligência a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ FEIRA DE SANTANA (fls. 3.097/3.098, a fim de que o autuante atendesse às seguintes solicitações:

- 1 – Que, partindo do demonstrativo de fls. 2664 a 2670, elaborasse um demonstrativo apenas com fiambre, mortadela, linguiça e salsicha, totalizando mensalmente os valores que estão sendo exigidos na Infração 1 quanto a esses produtos;
- 2 - Refizesse a apuração do imposto devido na Infração 2, utilizando a metodologia prevista na legislação, qual seja: sobre a base de cálculo prevista no inc. IX do art. 61, reduzida em 41,176%, será aplicada a alíquota interna de 17% (ou 7%, no caso de cesta básica; ou 25%, se for supérfluo) e, em seguida, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Ressaltou-se que o Parecer nº 20493/2008 (fls. 2687 e 2688) detalha essa metodologia com muita propriedade;
- 3 - Que, em relação à Infração 5, se pronunciasse sobre os argumentos defensivos, pois esses argumentos não foram abordados na informação fiscal.
- 4 - Explicasse a divergência entre os valores dos créditos fiscais constantes no demonstrativo de fls. 94/103 e 2671/2680 e os lançados no Registro de Entradas - RE, efetuando as correções acaso necessárias. Exemplos de divergências: a) quanto à Nota Fiscal nº 4594 o autuado se creditou no RE de R\$ 235,95, fl. 164, valor que não encontra correspondência no demonstrativo de fl. 2671; b) quanto à Nota Fiscal nº 5826 o autuado se creditou no RE de R\$ 174,99, valor que não encontra correspondência no demonstrativo de fl. 2671; c) quanto à Nota Fiscal nº 6129 o

autuado se creditou de R\$ 209,99, fl. 179, valor que não tem correspondência com o demonstrativo de fl. 2671.

O autuante se pronunciou (fls. 3.053 a 3.054) registrando que os produtos fiambre, mortadela, lingüiça, salsicha e embutido de carne bovina foram excluídos do demonstrativo da infração 1 e incluídos no da infração 2.

Frisa que o autuado recebera o trabalho fiscal prévio contendo planilhas, fls. 47/48. Diz que nos demonstrativos anexados, para dirimir quaisquer, utilizou assim com as planilhas emitidas pela própria para recolhimento mensais das antecipações total e parcial e mesmo assim houve imposto a reclamar.

Quanto à infração 5, diz que nada foi apurado de ICMS a recolher, aplicando-se a metodologia do Parecer n. 20.493/2008.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 3.082 a 3.085) registrando, de forma veemente, o seu inconformismo quanto ao resultado apresentado pelo autuante, relativamente à infração 01, afirmando que o diligenciador desconsiderou os pagamentos efetuados, assim como, erroneamente, alterou a MVA do açúcar de 20% para 27,23%.

No que tange à infração 2, afirma que a conduta ilegal do autuante continua, pois, incluiu notas fiscais que não foram arroladas originalmente na autuação. Alega que a inclusão dessas notas fiscais só reforça a nulidade do lançamento de ofício, por erro na determinação da base de cálculo. Diz ainda que o autuante não abateu o crédito fiscal destacado nas notas fiscais de bebidas para cálculo da antecipação parcial, bem como considera a alíquota de 17%, quando deveria ser 27% com redução de 55,55%, conforme previsto no art.3º-F, do Decreto nº 7.799/00.

No tocante às infrações 3 e 4, consigna que o autuante não apresenta qualquer informação. Já com relação à infração 5, manifesta o entendimento de que o autuante “acata” os argumentos defensivos integralmente.

Após análise e discussão em pauta suplementar a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou pela conversão do feito em diligência a INFRAZ/FEIRA DE SANTANA (fl. 3.090), a fim de que fosse dada ciência ao autuante sobre a manifestação do autuado de fls. 3.082 a 3.085. Foi solicitado também que, em seguida, deveria o autuante analisar todos os pontos suscitados pelo autuado e se pronunciar sobre cada infração, acatando ou rechaçando os argumentos defensivos com fundamentação, inclusive, se fosse o caso, elaborando novos demonstrativos.

O autuante se manifestou à fl. 3093, rechaçando as alegações defensivas atinentes às infrações 3 e 4, dizendo que silenciou quanto a estas infrações, pois não foram mencionadas na diligência. Quanto às infrações 1 e 2, diz que a reclamação, caso haja, recairá sobre possíveis documentos fiscais que não foram informados naqueles DAEs.

Conclui que como houve retificação do demonstrativo da antecipação total relativa à MVA de 20% para o açúcar, pede que seja encaminhado ao contribuinte o teor da informação fiscal.

O autuado se manifestou (fls. 3.104 a 3.112) reiterando que o autuante mais uma vez desconsiderou diversos fatores de impossível supressão, ao calcular a antecipação total (infração 1) das notas fiscais do demonstrativo da diligência, conforme identifica pontualmente, às fls. 3.105 a 3.109, mencionando as Notas Fiscais nº.s 7211, 7272, 94596, 1789, 24, 13513, 46162, 11518, 1417, 13696, 47702, 01, 8816, 110460, 117632, 117633, 13328, 1355, 18059, 60319, 54382, 56032, 928142, 6027, 20303, 2067, 52939, 19730, 13497, 21492, 1772, 21757, com os respectivos fatores e período de ocorrência. Alega, ainda, que na infração 1 o autuante incluiu novamente notas fiscais que não foram objeto do Auto de Infração em lide, no caso, as Notas Fiscais que identifica à fl. 3.110 dos autos.

Após análise e discussão em pauta suplementar a 1ª JJF converteu o processo em diligência a INFRAZ/FEIRA DE SANTANA (fl. 3.220), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

1. Verificasse as alegações defensivas atinentes às Notas Fiscais nºs. 7211, 7272, 94596, 1789, 24, 13513, 46162, 11518, 1417, 13696, 47702, 01, 8816, 110460, 117632, 117633, 13328, 1355, 18059, 60319, 54382, 56032, 928142, 6027, 20303, 2067, 52939, 19730, 13497, 21492, 1772, 21757;

2. Verificasse alegação defensiva de que as Notas Fiscais relacionadas à fl. 3.110 dos autos, não foram objeto do Auto de Infração em lide, tendo sido incluídas indevidamente pelo autuante na informação fiscal.

3. Após as verificações aduzidas nos itens 1 e 2, deveria o diligenciador elaborar novos demonstrativos, se fosse o caso, excluindo do levantamento as notas fiscais arroladas indevidamente na autuação.

O autuante se pronunciou (fl. 3.223) registrando que anexou demonstrativo referente à infração 01, conforme solicitado nos itens 1 e 2 do termo de diligência.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 3.228 a 3.232) registrando que antes de adentrar no mérito da manifestação, imperioso se faz trazer para este órgão julgador a atitude nada profissional do autuante, que ora, além de tentar lançar uma penalidade e um imposto que não existe, passa a ignorar o próprio comando deste Conselho, conforme passa a explanar.

Consigna que após três tentativas do autuante de cobrar imposto indevido, e com a última manifestação de defesa onde restaram claros os erros grosseiros cometidos pelo preposto fiscal, este CONSEF intimou o mesmo a apresentar resposta através de diligência, conforme teor que reproduz.

Salienta que muito embora tenha sido específico o comando do CONSEF, não foi esta a atitude tomada pelo preposto fiscal. Diz que se resume o autuante em sua “manifestação” a apresentar aquilo que ele chama de “recolhimento a menos de antecipação do ICMS”, sem qualquer justificativa legal para tanto.

Frisa que não satisfeito em restringir o direito ao devido processo legal e ampla defesa do contribuinte, o autuante vai além e desobedece a ordem deste CONSEF quando não apresenta qualquer manifestação sobre as alegações atinentes à maioria das notas citadas no item “1” da diligência, bem como ignora o comando do item “2” ao omitir-se sobre as notas relacionadas na fl. 3.110 dos autos.

Alega, ainda, que o autuante faz “novos cálculos” para as Notas Fiscais nºs 10.194, 30.759, 39.206, 9.166, 18.996, 1.424, 9.642, 60.319, 1.904, 1.973, 52.857, 1.089, as quais sequer foram objeto da diligência, e ainda que seja considerado o livre direito que o preposto fiscal tem de rever seu lançamento a qualquer momento, este mais uma vez o faz em total desconformidade com a legislação pertinente ao ICMS no Estado da Bahia.

Ressalta que qualquer Auditor Fiscal convededor da legislação do ICMS e capaz de exercer suas funções com o zelo e respeito que a profissão o obriga, veria que este Auto de Infração e as inúmeras manifestações que o sucedem contêm erros “gritantes”. Menciona a título exemplificativo, que na última planilha elaborada pelo autuante encontrou os seguintes erros:

- a Nota Fiscal nº 9.642 diz respeito a lã de aço e como tal não estava sujeito à substituição tributária, dessa forma foi pago o ICMS referente à antecipação parcial;
- a Nota Fiscal nº 60.319 teve o imposto pago, conforme planilha anexa ao DAE, como também a Nota Fiscal 1.904;
- as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 54.382 e 56.032 tratam-se de lã de aço e como tal não estava sujeito a substituição tributária, dessa forma foi pago o ICMS antecipação parcial;
- a Nota Fiscal nº 6.027 teve o imposto pago, conforme planilha anexa ao DAE;
- o produto da Nota Fiscal nº 13.947 é lã de aço, portanto, a MVA aplicada está errada deveria ser 51,27%;
- o produto da Nota Fiscal nº. 52857 é lã de aço, portanto a MVA aplicada está errada deveria ser 43,13%.

Afirma que dúvidas não restam de que, ou autuante apresenta uma total falta de conhecimento da legislação que rege o ICMS no Estado da Bahia, ou está agindo em total má-fé para lhe prejudicar. Diz acreditar na primeira hipótese.

Afirma que o fato que compete a este órgão julgador, e o qual confiante na seriedade profissional do CONSEF espera ver acatado, é a constatação e afirmação por decisão que o presente Auto de Infração é completamente nulo por vícios materiais insanáveis.

Alega que a materialidade dos fatos que instruem o presente feito é insuficiente, senão inexistente. Diz que o próprio CONSEF, em julgados, acata a tese esposada, conforme o Acórdão JJF N° 0297-04/08, cuja ementa transcreve.

Salienta que se está diante das seguintes situações:

- em Auto de Infração lavrado contra o contribuinte este demonstrou, em primeira defesa, que razão alguma assiste ao autuante, que lança mão de valores de alíquotas e MVAs para formação da base de cálculo do imposto, inexistentes ou em desconformidade com o RICMS e legislação extravagante, além da existência comprovada de pagamento de antecipações tributárias apontadas nos autos. Após a primeira manifestação do autuante este acrescenta ao Auto de Infração notas fiscais que não faziam parte da fiscalização, viciando todo o procedimento;

- não satisfeito, após mais duas intimações o autuante continua a lançar planilhas que, neste momento, o contribuinte nem mais entende aonde este quer chegar, não havendo, portanto, qualquer ato plausível de imputação de infração, a não ser de infração cometida pelo autuante no exercício de sua função pública.

Aduz que se a situação que se travou não diz respeito a uma completa insegurança jurídica e impossibilidade de se determinar fatos imputáveis à tributação não forem suficientes para determinar a nulidade do presente Auto de Infração, o contribuinte não sabe em que Estado de Direito pode ele confiar.

Sustenta que a inconsistência da base cálculo e afronta aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da ampla defesa, inerentes ao processo administrativo fiscal, por si só, são fatores suficientes para gerar a nulidade do Auto de Infração, conforme disposto no art. 18 do RPAF, nulidade esta que requer.

Conclui reiterando os termos postos na defesa inicial, bem como em sua 1^a, 2^a e 3^a respostas à manifestação do autuante, requerendo que sejam rejeitadas as informações do autuante, pugnando pela nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF, uma vez que claramente demonstrados os absurdos erros de apuração do autuante.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este não impugnou as infrações 6, 7 e 8 e, expressamente, impugnou as demais infrações. Assim, em relação às infrações 6, 7 e 8, em face do silêncio do contribuinte não há o que discutir, sendo, desse modo, procedentes.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, especialmente em sua última manifestação após a terceira diligência, atinente às infrações 01 e 02.

Alega o impugnante que, após três tentativas do autuante de cobrar imposto indevido, e com a última manifestação de defesa onde restaram claros os erros grosseiros cometidos pelo preposto fiscal, este CONSEF intimou o mesmo a apresentar resposta através de diligência, conforme teor que reproduz.

Diz que muito embora tenha sido específico o comando do CONSEF, não foi esta a atitude tomada pelo preposto fiscal, pois se resumiu em seu pronunciamento a apresentar aquilo que ele chama de “recolhimento a menos de antecipação do ICMS”, sem qualquer justificativa legal para tanto.

Frisa que não satisfeito em restringir o direito ao devido processo legal e ampla defesa do contribuinte, o autuante vai além e desobedece a ordem deste CONSEF quando não apresenta qualquer manifestação sobre as alegações atinentes à maioria das notas citadas no item “1” da diligência, bem como ignora o comando do item “2” ao omitir-se sobre as notas relacionadas na fl. 3.110 dos autos.

Alega, ainda, que o autuante faz “novos cálculos” para as Notas Fiscais nºs 10.194, 30.759, 39.206, 9.166, 18.996, 1.424, 9.642, 60.319, 1.904, 1.973, 52.857, 1.089, as quais sequer foram objeto da diligência, e ainda que seja considerado o livre direito que o preposto fiscal tem de rever seu lançamento a qualquer momento, este mais uma vez o faz em total desconformidade com a legislação pertinente ao ICMS no Estado da Bahia.

Alega a existência de “erros gritantes”, mencionando, a título exemplificativo, que na última planilha elaborada pelo autuante encontrou os seguintes erros:

- Nota Fiscal nº. 9.642, diz respeito à lã de aço e como tal não estava sujeito à substituição tributária, dessa forma foi pago o ICMS referente à antecipação parcial;
- Nota Fiscal nº. 60.319 teve o imposto pago, conforme planilha anexa ao DAE, como também a Nota Fiscal 1.904;
- as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 54.382 e 56.032 tratam-se de lã de aço e como tal não estava sujeito a substituição tributária, dessa forma foi pago o ICMS antecipação parcial;
- Nota Fiscal nº. 6.027 teve o imposto pago, conforme planilha anexa ao DAE;
- o produto da Nota Fiscal nº. 13.947 é lã de aço, portanto, a MVA aplicada está errada deveria ser 51,27%;
- o produto da Nota Fiscal nº 52857 é lã de aço, portanto a MVA aplicada está errada deveria ser 43,13%.

Afirma que o fato que compete a este órgão julgador, e o qual confiante na seriedade profissional do CONSEF espera ver acatado, é a constatação e afirmação por decisão que o presente Auto de infração é completamente nulo por vícios materiais insanáveis.

Alega que a materialidade dos fatos que instruem o presente feito é insuficiente, senão inexistente.

Salienta que se está diante das seguintes situações:

- em Auto de Infração lavrado contra o contribuinte este demonstrou, em primeira defesa, que razão alguma assiste ao autuante, que lança mão de valores de alíquotas e MVAs para formação da base de cálculo do imposto, inexistentes ou em desconformidade com o RICMS e legislação extravagante, além da existência comprovada de pagamento de antecipações tributárias apontadas nos autos. Após a primeira manifestação do autuante este acrescenta ao Auto de Infração notas fiscais que não faziam parte da fiscalização, viciando todo o procedimento;
- não satisfeito, após mais duas intimações o autuante continua a lançar planilhas que, neste momento, o contribuinte nem mais entende aonde este quer chegar, não havendo, portanto, qualquer ato plausível de imputação de infração, a não ser de infração cometida pelo autuante no exercício de sua função pública.

Aduz que se a situação que se travou não diz respeito a uma completa insegurança jurídica e impossibilidade de se determinar fatos imputáveis à tributação não forem suficientes para determinar a nulidade do presente Auto de Infração, o contribuinte não sabe em que Estado de Direito pode ele confiar.

Sustenta que a inconsistência da base cálculo e afronta aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da ampla defesa, inerentes ao processo administrativo fiscal, por si só, são fatores suficientes para gerar a nulidade do Auto de Infração, conforme disposto no art. 18 do RPAF, nulidade esta que requer.

Efetivamente, após análise dos elementos que compõem o presente processo, referentes às infrações 01 e 02, constato que assiste razão ao autuado quando pugna pela nulidade destes itens da autuação.

Verifico que procede o argumento defensivo de que o autuante utilizou “*valores de alíquotas e MVAs para formação da base de cálculo do imposto, inexistentes ou em desconformidade com o RICMS e legislação extravagante, além da existência comprovada de pagamento de antecipações tributárias apontadas nos autos*”, bem como de que: “*Após a primeira manifestação do autuante este acrescenta ao Auto de Infração notas fiscais que não faziam parte da fiscalização, viciando todo o procedimento*”.

Também, “*que não satisfeito, após mais duas intimações o autuante continua a lançar planilhas que, neste momento, o contribuinte nem mais entende onde este quer chegar, não havendo, portanto, qualquer ato plausível de imputação de infração, a não ser de infração cometida pelo autuante no exercício de sua função pública.*”

Em verdade, apesar do esforço desta Junta de Julgamento Fiscal na busca da verdade material, convertendo o feito em diligência em três oportunidades, a fim de que fossem analisadas as argumentações defensivas, inclusive os documentos trazidos aos autos, de fato, conforme aduzido pelo contribuinte existe uma completa insegurança e impossibilidade de se determinar fatos imputáveis à tributação, o que inquia de nulidade os lançamentos atinentes às infrações 01 e 02, na forma do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

No que tange à infração 03, observo que o autuado alega que não houve utilização indevida de créditos fiscais, pois as operações descritas no Auto de Infração não se trata de “brindes”, mas sim de “bonificações” que lhe foram concedidas por alguns fornecedores. Discorre sobre bonificação, diz que as mercadorias recebidas a esse título serão vendidas e que, portanto, tem direito ao crédito fiscal correspondente. Diz que tem a obrigação de pagar a antecipação parcial sobre essas operações, embora não tenha que pagar aos fornecedores por essas bonificações recebidas.

Vejo também que o autuante mantém a autuação, afirmando que as notas fiscais de entradas, tanto internas quanto interestaduais, apresentam CFOP 1910 e 2910 (bonificação, brinde ou doação). Alega que cabia ao emissor das notas fiscais enviar carta de correção informando a real natureza das operações. Afirma que, como isso não foi feito, os créditos fiscais foram glosados.

No caso deste item da autuação constato que assiste razão ao autuado, haja vista que se tratando de “bonificação” não há que se falar em glosa de crédito fiscal, dada a sua admissibilidade prevista no RICMS/BA.

Em verdade, existe uma diferença básica entre “brinde” e “bonificação”. Ou seja, “brinde” é uma mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final (art. 564 do RICMS/BA/97).

Já “bonificação” diz respeito à mercadoria que constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, por conveniência entre o comprador e o vendedor, este oferece gratuitamente mercadorias ao comprador, visando o incremento das operações, faturando determinada quantidade ao preço normal, mediante entrega de uma quantidade adicional da mercadoria a título de “bonificação”. Pode ser dito que “bonificação” constitui um desconto comercial que é consignado no documento fiscal mediante a entrega de quantidade maior de mercadoria ao mesmo preço.

É certo que o erro na indicação da operação no documento fiscal, conforme aduzido pelo autuante, não pode, por si só, ser um elemento capaz de invalidar o creditamento levado a efeito pelo contribuinte, haja vista a prevalência da verdade material da operação.

Dante disso, este item da autuação é insubsistente.

Relativamente à infração 04, constato que também assiste razão ao autuado.

Conforme esclarecido pelo impugnante na defesa apresentada, e mais detalhadamente na sustentação oral quando da sessão de julgamento, adquire garrafas vazias que, posteriormente,

remete para o fabricante no intuito de que seja feito o engarrafamento da aguardente. Após o engarrafamento da aguardente há o retorno para o estabelecimento, que destina a mercadoria para comercialização.

Ora, se as aquisições de garrafas vazias ocorreram com tributação do ICMS e as operações de saídas posteriores da aguardente foram realizadas pelo autuado tributadas, não há como denegar o seu direito ao creditamento do imposto destacado no documento fiscal de aquisição das garrafas, haja vista que não se trata de material de uso e consumo – conforme a acusação fiscal – mas sim de material de acondicionamento cujo crédito fiscal é legítimo.

Relevante o registro feito pelo autuado no sentido de que se as garrafas tivessem sido fornecidas a título de comodato, nem deveria ter havido destaque do imposto, uma vez que a operação de comodato está amparada pela não incidência do ICMS.

Dessa forma, esta infração é insubsistente.

Quanto à infração 05, verifico que o próprio autuante acatou a argumentação defensiva. Infração insubsistente.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são nulas, as infrações 03,04 e 05 insubsistentes e as infrações 06,07 e 08 subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.2703/12-4, lavrado contra **ATACADÃO PINTO ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$836,87, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$920,00, previstas nos incisos XX, e XV, alínea “e”, do artigo 42 do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

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, 10 de outubro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR