

A. I. N ° - 217359.0001/00-3
AUTUADO - NORSÁ REFRIGERANTES LTDA.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 05. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-01/11

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não impugnada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. A exclusão de materiais gráficos, cuja confecção se constitui em fato tributável pelo ISS, reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 24/03/2010, foi constituído crédito tributário, representando ICMS no valor de R\$55.852,84, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (Desenvolve), nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$16.138,76. Consta que o erro se originou da correção a menor do piso em setembro de 2007, quando o contribuinte aplicou índice divergente daquele previsto na Resolução nº. 69/2006, qual seja o IGPM. O piso corrigido erroneamente motivou o cálculo a maior do ICMS diferido, resultando em recolhimento a menos do imposto devido, conforme demonstrativo à fl. 07;

02 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$39.714,08, conforme demonstrativo às fls. 21 a 59.

O autuado apresentou impugnação às fls. 89 a 91, salientando que tem por objeto social a industrialização e comercialização de refrigerantes, sendo a sua produção totalmente destinada a clientes estabelecidos no Estado da Bahia e que no exercício de suas atividades empresariais, sempre diligenciou no sentido de cumprir seus deveres relacionadas com o ICMS.

Ressalta que reconhece a procedência da acusação fiscal atinente à infração 01, tendo efetuado o recolhimento do valor correspondente, juntando o DAE - Documento de Arrecadação Estadual (fl. 99), comprobatório do pagamento. Assim, considera que o crédito tributário reclamado nesta infração encontra-se extinto, em razão do que dispõe o art. 156, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), devendo ser amortizado do valor total da autuação.

No que se refere à infração 02, entende ser conveniente evidenciar que pela própria natureza do seu negócio, necessita exercer continuado serviço de ampliação de mercado, buscando promover os

seus produtos junto ao universo de clientes, no sentido de atingir determinadas metas de vendas, estrategicamente planejadas. Tendo em vista que a comercialização de refrigerantes é muito concorrida, objetivando se orientar com o cliente, adota técnicas que aumentem a visibilidade dos seus produtos, a fim de motivar os consumidores em situação de compra.

Assim é que, apoiado em ações estratégicas no sentido de atrair o maior número de clientes, para aumentar a sua fatia de mercado, utiliza uma extensa linha de materiais de propaganda e promocionais, que interagem no sentido de maximizar a satisfação dos consumidores. Para tanto, se utiliza dos referidos materiais, que são adquiridos em outros Estados, como é o caso do papel consumido na impressora, promovendo campanhas junto aos pontos de venda, na tentativa de dar destaque aos seus produtos na hora da compra.

Desse modo, os materiais de propaganda e promocionais adquiridos em outros estados são utilizados fora do seu estabelecimento, em ações compartilhadas com os pontos de vendas (lojas), que são os locais onde as decisões de compras são tomadas pelos consumidores.

Assim, considerando que na Lei Complementar nº 87/96 não consta previsão para a cobrança do ICMS relativo à diferença de alíquotas em operações interestaduais de mercadorias para o consumo do estabelecimento e tendo em vista que nos termos do § 3º do art. 24 da Constituição Federal de 1988, os Estados só exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades, caso inexista lei federal sobre normas gerais (que vem a ser a LC 87/96), requer que a acusação fiscal relativa a essa infração seja julgada improcedente e, por consequência, seja desconstituído o crédito tributário.

Protesta pela apresentação de todos os meios de prova assegurados em direito, especialmente a prova documental, pericial e diligencial. Requer, ainda, que as intimações e correspondências relacionadas com a presente autuação sejam encaminhadas diretamente para o seu endereço.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 104 a 108, asseverando que na defesa apresentada pelo impugnante não foi juntada nenhuma prova contrária aos fatos indicados nos demonstrativos que compõem o processo.

Salienta que a alegação de que os materiais adquiridos foram consumidos por seus clientes e não em seu estabelecimento, não tem nenhum amparo na legislação do ICMS, haja vista que não importa a destinação que seja dada às mercadorias adquiridas para uso ou consumo, e, além disso, o fato de os materiais terem sido destinados a campanhas promocionais não exclui a incidência do imposto relativo à diferença de alíquotas, em conformidade com o disposto no art. 111, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, onde não consta nenhuma ressalva em razão da destinação que se dê a tais mercadorias ou bens.

Realça que não importa se o papel destinado à propaganda foi consumido no escritório da fábrica ou distribuído junto aos clientes, pois o que efetivamente importa para efeito da cobrança do imposto, é que a mercadoria (papel) foi destinada a uso e consumo, também não tendo nenhuma importância se o consumo se deu para produção de material publicitário.

Mantém a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Considerando que na assentada do julgamento, o representante do autuado carrou aos autos uma petição, acompanhada de elementos novos, relativos a notas fiscais de aquisições dos materiais de uso e consumo arrolados na infração 02, além do Acórdão JF nº. 0072-03/10, alegando que em razão da grande quantidade, os documentos juntados se referiam apenas a uma amostragem, pleiteando a realização de diligência visando a apuração das alegações quanto à não incidência do ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre os materiais em questão; considerando que nas notas fiscais juntadas, existem materiais gráficos tributados exclusivamente pelo ISS, em relação aos quais não tem pertinência a exigência do ICMS relativo à diferença de alíquotas, a exemplo daqueles constantes da

Nota Fiscal nº 1.739 (fl. 134): a 1ª JJF converteu o processo em diligência à IFEP SUL (fl. 154), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1) intimasse o autuado a apresentar os documentos fiscais correspondentes à citada infração;
- 2) à vista das provas oferecidas pelo contribuinte, bem como dos documentos juntados às fls. 132 a 138, efetuasse uma revisão do lançamento, excluindo as operações relacionadas com materiais tributados pelo imposto de competência municipal e sobre os quais não incidisse o ICMS;
- 3) elaborasse, se fosse o caso, novo demonstrativo para aquela infração.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos elementos juntados pelo diligente e do pedido de diligência, quando deveria ser concedido ao sujeito passivo o prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Em atendimento ao pedido de diligência, após receber do contribuinte a documentação fiscal solicitada mediante intimação, o autuante elaborou novos demonstrativos referentes à infração 02 (fls. 160 a 191), nos quais excluiu as operações relacionadas com materiais tributados pelo imposto de competência municipal (ISS).

Encontram-se acostados às fls. 110 a 112, extratos do SIGAT/SEFAZ, concernentes ao pagamento parcial do débito.

VOTO

Verifico que foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações. Observo que o contribuinte não impugnou o item 01 da autuação, tendo, inclusive, efetuado o pagamento do débito correspondente, o que caracteriza ter reconhecido expressamente a irregularidade apurada. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, a infração 01 fica mantida.

A infração 02 se originou da falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias procedentes de outros estados, destinadas a consumo do estabelecimento. Ao atacar esta imputação, o autuado alegou que os materiais objeto da exigência se referiam a papel utilizado em campanhas promocionais junto aos seus clientes, visando atrair a atenção dos consumidores sobre os produtos por ele fabricados. Manifestou o entendimento de que, nessa situação, não haveria previsão de exigência do pagamento do tributo concernente à diferença de alíquotas.

Ressalto que inexistente qualquer base legal a dar guarida às pretensões do contribuinte, tendo em vista que de acordo com o art. 5º, inciso I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a situação que gerou a exigência tributária realmente se constitui em fato gerador do imposto estadual, para efeito de pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas, desde quando se referiu à entrada, no seu estabelecimento, de bens oriundos de outras unidades da Federação, destinados a uso pelo próprio estabelecimento.

Conforme bem salientou o autuante, a previsão legal acima reportada também encontra sustentação no art. 111, inciso III, alínea “a” do mesmo diploma regulamentar, que estabelece que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso ou consumo do adquirente. Concorro, de igual modo, com a afirmação do autuante de que não existe nenhuma ressalva em razão da destinação dos materiais adquiridos.

Por fim, afasto as alegações do contribuinte de que na Lei Complementar nº 87/96 não consta previsão para a cobrança do ICMS atinente à diferença de alíquota sobre operações interestaduais de mercadorias para o consumo do estabelecimento, haja vista que por meio do seu art. 6º, § 1º, a citada

Lei Complementar autorizou os Estados a legislar a respeito do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas operações objeto do presente lançamento. Por sua vez a Lei Estadual nº 7.014/96 define a incidência (art. 2º, inciso IV) e a ocorrência do fato gerador (art. 4º, inciso XV). Portanto, de forma diversa daquela sustentada pela defesa, é legal a exigência do ICMS relativo à diferença de alíquota.

Registro, no entanto, que na assentada do julgamento, foram carreados aos autos alguns documentos que indicavam que ao menos parcialmente assistia razão ao contribuinte quanto à alegação de que sobre as operações envolvendo os materiais arrolados na autuação incidia o ISS, por ter comprovado que existiam materiais gráficos, cuja confecção se constitui em fato tributável exclusivamente pelo imposto de competência municipal. Por este motivo, o processo foi convertido em diligência, por meio da qual o autuante, após analisar toda a documentação fiscal atinente às aquisições das mercadorias em questão, revisou o levantamento fiscal, excluindo da exigência os materiais tributados pelo ISS.

Assim, a infração 02 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$34.991,94, em conformidade com o demonstrativo acostado à fl. 191. Saliento que o autuado foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar, porém não se manifestou a respeito, o que considero como uma aceitação tácita dos novos resultados.

Face ao exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

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 217359.0001/00-3, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.130,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR