

A. I. N ° - 269200.3022/16-2
AUTUADO - GAZIN – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.,
(MOVÉIS GAZIN)
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.07.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-01/17

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. NOTA FISCAL CONTENDO PREÇOS INFERIORES AOS PRATICADOS. (BONIFICAÇÃO). EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O inconformismo do impugnante quanto a não incidência do imposto nas operações com mercadorias concedidas em bonificação, não encontra amparo na legislação tributária do ICMS no Estado da Bahia, haja vista que em sentido contrário ao seu entendimento dispõe o art. 2º, inciso VIII, § 1º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, regra emanada da Lei Complementar nº 87/96. Entretanto, apesar de haver incidência do ICMS nas operações de saídas de mercadorias concedidas em bonificação, no presente caso, a autuação não pode prosperar, pois o autuado destacou e recolheu o ICMS sobre o valor de custo das mercadorias, inexistindo, impedimento legal para que utilizasse tal base de cálculo, bem como exigência legal para que utilizasse a base de cálculo adotada pela Fiscalização, no caso o preço de mercado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/12/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$220.924,26, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a junho de 2016. Consta que o contribuinte deu saídas de mercadorias em bonificação, doação ou brinde (CFOP 5910 e 6910) em valor inferior ao estipulado pela legislação do imposto, ocasionando um destaque a menor do ICMS e, conseqüentemente, um recolhimento a menos do tributo, nos termos do art. 17, inciso I e § 3º, inciso I, da Lei nº 7.014/96. Conforme demonstrativo Anexo 06 e Anexo 06-A.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 15 a 20).

Consigna que as operações objeto da autuação correspondem a saídas de mercadorias a título de bonificação, sendo que, nessas operações, destacou e recolheu o ICMS sobre o valor de custo das mercadorias e o autuante pretendendo fazer incidir o imposto sobre o preço médio de mercado, recalculou o valor do imposto devido, correspondente à diferença entre essas duas bases de cálculo. Sustenta que a exigência não merece subsistir.

Diz que é cediço que a saída de bem a título de bonificação não configura operação mercantil sujeita à incidência de ICMS.

Alega que, muito embora tenha submetido tais operações à tributação pelo seu valor de custo, fato é que imposto algum seria devido na espécie, cabendo, inclusive, o direito à restituição do valor já pago a este título.

Salienta que esse é entendimento pacífico na jurisprudência. Cita entendimento do Superior Tribunal de Justiça na sistemática de Recursos Repetitivos, reproduzindo a ementa de julgados. (Resp. nº 1111156/SP, de 24/10/2009). Também invoca entendimento dos tribunais administrativos federais e estaduais, no caso do CARF, referente ao PIS/COFINS, e do CONSEF/BA, relativo ao Auto de Infração nº 2791270005/05-5.

Assevera que as bonificações foram concedidas de forma incondicional, portanto, não tendo se submetido a quaisquer acontecimentos futuros para que fossem implantadas.

Ressalta que, não houve qualquer prova em contrário, nem mesmo questionamento por parte do autuante, com relação à natureza incondicionada das bonificações. Diz tratar-se de ponto incontroverso nos autos.

Alega que o autuante, simplesmente, entendeu que as saídas das bonificações deveriam ser tributadas pelo seu valor de mercado, sem considerar a não incidência do ICMS em operações da espécie.

Afirma que, assim sendo, merece ser integralmente cancelada a exigência fiscal.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração. Reserva-se ao direito de apresentar novas provas documentais, caso necessárias ao melhor esclarecimento do quanto alegado. Protesta pela notificação pessoal do subscritor Leonardo Sperb de Paola, em relação a quaisquer atos ou decisões relativas ao processo, que poderá ser feita no endereço: Rua Jaime Balão, 331, CEP 80040-340, Curitiba, Paraná, telefone (41) 3223-4059, e-mail publicacoes@dpadv.com.br, sob pena de nulidade.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 25 a 29). Inicialmente, destaca que o impugnante não questionou o cálculo do imposto devido, apenas alegou que a infração que lhe foi imputada não representa fato gerador do imposto.

Afirma que, apesar de o impugnante ter acostados julgados, tanto na esfera judicial, quanto administrativa, a legislação tributária estadual aponta claramente a ocorrência de fato gerador do imposto nas saídas de bens/mercadorias, não importando se em operações onerosas ou não, excepcionando apenas as operações com energia elétrica, conforme art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, e art. 2º, inciso VIII, § 1º, inciso V, da Lei nº 7.014/96.

Salienta que, no caso em tela, em que não existe um valor para a operação propriamente dita, uma vez que a operação se dá a título gratuito, tanto a Lei Complementar, quanto a Lei estadual do ICMS prescrevem que a base de cálculo será o *“o preço corrente da mercadoria, ou de seu similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional”* (art. 15, inciso I, da LC nº 87/96).

Assevera que, em face disso, não se pode aceitar a alegação de que a lei não contemplaria as saídas em bonificação como fato gerador do ICMS, sendo que, no caso, a lei estabelece claramente qual a base de cálculo aplicável, o que, segundo diz, foi obedecida na autuação.

Manifesta o entendimento de que deve o lançamento ser mantido em sua integralidade.

Não que concerne à solicitação do impugnante de “notificação pessoal” do senhor Leonardo Sperb de Paola em quaisquer atos do processo, afirma que inexistente qualquer fundamento legal para sua subsistência. Observa que a forma de comunicação dos atos processuais encontra-se prevista no art. 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Diz que não pode o contribuinte exigir forma de comunicação de atos processuais que mais lhe agrade, ainda mais quando esta forma inviabilizaria financeiramente a condução do processo, já

que, no caso, haveria de disponibilizar deslocamento de preposto fiscal até a cidade de Curitiba, segundo endereço disponibilizado pelo impugnante.

Acrescenta que, muito menos é facultado ao Contribuinte reputar pena ao descumprimento de exigência por ele mesmo criada ao arrepio de norma legal, assim sendo, a ameaça de pena de extinção do processo no caso do descumprimento da notificação pessoal pretendida se mostra totalmente descabida.

Finaliza a peça informativa mantendo na integralidade o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre exigência de ICMS, em razão de recolhimento a menos do imposto, decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Adicionalmente, consta na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que este realizou operações de saídas de mercadorias em bonificação, doação ou brinde (CFOP 5910 e 6910) em valor inferior ao estipulado pela legislação do imposto, ocasionando um destaque a menos do ICMS e, consequentemente, um recolhimento a menos.

A análise dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que, na realidade, a questão está adstrita a bonificação concedida pelo autuado.

Observo que o autuado alega que, muito embora tenha submetido tais operações com bonificação à tributação pelo seu valor de custo, imposto algum seria devido na espécie, cabendo, inclusive o direito à restituição do valor já pago a este título, sendo este entendimento pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na sistemática de Recursos Repetitivos, conforme o Resp. nº 1111156/SP, de 24/10/2009, bem como nos tribunais administrativos federais e estaduais.

Verifico que o autuante contesta a argumentação defensiva afirmando que, apesar de o impugnante ter acostados julgados, tanto na esfera judicial quanto na administrativa, a legislação tributária estadual aponta claramente a ocorrência do fato gerador do imposto nas saídas de bens/mercadorias, não importando se em operações onerosas ou não, excepcionando apenas as operações com energia elétrica, consoante o art. 2º, § 2ª, da Lei Complementar nº 87/96, e art. 2º, inciso VIII, § 1º, inciso V, da Lei nº 7.014/96.

A meu ver, assiste razão ao autuante quanto ao entendimento acima referido. Isso porque, efetivamente, o ICMS incide nas operações de circulação de mercadorias realizadas mesmos de forma não onerosa, como é o caso, por exemplo, de doação e bonificação.

Considero que o autuado agiu acertadamente quando submeteu as operações com bonificação à tributação, efetuando o destaque do imposto nas notas fiscais, pois, conforme dito acima, trata-se de operações de circulação de mercadorias (saídas) que concretizam a hipótese de incidência do ICMS prevista em lei, ou seja, a ocorrência do fato gerador.

Considero, também, que o inconformismo do impugnante quanto a não incidência do imposto nas operações com mercadorias concedidas em bonificação, não encontra amparo na legislação tributária do ICMS no Estado da Bahia, haja vista que, vale reiterar, em sentido contrário ao seu entendimento dispõem o art. 2º, inciso VIII, § 1º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, regras emanadas da Lei Complementar nº 87/96.

Entretanto, apesar de haver incidência do ICMS nas operações de saídas de mercadorias concedidas em bonificação, constato que, no presente caso, a autuação não pode prosperar, pois o autuado destacou e recolheu o ICMS sobre o valor de custo das mercadorias, inexistindo, a meu ver, impedimento legal para que utilizasse tal base de cálculo, bem como obrigatoriedade para que utilizasse a base de cálculo adotada pela Fiscalização, no caso o preço de mercado.

Diante disso, a infração é insubsistente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.3022/16-2**, lavrado contra **GAZIN – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (MOVÉIS GAZIN)**.

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, 19 de maio de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR