

A. I. Nº - 279467.0022/13-0
AUTUADO - COSTA NETO & CIA. LTDA. (COSTA BETO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS)
AUTUANTE - ARNALDO OLIVEIRA NOVAIS
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 18/12/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0220-05/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Infração não contestada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não contestada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Infrações não contestadas. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Devido o diferencial de alíquotas sobre as operações de aquisição de material promocional junto a empresas sediadas em outras unidades da Federação. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Infração não contestada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não contestadas. 6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração não contestada. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Informações prestadas através de arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/2013, exige créditos no valor de R\$29.438,12 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2010. Valor de R\$1.901,93. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro registro de apuração do ICMS, nos meses de maio e novembro de 2011. Valor de R\$70,67. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de julho e dezembro de 2010. Valor de R\$552,05. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 4 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos mês de dezembro de 2010. Valor de R\$224,29. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a novembro de 2010, março, abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2011. Valor de R\$21.886,41. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e novembro de 2010. Valor de R\$ 1.338,50. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 7 – Utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos, nos meses de maio a setembro, novembro e dezembro de 2010, e janeiro a dezembro de 2011. Valor de R\$ 796,59. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 8 – Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no mês de dezembro de 2010. Valor de R\$ 1.703,98. Multa proposta de 60% do valor do imposto;

INFRAÇÃO 9 – Declarou incorretamente dados nas informações econômicas fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no mês de dezembro de 2010. Valor da multa de R\$ 140,00;

INFRAÇÃO 10 – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de janeiro a março, maio a agosto de 2010, e agosto de 2011. Multa proposta de 5% sobre o valor das saídas divergentes: R\$ 823,70.

Constam dos autos: TERMO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 10); 1^a INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES EM MEIO MAGNÉTICO (folha 11); DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS FISCAIS COMPROBATÓRIOS (folhas 13 e 267); Impugnação (folhas 271 a 316); informação fiscal (folhas 318 a 320).

A autuada apresenta impugnação (folhas 271 a 316), na qual se insurge contra parte do lançamento efetuado pela fiscalização, apresentando as razões a seguir descritas.

No que se refere às infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 e 10, o contribuinte acata o lançamento, reconhecendo a infração e afirmando que apresentará oportunamente a guia de pagamento devidamente quitada.

Quanto à infração 5, contesta o lançamento de ofício realizado, afirmando que a fiscalização se equivocou, tendo em vista que as operações levadas a tributação referem-se exclusivamente a remessa de material promocional, não estando tal hipótese sujeita a incidência do ICMS. Informa que a Fabricante de bebidas Brasil Kirin (Schincariol) utiliza os serviços da empresa

ARTSERVICE para realizar a logística que envolve a distribuição de tal material promocional para todo o Brasil, junto a sua rede distribuidora.

Ilustra a sua informação com um exemplo desse tipo de material, que é a chamada “bolacha de chop”, com valor médio de cerca de R\$ 0,06 (seis centavos). A propósito, sobre este produto especificamente, consigna que houve erro no preenchimento da nota fiscal, pois constou um valor unitário maior para cada bolacha de chop, quando na verdade esse valor é em média de seis centavos. Este equívoco, afirma, gerou uma tributação de cerca de 12 mil reais em maio de 2011.

Alega que apesar de ter havido equívoco no preenchimento da nota fiscal em questão, não haveria incidência do ICMS em virtude da natureza da operação ser referente a remessa de material promocional. Isso porque, explica, os materiais promocionais são impressos de qualquer tipo que, confeccionados por encomenda do usuário final, são por este distribuídos para efeito publicitário. Como regra, estes impressos trazem o nome comercial da empresa encomendante ou da marca da indústria, do comércio ou do serviço (monograma, símbolo, logotipo e demais sinais distintivos), destinados à distribuição gratuita aos seus clientes, com o objetivo de divulgar o produto por ela comercializado.

A título de exemplo, cita como material promocional: cartazes, faixas, displays, gôndolas e expositores, folhetos de propaganda, catálogos com ofertas de produtos e serviços, agendas, folhinhas, encartes e outros impressos similares.

Reafirma que não se trata de produto a ser vendido (comercializado) pelo adquirente, pois por ocasião da saída do material promocional do estabelecimento gráfico que o confeccionou, ocorrerá incidência do ICMS, considerando que o mesmo se destina à distribuição gratuita por parte do encomendante (art. 40, inciso XV, c.c, § 4º, da Lei nº 2.657/96). Hipótese contemplada pela encomenda da fabricante a empresa gráfica.

Leciona que na saída do material promocional do estabelecimento encomendante com destino ao de seu cliente para distribuição gratuita, não há sujeição do ICMS, devendo na hipótese o documento fiscal expressar a seguinte observação: “*Operação fora do campo de incidência do ICMS*”.

Informa que o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não possui legislação específica sobre a matéria, tendo sido contudo, o assunto analisado pelo Fisco Estadual, o qual decidiu que: “*a) a aquisição de material promocional para distribuição gratuita a clientes não gera crédito do ICMS; b) a sua distribuição a clientes, ainda que, por intermédio de vendedores ou representantes, está fora do campo de incidência do imposto;...*”.

Acosta ao presente processo cópia do parecer DITRI 01616/2011, de 24/01/2011 para provar que o Estado da Bahia já teve a oportunidade de se pronunciar acerca da matéria, conforme folha 276.

Por fim, na esteira do mesmo raciocínio, transcreve resposta dada pela SEFAZ/PR, mediante a Consulta nº 212/94, cujo entendimento converge para a tese defendida pela impugnante.

Conclui a impugnação, alegando que, por não se constituírem em mercadorias (ou seja, bens móveis adquiridos com a destinação de revenda), as transferências de materiais de publicidade não devem ser tributadas pelo ICMS. Assim, roga o contribuinte pela realização de diligências para que seja revisado o presente lançamento.

Diante das considerações acima, pugna pela decretação da nulidade da infração numero 05 em sua totalidade, por se tratarem ali de operações de recebimento de material promocional, não sujeito a incidência do ICMS, requerendo que lhe seja concedido prazo para que promova a juntada a estes autos de mais documentos, pugnando pela realização de diligências para apuração e revisão dos lançamentos.

Por fim, coloca-se a inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento saudável deste procedimento administrativo.

Roga ainda, uma vez constituído procurador, para que as intimações sejam realizadas no endereço constante no timbre. Termos em que pede deferimento,

O autuante presta informação fiscal às folhas 318 a 320, aduzindo o que segue.

Explica que a infração 5, objeto de contestação pelo contribuinte, trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente de diferença de alíquotas referente a aquisição de material promocional em outras unidades da federação, conforme documentos fiscais constantes às fls. 48 a 108 do presente processo. O próprio autuado em sua defesa juntou cópias do Parecer DITRI 01616/2011 e Consulta 212/94 que ratificam o pagamento de diferença de alíquota nas aquisições de material promocional em outra unidade da federação.

No que se refere ao Nota Fiscal nº 13172, às fls.119 deste processo, contesta a alegação do autuado no sentido de que o valor unitário do material bolacha de chop é de R\$ 0,06 (sies centavos) e não R\$ 2,95 (dois reais e noventa e cinco centavos) conforme consta no referido documento. Tal argumento, assevera, é improcedente uma vez que a correção de documento fiscal que implica alteração da base de cálculo do imposto deve ser feita antes da circulação da mercadoria, o que não é o caso.

Arremata a informação fiscal, afirmando que *“diante da improcedência das alegações do autuado ratifico plenamente a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 27946. 0022/13-0 de 27/06/13, no valor de R\$ 29.438,12 (Vinte e nove mil quatrocentos e trinta e oito reais e doze centavos)”*.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo foram apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos elaborados (folhas 13 a 267), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto às infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 e 10, constato que o contribuinte acatou o lançamento de ofício efetuado pelo autuante, reconhecendo a ilicitude dos fatos que lhe são atribuídos e afirmando que apresentará oportunamente a guia de pagamento devidamente quitada.

Confessa, assim, o descumprimento das obrigações principais e acessórias conforme indicado no lançamento, sem, contudo, trazer ao processo qualquer documento comprobatório de que tenha providenciado a sua quitação.

Deixa, com isso, de existir questão controversa. Tenho, portanto, as infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 e 10 como procedentes.

Quanto à infração 5, constato que o demonstrativo de débito elaborado, bem como os documentos acostados ao presente processo pelo autuante (folhas 48 a 108), evidenciam, com clareza, o surgimento da obrigação tributária, em decorrência da comprovação de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme acusam as cópias dos documentos fiscais acostadas ao presente processo.

Para tal, o autuante fez a identificação das notas caracterizadoras das infrações apontadas, além da data do fato, tudo devidamente acompanhado de demonstrativo da relação dos documentos fiscais comprobatórios da ocorrência das operações.

Desincumbiu-se, assim, do seu ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador, constitutivo do seu direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

A impugnante não negou o fato narrado, ou seja, a entrada de mercadorias oriundas de outras unidades federativas. Alega, porém, que “*na saída de material promocional do estabelecimento encomendante com destino ao de seu cliente para distribuição gratuita, não há sujeição do ICMS*”, ou seja, atribui uma qualificação jurídica ao fato, posto sob exame, que, se aceita, teria o condão de ilidir toda a tributação que se pretende fazer recair sobre a operação.

Da análise dos autos, emerge a sensação de que a autuada incorreu em equívoco ao defender a tese da não-incidência do imposto nas saídas de material promocional, pois não foi este o foco da autuação, conforme pode ser atestado pelas descrição da infração 05, à folha 02, abaixo reproduzida:

“Infração 05 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, ...”

Ora, como se pode depreender, a operação autuada não foi a saída do material promocional do estabelecimento da impugnante, mas o seu momento anterior, traduzido pela sua aquisição a empresas sediadas em outras unidades da federação.

Não se discute, portanto, a não-incidência do imposto nas saídas subsequentes, haja vista tratar-se de mera distribuição gratuita, sem finalidade de comercialização, em conformidade com o entendimento exarado pelo Parecer DITRI 01616/2011, cuja cópia se encontra acostada ao processo (folha 276). A questão que está posta é a saída onerosa desses produtos, oriundos de empresas comercializadoras e com destino ao estabelecimento autuado.

Nesse sentido, não há qualquer divergência, já que até mesmo o Parecer citado, a essas operações se reporta, enquadrando-as no campo de incidência do tributo estadual, conforme se depreende da leitura do trecho abaixo:

*“...
Entretanto, tais produtos (material promocional) são considerados materiais de uso e consumo, **cujas operações de entrada no estabelecimento do contribuinte são tributadas** (grifo acrescido) e não geram direito ao crédito.
...”*

Esse é também o entendimento consagrado na Consulta 212/94 (folha 277), cujo trecho destaco abaixo a título ilustrativo:

*“...
Quanto ao diferencial de alíquota, tem-se que a aquisição dos bens referidos, pela Consulente, em operação interestadual, enquadra-se no disposto no art. 3º, inciso II, da Lei 8933/89 (art. 435, II, do RICMS), pois não se destinam à comercialização subsequente; portanto, **devido é o pagamento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual** (grifo acrescido).”*

Assim, considerando que os fatos narrados não foram objeto de contestação, bem como considerando todo o conjunto probatório acostado aos autos, entendo estar caracterizada a falta de recolhimento do imposto devido sobre as aquisições de material promocional junto a empresas sediadas em outras unidades da federação.

Quanto à Nota Fiscal nº 13172, cuja cópia se encontra à folha 119, o valor unitário a ser considerado para fins de lançamento do imposto é R\$ 2,9540, em conformidade com a informação constante do documento referido, na coluna “V. UNITÁRIO”, em sua linha única.

Eventual erro na emissão do documento fiscal deve ser objeto de correção, na forma própria, em conformidade com o que prevê a legislação estadual reguladora da matéria, de forma que o contribuinte deve observar, para estorno do débito fiscal, as regras previstas no artigo 112 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos, conforme abaixo, *in verbis*:

“Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

...

§ 4º *O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.*
..."

Assim, o erro observado no destaque indevido do imposto não pode ser objeto de estorno ou anulação na escrita da impugnante, pois se refere a ICMS destacado em documento fiscal, incorrendo na vedação do caput do art. 112, acima transcrita. Muito menos pode ser ignorado quando da apuração do imposto a pagar. A autuada, precisa, nos termos do seu § 4º, encaminhar pedido de restituição à repartição fazendária.

Assim, não procede a alegação da autuada no sentido de que houve erro na emissão do documento fiscal referido e que, por isso, outro deveria ser o valor do imposto a se considerar. Entendo, por conseguinte, restar caracterizada a infração 5.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279467.0022/13-0, lavrado contra **COSTA NETO & CIA. LTDA. (COSTA BETO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.474,42**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "b", "d" e "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$963,70**, prevista nos incisos XIII-A, "i" e XVIII, "c", alteradas, respectivamente, pelas Leis nºs 10.847/07 e 8.534/02, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR