

PROCESSO	- A. I. Nº 298237.3014/16-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA.
RECORRIDOS	- CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECUSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0124-04/18
ORIGEM	- INFRAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 12/11/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-11/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO E/OU MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Autuado elide parcialmente as infrações ao comprovar a existência de notas fiscais arroladas indevidamente na autuação. O próprio autuante, na informação fiscal, acata várias alegações defensivas. Refeitos os cálculos. Reduzidos os valores dos débitos. Infração parcialmente subsistente. Acolhida a preliminar de mérito da decadência. Excluídos, da autuação, os períodos de 01/2011 até 09/2011. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$226.059,44, bem como multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 06.05.01. 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento, mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no total de R\$35.208,84, além 60%, para fatos ocorridos nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a novembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial pelos seguintes argumentos abaixo expostos:

VOTO

O lançamento constitui-se em um a única infração arrolada pela fiscalização, objeto de contestação pelo sujeito passivo.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na norma para a sua validade, tendo a empresa autuada tomado conhecimento do mesmo, exercido de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Antes de adentrar na análise do mérito da infração contestada, gostaria de fazer pequenas observações: A

primeira delas diz respeito à manifestação do autuante quanto à diligência solicitada à fl. 169. A legislação, especialmente o RPAF/99 em seu artigo 126 determina que “apresentada defesa relativa a Auto de Infração, a autoridade preparadora juntará a petição ao processo administrativo fiscal, mediante lavratura de termo próprio, acusando a data do recebimento, e dará vista da mesma ao autuante, no primeiro dia útil seguinte ao do recebimento da defesa, para produzir a informação fiscal acerca das razões do impugnante”.

Tal determinação é complementada pelo § 6º do mesmo artigo, que dispõe: “a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”.

Da intelecção de tais dispositivos, temos que existem dois atos a serem praticados pelo autuante. O primeiro deles é de tomar ciência da defesa, ou no caso, da manifestação do contribuinte, a qual, diga-se de passagem, abordou diversos aspectos específicos da autuação, citando nominalmente notas fiscais, e expondo de maneira absolutamente clara e objetiva as razões de não concordar com a autuação. Outro ato a ser praticado pelo autuante é o de, ao tomar conhecimento da peça do sujeito passivo, sobre ela se manifestar.

No dicionário eletrônico Caldas Aulete (www.aulete.com.br) o verbete cientificar significa “Fazer ficar ou ficar ciente de”, “informado sobre”, “inteirar-se”, ao passo que manifestar, significa “expressar-se abertamente”.

O autuante, ao ser comunicado acerca da apresentação de manifestação do contribuinte, relativamente à sua primeira informação fiscal, apenas e tão somente colocou, conforme suas próprias palavras “ciente”, rubricando abaixo, sem sequer se identificar como deveria e seria de bom tom, à vista de, aqueles que manuseiam os autos, a exemplo dos julgadores, Procuradores, o próprio contribuinte, e até mesmo as autoridades judiciais não conhecerem sua assinatura ou rubrica, sequer poderem identificar se a ele pertence ou não tal rubrica, vez que sequer um carimbo de identificação com nome e cargo foi apostado.

Esta etapa foi a de cientificação. Já a manifestação, como determinado pela norma regulamentar, simplesmente não foi feita, como deveria e estaria obrigado, o que resultou em tal pedido, não atendido em sua plenitude pelo autuante, até em respeito ao fato do contribuinte ter trazido seus argumentos em nada mais do que quarenta e duas páginas. Ou seja: o autuante foi cientificado, mas não se manifestou como deveria na forma regulamentar, o que motivou a diligência.

Apesar de sua resposta, este Relator teve o cuidado de analisar os argumentos defensivos postos na manifestação em apreço, diante da omissão do autuante em fazê-lo, em respeito ao princípio da verdade material, razão maior do Processo Administrativo Fiscal, bem como atendendo a celeridade processual.

Feito tal esclarecimento, adentro no mérito da autuação, em relação ao qual a defesa impugnou o lançamento referente a vários documentos fiscais ali arrolados, e nesta oportunidade, diante da repetição de situações analisarei não os documentos fiscais de per si, mas aquelas que ensejaram o lançamento.

Início pela abordagem das operações interestaduais que tiveram o imposto destacado a alíquota interna do estado de origem, de que se vale o sujeito passivo para contestar a diferença de alíquota lançada, esclareço que o artigo 69, inciso II do RICMS/97 (vigente à época dos fatos geradores) estipulava ao disciplinar a base de cálculo, que “só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais”.

Isso significa dizer, por exemplo, que se alíquota interna na Bahia for de 7% e a interestadual do estado de origem for de 12%, não seria devido qualquer valor a título de diferença de alíquota, diferentemente da situação ora analisada, na qual, equivocadamente, o remetente localizado em outra unidade da Federação tributou as operações com a alíquota interna de seu estado, quando deveria fazê-lo pela alíquota interestadual, vez se tratar de operação destinada a contribuinte, no caso, a empresa autuada. Desta maneira, para tais operações há de se considerar como base de cálculo para a apuração do diferencial de alíquota, justamente a regra acima enunciada, devendo ser aplicada a alíquota interna da Bahia (17%), comparada à alíquota interestadual do estado de origem (7% ou 12%), e o resultado ser o valor devido.

Ao falar a norma em “alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais”, se encontra devidamente caracterizada a interpretação equivocada do contribuinte, e o raciocínio acima exposto, pois as mercadorias provenientes do sul e sudeste deveriam ser tributadas pelos seus remetentes vendedores a 7%, sendo devido em tais operações a diferença entre 17% e 7%, o que resulta em valor de imposto equivalente a 10%, ao passo que para as operações originárias do norte, nordeste e centro oeste, a diferença seria de 17% e 12%, o que resulta num valor equivalente a 5% da operação.

Também merece destaque, pela pertinência com o caso presente, a disposição contida no mesmo artigo 69, Parágrafo único, do RICMS/97:

“para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo

constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

b) se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais".

Igualmente, a Lei 7.014/96, no artigo 2º, inciso IV, na redação vigente para a época dos fatos geradores, previa que incidiria o ICMS sobre "a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes", nada falando a respeito de alíquota aplicada, regida pelo RICMS.

Da mesma maneira, inaplicável o teor do artigo 68, § 3º do RICMS/ES, vez que o mesmo condiciona a aplicação da alíquota interna, quando o destinatário da mercadoria não fosse contribuinte do imposto.

E aqui é preciso se esclarecer que ser contribuinte do imposto não significa que o adquirente vá utilizar os bens adquiridos para uso, consumo ou integrar no ativo imobilizado. No caso específico da autuada, ela tanto é contribuinte do ICMS que não somente possui inscrição estadual como tal, como, da mesma maneira, pratica operações sujeitas a este imposto, prova disto é a autuação ora analisada. Em momento algum a defesa contestou tal condição. Equivocaram-se, pois, os remetentes ao lhe enquadrarem na condição de não contribuinte do ICMS.

Logo, agiu corretamente o autuante ao não realizar tais exclusões, motivo pelo qual não acolho o argumento defensivo, uma vez que o imposto na origem foi destacado equivocadamente a maior, sendo, efetivamente, devido o imposto.

Analizando o argumento da defesa, especificamente em relação à nota fiscal 97.025, do mês de dezembro de 2011, em relação à qual a defesa alega constar a informação no corpo do documento de que "o ICMS antecipação instituído pelo Estado da Bahia, pelo Decreto Estadual 12.534, publicado no Diário Oficial no dia 23/12/2010, não foi recolhido devido a Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº. 00083706720118050001, protocolo 21/2011" em relação ao qual observo que tal diploma acresceu ao RICMS/97 o artigo 352-B com a seguinte redação: "nas aquisições via internet, telemarketing ou showroom efetuadas neste Estado por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física, quando a remessa partir de outra unidade da Federação, o remetente deverá recolher, antes da entrada no território deste Estado, ICMS devido por antecipação tributária, aplicando a alíquota prevista nas operações internas e admitindo-se como crédito fiscal sobre o valor da operação uma das seguintes alíquotas (Protocolo ICMS 21/11)....." (grifei).

Tal inserção ensejou diversas ações judiciais no sentido de contestar a sua aplicação, todavia, o mesmo não contempla a situação do autuado, uma vez que, reitero, o mesmo se apresenta como pessoa jurídica e contribuinte do ICMS simultaneamente, o que não permite o enquadramento do autuado na redação e tratamento tributário posto, nem a não tributação pelo remetente da mercadoria, pelos motivos acima enunciados, não tendo o condão de elidir o recolhimento da diferença de alíquota na situação dos autos ora analisados, fazendo com que se mantenha a autuação.

Quanto às operações relativas a bens para distribuição a título de brindes, o autuante se lastreou no Parecer DITRI 01616/2011, convalidado em 25/01/2011, o qual possui a seguinte Ementa:

"ICMS. Material promocional. Mera distribuição para clientes não sofre tributação. As aquisições de tais produtos de uso e consumo, por contribuinte, sofrem a incidência do imposto e não geram direito a crédito. Sendo, tais aquisições, interestaduais, há que se pagar a diferença de alíquota. As entradas devem ser lançadas e escrituradas conforme artigo 322 do RICMS-Ba".

A mesma decorreu do seguinte questionamento do conselente: "A empresa acima qualificada, inscrita no nosso Sistema de Informações do Contribuinte sob o nº 1122401 – 'Fabricação de refrigerantes', encaminha Consulta a esta Administração Tributária indagando se 'é correto a conselente não escriturar no livro Registro de Entradas as notas fiscais de serviços referentes às aquisições de cartazes, faixas, banners, etc., tendo em vista que não são os mesmos destinados ao comércio, tais como quaisquer outras mercadorias, mas distribuídos gratuitamente aos clientes revendedores, para utilização no sentido de despertar o interesse dos clientes consumidores em situação de compra?'".

Como resposta, assim se posicionou a Administração Tributária: "Entende-se que a distribuição dos produtos acima referidos não consiste em operação sujeita à tributação do ICMS, ainda que tenham sido adquiridos de terceiros, pois a finalidade não é a comercialização, tampouco a aplicação na montagem ou industrialização. De acordo com a inicial, trata-se de material promocional que a Conselente distribui junto a seus clientes, com o intuito de divulgar suas mercadorias.

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

Não se apreende, da inicial, se as aquisições desses produtos são internas ou interestaduais, sendo devido, neste último caso, também o recolhimento da diferença de alíquotas.

Ressalte-se, por fim, que o lançamento e a escrituração fiscal dos produtos aqui tratados devem obedecer ao disposto no art. 322 do RICMS-Ba.

Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida”.

Mais uma vez recorrendo ao dicionário Caldas Aulete (www.aulete.com.br) aquisição significa “Ação ou resultado de adquirir, de tomar posse de algo” (grifei), o que vai de encontro ao manifestado pela autuada em sua manifestação, no sentido de que tal Parecer não seria aplicável (fls. 128 e 129), uma vez que não adquiriu tais bens, mas apenas os recebeu “os materiais que foram adquiridos por nosso fabricante, e os repassou sem custos para que fizéssemos a distribuição junto aos clientes”.

A dificultar o acolhimento do argumento defensivo está o fato de que não foram trazidos aos autos cópias de tais notas fiscais, as quais se encontram em seu poder, sequer informada pelo autuante os números das chaves de acesso das mesmas. Além disso, as mercadorias listadas nos documentos fiscais contestados se encontravam na posse da autuada, ou seja, estariam caracterizados como adquiridos pela mesma, para distribuição aos clientes, se enquadrando sim, na hipótese respondida pelo Parecer, motivo pelo qual devem ser mantidas no lançamento.

Assim, nas operações relativas a simples remessa, em relação a qual o autuante informa que não constam nas mesmas as indicações relativas às notas fiscais que originaram a operação, o que é procedimento contrário ao disposto na legislação, uma vez que sendo a operação muitas vezes desonerada da incidência do imposto, necessário se faz um controle para a própria empresa, independente da necessidade de atender às exigências do Fisco, não tendo sido comprovada tal situação, o lançamento há de ser mantido sob tal aspecto.

Quanto a aplicação do disposto no Parecer DITRI 018334/2013, de 22/07/2013 invocado pela defesa na sua manifestação, esclareço que o mesmo não se reporta à matéria ora discutida nos presentes autos, tendo sido a consulta formulada por empresa que postulava a dispensa do requisito previsto no artigo 332 § 2º, I do RICMS/12, para recolhimento do ICMS Antecipação Tributária até o dia 25 do mês subsequente, ao passo que a discussão ora travada é acerca de recolhimento de diferencial de alíquotas em aquisições interestaduais, assunto diverso, pois.

Registro, da mesma maneira, o fato de o autuante ter excluído várias notas fiscais, ainda que o sujeito passivo não tenha sobre elas se manifestado, o que entendo correto, uma vez que a manutenção das mesmas no Auto de Infração se caracterizaria como prejuízo ao contribuinte, em inequívoco bis in idem, o que não ocorreu, diante de tal atitude.

O argumento de que várias entradas são de material promocional em remessas por conta e ordem de Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S. A., e que não seriam tributadas, a empresa autuada não as colacionou aos autos, ainda que assim o prometesse, e em relação às outras, sequer indicou as respectivas chaves de acesso, e tendo em vista o fato das mesmas estarem em seu poder, há de se aplicar o disposto nos artigos 142 “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 143 do RPAF/99 “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Quanto a compensação dos valores recolhidos a maior e/ou indevidamente, solicitada pela defesa, não posso acolher, vez não ser este o instrumento adequado para tal reparação, a qual deve ser requerida junto ao domicílio do sujeito passivo, em procedimento apartado, respeitado o prazo decadencial.

Por tais razões, julgo o lançamento procedente em parte, no montante de R\$ 172.107,45 na forma do demonstrativo abaixo, acolhendo as exclusões feitas pelo autuante, quando da informação fiscal inicialmente prestada:

Data Ocorr.	Data Venceto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor Histórico	BC Ajustada	Valor Ajustado
31/01/2011	09/02/2011	131.478,06	17%	60%	22.351,27	129.593,24	22.030,85
28/02/2011	09/03/2011	2.900,47	17%	60%	493,08	1.471,06	250,08
31/03/2011	09/04/2011	12.930,65	17%	60%	2.198,21	10.685,35	1.816,51
30/04/2011	09/05/2011	25.768,59	17%	60%	4.380,66	23.391,00	3.976,47
31/05/2011	09/06/2011	27.827,82	17%	60%	4.730,73	34.747,18	5.907,02
30/06/2011	09/07/2011	37.456,82	17%	60%	6.367,66	23.942,65	4.070,25
31/07/2011	09/08/2011	42.413,29	17%	60%	7.210,26	42.413,29	7.210,26

30/09/2011	09/10/2011	23.850,06	17%	60%	4.054,51	20.767,71	3.530,51
31/10/2011	09/11/2011	21.660,24	17%	60%	3.682,24	21.510,65	3.656,81
30/11/2011	09/12/2011	15.005,53	17%	60%	2.550,94	12.064,35	2.050,94
31/12/2011	09/01/2012	55.844,94	17%	60%	9.493,64	27.242,88	4.631,29
31/01/2012	09/02/2012	13.846,71	17%	60%	2.353,94	13.258,47	2.253,94
29/02/2012	09/03/2012	20.419,18	17%	60%	3.471,26	20.419,18	3.471,26
31/03/2012	09/04/2012	16.691,29	17%	60%	2.837,52	16.691,29	2.837,52
30/04/2012	09/05/2012	5.142,94	17%	60%	874,30	5.142,94	874,30
31/05/2012	09/06/2012	200.157,76	17%	60%	34.026,82	2.145,41	364,72
30/06/2012	09/07/2012	18.459,41	17%	60%	3.138,10	18.459,41	3.138,10
31/07/2012	09/08/2012	7.640,00	17%	60%	1.298,80	7.639,94	1.298,79
31/08/2012	09/09/2012	19.048,88	17%	60%	3.238,31	33.460,53	5.688,29
30/09/2012	09/10/2012	36.896,18	17%	60%	6.272,35	36.896,06	6.272,33
31/10/2012	09/11/2012	47.885,94	17%	60%	8.140,61	30.119,12	5.120,25
30/11/2012	09/12/2012	9.240,47	17%	60%	1.570,88	18.422,35	3.131,80
31/12/2012	09/01/2013	14.131,35	17%	60%	2.402,33	12.735,29	2.165,00
31/01/2013	09/02/2013	23.506,88	17%	60%	3.996,17	20.033,88	3.405,76
28/02/2013	09/03/2013	4.527,35	17%	60%	769,65	4.527,35	769,65
31/03/2013	09/04/2013	3.129,29	17%	60%	531,98	3.792,88	644,79
30/04/2013	09/05/2013	14.325,94	17%	60%	2.435,41	14.456,53	2.457,61
31/05/2013	09/06/2013	24.140,76	17%	60%	4.103,93	24.669,82	4.193,87
30/06/2013	09/07/2013	21.872,35	17%	60%	3.718,30	19.497,76	3.314,62
31/07/2013	09/08/2013	9.442,88	17%	60%	1.605,29	9.474,82	1.610,72
31/08/2013	09/09/2013	7.178,41	17%	60%	1.220,33	6.022,41	1.023,81
30/09/2013	09/10/2013	5.891,18	17%	60%	1.001,50	3.076,00	522,92
31/10/2013	09/11/2013	793,35	17%	60%	134,87	557,94	94,85
30/11/2013	09/12/2013	34.413,76	17%	60%	5.850,34	31.659,12	5.382,05
31/12/2013	09/01/2014	20.887,94	17%	60%	3.550,95	20.226,71	3.438,54
Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor Histórico	BC Ajustada	Valor Ajustado
31/01/2014	09/02/2014	4.641,24	17%	60%	789,01	3.638,24	618,50
28/02/2014	09/03/2014	15.863,06	17%	60%	2.696,72	14.130,12	2.402,12
31/03/2014	09/04/2014	5.684,41	17%	60%	966,35	5.543,12	942,33
30/04/2014	09/05/2014	909,65	17%	60%	154,64	909,59	154,63
31/05/2014	09/06/2014	4.405,41	17%	60%	748,92	4.405,24	748,89
30/06/2014	09/07/2014	3.785,71	17%	60%	643,57	3.785,71	643,57
31/07/2014	09/08/2014	18.894,76	17%	60%	3.212,11	18.802,12	3.196,36
31/08/2014	09/09/2014	18.962,65	17%	60%	3.223,65	17.309,71	2.942,65
30/09/2014	09/10/2014	103,29	17%	60%	17,56	106,35	18,08
31/10/2014	09/11/2014	1.047,29	17%	60%	178,04	1.361,47	231,45
30/11/2014	09/12/2014	9.583,71	17%	60%	1.629,23	9.583,47	1.629,19
31/01/2015	09/02/2015	18.616,06	17%	60%	3.164,73	17.777,82	3.022,23
28/02/2015	09/03/2015	4.228,71	17%	60%	718,88	4.008,24	681,40
31/03/2015	09/04/2015	17.705,18	17%	60%	3.009,88	17.741,47	3.016,05
30/04/2015	09/05/2015	12.010,94	17%	60%	2.041,86	7.120,18	1.210,43
31/05/2015	09/06/2015	48.558,53	17%	60%	8.254,95	15.167,88	2.578,54
30/06/2015	09/07/2015	24.343,82	17%	60%	4.138,45	23.496,12	3.994,34
31/07/2015	09/08/2015	17.015,59	17%	60%	2.892,65	17.730,18	3.014,13
31/08/2015	09/09/2015	3.849,53	17%	60%	654,42	4.045,41	687,72
30/09/2015	09/10/2015	30.691,24	17%	60%	5.217,51	31.533,24	5.360,65
31/10/2015	09/11/2015	46.096,94	17%	60%	7.836,48	43.954,82	7.472,32
30/11/2015	09/12/2015	542,59	17%	60%	92,24	1.048,59	178,26
31/12/2015	09/01/2016	45.414,41	17%	60%	7.720,45	27.983,12	4.757,13
TOTAL					226.059,44		123.315,50

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Irresignado com o remanescente, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos fundamentos abaixo:

Inicialmente, tece uma breve síntese dos fatos e requer, preliminarmente, a decadência dos períodos anteriores a 30/09/2011, uma vez que o auto foi lavrado em 30/09/2016, posterior ao prazo de 5 (cinco) anos do período apontado (Jan/2011 à Set/2011).

No mérito, alega que a alíquota foi devidamente calculada, sendo paga de acordo com os parâmetros legais exigidos. Afirma que, ao realizar os cálculos, averiguou acertadamente as

alíquotas a serem pagas, pois, a diferença de alíquotas somente deveria ter sido paga caso não houvesse o pagamento do valor da alíquota do estado de origem, situação inexistente na presente demanda.

Assim, entende pela anulação do Auto de Infração que verse sobre tal imposição, por ter o requerente calculado e adimplido de acordo com a alíquota do estado de origem, a qual é a derradeira e correta.

Aponta que, em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou que não incide ICMS nos produtos de bonificação. A decisão possuiu caráter repetitivo, portanto, tem aplicação a todos litígios os quais envolvam a matéria, causando a pacificação da discussão.

Cita a decisão e afirma que o Auto de Infração deve ser declarado nulo por estar dissonante de decisão judicial, que, em caráter repetitivo, determinou a não incidência de ICMS em produtos dados em total gratuidade ao cliente.

Ademais, esclarece que os documentos - e as chaves de acesso - foram acostados ao processo pelo recorrente, sendo também disponibilizado mais informações na resposta aos questionamentos.

Por fim, requer:

- a) A declaração de decadência do período de janeiro/2011 a setembro/2011 por abarcar limite máximo de 5 (cinco) anos determinado pelo ordenamento legal do CTN;
- b) A anulação da exigência do pagamento da diferença entre alíquotas por ter sido devidamente cumprido aquilo que o ordenamento legal requer, de forma que o contribuinte adimpliu aquilo que era devido;
- c) A anulação da cobrança do ICMS sobre os brindes por afronta a julgamento em Recurso Repetitivo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça;
- d) A total reversão do acórdão *a quo*, devendo o Auto de Infração ser declarado anulado em toda completude.

VOTO

Inicialmente, nos cabe a análise de prejudicial de mérito da decadência suscitada pela recorrente.

A infração trata de falta de recolhimento de 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, mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2016, com ciência do contribuinte datada em 07/10/2016, faz jus, a recorrente, à exclusão dos períodos anteriores a 07/10/2016, data *ad quem* do prazo decadencial em questão, conforme determina o art. 150, §4º do CTN.

Deste modo, acato a prejudicial de mérito da decadência aventada.

Prosseguindo, passemos ao Recurso de Ofício, ocasionado pelo reconhecimento de parte das alegações do contribuinte pelo próprio autuante, o qual foi confirmado pela Junta de Julgamento Fiscal.

O contribuinte, em sua defesa inicial (fls. 46/75), apresentou nota a nota as justificativas para a redução do auto de infração.

Às fls. 77/99, o autuante, seguindo o mesmo item do contribuinte, analisou cada nota fiscal apontada e reconheceu a procedência parcial das razões do contribuinte, a exemplo das Notas Fiscais nºs 17.788, 6091, 4321, 18466 e 58 que tratam de produtos com ST, tendo o contribuinte comprovado o pagamento pelo fornecedor, motivo pelo qual não há cobrança de DIFAL nas

operações, assim como as Notas Fiscais nºs 103872, 19937, 20016 e 20017, onde o contribuinte comprovou que as mesmas foram devidamente lançadas e apuradas.

Em sua conclusão, o autuante reduziu a autuação de R\$226.059,44 para R\$172.107,45.

Da análise das notas e das razões apresentadas, verifico que agiu acertadamente o autuante e a Junta de Julgamento Fiscal ao excluírem da autuação o que não era devido pelo contribuinte, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, avancemos ao mérito da questão, tendo em vista que a decadência já foi avaliada anteriormente.

Basicamente, a recorrente afirma que a alíquota foi devidamente calculada, sendo paga de acordo com os parâmetros legais exigidos e que foram autuadas operações de brindes em afronta ao julgamento em Recurso Repetitivo do STJ.

Pois bem.

Quanto à alegação de que a alíquota foi devidamente calculada, o julgador de piso, com todo o brilhantismo e conhecimento da matéria que lhe é peculiar, explicou o porquê de estar correta a exigência em questão. Assim, por corroborar com o quanto afirmado em todos os termos expostos, peço licença para citar trecho do voto condutor que analisa a questão:

Inicio pela abordagem das operações interestaduais que tiveram o imposto destacado a alíquota interna do estado de origem, de que se vale o sujeito passivo para contestar a diferença de alíquota lançada, esclareço que o artigo 69, inciso II do RICMS/97 (vigente à época dos fatos geradores) estipulava ao disciplinar a base de cálculo, que “só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais”.

Isso significa dizer, por exemplo, que se alíquota interna na Bahia for de 7% e a interestadual do estado de origem for de 12%, não seria devido qualquer valor a título de diferença de alíquota, diferentemente da situação ora analisada, na qual, equivocadamente, o remetente localizado em outra unidade da Federação tributou as operações com a alíquota interna de seu estado, quando deveria fazê-lo pela alíquota interestadual, vez se tratar de operação destinada a contribuinte, no caso, a empresa autuada. Desta maneira, para tais operações há de se considerar como base de cálculo para a apuração do diferencial de alíquota, justamente a regra acima enunciada, devendo ser aplicada a alíquota interna da Bahia (17%), comparada à alíquota interestadual do estado de origem (7% ou 12%), e o resultado ser o valor devido.

Ao falar a norma em “alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais”, se encontra devidamente caracterizada a interpretação equivocada do contribuinte, e o raciocínio acima exposto, pois as mercadorias provenientes do sul e sudeste deveriam ser tributadas pelos seus remetentes vendedores a 7%, sendo devido em tais operações a diferença entre 17% e 7%, o que resulta em valor de imposto equivalente a 10%, ao passo que para as operações originárias do norte, nordeste e centro oeste, a diferença seria de 17% e 12%, o que resulta num valor equivalente a 5% da operação.

Também merece destaque, pela pertinência com o caso presente, a disposição contida no mesmo artigo 69, Parágrafo único, do RICMS/97:

“para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

b) se houver destaque do ICMS a mais ou a menos no documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota ou na determinação da base de cálculo, caso em que será levado em conta o valor corretamente calculado pela legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais”.

Igualmente, a Lei 7.014/96, no artigo 2º, inciso IV, na redação vigente para a época dos fatos geradores, previa que incidiria o ICMS sobre “a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso,

consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes”, nada falando a respeito de alíquota aplicada, regida pelo RICMS.

Da mesma maneira, inaplicável o teor do artigo 68, § 3º do RICMS/ES, vez que o mesmo condiciona a aplicação da alíquota interna, quando o destinatário da mercadoria não fosse contribuinte do imposto.

E aqui é preciso se esclarecer que ser contribuinte do imposto não significa que o adquirente vá utilizar os bens adquiridos para uso, consumo ou integrar no ativo imobilizado. No caso específico da autuada, ela tanto é contribuinte do ICMS que não somente possui inscrição estadual como tal, como, da mesma maneira, pratica operações sujeitas a este imposto, prova disto é a autuação ora analisada. Em momento algum a defesa contestou tal condição. Equivocaram-se, pois, os remetentes ao lhe enquadrarem na condição de não contribuinte do ICMS.

Logo, agiu corretamente o autuante ao não realizar tais exclusões, motivo pelo qual não acolho o argumento defensivo, uma vez que o imposto na origem foi destacado equivocadamente a maior, sendo, efetivamente, devido o imposto.

Quanto às operações de brindes, a recorrente afirma que, ao contrário do afirmado pelo julgador de piso sobre a falta de comprovação, estariam nos autos as chaves de acesso e informações que comprovavam suas alegações.

Saliento que, em sede recursal, nenhum documento nem chave de acesso foram disponibilizados para análise. Ademais, verificando as razões da defesa inicial, bem como o CD anexado, nada em relação às operações de brindes foi trazido aos autos, motivo pelo qual tem toda pertinência a negativa do pleito do contribuinte por falta de comprovação, decidido pela Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, como determina o RPAF/99 em seu art. 142 e 143:

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Deste modo, e por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando a preliminar de mérito da decadência, mantendo o Auto de Infração conforme tabela abaixo transcrita:

Data Ocorr.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor Histórico	BC Ajustada	Valor Ajustado
31/01/2011	09/02/2011	131.478,06	17%	60%	22.351,27	129.593,24	-
28/02/2011	09/03/2011	2.900,47	17%	60%	493,08	1.471,06	-
31/03/2011	09/04/2011	12.930,65	17%	60%	2.198,21	10.685,35	-
30/04/2011	09/05/2011	25.768,59	17%	60%	4.380,66	23.391,00	-
31/05/2011	09/06/2011	27.827,82	17%	60%	4.730,73	34.747,18	-
30/06/2011	09/07/2011	37.456,82	17%	60%	6.367,66	23.942,65	-
31/07/2011	09/08/2011	42.413,29	17%	60%	7.210,26	42.413,29	-
30/09/2011	09/10/2011	23.850,06	17%	60%	4.054,51	20.767,71	-
31/10/2011	09/11/2011	21.660,24	17%	60%	3.682,24	21.510,65	3.656,81
30/11/2011	09/12/2011	15.005,53	17%	60%	2.550,94	12.064,35	2.050,94
31/12/2011	09/01/2012	55.844,94	17%	60%	9.493,64	27.242,88	4.631,29
31/01/2012	09/02/2012	13.846,71	17%	60%	2.353,94	13.258,47	2.253,94
29/02/2012	09/03/2012	20.419,18	17%	60%	3.471,26	20.419,18	3.471,26
31/03/2012	09/04/2012	16.691,29	17%	60%	2.837,52	16.691,29	2.837,52
30/04/2012	09/05/2012	5.142,94	17%	60%	874,30	5.142,94	874,30
31/05/2012	09/06/2012	200.157,76	17%	60%	34.026,82	2.145,41	364,72
30/06/2012	09/07/2012	18.459,41	17%	60%	3.138,10	18.459,41	3.138,10
31/07/2012	09/08/2012	7.640,00	17%	60%	1.298,80	7.639,94	1.298,79
31/08/2012	09/09/2012	19.048,88	17%	60%	3.238,31	33.460,53	5.688,29
30/09/2012	09/10/2012	36.896,18	17%	60%	6.272,35	36.896,06	6.272,33
31/10/2012	09/11/2012	47.885,94	17%	60%	8.140,61	30.119,12	5.120,25
30/11/2012	09/12/2012	9.240,47	17%	60%	1.570,88	18.422,35	3.131,80
31/12/2012	09/01/2013	14.131,35	17%	60%	2.402,33	12.735,29	2.165,00
31/01/2013	09/02/2013	23.506,88	17%	60%	3.996,17	20.033,88	3.405,76

28/02/2013	09/03/2013	4.527,35	17%	60%	769,65	4.527,35	769,65	
Data Ocorr.	Data Venceto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor Histórico	BC Ajustada	Valor Ajustado	
31/03/2013	09/04/2013	3.129,29	17%	60%	531,98	3.792,88	644,79	
30/04/2013	09/05/2013	14.325,94	17%	60%	2.435,41	14.456,53	2.457,61	
31/05/2013	09/06/2013	24.140,76	17%	60%	4.103,93	24.669,82	4.193,87	
30/06/2013	09/07/2013	21.872,35	17%	60%	3.718,30	19.497,76	3.314,62	
31/07/2013	09/08/2013	9.442,88	17%	60%	1.605,29	9.474,82	1.610,72	
31/08/2013	09/09/2013	7.178,41	17%	60%	1.220,33	6.022,41	1.023,81	
30/09/2013	09/10/2013	5.891,18	17%	60%	1.001,50	3.076,00	522,92	
31/10/2013	09/11/2013	793,35	17%	60%	134,87	557,94	94,85	
30/11/2013	09/12/2013	34.413,76	17%	60%	5.850,34	31.659,12	5.382,05	
31/12/2013	09/01/2014	20.887,94	17%	60%	3.550,95	20.226,71	3.438,54	
TOTAL					226.059,44		123.315,50	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298237.3014/16-6, lavrado contra **CHECON DISTRIBUIDORA E TRANSPORTADORA LTDA.**, devendo, o recorrente, ser intimado para recolher o imposto no valor de **R\$123.315,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” na Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. PGE/PROFIS