

A. I. Nº - 299430.0001/17-3
AUTUADO - MULTIGLOBO LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09. 11. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Autuado elide parcialmente a autuação colacionando elementos comprobatórios dos pagamentos realizados tempestivamente. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou as alegações defensivas. Quanto à parcela remanescente da exigência fiscal a alegação defensiva não restou comprovada. Infração parcialmente subsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado reconhece parcialmente o cometimento da infração. Quanto às parcelas impugnadas sustenta que o lançamento é indevido, na medida em que o autuante desconsiderou o teor da Instrução Normativa nº 05/2016, a qual excepciona as preparações anti-solares do campo de incidência do adicional de 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Alegação defensiva é procedente. De fato, os protetores solares arrolados na autuação não estão sujeitas à incidência do adicional de 2%, na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96, cabendo a exclusão dos valores indevidamente exigidos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Alegação defensiva de que as operações objeto da autuação não correspondem à aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo da empresa, mas sim de brindes cuja circulação não se sujeita à incidência do ICMS não procede. Na realidade, verifica-se no demonstrativo elaborado pelo autuante que as mercadorias arroladas neste item da autuação têm a natureza e uso/consumo do estabelecimento ou ativo fixo, a exemplo de Split, microcomputador, teclado, mouse, display, faixa de gondola, dispenser, etc., e não de brindes. O autuado alega que efetuou o pagamento de parte do valor exigido neste item da autuação, porém, não comprova o alegado. Quanto à alegação defensiva atinente

a existência de notas fiscais arroladas na autuação que foram canceladas, o próprio autuante na Informação Fiscal acatou, acertadamente, o alegado pelo autuado e excluiu os valores do levantamento realizado, o que resultou na redução do valor exigido nesta infração. Infração parcialmente subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$134.073,11, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, abril a junho de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$20.865,16, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte creditou-se indevidamente de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo anexo;
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de junho a setembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$23.043,96, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, junho, agosto, outubro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.314,99, acrescido da multa de 60%;
4. 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, março, abril, junho a outubro e dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$42.311,52, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de registrar notas fiscais de entradas na aquisição de bens para consumo e para uso, bem como não recolheu a diferença de alíquota correspondente, conforme demonstrativos anexados;
5. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro, maio e junho de 2015, março, maio a julho, setembro a novembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.537,48, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 65 a 76). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre a ação fiscal. Reconhece como integralmente procedente as infrações 1 e 5 e parcialmente a infração 3, no que tange aos períodos de 28/02/2015 e 30/06/2015. Impugna as infrações 2 e 4 integralmente e a infração 3 parcialmente.

No que concerne à infração 1, esclarece que já providenciou o adimplemento dos créditos tributários constituídos através da adesão ao Parcelamento nº 5160170.

Quanto à infração 2, afirma que conforme os comprovantes de pagamento anexados (doc. 02), houve o adimplemento do ICMS exigido pela Fiscalização, razão pela qual não merece qualquer guarida.

Apresenta os seguintes esclarecimentos:

- ocorrência de 30/06/2016 - a Fiscalização apontou a falta de recolhimento de ICMS no valor histórico de R\$455,58, ao passo que a documentação acostada comprova o recolhimento, por parte da empresa, de um valor inclusive a mais de R\$ 498,09;
- ocorrência de 31/07/2016 - a Fiscalização apontou a falta de recolhimento de R\$ 1.068,85 (valor histórico) a título de ICMS, ao passo que a documentação acostada confirma o recolhimento, por parte da empresa, desta exata quantia de R\$ 1.068,85;
- ocorrência de 31/08/2016 - explicita a existência de um crédito de ICMS no valor de R\$ 2.729,29, enquanto a documentação que colacionou aponta o recolhimento de R\$ 2.729,29 no mesmo período;
- ocorrência de 30/09/2016 – diz que por erro escusável de prepostos, foram equivocadamente estornados em seu SPED os créditos de ICMS atinentes às Notas Fiscais nºs 125217, 8679, 8680, 8681, 8682, no valor de R\$ 18.790,24, circunstância responsável por gerar um saldo devedor a mais de R\$ 97.809,35 (doc. 03). Alega, no entanto, que promoveu a retificação de sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) do período de referência 09/2016, constando o seu correto saldo devedor, no caso R\$79.019,11, o qual se encontra parcelado no âmbito do PAF nº 8500000.6277/16-6.

Conclusivamente, diz que considerando que houve o adimplemento dos créditos exigidos pela Fiscalização, pleiteia a total improcedência da infração 2.

Quanto à infração 3, registra que reconhece a procedência dos créditos de ICMS relativamente às ocorrências de 28/02/2015 e de 30/06/2015, bem como informa o seu devido pagamento através da adesão ao Parcelamento nº. 5160170.

Quanto às demais ocorrências, no caso 31/08/2016, 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, diz que se percebe que o lançamento é indevido, na medida em que o autuante desconsiderou o teor da Instrução Normativa nº 05/2016, a qual excepciona as preparações anti-solares do campo de incidência do adicional de 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Explica que com o advento da Lei nº 12.030/10 foram promovidas diversas alterações na Lei nº 7.014/96, entre as quais a previsão do adicional de 2% à alíquota do ICMS em determinadas operações, sendo a receita oriunda deste adicional destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Reproduz os dispositivos da referida Lei que tratam da matéria (artigos 1º e 16-A). Assinala que regulamentando este dispositivo o Superintendente de Administração Tributária editou a Instrução Normativa nº 05/2016, enumerando os produtos considerados tais como cosméticos para fins de incidência do adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos termos do art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96. Reproduz a referida Instrução Normativa nº 05/2016.

Diz que se percebe que as preparações anti-solares, tais como o protetor solar, não são cosméticos para fins de incidência do adicional de 2%, na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, portanto, não se sujeitam ao referido adicional, consoante dispõe o art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

Alega que, no presente caso, em relação às ocorrências de 31/08/2016, 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, verifica-se que realizou saídas de preparações anti-solares (doc. 04), as quais não se submetem ao adicional de 2% previsto pela legislação estadual, pois, não são cosméticos para este fim.

Salienta, no entanto, que a Fiscalização concretizou o lançamento vergastado exigindo o recolhimento de ICMS, sob a alíquota de 20%, em face da comercialização de preparações anti-solares, ignorando que a empresa já havia recolhido a exação estadual sob a alíquota de 18%, bem como olvidando que as mercadorias comercializadas não se submetem ao adicional previsto pelo art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

Conclusivamente, diz que, justamente, por esta razão, pleiteia a improcedência da infração 3

quanto às ocorrências de 31/08/2016, 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016.

Relativamente à infração 4, assevera que as operações objeto da autuação não correspondem à aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo da empresa.

Afirma que, na realidade, consoante se depreende a partir dos documentos anexados (doc. 05), as mercadorias adquiridas constituem brindes, cuja circulação não se sujeita à incidência do ICMS.

Apresenta as seguintes explicações:

- segundo dispõe o art. 388 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780, “*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*”;
- em relação à aquisição de brindes e sua posterior distribuição ao consumidor final, por seu turno, o art. 399 prevê algumas formalidades, as quais constituem deveres impostos pela legislação estadual para permitir o controle e o acompanhamento de tais operações por parte do Estado da Bahia. Alega, contudo, que a existência dessas formalidades não infirma a seguinte conclusão: o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta ao consumidor final não se submete ao recolhimento do ICMS.
- diz que isso ocorre porque o ICMS tem por fato gerador a operação de circulação de mercadoria, entendendo-se por mercadoria o bem móvel sujeito à mercancia, ou seja, passível de comercialização. Acrescenta que, desse modo, como os brindes são dados de forma gratuita ao distribuidor, não podem sofrer a incidência do ICMS, já que simplesmente não se enquadram no conceito de mercadoria;
- salienta que visando estimular as vendas, tornou-se comum os fornecedores concederem, na modalidade de brindes, produtos de forma gratuita aos seus distribuidores. Diz que tal situação é denominada de bonificação em mercadoria, que é uma espécie de prêmio ou estímulo concedido pelos fornecedores aos seus distribuidores, com o objetivo de aumentar as vendas por meio da entrega não onerosa de determinados produtos;
- sustenta que, inegavelmente, a concessão de brindes não constitui uma legítima operação mercantil, já que ausente o elemento de mercancia, o qual é essencial para a sua configuração. Acrescenta que, justamente, por esta razão, é insubsistente a incidência do ICMS em face da aquisição destes produtos, sob pena de se transgredir a própria regra-matriz constitucional desta exação estadual;
- ressalta que a bonificação em mercadoria corresponde a um desconto incondicionado, uma vez que não se sujeita a qualquer condição, não dependendo, por exemplo, da ocorrência de qualquer evento futuro e incerto para que se concretize. Assevera que, também, por este motivo, resta indevida a incidência do ICMS na aquisição de brindes, pois, segundo dispõe o Enunciado nº 457 da Súmula do STJ, “*os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS*”;
- assegura que, no presente caso, ao adquirir bens que não constituem o objeto normal de sua atividade para distribuição direta ao consumidor final (brindes), a empresa não dispendeu qualquer valor, inexistindo, assim, uma operação mercantil capaz de legitimar a incidência do ICMS. Diz que, na realidade, a aquisição dessas mercadorias foi feita de forma gratuita, não sendo objeto de mercancia. Afirma que, desse modo, a operação encetada pela empresa não estaria sujeita ao campo de incidência do ICMS.

Diz que a Fiscalização equivocadamente classificou os brindes adquiridos pela empresa, tais como bens destinados ao ativo fixo e/ou consumo, promovendo o lançamento de ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais incidentes na aquisição de tais produtos, os quais reafirmam não se sujeitam ao campo de incidência do ICMS.

Conclusivamente, consigna que resta evidente a improcedência da infração 4.

Frisa que em homenagem ao princípio da eventualidade, caso este CONSEF repute correta a incidência do ICMS, em face da aquisição de brindes por parte da empresa, o que diz não acreditar, houve o pagamento parcial do ICMS exigido pela Fiscalização, bem como o equivocado lançamento em face de notas canceladas (doc. 06). Neste sentido, apresenta tabela a título exemplificativo, na qual indica a data de ocorrência, o valor histórico, o valor devido e as observações.

Conclusivamente, diz que, na remota hipótese deste CONSEF convalidar a incidência do ICMS em face da aquisição de brindes por parte da empresa, pugna pela procedência parcial da infração 4, a fim de que sejam excluídos da autuação os valores já adimplidos pela empresa, assim como os valores atinentes às notas canceladas.

No tocante à infração 5, registra que reconhece a procedência, razão pela qual já providenciou o adimplemento dos créditos tributários constituídos através da adesão ao Parcelamento nº 5160170.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- seja homologado o pagamento das infrações 1 e 5, assim como das ocorrências de 28/02/2015 e de 30/06/2015 da infração 3, posto que reconheceu a procedência destas infrações e já promoveu o adimplemento do crédito tributário constituído através da adesão ao Parcelamento nº 5160170;
- em relação às demais infrações, que este Conselho de Fazenda Estadual constata a evidente improcedência da cobrança materializada no Auto de Infração em tela.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 311 a 315). Esclarece que o trabalho fiscal foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFES) constantes no banco de dados da SEFAZ-BA, durante o primeiro trimestre de 2017, tendo resultado no Auto de Infração em questão. Registra que o autuado reconhece integralmente as infrações 1 e 5 e parcialmente a infração 3.

No que tange à infração 1, consigna que o impugnante alega que os valores cobrados foram recolhidos, conforme abaixo:

- sobre o valor de R\$455,58, relativo ao mês de junho/2016, informa o impugnante que esta diferença foi recolhida como adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza em 08/09/2016, num valor de R\$498,09. Diz o autuante que, na realidade, este valor pago foi estornado na mesma data, conforme sistema INC arrecadação que apresenta.

Frisa que na mesma data houve um novo registro de pagamento deste valor com outra classificação e sem indicar o mês de referência, conforme também apresenta.

Conclusivamente, diz que considerando o número de controle da SEFAZ/BA pode ser dito que se trata do mesmo pagamento;

- com relação aos valores de R\$1.068,85, de julho/2016, e R\$2.729,29, de agosto/2016, observa que o impugnante afirma que os pagou também via adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (fls. 104 e 106), com o qual concorda;
- já para o maior valor da infração de R\$18.790,24, do mês de setembro/2016, contesta a alegação defensiva, Diz que neste caso é obrigado a discordar da alegação do contribuinte, já que é na EFD que o contribuinte deve espelhar sua situação fiscal ao Fisco, consoante estabelece o artigo 247 do RICMS/BA, cuja reprodução apresenta.

Salienta que a EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, conforme Ajuste SINIEF 02/2009, substituindo os tradicionais livros fiscais até então utilizados pelos contribuintes do ICMS.

Assinala que o referido Ajuste SINIEF 2/2009, que instituiu a Escrituração Fiscal Digital - EFD, determina no § 2º da sua cláusula primeira que, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica da EFD, as informações fiscais “serão prestadas em arquivo digital com assinatura

digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil”.

Assevera que, assim sendo, nenhum demonstrativo ou arquivos secundários são capazes de substituir a EFD, nem mesmo a DMA, portanto, se realmente houve um erro na escrituração o contribuinte deveria, além de retificar a DMA, reenviar, principalmente, os arquivos da EFD com os ajustes necessários.

Conclusivamente, diz que, desse modo, a infração 2 passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

<i>Mes</i>	<i>Conf. AI</i>	<i>Redução</i>	<i>Novo Débito</i>
<i>jun/16</i>	<i>455,58</i>	<i>455,58</i>	<i>0,00</i>
<i>jul/16</i>	<i>1.068,85</i>	<i>1.068,85</i>	<i>0,00</i>
<i>ago/16</i>	<i>2.729,29</i>	<i>2.729,29</i>	<i>0,00</i>
<i>set/16</i>	<i>18.790,24</i>	<i>0,00</i>	<i>18.790,24</i>
Total	23.043,96	4.253,72	18.790,24

Relativamente à infração 3, observa que o impugnante alega que foram incluídos nos demonstrativos da infração itens que não constam da Instrução Normativa nº 05/2016, que diz respeito ao adicional de alíquota para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza nas operações com cosméticos.

Afirma, no entanto, que o impugnante se contradiz na medida em que estes mesmos produtos que ele alega não incidir o aduzido adicional foram por eles tributados em 20% (18% + 2%) no mesmo período do demonstrativo das infrações, isto é, agosto a dezembro/2016. Diz que basta verificar na EFD conforme cópia acostada à fl. 54 que são centenas de itens da mesma espécie que sofreram tal tributação. Apresenta como exemplo cópia de DANFEs com os produtos questionados.

No tocante à infração 4, observa que diz respeito à exigência do imposto referente à diferença de alíquotas nas aquisições/doações de produtos ao autuado, cujas notas fiscais eletrônicas não foram escrituradas.

Assevera que o impugnante tenta generalizar que tais itens se tratam de brindes, mas não faz prova desta assertiva, haja vista que tais produtos não foram registrados e, portanto, não tiveram o tratamento previsto no artigo 389 do RICMS/BA. Acrescenta que alguns itens, como Split, microcomputador, teclado, mouse, licença de software etc., não podem ser considerados como brinde para o autuado.

Salienta que de forma contraditória, o impugnante apresenta uma tabela na qual consta no campo “observações” que em alguns meses houve o pagamento do DIFAL, mesmo assim não faz prova do ocorrido.

Conclusivamente, diz que reduziu, apenas, o valor da infração nos meses de agosto a outubro de 2015, conforme tabela que apresenta abaixo, tendo em vista que restou comprovado que operações de notas fiscais eletrônicas não foram realizadas:

<i>Mês</i>	<i>Conf. AI</i>	<i>Redução</i>	<i>Novo Débito</i>
<i>ago/15</i>	<i>99,80</i>	<i>99,80</i>	<i>0,00</i>
<i>set/15</i>	<i>495,66</i>	<i>344,66</i>	<i>151,00</i>
<i>out/15</i>	<i>7.504,96</i>	<i>1.017,41</i>	<i>6.487,55</i>

Finaliza a peça informativa consignando que o PAF deve ser enviado diretamente ao CONSEF para análise e julgamento, tendo em vista o disposto no § 8º do artigo 127 do RPAF.

VOTO

A acusação fiscal de que cuida o lançamento de ofício em exame diz respeito a cinco condutas infracionais à legislação do ICMS imputadas ao autuado. Na defesa apresentada o impugnante consigna que reconhece integralmente as infrações 1 e 5, inclusive que providenciou o adimplemento dos créditos tributários constituídos mediante parcelamento.

No que tange às infrações 1 e 5, o reconhecimento pelo impugnante do cometimento das condutas infracionais apontadas, inclusive com o pagamento parcelado do valor do débito, confirma o acerto da autuação, sendo ambas as infrações procedentes.

Quanto à infração 2, o impugnante afirma que, conforme os comprovantes de pagamento anexados, houve o adimplemento do ICMS exigido na autuação, razão pela qual não merece qualquer guarida, conforme alegações que apresenta.

O autuante na Informação Fiscal acatou, acertadamente, as alegações defensivas atinentes às exigências dos períodos de 30/06/2016, 31/07/2006 e 31/08/2016, por restar comprovado o efetivo pagamento do valor exigido, conforme comprovantes acostados aos autos pelo impugnante, sendo indevida a autuação quanto a estes períodos.

No entanto, no que concerne à exigência remanescente referente ao período de ocorrência de 30/09/2016, no valor de R\$18.790,24, o autuante contesta as alegações defensivas e mantém a autuação.

Sustenta o autuante que a alegação do impugnante de que houve “erro escusável de prepostos”, que “equivocadamente estornaram em seu SPED os créditos de ICMS” de notas fiscais, bem como que também, “promoveu a retificação de sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA)”, “constatando seu correto saldo devedor”, não procede, haja vista que é na EFD que o contribuinte deve espelhar sua situação fiscal perante o Fisco, consoante estabelece o artigo 247 do RICMS/BA.

Afirma o autuante que nenhum demonstrativo ou arquivos secundários são capazes de substituir a EFD, nem mesmo a DMA, portanto, se realmente houve um erro na escrituração o contribuinte deveria, além de retificar a DMA, reenviar, principalmente, os arquivos da EFD com os ajustes necessários.

Efetivamente, o art. 247 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 estabelece que a *Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).*

O § 1º do mesmo dispositivo regulamentar, acima referido, determina que a *EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.*

Já o art. 248 do mesmo RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 dispõe que a *Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual.*

O § 2º do art. 251 do mesmo diploma regulamentar, estabelece que *não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.*

Diante das determinações acima referidas, resta evidente que assiste razão ao autuante quando diz que as providências necessárias para retificação deveriam ter sido adotadas pelo autuado antes do início da ação fiscal. Por cento que isto afastaria a autuação.

Entretanto, considerando as alegações do impugnante, inclusive na sessão de julgamento quando da sustentação oral de suas razões, os julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal analisaram os elementos apresentados pelo impugnante, bem como os registros existentes nos sistemas da SEFAZ/BA e concluíram que, de fato, as alegações defensivas não restaram comprovadas.

Isso porque, constata-se que não procede a alegação defensiva de que foram equivocadamente estornados em seu SPED os créditos de ICMS atinentes às Notas Fiscais nºs 125217, 8679, 8680, 8681,

8682, no valor de R\$18.790,24, o que teria gerado um saldo devedor a mais de R\$ 97.809,35 e que, inclusive, promoveu a retificação de sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) do período de referência 09/2016, constando o seu correto saldo devedor, no caso R\$79.019,11.

Na realidade, verifica-se da análise do relatório “REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS”, gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, a existência de divergência entre o alegado pelo impugnante e os dados constantes no referido relatório.

Nota-se claramente que o valor dos créditos referentes às entradas é igual ao valor do crédito apurado, porém, divergente do valor do crédito consignado na DMA e divergente do valor do ajuste a débito na EFD.

Diante disso, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$18.790,24, referente ao período de ocorrência de 30/09/2016.

Relativamente à infração 3, conforme já consignado acima, o impugnante reconheceu o cometimento da infração apenas quanto aos períodos de ocorrências de 28/02/2015 e de 30/06/2015, inclusive com o pagamento mediante adesão ao Parcelamento nº 5160170.

No tocante às demais ocorrências, ou seja, 31/08/2016, 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, sustenta que o lançamento é indevido, na medida em que o autuante desconsiderou o teor da Instrução Normativa nº 05/2016, a qual excepciona as preparações anti-solares do campo de incidência do adicional de 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O autuante contesta as alegações defensivas. Diz que o impugnante entra em contradição na medida em que estes mesmos produtos que ele alega não incidir o aduzido adicional de 2%, na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, foram por ele tributados em 20% (18% + 2%) no mesmo período do demonstrativo das infrações, isto é, agosto a dezembro/2016. Diz que basta verificar na EFD, conforme cópia acostada à fl. 54, que são centenas de itens da mesma espécie que sofreram tal tributação. Apresenta como exemplo cópia de DANFES com os produtos questionados.

Efetivamente, assiste razão ao impugnante quando sustenta que as preparações anti-solares, tais como o protetor solar, não estão sujeitas à incidência do adicional de 2%, na alíquota do ICMS, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

A Instrução Normativa nº 05/2016, editada pelo Superintendente de Administração Tributária, orienta sobre os produtos considerados como cosméticos para fins de incidência do adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos termos do art. 16-A, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.014/96, sendo possível concluir que os protetores solares arrolados na autuação não estão sujeitos a tal incidência, razão pela qual cabe a exclusão dos valores atinentes a tais mercadorias.

Cabe observar que o fato de o autuado ter realizado, equivocadamente, saídas dos protetores solares tributados com aplicação do adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, por si só, não justifica a exigência de saídas que não foram tributadas da mesma forma.

Diante disso, com a exclusão dos valores atinentes aos protetores solares esta infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$18.253,02, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. EXCLUÍDO (Anti-solar)	VLR. DEVIDO
FEV/2015	674,36	0,00	674,36
JUN/2015	251,69	0,00	251,69
AGO/2016	364,74	239,03	125,71
OUT/2016	18.137,19	5.878,79	12.258,40
NOV/2016	8.987,14	4.312,05	4.675,09

DEZ/2016	899,87	632,10	267,77
Total	29.314,99	11.061,97	18.253,02

Quanto à infração 4, o impugnante alega que as operações objeto da autuação não correspondem à aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo da empresa, mas sim brindes, cuja circulação não se sujeita à incidência do ICMS.

É cediço que os brindes, bonificações, descontos, premiações, ou mesmo doações são expedientes utilizados pelas empresas a fim de criar atrativos para manter e atrair novos clientes.

Não obstante estarem abrigadas sob o mesmo código de operação, em síntese, a operação de "bonificação" é diferente da operação denominada "brinde". No primeiro caso, a operação é efetuada com mercadoria normalmente comercializada pelo estabelecimento; os brindes, para serem assim considerados, não podem fazer parte ou constituir objeto normal da atividade da empresa. Não há brinde com mercadoria de estoque do estabelecimento.

No presente caso, a exigência fiscal diz respeito à exigência do ICMS referente a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, portanto, não se tratando de exigência fiscal atinente a brindes ou bonificação.

Na realidade, verifica-se no demonstrativo elaborado pelo autuante que as mercadorias arroladas neste item da autuação têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento ou ativo fixo, a exemplo de Split, microcomputador, teclado, mouse, display, faixa de gondola, dispenser, etc., não sendo, desse modo, e não de brindes ou bonificação.

Observe que o registro feito pelo autuante no sentido de que o impugnante apresenta uma tabela na qual consta no campo "observações" que em alguns meses houve o pagamento do DIFAL, contudo, não colaciona qualquer comprovação dos aludidos pagamentos, de fato, procede. O autuado alegou que efetuou o pagamento de parte do valor exigido neste item da autuação, porém, não comprova o alegado. Vale consignar que, se efetivamente o impugnante comprovasse que os alegados pagamentos se referem aos mesmos documentos fiscais arrolados na autuação, caberia sim a consideração para redução do valor do débito.

Constato que o autuante, de forma incorreta, acatou a alegação defensiva atinente às notas fiscais eletrônicas cujas operações não se concretizaram, o que resultou na redução do valor exigido nos meses de setembro e outubro de 2015, para R\$151,00 e R\$6.487,55, respectivamente, e exclusão do valor total exigido no mês de agosto de 2015, permanecendo a exigência quanto aos demais meses originariamente apontados no Auto de Infração.

Diante disso, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$40.949,45.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado. Assim, o montante do Auto de Infração é a seguinte configuração:

INF.	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	20.865,16	20.865,16	60%	RECONHECIDA
02	23.043,96	18.790,24	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	29.314,99	18.253,02	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	42.311,52	40.949,45	60%	PROCEDENTE EM PARTE
05	18.537,48	18.537,48	60%	RECONHECIDA
Total	134.073,11	117.395,35		

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 **299430.0001/17-3**, lavrado contra **MULTIGLOBO LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$117.395,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI DA SILVA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR