

A. I. Nº - 279463.3002/16-3
AUTUADO - V.S DISTRIBUIDORA LTDA. (DIMACOL)
AUTUANTE - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM IMPOSTO DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Na primeira infração, a defesa arguiu que as lâmpadas de “led” ingressaram na substituição tributária a partir de 01 de janeiro de 2016. Tal situação implicou na glosa do crédito da primeira infração e o lançamento na segunda, como sendo imposto devido por substituição tributária. Na segunda infração, o mesmo sucedeu com os brindes, que tiveram os créditos fiscais glosados. Em ambas as infrações, o autuante acolheu por inteiro os argumentos defensivos e alterou o demonstrativo. Infrações 1 e 2 procedentes em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2016, quanto foi lançado ICMS no valor total de R\$52.465,63, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária sendo lançado o valor de R\$28.292,71 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$24.174,92 acrescido da multa de 60%.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 68/78, quando diz reconhecer apenas parcialmente o Auto de Infração com fundamento nas matérias de fato e de direito, expostas como segue - que o lançamento é conexo com fato de ter efetuado a classificação de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária, como mercadorias tributadas do ICMS pelo regime normal. Entretanto, parte das mercadorias identificadas pelo autuante como sujeitas ao regime de substituição tributária foram efetivamente distribuídas como brindes, cuja operação deve obedecer aos termos do art. 388 do Decreto nº 13.780/2012.

Além disso, houve também o enquadramento de mercadorias adquiridas no ano-calendário de 2014 como sujeitas ao regime de substituição tributária; entretanto, determinado produto só entrou na lista de mercadorias sujeitas à substituição tributária, a partir dos eventos ocorridos após a data de 01/01/2016 por força do Decreto nº 16.499/2015.

As mercadorias objeto da fiscalização que são contestadas referente ao item 2 dessa impugnação (aquisição de mercadorias para distribuição de brindes) são conforme tabela indicada na tabela indicada na impugnação, no caso, referentes ao item 3 cuja substituição tributária só ocorreu a partir da vigência do Decreto nº 16.499/2015, ou seja a partir de 01/01/2016.

Os valores contestados, portanto, são R\$ 4.685,72 e R\$ 9.309,77, referente às infrações 1 e 2, respectivamente, totalizando o valor histórico de R\$13.995,49 (ver anexo 1 desta impugnação), que deve ser excluído do Auto de Infração.

Quanto aos brindes do item 2, segundo o art. 388 do Decreto nº 13.780/2012, “*Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final*”. Já a sistemática da substituição tributária prevista no art. 23 da Lei nº 7.014/1996, consiste na retenção do pagamento antecipado do imposto incidente nas saídas subseqüentes, envolvendo a mercadoria sujeita a essa sistemática de tributação, pressupondo, portanto: que haja nova ou novas etapas de comercialização da mercadoria; que seja estimado o valor final de venda da mercadoria (o que inclui a margem das diferentes etapas de comercialização) por um dos métodos previstos na legislação do imposto para definição da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Por sua vez, do conceito de brinde transcrito verifica-se: inexistência de nova etapa de comercialização da mercadoria caracterizada como brinde, o que por si só já impossibilitaria a aplicação da substituição tributária para essas mercadorias. A inexistência de valor final de venda dessa mercadoria em razão da sua distribuição a título gratuito, o que tornaria incompatível, para essa situação, a definição de base de cálculo do imposto devido por substituição tributária pelos métodos previsto na legislação do imposto.

Que a mercadoria caracterizada como brinde não constitui objeto normal da atividade do contribuinte; dos elementos expostos nos itens 7 e 8, percebe-se a incompatibilidade de aplicação da sistemática da substituição tributária às mercadorias caracterizadas como brindes. Dessa forma, com base no exposto, as mercadorias adquiridas, caracterizadas como brindes nos termos do art. 388 do Decreto nº 13.780/2012, aplica-se o tratamento tributário específico para distribuição de brindes, constante no artigo 389 do mesmo Decreto, transcrito abaixo:

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 do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”;

Nesse sentido, com base no inciso I do art. 389 do Decreto nº 13.780/2012, é incorreto o autuante glosar o direito ao crédito do imposto no valor de R\$3.939,84 destacado nos documentos fiscais de entrada, conforme fragmento abaixo, retirado da planilha demonstrativa da INFRAÇÃO 1, anexada ao auto pelo mesmo. Paralelamente, também é, com base no inciso II do art. 389 do Decreto nº 13.780/2012, é incorreto o autuante aplicar uma margem de valor adicionado (MVA) e cobrar o ICMS por substituição tributária no valor de R\$5.682,34, conforme fragmento abaixo, retirado da planilha demonstrativa da INFRAÇÃO 2 anexada ao auto pelo mesmo.

E para comprovar o efetivo cumprimento do inciso II, art. 389 do Decreto nº 13.780/2012, segue em anexos dessa impugnação, cópias das notas fiscais de saída dos brindes, com lançamento do imposto, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “*Emitida nos termos do art. 389 do RICMS*”, além da referência da nota de entrada origem da operação, conforme tabela indicada na impugnação.

Quanto ao item 3, as mercadorias levantadas pelo Autuante com NCM 8543.7099 referente a produtos do ano-calendário de 2014 só foram incluídas no rol dos produtos sujeitos a substituição tributária de ICMS a partir do de 01/01/2016 por força do Decreto nº 16.499/2015, conforme abaixo:

DECRETO Nº 16.499 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2015

Art. 1º O Anexo 1 do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, passa a vigorar com a redação dada pelo Anexo único deste decreto.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir 01 de janeiro de 2016.

ANEXO 1 MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

7.5 - 8543.70.99 Lâmpadas de LED (Diodos Emissores de Luz)

Nesse sentido, diz que é incorreto glosar o crédito das aquisições no valor de R\$745,88 e cobrar o ICMS substituição tributária no valor de R\$3.627,43, conforme tabela indicada. Portanto, conforme disposto nos tópicos supramencionados, o valor de R\$13.995,49 trata de cobrança indevida de ICMS e devem ser expurgados do Auto de Infração.

Como ficou claramente demonstrado e provado que o autuante cometeu erros no levantamento de parte da infração, pede que seja apreciado o presente recurso, culminando a reforma do Auto de Infração relativo aos pontos aqui tratados, eximindo a recorrente do pagamento do ICMS indevidamente cobrado.

Às fls. 103/105 o autuante prestou informação fiscal. Que quanto à primeira infração, as lâmpadas de “led” com a alteração da Lei nº 16.499/15, houve melhor detalhamento e que foram enquadradas na NCM 8543.7099 assistindo razão ao contribuinte e a infração foi parcialmente elidida.

Que na segunda, apesar das notas terem sido escrituradas com CFOP errado, levando a erro da fiscalização, ficou comprovado que efetivamente se trata de vendas e a infração foi parcialmente elidida. Pede pela procedência parcial com a exclusão dos itens objeto da devesa, conforme novo demonstrativo anexo.

Conforme justificativa prestada pelo Supervisor da IFEP Sul, fl. 43, não foi dada a ciência à autuada por conta do parágrafo 8º do art. 127 do RPAF, vez que o autuante acolheu na íntegra as alegações defensivas. Os comprovantes de quitação se encontram apensos às fls. 64/66.

VOTO

Trata-se de lançamento com duas infrações, a primeira por uso indevido de crédito fiscal, de mercadorias adquiridas com substituição tributária, e a segunda, por falta de antecipação tributária na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, de responsabilidade do sujeito passivo autuado. As infrações são conexas, já que a glosa do crédito das mercadorias na infração 1 também repercutiu no lançamento do imposto por substituição tributária na infração 2.

Na primeira infração, a defesa arguiu que as lâmpadas de “led” ingressaram na substituição tributária, com o advento do *DECRETO Nº 16.499 DE 23 DE DEZEMBRO DE 2015, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2016.* e os lançamentos no auto ocorreram em período anterior. Tal situação implicou na glosa do crédito da primeira infração e o lançamento na segunda, como sendo imposto devido por substituição tributária. Apresenta à fl. 72 as compras das lâmpadas cujo imposto repercutiu nas duas infrações. Não há dúvidas quanto à procedência da defesa, prontamente acatada pelo autuante. Infração 1 procedente em parte.

Na infração 2, além da repercussão de parte do lançamento na infração 1 das lâmpadas de “led”, sucedeu um erro também com os brindes, que tiveram os créditos fiscais glosados. Constata-se que entre as fls. 79 e 89, as notas fiscais das bicicletas se destinavam a brides, sem agregação de valor na saída. O autuante acolheu por inteiro os argumentos defensivos e alterou o demonstrativo. Infração 2 procedente em parte.

Conforme explicações do Supervisor, não foi dado vistas ao impugnante por conta da recepção integral dos argumentos defensivos. Às fls. 41/42 consta novo demonstrativo elaborado pelo

autuante, dos exercícos de 2013 e 2014 das infração 1 e 2, reproduzidos abaixo, ficando o Auto de Infração reduzido do valor original de R\$52.465,63 para R\$38.470,14.

INFRAÇÃO 1		INFRAÇÃO 2	
MÊS	ICMS	MÊS	ICMS
jan/13	614,87	jan/13	0,00
fev/13	836,28	fev/13	0,00
mar/13	701,51	mar/13	0,00
abr/13	814,47	abr/13	8,74
mai/13	661,05	mai/13	15,73
jun/13	994,30	jun/13	0,00
jul/13	380,13	jul/13	0,00
ago/13	414,04	ago/13	0,00
set/13	575,79	set/13	0,00
out/13	986,70	out/13	0,00
nov/13	311,12	nov/13	8,35
dez/13	655,93	dez/13	0,00
jan/14	1.221,52	jan/14	1.104,77
fev/14	712,15	fev/14	0,00
mar/14	1.566,49	mar/14	1.958,87
abr/14	2.214,34	abr/14	35,30
mai/14	934,52	mai/14	0,00
jun/14	356,22	jun/14	0,00
jul/14	3.031,27	jul/14	6.156,87
ago/14	436,04	ago/14	0,00
set/14	2.358,19	set/14	3.235,40
out/14	1.203,64	out/14	30,68
nov/14	846,31	nov/14	770,52
dez/14	778,11	dez/14	1.539,92
TOTAL	23.604,99	TOTAL	14.865,15

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 **279463.3002/16-3**, lavrado contra **V.S DISTRIBUIDORA LTDA. (DIMACOL)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.470,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos à Fazenda Pública.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA