

PROCESSO - A. I. Nº 206969.3000/16-1
RECORRENTE - PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0002-05/17
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-11/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração ora apreciado, o qual 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 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”.

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência em Parte pelos seguintes fundamentos abaixo colacionados:

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 Nutritional S/A Indústria e Comércio de Alimentos”, inclusive sem destaque de ICMS, o que ampara a tese defensiva.

Noto 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 insegurança acerca da mesma,

além do infrator. Todavia, diante da regra do artigo 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 199.3800), 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	111,44	167,16	357,22	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 do emitente 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 ressarcimento 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, remanescendo um valor de R\$80.630,43, de acordo com o demonstrativo elaborado pela autuante, e transcrito 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.

Observe, 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 apega-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, inexistente 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	

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de primeira instância, pelos seguintes argumentos:

Após tecer um breve relato dos fatos, informa a tempestividade da peça recursal.

No mérito, a infração 1 cobra ICMS pela suposta utilização indevida de crédito fiscal pela aquisição de bens do ativo imobilizado.

A infração 07 foi julgada Improcedente pela Junta de Julgamento Fiscal, não cabendo outras considerações nessa oportunidade.

Afirma que a infração 1 versa sobre entrada por mera remessa para posterior entrega aos varejistas, reais destinatários, de material para merchandising. Nesses casos, não poderá 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.

Cita ementa do Acórdão CJF nº 0299-12/13 da 2ª CJF sobre a matéria.

Pontua que o voto condutor amparou a argumentação defensiva em relação a partes das notas fiscais constantes nos demonstrativos, em especial, aquelas registradas pelo sujeito passivo com CFOP 1.910 e 2.910, porém comete equívoco por manter a infração relativamente às Notas Fiscais nºs 5.852, 2.850, 199.383, 195.537 e 199.380, uma vez que contém CFOP 1102.

Salienta que sobre tais notas fiscais não procede a acusação, haja vista que por sua natureza não são passíveis de serem comercializadas pela Impugnante que registrou em erro as notas fiscais em referência fazendo constar o CFOP 1102, quando na verdade se tratam de televisores e máquinas de café que são entregues aos seus clientes varejistas para realizarem ações promocionais.

Quanto à infração 2, informa que 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 trata de brindes, cumprindo o que dispõe a legislação tributária no art. 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, aduz 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.

Não concorda com o entendimento da Junta de que tais argumentos não foram comprovados, tendo em vista as planilhas acostadas aos autos e o dever de investigação que cabe ao Julgador administrativo – a quem o RPAF oferece a possibilidade de requerer diligências por auditores fiscais ou assessoria técnica para cumprir a obrigação de buscar a verdade material.

Assevera que a liquidez e certeza do crédito tributário deve ser o objetivo da Administração, em verdade, a "falta de recolhimento do tributo" não se deve, simplesmente, ao crédito indevido, mas deve ser compensada pelos débitos que erroneamente foram destacados pelo contribuinte, cabendo à Administração buscar o valor exato do ilícito tributário a fim de constituir um crédito dotado de certeza e liquidez, capaz de resistir à prova pericial contábil num criterioso processo de conhecimento judicial.

Em relação à infração 3, a qual trata de falta de estorno do crédito maior que 10% nas aquisições de mercadorias saídas com redução de base de cálculo, o recorrente informa que verificou no Anexo 01-02-26 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.

Reitera que, segundo as razões da Junta de Julgamento Fiscal, a autuante entendeu que as mercadorias referentes às Notas Fiscais nºs 11.921, 12.668 e 12.669 tratavam-se de brindes, com o que concordou, e, por isso, deveriam ser excluídas do levantamento fiscal. Por isso, reduziu a infração de março/2012 para R\$1.558,82.

O Recorrente, todavia, defende que os mesmos argumentos levariam à exclusão de outras notas fiscais, tais como: 11.902, 11.920, 11.921, 12.668, 12.669 e 12.802, por todas tratarem da aquisição de brindes, cujo crédito poderá ser aproveitado integralmente.

No pertinente à infração 4, a qual trata de suposto aproveitamento a maior de crédito fiscal, alega que 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%.

Mais uma vez, afirma que, segundo a Junta de Julgamento Fiscal, o sujeito passivo não faz prova das alegações, razão pela qual não são acolhidas, conforme art. 142 e 143 do RPAF.

Todavia, entende que a prova requerida pela Junta de Julgamento Fiscal é completamente desnecessária, haja vista que os demonstrativos fiscais já contém as informações relativas ao crédito aproveitado no registro C170 na coluna "VIIcms Reg", o qual corresponde aos percentuais de 4% e 7%, com exceção dos itens em que, efetivamente, houve aproveitamento indevido a 17%.

Deste modo, o recorrente defende que, se esta Câmara de Julgamento Fiscal entender que remanescem dúvida quanto à pretensão fiscal, impõe-se avaliar se os demonstrativos produzidos pelo auditor fiscal, de fato, estão em consonância com a Escrituração Fiscal Digital do ICMS, em seus registros C170 nas linhas indicadas.

Aduz que o demonstrativo fiscal está elaborado em evidente erro, duplicando os valores dos créditos ao informá-los por itens a partir do registro C170 e ao informá-lo na primeira linha pelo valor total na coluna "VL.ICMSnf".

A infração 8 cobra ICMS por antecipação tributária, supostamente não recolhido nos meses de janeiro/2013, outubro/2013 e novembro/2013. Nesta hipótese, o recorrente entende que 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 são juntados nessa oportunidade.

Aponta que a Junta de Julgamento Fiscal afirma que não há qualquer menção a quais documentos fiscais se reporta, mostrando-se insuficiente tal demonstrativo para elidir a infração.

Ademais, afirma que, considerando que a infração analisou a totalidade dos itens sujeitos ao ICMS ST nos meses considerados não há qualquer necessidade que o recolhimento se refira às notas fiscais em específico, uma vez que os recolhimentos centralizam diversas notas, devendo ser considerado o recolhimento supostamente devido em cada mês com aquele efetivamente feito, sendo a documentação juntada suficiente para comprovar a improcedência da infração.

Por fim, requer o recorrente seja acolhido o presente a fim julgar parcialmente o Auto de Infração, conforme as razões expostas.

Reitera-se o requerimento de 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.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que visa a reapreciação da decisão de piso em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 8.

No pertinente à infração 1, a qual versa sobre suposto uso indevido de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento da autuada, a Junta de Julgamento Fiscal verificou que as notas fiscais autuadas de nº 69336 (remessa de material promocional) e a 2743 (entrega futura), ambas sem destaque de ICMS, não se enquadravam na infração, eis que a natureza das operações não estava relacionada ao ativo permanente do estabelecimento.

Por esta razão, o julgador de piso, acertadamente, com base nas alegações do contribuinte, retirou da autuação todas as operações de CFOP 2910 e 1910, mantendo tão somente as operações de CFOP 1102, que tratam de entradas internas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O recorrente aduz que as notas fiscais remanescentes não devem permanecer na autuação, eis que na verdade se tratam de televisores e máquinas de café que são entregues aos seus clientes varejistas para realizarem ações promocionais, e que, por erro, registrou as notas fiscais em referência fazendo constar o CFOP 1102.

Pontuo que o recorrente tão somente traz a baila tal fato, sem, contudo, produzir qualquer tipo de prova que demonstre o erro no registro ou até mesmo a não comercialização de tais produtos. Cabe a quem alega provar a veracidade de suas alegações, e como o recorrente não comprovou as afirmações expostas, mantém-se a autuação em relação às notas fiscais de CFOP 1102, passando a infração a tais valores:

MÊS	NF	ICMS
-----	----	------

05/2013	5852	339,83
10/2013	2850	69,93
12/2013	199383	28,19
12/2013	195537	111,44
12/2013	195537	167,16
12/2013	199380	357,22
TOTAL DA INFRAÇÃO 01		1.073,77

Quanto à infração 2, a qual trata de crédito indevido relacionado a aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, foram retiradas pelo autuante as operações envolvendo balanças digitais e bicicletas destinadas a brindes, sendo legítimo o direito ao crédito, conforme dispõe a legislação.

Tal exclusão foi amparada pelo julgador de piso, que dispôs o seguinte: *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.*

Em relação às operações remanescentes, o contribuinte atribui tal creditamento indevido a “*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*”.

Ora, saliento que os valores encontrados na infração são reflexos dos documentos contábeis da própria empresa. Não há como a fiscalização prever erro procedimental muito menos produzir prova para o contribuinte, eis que este possui todos os documentos de sua contabilidade capazes de confrontar os erros de autuação acusados.

Ademais, quanto a afirmação de que *os débitos na saída podem compensar o créditos indevidamente tomados*, assim como dito pelo i. Julgador de piso, *o procedimento correto seria demonstrar o mesmo e postular o ressarcimento 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.*

Deste modo, mantenho Parcialmente Procedente a infração 2, nos termos da decisão da Junta.

No pertinente à infração 3, referente a crédito indevido de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, a Junta, atentamente, verificou que as Notas Fiscais nºs 11.921, 12.668 e 12.669 já tinham sido retiradas da infração 2, por serem relativas a brindes, motivo pelo qual o seu creditamento era devido.

Assim, estas também foram retiradas da infração 3, que passou a valorar em R\$8.133,75.

Quanto às operações remanescentes, alega o contribuinte *que os mesmos argumentos levariam à exclusão de outras notas fiscais, tais como: 11.902, 11.920, 11.921, 12.668, 12.669 e 12.802, por todas tratarem da aquisição de brindes, cujo crédito poderá ser aproveitado integralmente.*

Todavia, compulsando as notas fiscais (fls. 47 a 74), a natureza das operações não deixou claro tratar-se de brindes, estando especificadas como saída de mercadorias prest. serv. não especificado, devidamente tributadas nas saídas. Assim, como não comprova, de fato, tratar-se de operações referentes a brindes, tais notas fiscais devem ser mantidas na autuação.

Nesta senda, mantendo a infração 03 nos valores editados pela primeira instância.

Quanto à infração 4, pela análise dos documentos constantes no processo, constato que a Nota Fiscal nº 88951 (fl. 77) apresenta crédito de ICMS no valor de R\$1.802,89. No demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 75), indica que o contribuinte se creditou de R\$1825,32, se apropriando de valor a maior, na monta de R\$22,43, devidamente exigido na autuação. O mesmo

ocorre com as demais notas fiscais.

Em relação a infração 8, cuja imputação é referente a recolhimento a menor de 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, aduz o contribuinte que esta 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 foram juntados.

Ocorre que os documentos apresentados tratam-se de espelho de alguns registros de arrecadação, extraídos do site da SEFAZ, os quais não fazem menção a quais documentos fiscais se reportam, não comprovando, efetivamente, as alegações do recorrente de que houve o recolhimento devido em cada mês. Como salienta o julgador a quo, *tal informação somente constaria no corpo do documento originariamente emitido e recolhido*, o que não foi efetivamente apresentado pelo contribuinte.

Sobre a alegação do contribuinte de que efetuou o recolhimento dos valores exigidos, verifico que, com relação ao mês de janeiro/2013 foi apurado o valor devido de R\$11.448,53. Conforme demonstrativo de fl. 123, neste mês foi recolhido o valor de R\$4.620,61, restando diferença, que foi devidamente exigida R\$6.827,92.

Assim, por se tratar de uma infração de comprovação material, como esta não ocorreu de forma a sanar as questões ventiladas pelo contribuinte, mantenho a infração nos moldes dos fundamentos apresentados pela Junta de Julgamento Fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.3000/16-1**, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$153.202,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. PGE/PROFIS