

A. I. N° - 206969.3000/16-1
AUTUADO - PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFACIL ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.02.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0002-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR ATIVO IMOBILIZADO. Comprovadas que muitas operações dizem respeito a remessas de material promocional a infração é procedente em parte; b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuante em sede de informação fiscal retira do lançamento as notas fiscais comprovadamente destinadas a brindes. Infração procedente em parte. c) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE IMPOSTO. Somente se admite o crédito fiscal proporcional quando as saídas subsequentes forem beneficiadas com redução de base de cálculo. Excluídas as mercadorias destinadas a distribuição de brindes. Infração mantida em parte. d) DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Não tendo o sujeito passivo trazido elemento de prova para desconstituir o lançamento, a infração fica mantida. e) UTILIZAÇÃO A MAIOR DE CRÉDITO PROVENIENTE DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Infração não contestada. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. a) DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. Infração não contestada. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. O sujeito passivo não comprovou os recolhimentos que disse ter realizado. Infração mantida. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Diante do fato das operações se reportarem a remessas de material promocional, sem destaque de imposto, a infração é improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de junho de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$159.064,44, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 01.02.01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de R\$3.770,51, ocorrência constatada nos meses de janeiro, março, maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 2. 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, totalizando R\$81.756,43.

INFRAÇÃO 3. 01.02.26. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, de

R\$8.321,45, para fatos verificados nos meses de março, abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2012, julho a setembro, novembro e dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 4. 01.02.41. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de abril, junho a setembro de 2013, no montante de R\$1.422,90.

INFRAÇÃO 5. 01.02.74. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, no mês de novembro de 2013, resultando em cobrança de R\$24.310,48.

INFRAÇÃO 6. 03.01.01. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de abril de 2012 e fevereiro de 2013, no valor de R\$152,05.

INFRAÇÃO 7. 06.01.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, em R\$1.851,99, nos meses de janeiro, março, outubro e dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 8. 07.01.02. 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, no total de R\$37.478,63, relativo aos meses de janeiro, outubro e novembro de 2013. Consta a indicação de que “... a apuração desta fiscalização já considerou os valores já cobrados por meio do PAF 800000.0205/15-3, Débito Declarado, datado de 28/04/2015”.

A empresa autuada, por meio de seu advogado apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 258 a 263, onde argui em sua defesa que a autuante cometeu diversos equívocos que serão demonstrados, para que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração.

Para a infração 01 que diz respeito à utilização indevida do crédito fiscal relativo à aquisição de bens do ativo imobilizado, deve ser anulada por não descrever adequadamente o fato ocorrido, uma vez que se tratam das entradas por mera remessa para posterior entrega aos varejistas, reais destinatários, de material para merchandising.

Nesses casos entende não ser possível ser cobrado o diferencial de alíquotas, conforme jurisprudência deste CONSEF, uma vez que não há aquisição das referidas mercadorias, ou seja, não há transmissão de propriedade, mencionando o Acórdão CJF Nº 0299-12/13, consoante Ementa transcrita.

Quanto à Infração 02, segundo a autuante foi utilizado indevidamente crédito fiscal de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Neste particular, algumas situações podem ser verificadas. No ano de 2012, os créditos indevidos referem-se à aquisição de bicicletas e balanças digitais, cujo crédito tributário foi aproveitado e a saída posterior foi tributada, uma vez que se tratam de brindes, cumprindo o que dispõe a legislação tributária no artigo 388 e seguintes do RICMS 2012. A saída tributada dos referidos itens é demonstrada por planilha anexa à presente defesa.

Quanto ao ano de 2013, nota que apesar do crédito indevido na entrada, um erro de procedimento do contribuinte levou à tributação dos respectivos itens na saída posterior, razão pela qual deve ser reconstruída a escrituração fiscal a fim de verificar, observando princípio da verdade material, qual foi, de fato, a dimensão da suposta falta de recolhimento de tributos, uma vez que os débitos na saída podem compensar os créditos indevidamente tomados. Os itens e notas fiscais de saídas em quais ocorreram tais situações estão demonstradas em planilha anexa.

Na infração 3, esclarece tratar-se da falta de estorno do crédito maior que 10% nas aquisições de mercadorias saídas com redução de base de cálculo, e verificando o Anexo 01-02-26 nota a cobrança em relação ao aproveitamento integral de créditos relativamente a brindes, cujo crédito é aproveitado integralmente e a saída posterior também é tributada, razão pela qual tais notas fiscais deverão ser excluídas.

Relativamente à Infração 4, diz tratar-se também, de suposto aproveitamento a maior de crédito fiscal, porém sem razão em todas as notas o crédito aproveitado ocorre à alíquota de 4% ou 7%. Em alguns casos, todavia, foi aproveitado à alíquota de 17% quanto à entrada de brindes (notebook e fogão), cujas saídas ocorrem, também, com alíquota de 17%.

Quanto a infração 8, cobra-se ICMS por antecipação tributária supostamente não recolhido nos meses de janeiro/2013, outubro/2013 e novembro/2013. Nesta hipótese, a infração não dispõe de liquidez e certeza, uma vez que se deixou de computar uma série de pagamentos feitos a título de ICMS ST, cujos comprovantes afirmam estar juntando nessa oportunidade.

Desta forma, pleiteia, pelos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, que seja acolhida a impugnação para julgar parcialmente procedente o lançamento.

Requer, ainda, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Informação fiscal constante às fls. 279 a 283v esclarece, após breve histórico dos fatos, que a defesa não juntou nenhuma planilha ou demonstrativo impresso, tendo juntado apenas sete DAEs de recolhimento de ICMS código de receita 1145 e 1187, impressos por intermédio do site da SEFAZ, e um CD contendo arquivos de planilhas diversas (fornecidas pela autuante e/ou fornecidas pela autuante e alteradas pelo contribuinte). Contestou as infrações 1, 2, 3, 4, 7 (juntamente com a 1) e 8, não se manifestando quanto às infrações 5 e 6.

Assevera ter agido em perfeita consonância com a legislação durante toda a ação fiscal, sendo entregues ao contribuinte cópias de todos os demonstrativos/planilhas e documentos anexos ao Auto de Infração (no ato da sua científicação), sendo observados todos os requisitos de validade da ação fiscal e do lançamento. Além disso, atendendo pedido do contribuinte, foram entregues ao mesmo CD com cópia de todas as planilhas/demonstrativos anexos ao auto em arquivo Excel.

Após transcrever as infrações, observa que como pode ser visto na “planilha” juntada pela defesa (apenas em arquivo no CD datado de 12/08/2016) o contribuinte utilizou a planilha fornecida pela autuante e marcou, com fundo de cor amarela, as colunas “CredIndev.” e “VI.DIFAL” e acrescentou a coluna “Observações da Defesa”.

Já o Anexo_01_02_01 (fl. 10), que é o demonstrativo feito pela autuante, contém todas as informações para identificar as operações, como os dados do documento fiscal e o registro na Escrita Fiscal Digital: “Linha, LinhaPai, Arquivo, Ano, Mês, NmDoc, Ser. CodMod, Dta, UF, CNPJ, CFOP, NumItem, CodItem, DescrItem, VIBcIcms, AliqOper, AliqInterna, VIICMS, CredIndev, % DIFAL, RegOrig e Observação”. Está comprovado a utilização indevida de crédito de ICMS pela aquisição de bens/mercadorias para o ativo imobilizado/ou uso; o crédito é indevido (Infração 01) e o valor do Diferencial de Alíquota é devido (Infração 07).

Garante que as descrições das infrações estão claras, são mercadorias destinadas ao ativo do contribuinte, tendo as entradas sido escrituradas com CFOP 2910, 1910 e 1102. O contribuinte deu entrada nas mercadorias e utilizou o crédito de ICMS, indevidamente, em sua escrita fiscal. São expositores de mercadorias, máquinas de café, televisores, fogão e notebooks. Essas não são mercadorias para revenda do contribuinte, são para seu ativo imobilizado – não são “mera remessa” para “merchandising”, como diz a defesa (fls. 261), e nesta condição, são mercadorias/produtos adquiridos para o ativo, o crédito foi utilizado indevidamente e não foi recolhido o ICMS correspondente ao diferencial de alíquota.

O julgado citado pela defesa nada tem a ver com o fato objeto das infrações 1 e 7 do Auto de Infração em questão, além do que as descrições das infrações estão claras, sendo mercadorias destinadas ao ativo do contribuinte, fato está devidamente demonstrado e comprovado pelos “Anexos_01_02_01 e 06-01-01” e amostra dos documentos fiscais (fls. 01, 03/04 e 10/12). Logo, não há que se falar em anulação das infrações. Mantém integralmente a autuação.

Na infração 2, acata o argumento da defesa quando alega que no ano de 2012 os créditos indevidos referem-se à aquisição de bicicletas e balanças digitais, que o crédito foi aproveitado nas

entradas e as saídas posteriores teriam sido tributadas, pois seriam “brindes”, que a saída tributada estaria demonstrada por planilha anexa à defesa. Entretanto, não há nenhuma planilha impressa anexa à defesa, apenas foi acrescentada uma planilha (em 02/09/2016) ao arquivo fornecido pela autuante em 09/08/16.

Assim, solicita seja excluído do demonstrativo “Anexo_01_02_06” o período de março de 2012 (onde constam as bicicletas e balanças) no valor total de crédito indevido de R\$1.126,00 (fl. 02 e 13), apenas. Mantém inalterados os demais itens.

Quanto a 2013, posiciona-se no sentido de que não deve ser acatada a alegação da defesa de que teria utilizado o crédito indevido, por erro de procedimento do contribuinte que teria levado à tributação dos respectivos itens na saída posterior, bem como não é razão para ser reconstruída a escrituração fiscal, como quer a defesa. A Lei é geral e deve ser aplicada a todos, não pode o contribuinte escolher como proceder se a Lei veta essa escolha, pois a substituição tributária encerra a fase de tributação, sendo vetado o uso do crédito pelas entradas dessas mercadorias para revenda.

Aduz que o demonstrativo “Anexo_01_02_06” referente a 2013, contém todas as informações para identificar as operações e seu registro na Escrita Fiscal Digital do contribuinte: Linha, LinhaPai, Arquivo, Mês, NumDoc, Ser, CodMod, Dta, UF, CNPJ, CFOP, NumItem, CodItem, DescItem, VIBcIcms, Alíquota, VIICMS, CredInd, RegOrig; além de cópia dos documentos fiscais ali relacionados – amostra - (fls. 14 a 44), não havendo nenhuma retificação a ser feita.

A assertiva defensiva de que os itens e notas fiscais de saídas em que ocorreram tais situações estariam demonstrados em planilha que apresenta, também não se sustenta, pois não há nenhuma planilha anexa à mesma, apenas sendo acrescentada planilha denominada “DEBITOS COLETADOS NO SISTEMA” ao arquivo (em CD) fornecido inicialmente, com informações apenas dos documentos fiscais (NF-e), sem nenhuma informação e comprovação da escrituração fiscal desses documentos, como se vê no referido arquivo. As informações são: “CNPJ, COD PROD, PRODUTO, DATA DA NF, MÊS, NOTA, SÉRIE, QUANTIDADE, PRC UNIT, VALOR, BASE CAL ICMS, VALOR DEBITADO, CFOP, AQUIQ”.

Conforme já informado em relação ao exercício de 2012, ocorre em relação a 2013, a Lei é geral e deve ser aplicada a todos, não pode o contribuinte escolher como proceder se a Lei veta essa escolha – a Substituição tributária encerra a fase de tributação, sendo vetado o uso do crédito pelas entradas dessas mercadorias para revenda. Infração mantida.

Dessa forma, após análise da planilha feita pelo contribuinte e suas alegações, retifica o demonstrativo referente ao exercício de 2012 com exclusão dos débitos referentes a balança digital e bicicletas no período de março/2012, conforme esclarecido acima, apresenta o seguinte Demonstrativo de Débito referente à Infração 2:

D. OCORR.	D. VECTO.	B. CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA (%)	V. HIST. INF. FISCAL	OBSERVAÇÃO
31/03/2012	09/04/2012	6.623,53	17	60	0,00	Defesa Parc/Alterado
31/12/2012	09/01/2013	6.919,06	17	60	1.176,24	Defesa Parc/Mantido
31/01/2013	09/02/2013	3.928,18	17	60	667,79	Defesa Parc/Mantido
28/02/2013	09/03/2013	9.022,12	17	60	1.533,76	Defesa Parc/Mantido
31/03/2013	09/04/2013	1.274,41	17	60	216,65	Defesa Parc/Mantido
30/04/2013	09/05/2013	32.066,88	17	60	5.451,37	Defesa Parc/Mantido
31/05/2013	09/06/2013	759,12	17	60	129,05	Defesa Parc/Mantido
30/06/2013	09/07/2013	38.529,00	17	60	6.549,93	Defesa Parc/Mantido
31/07/2013	09/08/2013	34.570,53	17	60	5.876,99	Defesa Parc/Mantido
31/08/2013	09/09/2013	48.181,71	17	60	8.190,89	Defesa Parc/Mantido
30/09/2013	09/10/2013	46.272,65	17	60	7.866,35	Defesa Parc/Mantido
31/10/2013	09/11/2013	44.705,35	17	60	7.599,91	Defesa Parc/Mantido
30/11/2013	09/12/2013	78.366,59	17	60	13.322,32	Defesa Parc/Mantido
31/12/2013	09/01/2014	129.701,06	17	60	22.049,18	Defesa Parc/Mantido
TOTAL					80.630,43	Alterado

Após considerar a planilha em CD e argumentos apresentados pela Defesa e retificar os levantamentos fiscais (exclusão do período de março/2012, apenas), o valor histórico total da infração passa para R\$80.630,43.

Para a infração 3, fala que, contrariamente ao argumento da defesa, não se trata de “falta de estorno de crédito maior que 10% nas aquisições de mercadorias saídas com redução de base de cálculo”, observando não ter sido juntado nenhum documento ou demonstrativo que comprovasse a alegação da defesa de que parte das mercadorias seriam brindes, sequer apresentou documento da suposta saída de brinde com tributação para justificar o uso do crédito integral nas respectivas entradas.

Aduz que no demonstrativo Anexo 01-02-26 referente a 2012 verifica-se entrada com CFOP 2910 e 2102 (em sua maioria). São mercadorias para revenda com benefício de redução da base de cálculo do imposto e não há comprovação de nenhuma saída dessas mercadorias (constantes da planilha) com tributação integral a título de brindes (fls. 45 a 61 que é amostra dos documentos fiscais), razão pela qual mantém a autuação.

No Demonstrativo “Anexo 01-02-26” referente a 2013 verifica entrada com CFOP 2910, 1102 e 2102 (em sua maioria). Como ocorreu em 2012, são mercadorias para revenda com benefício de redução da base de cálculo do imposto e não há comprovação de nenhuma saída dessas mercadorias (constantes da planilha) com tributação integral a título de brindes (fls. 62 a 73 que é amostra dos documentos fiscais). Autuação mantida.

Relativamente à infração 4, após pontuar que a defesa apenas diz não ter razão a autuação e que os créditos teriam sido utilizados corretamente, o que se vê no demonstrativo “Anexo_01_02_41” e cópias dos documentos fiscais (amostra de NF-e e/ou DANFES), foi utilizado crédito de ICMS a maior que o destacado nos documentos fiscais (fls. 74 a 82), sendo esse procedimento vetado pela Legislação, vez não poder o contribuinte utilizar crédito de ICMS não destacado no documento fiscal ou utilizar crédito a maior que o destacado no documento. A Infração está claramente descrita, demonstrada e comprovada. Mantém a autuação.

Na infração 8, destaca que já considerou os valores que foram cobrados por meio do PAF 8000000205153, Débito Declarado datado de 28/04/2015 e dos documentos anexados pela defesa, o DAE no valor de R\$4.620,61 (fl. 265), já foi considerado no demonstrativo “Anexo_07-01-02”, (fl. 85) com a informação “Relação DAEs”, pois o valor consta da Relação de DAEs – Ano 2013 (fl. 113).

Quanto aos demais DAEs anexados à defesa nos valores de R\$157,87, data pagamento 31/01/2013, pago no Banco do Brasil, Agência 3336, Empres. Jardins (fl. 266), e nos valores de R\$642,40, R\$632,89, R\$632,89, R\$632,89, e R\$10.759,21, todos com data de pagamento de 30/01/2013, pagos no Banco do Brasil, Agência 3132, Corporate Faria Lima (fls. 267 a 271), indica que os mesmos se referem a pagamentos por operações que não constam do Demonstrativo “Anexo_07-01-02” e, por isso, não podem ser utilizados para abater o quantum apurado pela autuante e devido pelo contribuinte.

Aponta o fato de somente constarem na planilha denominada “Anexo_07-01-02” os documentos fiscais para os quais não foi efetuado o pagamento devido, além de observar nos documentos juntados pela defesa (fls. 266 a 271) que os pagamentos foram efetuados nos dias 31 e 30/01/2013, respectivamente, na cidade de São Paulo – SP, sendo documentos que devem acompanhar a mercadoria. No demonstrativo observa que as entradas no mês de janeiro/2013 ocorreram nos dias 11, 14, e 23/01/2013, datas anteriores aos pagamentos efetuados em outra Unidade da Federação e, portanto, seria impossível que esses DAEs se referissem àquelas operações e acompanhassem aquelas mercadorias. Depois de janeiro só existem diferenças a recolher nos meses de outubro e novembro/2013. Portanto, conclui que os DAEs anexados pela defesa não se referem ao pagamento da substituição tributária de nenhum desses documentos relacionados no demonstrativo de fls. 85/88 e 89, motivo pelo qual mantém integralmente a autuação, ao entendimento de não haver nenhuma retificação a fazer.

Salienta que efetuou os levantamentos fiscais de acordo com a documentação apresentada pelo contribuinte para fiscalização e os dados contidos nos arquivos do pacote de fiscalização enviado pela SEFAZ (EFD, NF-e e CT-e, do contribuinte), estando os levantamentos fiscais detalhadamente demonstrados e em consonância com a legislação pertinente, anexados ao auto de infração e entregue cópia à Autuada. O lançamento atende a todos os requisitos de validade, as infrações estão correta e claramente descritas no auto, demonstradas e comprovadas. Esclarece que analisou e esclareceu cada argumentação, planilha (em CD) e documento anexado à defesa, e mantém integralmente a autuação referente as Infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 e solicita a retificação da Infração 2, na forma e valores supra esclarecidos.

Reitera que o lançamento atende a todos os requisitos legais de validade, tendo sido lavrado em estrita conformidade com a legislação aplicável, e resume a análise apontando:

- Infração 1: Contestada pela Defesa. Mantida integralmente;
- Infração 2: Contestada pela Defesa. Autuante acatou parcialmente a Defesa e solicita retificação parcial, restando a recolher o valor de R\$80.630,43;
- *Infração 3*: Contestada pela Defesa. Mantida integralmente;
- Infração 4: Contestada pela Defesa. Mantida integralmente;
- Infração 5: Não contestada pela Defesa. Mantida integralmente;
- Infração 6: Não contestada pela Defesa. Mantida integralmente;
- Infração 7: Contestada pela Defesa (juntamente com a Infração 01). Mantida integralmente; e
- Infração 8: Contestada pela Defesa. Mantida integralmente.

Em conclusão, mantém integralmente a autuação referente as Infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 e solicita a retificação das Infração 2, na forma e valores supra informados, e espera seja o Auto de Infração julgado procedente, nos termos da Informação Fiscal.

VOTO

O lançamento constitui-se em oito infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de defesa por parte da empresa autuada as de número 1, 2, 3, 4, 7 e 8.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações trazendo fatos e documentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, colocando seus argumentos com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Pelo fato das infrações 5 e 6 não terem sido objeto de qualquer contestação, são tidas como procedentes. Passo a analisar, pois, as infrações impugnadas.

As infrações 1 e 7 guardam relação e por tal razão serão analisadas conjuntamente. A primeira, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal relativo a bens adquiridos para integração ao ativo imobilizado, ao passo que a segunda reporta falta de recolhimento do diferencial de alíquota, nas aquisições, em operações interestaduais, de bens destinados ao ativo fixo.

A alegação defensiva é a de que tais operações decorrem de remessa de bens para posterior entrega a varejistas, para fins de merchandising, invocando decisão deste órgão no mesmo sentido.

Contrariamente ao contido na defesa, a descrição do fato ocorrido encontra-se correta, e corresponde ao efetivamente constatado pela fiscalização, razão pela qual tal argumento não pode ser acolhido.

O demonstrativo das infrações 1 e 7 foi elaborado conjuntamente, e encontra-se à fl. 10 dos autos. Foram apensadas pela autuante, apenas duas notas fiscais a título de “amostragem”, no sentido de comprovar as mesmas, o que num primeiro momento dificulta o trabalho do julgador, pois como aqueles que analisarão o feito não conhecem os motivadores da autuação, precisariam de todos os documentos para verificação dos argumentos postos no lançamento, tanto pela empresa, como pela autuante.

Da análise de tais elementos, verifico que o documento de fl. 11, qual seja a Nota Fiscal nº 69.336, emitida em 07 de dezembro de 2012, tem como natureza da operação “remessa de material promocional”, constando nas informações complementares tratar-se de “material de propriedade da empresa Nutrimental S/A Indústria e Comércio de Alimentos”, inclusive sem destaque de ICMS, o que ampara a tese defensiva.

Nota que em momento algum tal documento indica o CFOP 2910 tal como indicado no demonstrativo de fl. 10, que se reporta a entrada interestadual de mercadorias recebidas a título de doação, bonificação e brindes. No caso acima mencionado, a operação realizada não se refere a nenhum de tais tipos.

Já a Nota Fiscal de fl. 12, com número 2.743, emitida em 23 de novembro de 2012 diz respeito a operação de “entrega futura”, também sem destaque do ICMS, referente a expositores, o que da mesma forma concede base ao argumento da defesa.

Em direito, a regra geral é a de que cabe a quem acusa, provar, o que neste caso, não ocorreu de forma completa, por parte da autuante, inclusive leva a pairar sobre a infração 1 a inseurança acerca da mesma, além do infrator. Todavia, diante da regra do artigo 155 § único do RPAF/99, e diante dos elementos presentes no feito, supero a nulidade e entendo improcedentes a acusação relativa aquelas notas fiscais com CFOP 1.910 e 2.910.

No mesmo demonstrativo, observo, ainda, que exceto as Notas Fiscais (5.852, 2.850, 199.383, 195.537 e 199.380), que se referem a operações com CFOP 1102 (entradas internas de mercadorias adquiridas para comercialização), as demais operações a rigor não seriam compatíveis com a acusação.

Desta forma, e por tal razão, apenas estas notas fiscais acima mencionadas poderiam ser objeto de lançamento na primeira infração, ao passo que a infração 7 se tornaria improcedente.

Assim, remanescem na infração 01 as seguintes ocorrências e valores:

MÊS	ICMS R\$	TOTAL
05/2013	339,83	339,83
10/2013	69,93	69,93
12/2013	28,19	664,01
TOTAL DA INFRAÇÃO 1		1.073,77

Quanto à infração 2, a tese defensiva é a de que no ano de 2012 o lançamento ocorreu frente a aquisições de bicicletas e balanças digitais destinadas a brindes, sendo legítima a apuração do crédito fiscal, vez ter agido em conformidade com a legislação.

Neste ponto, a autuante, após análise dos argumentos e documentos presentes nos autos, concorda com a tese do sujeito passivo e retira do demonstrativo de fl. 13 as Notas Fiscais nºs 11.921, 12.668 e 12.669 arroladas no mês de março de 2012, cuja ocorrência deixa de existir.

Em verdade, não poderia ser outra a postura adotada, frente as determinações contidas no RICMS/97 em vigor quando da ocorrência dos fatos geradores, especialmente ao teor do artigo 565, em seu inciso I, o qual determina o lançamento da nota fiscal da mercadoria adquirida para ser distribuída como brinde, com direito ao crédito do imposto destacado na mesma, tal qual o fez o

sujeito passivo, motivo pelo qual a exclusão encontra-se amparada na legislação e feita corretamente, motivo pelo qual concordo com a mesma.

Neste ponto, entendo pertinente transcrever o teor do Parecer DITRI 03635/2013 de 20/02/2013, cuja Ementa assim reza:

"ICMS. BRINDES. A aquisição dos brindes, seja através de operação interna ou interestadual, deve ser tributada pela alíquota interna prevista para o produto, com direito a crédito, não havendo porque se falar em diferença de alíquotas. DOAÇÕES E/OU BONIFICAÇÕES. Será devida a antecipação parcial ou a diferença de alíquotas, respectivamente, caso as mercadorias destinem-se à comercialização ou ao uso e consumo do estabelecimento". (grifos do relator)

O embasamento para tal entendimento é o que segue:

"De acordo com o art. 388 do RICMS-BA/2012, é considerado brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida com a finalidade de ser distribuída gratuitamente a cliente (consumidor ou usuário final). A aquisição dos brindes, seja através de operação interna ou interestadual, deve ser tributada pela alíquota interna prevista para o produto, ou seja, a alíquota cheia, com direito a crédito, não havendo porque se falar em diferença de alíquotas. A saída dos produtos será igualmente tributada pela alíquota interna, observando-se os procedimentos descritos no art. 389 do RICMS/BA, a saber: 'Art. 389. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: 'Emitida nos termos do art. 389 do RICMS';

III - lançar a nota fiscal referida no inciso II no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

§ 1º É dispensada a emissão de nota fiscal na entrega de brinde ao consumidor ou usuário final.

§ 2º O contribuinte que efetuar a remessa de brindes para distribuição fora do estabelecimento diretamente a consumidor final ou outro estabelecimento da mesma empresa, observará o seguinte: I - emitirá nota fiscal relativa a toda a remessa, sem destaque do ICMS, mencionando:

a) a natureza da operação: 'Remessa para distribuição de brindes';

b) o número, a série, a data da emissão e o valor da nota fiscal referida no inciso II deste artigo;

II - a nota fiscal referida no inciso I será lançada no Registro de Saídas apenas nas colunas relativas ao número, série, data e 'Observações'".

No tocante aos demais períodos, não pode prosperar a tese encampada pela defesa, tendo em vista que além de reconhecer ter efetivamente utilizado o crédito fiscal, como se depreende da assertiva "... apesar do crédito indevido na entrada, um erro de procedimento do contribuinte levou à tributação dos respectivos itens na saída posterior ...", em primeiro lugar, o contribuinte não comprovou tal argumento; em segundo lugar, caso tal fato tenha efetivamente ocorrido, o procedimento correto seria demonstrar o mesmo e postular o resarcimento dos valores eventualmente recolhidos a maior, junto ao órgão fazendário de sua circunscrição, em procedimento independente e apartado, não cabendo, ou podendo este Conselho de Fazenda determinar refazimento de conta corrente fiscal do contribuinte em tal hipótese.

Desta forma, a infração é parcialmente procedente, com a exclusão já analisada linhas acima, remanescedo um valor de R\$80.630,43, de acordo com o demonstrativo elaborado pela autuante, e transscrito acima quando do relato de sua informação fiscal, sendo alterado apenas o mês de março de 2012, cuja ocorrência desaparece.

Esclareço que diante dos ajustes realizados em sede de informação fiscal, entendi desnecessário remeter os autos para ciência e nova manifestação do autuado, diante da determinação contida no artigo 127, § 8º do RPAF/99, o qual dispensa a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

Na infração 3, a defesa argumenta a existência de cobrança em relação ao aproveitamento integral de créditos relativamente a brindes, cujo crédito é aproveitado integralmente e a saída

posterior também é tributada, razão pela qual tais notas fiscais deverão ser excluídas, ao passo que a autuante, mantém a autuação integralmente.

O uso do crédito fiscal, a menos que exista disposição normativa expressa em contrário, é vedado integralmente quando as saídas das mercadorias a ele relativas seja feita com redução de base de cálculo, isenção ou sejam mercadorias não tributadas, oportunidade na qual o crédito deve ser feito de forma proporcional, o que não ocorreu.

Observo, todavia, que no demonstrativo constante à fl. 45, constam as Notas Fiscais nºs 11.921, 12.668 e 12.669 com as mesmas mercadorias lançadas na infração 2 e em sede de informação fiscal, devidamente excluídas pela autuante, vez entender comprovado serem destinadas a brindes (bicicletas e balanças digitais). Logo, se foi feita a exclusão das mesmas na infração 2, evidentemente as mesmas por coerência, também deveriam ser excluídas desta infração, diante do fato de que sendo distribuídas aos clientes do estabelecimento como brindes, não há que se falar em redução de base de cálculo pela saída, diante das práticas estabelecidas nos artigos 565 e 566 do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores.

Desta forma, dispensando a realização de diligência para a realização dos necessários ajustes, diante de sua desnecessidade, frente à pequena quantidade de documentos, de ofício, faço a retificação da ocorrência do mês de março de 2012, acolhendo o argumento defensivo, ficando a infração reduzida naquele mês para R\$1.558,82 e o total da infração reduzido para R\$8.133,75. Infração procedente em parte, ficando alterado o seguinte período e valor: Mês 03/12, ICMS R\$1.558,82 e mantidos os demais valores e períodos.

Para a infração 4, a tese da defesa é a de utilização correta dos créditos destacados nos documentos fiscais, a 4% e 12% no que é contestada pela autuante que garante ter a empresa praticado os atos constantes da acusação.

O demonstrativo da infração encontra-se às fls. 74 a 76, ao passo que nas fls. 77 a 82 encontram-se notas fiscais juntadas pela autuante, para comprovação da mesma pela empresa.

Em tais documentos, se constata que se tratam de operações cujo crédito fiscal foi apropriado indevidamente a maior pelo sujeito passivo, o qual invoca ter procedido corretamente, todavia, não faz qualquer prova neste sentido, o que me faz manter a infração, nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais determinam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Na infração 8, a defesa apegue-se ao argumento de que a mesma não dispõe de liquidez e certeza, uma vez que se deixou de computar uma série de pagamentos feitos a título de ICMS ST, cujos comprovantes afirma estar juntando ao feito. Já a autuante, assegura ter computado todos os recolhimentos feitos pela empresa, e considerado processo de débito declarado, ainda assim persistindo a autuação.

Quanto a falta de liquidez e certeza invocada pela defesa, da mesma forma não posso dar guarida, diante do fato de que a autuante elaborou demonstrativo pormenorizado da mesma, tendo, inclusive, e isso foi devidamente registrado na acusação, considerado todos os pagamentos realizados pelo sujeito passivo, inclusive aqueles objeto de processo de débito declarado.

O demonstrativo da infração encontra-se encartado às fls. 85 a 88, nele constando o mês, a nota fiscal, com o respectivo CNPJ do emitente, a unidade da Federação, a NCM das mercadorias, sua descrição, o CFOP, o valor de cada item, a alíquota aplicada na origem, o valor do ICMS, a MVA, a base de cálculo da substituição tributária, o valor do imposto recolhido e o valor do imposto a recolher, caso devido.

A defesa acostou aos autos, espelho de alguns registros de arrecadação, extraídos do site da SEFAZ, os quais informam os dados do contribuinte, bem como o código da receita, a data e o

banco no qual foram realizados os pagamentos, o mês de referência e o valor das parcelas recolhidas a título de imposto, acréscimo moratório, multa, e o seu total (fls. 265 a 271).

Não há qualquer menção a que documentos fiscais os mesmos se reportam, o que prejudica a defesa, visto que tal informação somente constaria no corpo do documento originariamente emitido e recolhido. Diante do demonstrativo elaborado, tais elementos se mostram insuficientes para a desconstituição da infração, frente aos motivos acima expostos, o que fragiliza a argumentação defensiva, e faz com que a mesma não seja acolhida, ficando, por tal motivo, mantida a infração, tal como originalmente lançada.

Quanto ao pedido formulado para que a Procuradoria Geral do Estado agisse no feito como “*custos legis*”, impende-se afirmar que a previsão para a intervenção daquele órgão encontra-se no artigo 118 do RPAF/99, o qual determina as hipóteses nas quais pode a mesma intervir no processo.

Além disso, o artigo 137 do mesmo diploma assim dispõe:

“Art. 137. Compete ao relator, tanto na primeira como na segunda instância, avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções, devendo nesse sentido:
(...)”

II - solicitar a emissão de parecer da Procuradoria Geral do Estado, quando se tratar de questão eminentemente jurídica”.

No presente caso, inexiste questão jurídica a ser examinada, apenas e tão somente aspectos fáticos das operações realizadas, dependentes apenas e tão somente da respectiva prova documental, o que torna dispensável tal encaminhamento, e motiva o indeferimento do pedido formulado pela defesa.

Pelas razões expostas, julgo o lançamento procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

INFRAÇÕES	VLS. INICIAIS	VLS. JULGADOS	RESULTADO
01 - 01.02.01	3.770,51	1.073,77	PROCEDENTE EM PARTE
02 - 01.02.06	81.756,43	80.630,43	PROCEDENTE EM PARTE
03 - 01.02.26	8.321,45	8.133,75	PROCEDENTE EM PARTE
04 - 01.02.41	1.422,90	1.422,90	PROCEDENTE
05 - 01.02.74	24.310,48	24.310,48	PROCEDENTE
06 - 03.01.01	152,05	152,05	PROCEDENTE
07 - 06.01.01	1.851,99	0,00	IMPROCEDENTE
08 - 07.01.02	37.478,63	37.478,63	PROCEDENTE
TOTAIS	159.064,44	153.202,01	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206969.3000/16-1, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$153.202,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR