

A. I. N° - 299430.0005/17-9
AUTUADO - MULTIGLOBO LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 05.09.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0142-04/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** BRINDES E DOAÇÕES. **b)** OUTRAS MERCADORIAS. Apesar da acusação se apresentar de forma genérica, sem maiores detalhamentos, restou configurado nos autos que o lançamento decorreu de erro na fixação no valor da base de cálculo em face de uso indevido do benefício constante no Decreto nº 7799/00. A autuação considerou apara efeito da exigência fiscal que ocorreu a cassação do Termo de Acordo Comércio Atacadista firmado pelo autuado e a SEFAZ. Inexistência nos autos de comprovação que foi dado ciência ao autuado acerca da instauração do procedimento administrativo que resultou na cassação do Termo de Acordo bem como do resultado definitivo da cassação. A falta de comunicação ao autuado, implica dizer que o ato administrativo da cassação não surtiu os efeitos pretendidos, descabendo, por conseguinte, a desconsideração do benefício fiscal da redução da base de cálculo para fim de exigência do imposto reclamado. Impossibilidade de inovação no lançamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/03/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$143.407,89, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência das seguintes acusações:

1 – Deixou de recolher ICMS no total de R\$5.348,65 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. O contribuinte efetuou saídas de mercadorias para doação e brindes, porém não destacou o imposto, conforme demonstrativos.

2 – Deixou de recolher ICMS no total de R\$138.059,24 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Deu saídas de mercadorias sem o destaque do imposto correspondente, conforme demonstrativos anexos.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação Administrativa, fls. 47 a 72, onde, após efetuar uma breve síntese introdutória pugnou pela Nulidade do lançamento e, caso ultrapassada, a Improcedência da infração 01.

Passou a reportar-se acerca da criação do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, que instituiu benefícios ao comércio atacadista, o qual aderiu em 02/06/2011 de acordo com Parecer nº 11233/2011, passando, desde então, a usufruir da redução da base de cálculo do ICMS, conforme previsto no Termo de Acordo Comércio Atacadista que assinou.

Cita que após a lavratura do presente Auto de Infração obteve conhecimento que em outubro de 2014 o seu Termo de Acordo Comércio Atacadista havia sido cassado sumariamente pela SEFAZ sendo que, irresignada uma vez que em momento algum foi cientificada da instauração de procedimento administrativo fiscal responsável para cassação do referido Termo de Acordo, nem tampouco foi intimada acerca da decisão final proferida, iniciou investigação a fim de elucidar o ocorrido, logo após ter sido intimada da lavratura da presente autuação.

Em seguida diz que descobriu que em 29/09/2014 foi instaurado o Processo Administrativo Fiscal nº 182249/2014-8, o qual afiançou a cassação do Termo de Acordo, anteriormente deferido através do Processo nº 081638/2011-9. Em vista disto, a fim de apurar os fatos, dirigiu-se à SEFAZ apresentando requerimento de vista do mencionado processo, o qual somente veio a ser disponibilizado em 19/05/2017.

Acrescentou que analisando o dito processo observou que muito embora o RPAF/BA em seu art. 89, inciso I, c/c o *caput* do art. 108 estabeleça a necessidade de intimação pessoal dos contribuintes no âmbito dos processos de reconhecimento de benefícios fiscais, acerca de qualquer ato nestes praticados, não fora cientificada a respeito na instauração do Processo Administrativo Fiscal nº 182249/2014-8, inexistindo, ainda, qualquer comprovação de intimação da autuada acerca da decisão final proferida no referido processo de cassação do benefício em questão, o qual foi arquivado sem sua efetiva ciência, fazendo juntada aos autos cópia do multicitado processo atestando que só em 19/05/2017 tomou ciência dos atos jurídicos ali concretizados.

Pontuou, ainda, que também exclui-se a possibilidade de a intimação ter sido feita via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) pois apenas aderiu a este em 11/11/2015 conforme comprovante anexado (Doc. 03).

Em vista do exposto destacou dois vícios que, ao seu entender, eivam de nulidade o Auto de Infração; a) falta de intimação acerca da instauração do Procedimento Administrativo Fiscal nº 182249/2014-8 que resultou na cassação do Termo de Acordo e b) falta de intimação quanto ao resultado definitivo do processo, omissão esta responsável por não conferir qualquer efeito jurídico à cassação do Termo de Acordo até o dia 19/05/2017, data da efetiva ciência.

Com o fito de consubstanciar seus argumentos, citou doutrina, jurisprudência deste CONSEF (Acórdãos CJF nº 0055-11/12, 0172-05/08, 0304-12/13, 0241-11/10 e 119-01/12), decisão específica a este respeito proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia nos autos do Processo nº 0348277-05.2013.8.05.0001 publicada em 02/07/2014, além de decisões de outros Tribunais pátrios.

Após transcrever os arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.799/00, advoga que resta incólume seu direito à fruição dos benefícios fiscais previstos no Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia tendo em vista que a cassação encetada foi nula de pleno direito, sendo que, mesmo que não se entende nula a cassação, seus efeitos apenas poderiam produzir a partir de 29/05/2017, data da efetiva ciência a respeito da cassação, ou seja, após a lavratura do Auto de Infração vergastado.

Em vista disto defende que pelas razões expostas, deveria o autuante ter considerado ao determinar a base de cálculo da presente autuação a redução prevista no Decreto nº 7.799/00, sendo assim, com efeito, ocorreu grave defeito na constituição do crédito tributário, fato este que conduz à nulidade da autuação em razão da insegurança jurídica gerada quanto a um dos elementos do aspecto quantitativo da hipótese de incidência, que é a base de cálculo, visivelmente viciada.

Em relação a infração 01 que trata de operações com brindes, assevera que sua circulação não se subsume ao campo de incidência da exação estadual. Isto porque, após citar os arts. 388 e 399 do RICMS/12, pontua que a existência das formalidades neles contidos não infirma a conclusão de que o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta ao consumidor final não se

submete ao recolhimento do ICMS, isto porque este imposto tem por fato gerador a operação de circulação de mercadoria passível de comercialização, e, como os brindes são dados de forma gratuita não podem sofrer a incidência do ICMS pois não se enquadram no conceito de mercadoria.

Após tecer outras considerações a respeito de operações com brindes, e citar decisão do STJ, pugna pela improcedência da Infração 01 na medida em que reivindica ICMS nessas operações, expediente este vedado pelo STJ em sede de julgamentos de recursos repetitivos.

Conclui requerendo o reconhecimento da nulidade do presente Auto de Infração e, em homenagem ao princípio da eventualidade, a improcedência da infração 01, pleiteando, por fim, a distribuição por dependência deste processo aos Autos de Infração nº 299430.0002/17-0 e 299430.0003/17-6, bem como seu apensamento, tendo em vista que os argumentos aqui tratados também dizem respeito àqueles feitos, a fim de se evitar a prolação de decisões conflitantes, em observância ao princípio da segurança jurídica.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 103 a 105, ponderando que os trabalhos de fiscalização tomaram como base os sistemas informatizados da SEFAZ, dentre eles o Informações do Contribuinte – INC e o Sistema de Controle de Pareceres Tributários (CPT), onde constam que o autuado teve seu Termo de Acordo e Compromisso para usufruir do benefício previsto pelo Dec. 7799/00 assinado em 02/06/2011 cassado em outubro de 2014, com ciência pelo autuado em 04/10/2014, que, posteriormente, em 22/12/2016 assinou outro termo com o mesmo objetivo, fazendo juntada às fls. 106 e 107 das telas impressas dos citados sistemas. Desta maneira diz que considerou o referido benefício somente a partir de 22/12/2016.

Quanto a infração 01 diz que os brindes distribuídos se tratam de mercadorias comercializadas pelo autuado, de tributação normal e classificadas como doação/bonificação, citando os documentos de fls. 11 a 24 referentes a saídas de detergentes, inseticidas, raticidas, ventiladores, fogões, etc., todos comumente comercializados pelo autuado, acrescentando que nas notas fiscais mencionadas consta a descrição da operação como “bonificação”. Mantém a autuação.

Em 30/11/2017 o presente PAF foi submetido a Sessão de Pauta Suplementar, tendo naquela oportunidade esta 4ª JJF deliberado por sua conversão em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

O autuado alegou em sua defesa que não lhe foi dado ciência da decisão relacionada ao Processo nº 182249/2014-8 que deferiu a cassação do Termo de Acordo Comércio Atacadista, que mantinha com o Estado da Bahia.

Neste sentido afirmou que só tomou conhecimento da cassação em 19/05/2017 quando se dirigiu à SEFAZ em consequência da lavratura do presente Auto de Infração.

Tendo em vista que o autuado juntou à fl. 106 destes autos, cópia de um documento extraído no INC – Informações do Contribuinte, emitido em 28/06/2017, apontando que foi dado ciência pelo autuado da cassação do referido Termo de Acordo no dia 04/10/2014, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem no sentido de que seja juntado aos autos o documento que formalize e comprove que foi dado ciência ao autuado em 04/10/2014 (fl. 106) da cassação do Termo de Acordo.

Em seguida, deverá o autuado ser cientificado deste pedido de diligência bem como do seu resultado, devendo ser-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação. Havendo manifestação pelo autuado, o autuante também deverá se pronunciar.

Após o atendimento, o processo deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da instrução e posterior julgamento.

Às fls. 115 a 118 consta um expediente protocolado pelo autuado sob nº SIPRO 233646/2017-0, onde o mesmo repetiu os mesmos argumentos da inicial em relação a cassação do Termo de Acordo Comércio Atacadista, acrescentando, contudo, a informação de que o Auto de Infração nº 299430.0003/17-6 através do Acórdão nº 0183-01/17 proferiu decisão julgando improcedente o Auto de Infração cuja controvérsia jurídica é idêntica à que ora se apresenta, sendo que, qualquer

entendimento em sentido contrário seria convalidar a existência de um comportamento contraditório por parte deste CONSEF, transgredindo-se a segurança jurídica.

Às fls. 127 a 141 foram apensados alguns documentos relacionados ao presente feito sobre os quais o autuado se manifestou consoante fls. 147 a 150, onde, na prática voltou a repetir os mesmos argumentos já trazidos aos autos nas intervenções anteriores, acrescentando de novo, apenas, o julgamento realizado pela 1ª JJF através do Acórdão nº 0004-01/18 cujas controvérsias jurídicas também são idênticas às que ora se apresentam.

Instado a se manifestar o autuante se pronunciou através do que denominou “Informação Fiscal nº 02”, fls. 163 a 187, onde efetuou uma análise dos termos da intitulada “Defesa de 16.03.2018”, passando, em seguida a explicar que no presente Auto de Infração está se exigindo imposto sobre saídas sem qualquer tributação, sendo algumas relativas a doações/brindes/bonificações e outras “sobre diversas situações”, e, sendo assim, mesmo que o entendimento seja no sentido que o autuado tenha o direito ao benefício da redução da base de cálculo no período fiscalizado, ainda permanecerá imposto a ser cobrado. Para tanto, elaborou novos demonstrativos de débito, onde reduziu a infração 01 do valor original de R\$5.348,65 para R\$3.145,86, enquanto que a infração 02 foi reduzida do valor de R\$138.059,24 para R\$77.407,80.

Cientificado o autuado acerca dos novos demonstrativos da lavra do autuante, adveio manifestação constante às fls. 194 a 197, onde destacou que este reconheceu que em momento algum foi cientificado da instauração do procedimento administrativo para efeito de cassação do Termo de Acordo e nem foi intimado acerca da decisão final, entretanto, numa tentativa de manter o presente Auto de Infração o autuante defendeu a higidez dos créditos tributários buscando fornecer um novo fundamento jurídico à convalidar parcialmente o lançamento tributário impugnado.

Acentua que a inovação na motivação e na fundamentação dos lançamentos tributários, é vedada pelo ordenamento jurídico, porque o Art. 142 do CTN impõe que compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Continua pontuando que uma vez finalizada esta etapa e sendo constituído o crédito tributário através do lançamento, é defeso, sobretudo após a apresentação da Impugnação por parte do contribuinte, inovar, modificar ou aperfeiçoar o lançamento tributário controvérsio, definindo, por exemplo, uma nova base de cálculo, como pretendido pelo autuante em sua nova informação fiscal.

Após reiterar todos os argumentos trazidos em sede de Impugnação inicial, destacou que, em homenagem ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de entendimento em sentido contrário pelo CONSEF, pleiteia a Procedência Parcial do lançamento, determinando-se a redução da base de cálculo do ICMS ora reivindicado, tal como apresentado pelo autuante, tendo em vista os benefícios fiscais auferidos com arrimo no Decreto nº 7.799/00.

VOTO

O presente lançamento engloba duas acusações: a primeira exige ICMS no valor de R\$5.438,65 pelo fato do autuado ter efetuado saídas de mercadorias a título de “doações/brindes/bonificações e outras saídas sobre diversas situações”, fl. 164, porém sem o destaque do imposto, enquanto que a segunda, no valor de R\$138.059,24, reporta-se a saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A rigor, analisando as planilhas elaboradas pelo autuante, tem-se a impressão, em princípio, de que se trata simplesmente de operações sujeitas à tributação e que foram registradas como não tributáveis. Entretanto, a partir da Impugnação Administrativa é que ficou esclarecido que a autuação decorreu da cassação unilateral pela SEFAZ do Termo de Acordo Comércio Atacadista

que o autuado havia assinado e deferido em 02/06/2011, cuja cassação ocorreu em outubro de 2014, enquanto o autuado só teve notícia desse fato após a lavratura do presente Auto de Infração em 27/03/17, do qual só obteve o efetivo conhecimento em 19/05/2017.

Em sua informação fiscal o autuante declara que os trabalhos de fiscalização tomaram como base os sistemas informatizados da SEFAZ, dentre eles o intitulado Informações do Contribuinte – INC e o Sistema de Controle de Pareceres Tributários (CPT), onde constam que o autuado teve seu Termo de Acordo e Compromisso para usufruir do benefício previsto pelo Dec. 7799/00 assinado em 02/06/2011 cassado em outubro de 2014, com ciência pelo autuado em 04/10/2014, que, posteriormente, em 22/12/2016 assinou outro termo com o mesmo objetivo, fazendo juntada às fls. 106 e 107 das telas impressas dos citados sistemas. Desta maneira diz que considerou o referido benefício somente a partir de 22/12/2016.

Tendo em vista que o autuado juntou à fl. 106 destes autos, cópia de um documento extraído no INC – Informações do Contribuinte, emitido em 28/06/2017, apontando que foi dado ciência pelo autuado da cassação do referido Termo de Acordo no dia 04/10/2014, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem no sentido de que fosse juntado aos autos o documento que formalize e comprove que foi dado- ciência ao autuado em 04/10/2014 (fl. 106) da cassação do Termo de Acordo. Tal informação, contudo, não veio aos autos.

Ao contrário, o autuado juntou cópia do Parecer Final referente ao Processo nº 18224920148 onde consta que a cassação do termo foi deferida em 02/10/2014, parecer este que foi dado ciência ao autuado em 19/05/2017, fls. 129 a 131, por solicitação deste. Em vista disto, não foi carreada aos autos qualquer prova de que o autuado teve ciência da cassação em 04/10/2014, conforme assinalado pelo autuante.

Ora, trata-se de falha insanável do procedimento que resultou na lavratura do presente Auto de Infração a falta de intimação do início procedimento de cassação e da conclusão do mesmo, implicando em ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e segurança jurídica. Aliás, essa falta de comunicação ao autuado, na forma que restou comprovado nos autos, implica dizer que o ato administrativo da cassação não surtiu os efeitos pretendidos, descabendo, por conseguinte, a desconsideração do benefício fiscal da redução da base de cálculo para fim de exigência do imposto reclamado.

Quando da intitulada 2ª Informação Fiscal o autuante refez os cálculos, desta vez considerando a redução da base de cálculo asseverando que, mesmo assim e segundo os novos demonstrativos que elaborou, remanesceram valores os quais entende serem devidos.

A este respeito não vejo como ser acolhida a inovação e motivação levada a efeito pelo autuante, visto que a acusação inicial, prática de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, difere da ora pretendida pelo autuante, que se refere a imposto considerado como recolhido a menos em operações realizadas com utilização de redução da base de cálculo. Este raciocínio se aplica para ambas as infrações.

Registro, ainda, que os outros dois autos de infração mencionados pelo autuado já foram objeto de julgamento por este CONSEF, os quais foram lavrados com o mesmo fundamento utilizado para expedição deste que ora se analisa, sendo ambos julgados improcedentes consoante se verifica através dos Acórdãos nº 004-01/18, 0183-01/17, 0046-12/18 e 0188-12/18

De maneira que, levando em consideração a inovação pretendida pelo autuante, deixo de apreciar o argumento trazido na defesa em relação a tributação de operações envolvendo brindes, e, desta maneira, voto pela Improcédência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0005/17-9** lavrado contra **MULTIGLOBO LOGÍSTICA LTDA.**

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 18.558/18, com efeitos a partir de 20/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 22 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR