

A.I. Nº - 298237.0006/18-9
AUTUADO - MASTTER DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0029-02/19, de 12 de fevereiro de 2019, para fim de inclusão do Recurso de Ofício, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-02/19-A

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado pela legislação utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração reconhecida. b) DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal destacado a maior em documentos fiscais pelo destinatário, tendo sido respeitado o princípio da não cumulatividade. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. Infração subsistente. A autuada elidiu parte da infração. Refeitos os cálculos. Infração subsistente em parte. 3. DEIXOU DE EMITIR NOTA FISCAL COM LANÇAMENTO DE IMPOSTO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDA, REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BRINDES, COM REPERCUSSÃO NA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Itens destinados a promoção de marcas e propaganda, repassadas a varejistas. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 11/05/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$117.824,45, acrescido da multa, em razão da constatação do cometimento das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no período de setembro, outubro de 2015 e junho de 2016, exigindo o ICMS no valor de R\$7.933,17 acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: artigos 9º e 29, §4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no período de abril de 2015, exigindo o ICMS no valor de R\$9.307,63 acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, §7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 06.05.01 – Deixou de recolher o 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, no período de junho de 2015 e setembro de 2017, exigindo o ICMS no valor de R\$36.695,17 acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 16.03.10 – Deixou o contribuinte de emitir nota fiscal com lançamento de imposto no Livro Registro de Saída, referente a aquisições interestaduais de brindes, com repercussão na obrigação principal, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, exigindo o ICMS no valor de R\$63.888,48 acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. IV, alínea “h” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Incisos II e III do artigo 565 c/c os artigos 50, 124, inciso I, art. 323 e 936 do RICMS/1997.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 110 a 119, quando apresentou o arrazoado de defesa reconhecendo a procedência das infrações 01 e 02 e combatendo as infrações 03 e 04, as quais assegura serem absolutamente improcedentes nos termos de fato e fundamentos de direito que demonstrará.

Diz que o cometimento das infrações 01 e 02 deveu-se a erro causado por parametrização indevida no seu sistema, tendo procedido ao pagamento dos itens, cujo comprovante consta anexo.

Ao tratar da infração 03, reproduz o artigo 16, inc. III, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e relata que a fiscalização considera o recolhimento a menor do ICMS no mês de junho de 2015, correspondente a diferença de alíquota na aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação e demonstra através de relatório usado na auditoria, elaborado pelo autuante que a alíquota interna utilizada para o cálculo da diferença de alíquota foi 17% para todas as mercadorias adquiridas. Entretanto, entre as mercadorias listadas no relatório da fiscalização, 6 (seis) delas são caminhões, 3 (três) adquiridos com as notas fiscais nº 300.786, 300.789 e 300.800, no valor de R\$123.500,00 cada, procedentes de Minas Gerais e outros 3 (três) adquiridos com as notas fiscais nº 346.419, 346.420 e 346.421, no valor de R\$120.000,00 cada, procedentes do Estado do Rio de Janeiro.

Adverte que conforme artigo 16, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, estas mercadorias têm alíquota interna de 12% e não 17% como foi considerado no cálculo do valor exigido. Portanto, entende que o valor encontrado pelo autuante está incorreto como demonstrado em relatório de lavra do próprio e conforme resumo que anexa.

Complementa e demonstra que de acordo com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, o valor a ser recolhido a título de diferença de alíquota para estes itens é de R\$36.525,00 e não R\$73.050,00 como exigido o que corresponde a cobrança indevida de R\$35.525,00.

Reconhece que efetuou o cálculo incorreto referente as notas fiscais de setembro de 2017, procedendo ao pagamento do valor da diferença, cujo comprovante anexa.

Conclui que restou comprovado que agiu de acordo com a legislação e recolheu corretamente a diferença de alíquota referente as mercadorias arroladas na infração. Desta forma, pede pela improcedência da mesma.

Ao se defender da acusação contida na infração 04, reproduz o art. 28 da Lei nº 7.014/96 para destacar o princípio da não-cumulatividade do ICMS e para caracterizar a definição de brindes à luz do regulamento do ICMS, reproduz os artigos 388, 389, inc. I, II e III, e §§1º e 2º do RICMS/2012

Diz que o auto de infração ora impugnado considerou que o contribuinte realizou a operação de doação de mercadorias, objeto normal de sua atividade, sujeitos à tributação do ICMS, sem o devido destaque do imposto.

Esclarece que todos os itens arrolados na infração, exceto o produto BAYGON AEROSOL – NCM 3808.9119, foram recebidos como remessas dos fabricantes para utilização na promoção de suas

marcas. Estas remessas não geraram crédito de ICMS, em observação às regras do RICMS/2012, art. 389, inc. III, §2º, portanto, sem destaque do ICMS.

Demonstra a movimentação de alguns itens, comprovando a legitimidade dos argumentos expostos, através de planilhas relativas ao controle de estoque do item e seu registro no Livro de Saídas.

- a) Item 4703 com saída sem tributação do ICMS em 2014. Este material promocional foi recebido em 25/07/2014 com a nota fiscal nº 217.256, demonstrando através do Livro de Entrada que não foi utilizado crédito de ICMS;
- b) Item 4777 com saída sem tributação do ICMS em 2014 e 2015. Este material promocional foi recebido em 05/12/2013 com a nota fiscal nº 169.460 demonstrando através do Livro de Entrada que não foi utilizado crédito de ICMS;
- c) Item 4406 com saída sem tributação do ICMS em 2015, 2016 e 2017. Este material promocional foi recebido em 19/11/2015 com a nota fiscal nº 523.766 demonstrando através do Livro de Entrada que não foi utilizado crédito de ICMS;
- d) Item 7738 com saída sem tributação do ICMS em 2016. Este material promocional foi recebido em 09/03/2016 com a nota fiscal nº 547.677 demonstrando através do Livro de Entrada que não foi utilizado crédito de ICMS.

Quanto a acusação de ter concedido bonificações de seus produtos de revenda BAYGON AEROSOL (NCM 3808.91.19), sem destaque de ICMS nas notas fiscais de saída em 2014 e janeiro de 2015, adverte que o autuante utilizou a legislação atualmente vigente, entretanto, à época da ocorrência dos fatos geradores este produto estava incluso no item 25 (materiais de limpeza) do Anexo 01 do Regulamento do ICMS 2012.

Diz que o item 25 do Anexo 01 referente a mercadorias sujeitas a substituição tributária foi revogado pelo Decreto nº 15.807 de 30/12/2014, com seus efeitos a partir de 01/02/2015. Sendo o produto inseticida BAYGON sujeito a tributação com antecipação total do ICMS. Desta forma, não é devido o destaque de ICMS nas notas fiscais de saídas, emitidas até 31/01/2015 e assim, entende não haver cometido a infração, requerendo a sua improcedência.

Conclui pedindo pela improcedência do auto de infração.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 184 e 185, registrando inicialmente o reconhecimento pela autuada da procedência das infrações 01 e 02 e passa a prestar os esclarecimentos quanto aos argumentos defensivos da infração 03.

Relata que no cálculo da diferença de alíquota do ICMS, conforme art. 69 do RICMS/97, deve ser considerado o valor da operação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto devido é resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

De acordo com o art. 16, inciso III, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 não se aplicará o disposto no inciso I do art. 15 (alíquota de 17%, em 2015), quando se tratar de operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para micro-ônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton.), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton.), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90, onde a alíquota prevista é de 12%.

Isto posto, considera procedente em parte a infração, excluindo a ocorrência de 30/06/2015, no valor histórico de R\$36.439,01 e mantendo a ocorrência de 30/09/2017, no valor histórico de R\$256,16, valor este, já recolhido pela autuada.

Quanto a defesa da infração 04, adverte que o lançamento e a escrituração fiscal de brindes devem obedecer ao disposto no art. 389 do RICMS/2012.

Esclarece que conforme parecer DITRI 01616/2011 “...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.” Tratando-se de aquisições interestaduais, é devido “o recolhimento da diferença de alíquotas.”

Então, reconhece procedentes as alegações da defesa referentes as operações com o produto BAYGON AEROSOL e sugere a manutenção da infração com exclusão do referido produto, reduzindo seu valor para R\$60.802,90.

Ressalta que não há em que se falar na improcedência ou nulidade do auto de infração, uma vez que a própria autuada reconheceu e pagou as infrações 01 e 02 e reconheceu parcialmente e pagou a infração 03. Desta forma, defende que o auto de infração seja julgado procedente em parte.

A autuada volta a se pronunciar através da manifestação apensa aos autos às fls. 190 a 192, inicialmente se referindo a infração 04 e especificamente ao Parecer DITRI 01616/2011 como relevante na análise das questões levantadas na autuação. Todavia, defende que o mesmo não pode ser usado extraindo trechos aleatórios na tentativa de imputar ao contribuinte o cometimento da infração.

Destaca que, conforme o citado parecer, a remessa dos produtos não estará sujeita a tributação do ICMS quando diz: “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”.

Esclarece que os produtos não são destinados a uso ou consumo uma vez que serão remetidos a outros estabelecimentos e estes sim, farão uso dos itens para despertar o interesse de seus clientes através de propaganda.

Complementa que recebe os itens do fabricante na condição de distribuidor para remetê-los aos clientes que realizam vendas para o consumidor final. Posteriormente esta mercadoria será remetida a outro contribuinte, com nota fiscal conforme determina os artigos 388 e 389 do RICMS/2012 e estes sim, farão uso e consumo dos materiais promocionais como propaganda. Portanto, atuando, na posição de distribuidor não tem acesso ao consumidor final de forma que é descartada a possibilidade de considerar esta mercadoria como material para uso ou consumo.

Admite que o uso do CFOP 5910 nas notas fiscais emitidas, transparece que se tratam de produtos normais da atividade do contribuinte, mesmo considerando o art. 389 que determina que as notas fiscais de remessa deverão sair com a natureza da operação “REMESSA PARA DISTRIBUIÇÃO DE BRINDES”. Contudo, assegura que não houve prejuízo ao Estado, fato já comprovado com dados do livro de apuração.

Explana que os procedimentos previstos no RICMS/2012 no art. 389, impede que haja no final de cada apuração, débitos ou créditos, pois serão registradas as três notas fiscais de aquisição com direito a crédito e no mesmo período deve ser emitida a nota fiscal de saída, com o mesmo valor da entrada e com destaque de débito do imposto, utilizando alíquota interna e finalmente na remessa para o consumidor, que será outro contribuinte, será emitida nota fiscal sem destaque do imposto.

Ressalta que para fins de cálculo, o crédito mencionado para o registro de entrada deve ser utilizado a alíquota interna, independentemente da aquisição ter origem interestadual, conforme constante no parecer DITRI 03635/2013 de 20/02/2013 quando afirma: “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”.

Menciona que além da própria legislação, há dois pareceres emitidos pela SEFAZ sobre a matéria. São os pareceres DITRI 01616/2011, trazido aos autos pelo autuante e o DITRI 03635/2013, que apesar

de divergirem sobre incidência do ICMS – Diferencial de Alíquota, ambos são unânimes em reconhecer que não há incidência do imposto para a operação com estes itens.

Por fim, pede pela improcedência da infração.

Em nova informação fiscal o autuante se pronuncia às fls. 197 e 197-v, informando que a escrituração fiscal de brindes deve obedecer ao que dispõe o art. 389 do RICMS/12 e adverte que a autuada cita o parecer da DITRI 01616/2011, entretanto, ignora o parágrafo seguinte, que transcreve: *“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.”*

Complementa que mesmo considerando o parecer DITRI 03635/2013, onde cita que na aquisição dos brindes não há que se falar em diferença de alíquota, o parecer deixa claro que na entrada desses produtos deve ser considerado o disposto no art. 389 do RICMS/2012 que determina que o contribuinte deverá escriturar a nota fiscal emitida pelo remetente no Livro Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto e emitir, no mesmo período de apuração, nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna.

Conclui, portanto, que os pareceres da DITRI e o artigo do RICMS/2012, supracitados, determinam que na entrada no estabelecimento dos produtos destinados à distribuição na condição de brindes, deve ser cobrada a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna.

Por fim sugere que o auto de infração seja considerado procedente em parte, confirmando as alterações já efetuadas na primeira informação fiscal.

Constam nos autos os comprovantes dos recolhimentos efetuados pela autuada referentes a quitação dos débitos correspondentes às infrações por ela reconhecidas.

Às fls. 120 e 121 estão anexadas cópias do DAE e comprovante de recolhimento de R\$23.328,52, correspondente ao principal de R\$17.240,80, valor exigido pelas infrações 02 e 04, conforme demonstrativo à fl. 177.

Às fls. 134 e 135 estão anexadas cópias do DAE e comprovante de recolhimento de R\$286,35, correspondente ao principal de R\$256,16, valor parcial exigido pela infração 01, reconhecida pela autuada como devida, conforme demonstrativo à fl. 178.

Portanto, os valores pagos deverão ser homologados pelo órgão responsável da SEFAZ.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração em epígrafe é composto por quatro infrações arroladas pela fiscalização, conforme já relatadas. A autuada, tempestivamente impugnou as infrações 03 e 04, reconhecendo o cometimento das infrações 01 e 02, procedendo ao recolhimento dos correspondentes valores cobrados, que ficam mantidas, considerando que sobre as mesmas não existe lide a ser julgada, devendo ser homologados os valores pagos. Assim, a disputa se restringe apenas à terceira e quarta infrações.

Após análise dos autos, quanto aos aspectos formais e materiais constato que estão contemplados os pressupostos de validade processual, estando presentes os requisitos necessários à lavratura do auto de infração. Estão estipulados os valores exigidos e o fato gerador da obrigação tributária. A autoridade administrativa procedeu ao lançamento em consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que a autuada teve acesso as peças processuais e demonstrou perfeito entendimento das mesmas, através da impugnação e manifestação apresentada.

No mérito, a infração 03 aborda a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Dentre outras mercadorias, foram arrolados caminhões, dos quais 3 (três), adquiridos com as

notas fiscais nº 300.786, 300.789 e 300.800, no valor de R\$123.500,00 cada, procedentes de Minas Gerais e outros 3 (três) adquiridos com as notas fiscais nº 346.419, 346.420 e 346.421, no valor de R\$120.000,00 cada, procedente do Estado do Rio de Janeiro.

A autuada invoca o disposto no artigo 16, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, para argumentar que estas mercadorias têm alíquota interna de 12% e não 17% como foi considerado no cálculo do quantum devido. Demonstra que de acordo com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, o valor a ser recolhido corresponde a R\$36.525,00.

Quando da informação fiscal, o autuante considera pertinente o argumento da defesa e procede a revisão do valor exigido, excluindo a ocorrência de 30/06/2015, no valor histórico de R\$36.439,01 e mantém a ocorrência de 30/09/2017, no valor histórico de R\$256,16.

Ressalto que o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas é previsto no art. 155, §2º, inc. VII, da Constituição Federal e no art. 4º, XV, e art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96. Esta lei prevê a incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias decorrentes de operação interestadual quando destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do contribuinte.

O inciso III foi acrescentado ao caput do art. 16 da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 8.257, de 20/05/02 com efeitos a partir de 01/04/02, logo, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelecendo a alíquota de 12% a ser aplicada nas operações com as mercadorias: *“nas operações com caminhões-tratores comuns, caminhões, ônibus, ônibus-leitos e chassis com motores para caminhões e para veículos da posição 8702, para ônibus e para micro-ônibus compreendidos nas seguintes posições da NBM/SH: 8701.20.00, 8702.10.00, 8704.21 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton.), 8704.22, 8704.23, 8704.31 (exceto caminhão de peso em carga máxima igual ou inferior a 3,9 ton.), 8704.32, 8706.00.10 e 8706.00.90;”*.

Destarte, acolho a revisão dos valores procedida pelo autuante, restando devido o montante histórico de R\$256,16.

Concluo que a infração 03 é parcialmente procedente.

Quanto a infração 04, que acusa a autuada de não emitir nota fiscal com lançamento de imposto no Livro Registro de Saída, referente a aquisições interestaduais de brindes, com repercussão no cumprimento da obrigação principal, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, a autuada argui que os itens arrolados na infração, exceto o produto BAYGON AEROSOL (NCM 3808.9119) foram recebidos como remessas, procedentes dos fabricantes sem crédito de ICMS, em conformidade às regras do art. 389, inc. III, §2º do RICMS/2012.

O autuante, por sua vez, argumenta a necessidade de observar o que determina o art. 389 do RICMS/2012 no lançamento e escrituração fiscal de brindes. Faz referência ao parecer DITRI 01616/2011 que considera produtos de caráter promocional equivalentes a materiais de uso e consumo, cujas operações de entrada no estabelecimento do contribuinte são tributadas e não geram direito a crédito. Por conseguinte, seria devido o recolhimento do ICMS diferença de alíquotas.

O autuante reconhece procedentes as alegações da defesa referentes as operações com o produto BAYGON AEROSOL, refaz os cálculos, excluindo do demonstrativo o referido produto, reduzindo seu valor da infração para R\$60.802,90.

Na última manifestação a autuada esclarece que os produtos não são destinados ao seu uso ou consumo uma vez que serão remetidos a outros estabelecimentos e estes sim, farão uso dos itens para despertar o interesse de seus clientes através de propaganda.

Complementa que recebe os itens dos fabricantes na condição de distribuidor para remetê-los aos clientes que realizam vendas para o consumidor final. Posteriormente esta mercadoria será remetida a outro contribuinte, com nota fiscal conforme determina os artigos 388 e 389 do RICMS/2012 e estes sim, farão uso e consumo dos materiais promocionais como propaganda. Portanto, atuando, na posição de distribuidor não tem acesso ao consumidor final de forma que é descartada a possibilidade de considerar esta mercadoria como material para uso ou consumo.

Constam nos registros da SEFAZ que a autuada é uma distribuidora, inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia exercendo a atividade codificada no CNAE-FISCAL 4639701 - Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Constato que os itens arrolados no demonstrativo da infração 04, são em sua grande maioria destinadas a promoção de marcas e produtos, por parte das empresas que praticam o comércio varejista, ou seja, promovem vendas diretas a consumidores finais que os utilizam para propaganda e promoção das marcas e eventualmente os distribui a seus clientes. Portanto, não se tratam de itens destinados a comercialização por parte da distribuidora.

O demonstrativo apenso às fls. 16 a 105-v, e gravado no CD, fl. 176, relaciona itens como: EXPOSITORES DE BALCÃO, DISPLAYS, CAMISETAS PROMOCIONAIS, GUARDA SOL PROMOCIONAL, CARTAZES, FITA DE GÔNDOLA, LATINHAS PERSONALIZADAS, ILHAS EXPOSITORAS, BANDEJAS PERSONALIZADAS, AGENDAS SNICKERS, EXPOSITORES DE DIVERSOS TIPOS, CUBOS DE PAPELÃO PROMOCIONAIS, PETISQUEIRAS PROMOCIONAIS, AGENDAS PERSONALIZADAS, PRECIFICADORES DE LOJAS, CANTONEIRAS PERSONALIZADAS, PORTA GARRAFAS PERSONALIZADAS, CANISTERS PERSONALIZADOS, KITS PROMOCIONAIS, EXPOSITORES GIRATÓRIOS, PELÚCIAS PERSONALIZADOS, BANNERS PROMOCIONAIS, COPOS E SACOLAS PROMOCIONAIS, COOLER PERSONALIZADO, EMBALAGENS PERSONALIZADAS, WOOLBLER PROMOCIONAL, FOLDERS, BONÉS SOLARES PERSONALIZADOS, LAMINAS DE VENDAS, MOCHILAS PROMOCIONAIS, URNAS PROMOCIONAIS, JOGOS AMERICANOS PROMOCIONAIS, LANCHEIRAS PROMOCIONAIS e outros itens destinados a propaganda e exposição de produtos para comercialização, além do item BAYGON AEROSOL, excluído pelo autuante do demonstrativo quando da revisão fiscal.

Trata-se, portanto, de materiais com características promocionais e de propaganda a serem utilizados com mais propriedade no comércio varejista, ficando patente que para a distribuidora não se caracteriza como material destinado a comercialização, conforme afirmou a autuada, informação essa, não contestada pelo autuante.

As operações com brindes possuem regramento próprio, estabelecido no artigo 389, incisos I e II do RICMS/2012, vigente à época do fato gerador, pelo qual fica o adquirente dos mesmos obrigado a adotar os procedimentos já descritos.

Os Pareceres da DITRI, trazidos à luz através da defesa e da informação fiscal, são unânicos quanto a tributação de itens com tais características, cujas ementas transcrevo.

PARECER nº 03635/2013 - Data: 20/02/2013 ICMS.

EMENTA: 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.

PARECER nº 01616/2011 Datas: 24/01/2011

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 art. 322 do RICMS-Ba. (Grifo nosso).

Cabe corrigir o enquadramento legal indicado para a infração 04. No caso, foi mencionado dispositivo do RICMS/1997, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997. Na época da ocorrência dos fatos geradores, 2015 a 2017, já se encontrava vigente o Decreto nº 13.780/2012. Desta forma o enquadramento legal a ser considerado é: Artigos 388 e 389 do RICMS/2012.

Pelo exposto, considerando o fato de as operações arroladas não se destinarem a qualquer tipo de comercialização e sim para distribuição não onerosa para os revendedores, clientes da autuada,

de tais produtos, o fato de os remetentes dos mesmos terem tributado tais operações a menor pela utilização de alíquota incorreta, por si só não autoriza o Estado da Bahia lançar o Diferencial de Alíquotas, tendo em vista que o sujeito ativo da operação é o Estado remetente.

Por tal razão, julgo a infração 04 insubsistente.

Sendo assim, considero parcialmente procedente o auto infração, conforme resumo de débito a seguir.

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	Multa (%)	V. Histórico
Infração 01 – 01.02.06	RECONHECIDA	60,00	7.933,17
Infração 02 – 01.02.41	RECONHECIDA	60,00	9.307,63
Infração 03 – 06.05.01	PARCIALMENTE PROCEDENTE	60,00	256,16
Infração 04 - 16.03.10	IMPROCEDENTE	-	17.469,96

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298237.0006/18-9**, lavrado contra **MASTTER DISTRIBUIDORA LTDA** devendo ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.469,96**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados o valor pago.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR