

PROCESSO - A. I. Nº 279691.0010/18-8
RECORRENTE - JEANE SOUZA MELO DE OLIVEIRA (A FEIRITA DISTRIBUIDORA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0054-06/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/04/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0050-12/20

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. BRINDES. Tais mercadorias saídas a este título sofrem tributação normal. Infração subsistente Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2018, no valor de R\$47.105,95, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro de 2013 e junho a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.758,66, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que se refere à saída de brindes sem tributação.

A 6ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0054-06/18 (fls. 62 a 65), com base no voto a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em exame, versa sobre a exigência de crédito tributário, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS quando da saída de brindes (infração 01), e da falta de recolhimento do diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais, na entrada de materiais promocionais como: display, banner, balões, etc. (infração 02).

O autuado, em sua peça, alegou que as operações de entradas questionadas não se destinam à comercialização nem para uso e consumo do estabelecimento. Afirmou que se trata de mercadorias de terceiros, remetidas ao autuado por conta e ordem do adquirente. Ressaltou que as mercadorias foram recebidas sem ônus e que são de caráter promocional, destinados à propaganda dos produtos fabricados pelos seus fornecedores, para serem ofertadas aos seus clientes.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que não houve questionamento do sujeito passivo específico no que diz respeito à exigência contida na infração 01.

Os artigos 388 e 389 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), regulam a matéria, exigindo registro normal da operação de aquisição de brindes, inclusive quanto ao crédito fiscal destacado. Em consonância com esse procedimento exige-se a emissão de nota fiscal de saída tendo como valor tributável o mesmo atribuído na entrada, incidindo sobre ele alíquota interna, dispensando-se assim sua emissão quando da efetiva entrega do brinde. Se a aquisição do brinde deu-se internamente, haverá um débito e um crédito no mesmo valor. Se, porém, a aquisição se deu em unidade federada diversa, o que ocorre no presente caso, haverá impacto relacionado unicamente ao diferencial de alíquota observado.

As operações com brindes, portanto, são tributadas, cabendo observar que a utilização dos créditos pelas entradas e os débitos no mesmo valor das saídas, só se neutralizam, para efeito de recolhimento, se ocorrem no mesmo período de apuração e com a mesma alíquota.

Na situação em comento, o contribuinte não escriturou as saídas dos brindes, ensejando a falta de recolhimento do imposto mais acima mencionado.

Infração subsistente.

No que concerne à infração 02, onde é exigido o imposto decorrente do diferencial de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, verifico pelos documentos fiscais anexados aos autos às fls. 17 a 53, bem como no levantamento fiscal realizado e constante em mídia anexa ao

processo, que pelas características e quantidade dos produtos lá constantes, muitos deles não se tratam de material para uso e consumo do estabelecimento, a exemplo de: milhares de miniaturas de boneco, milhares de bexigas promocionais, 15 berços, 19 cadeiras, centenas de cestos, etc.

Apesar de algumas mercadorias, como: “precificador” e “bobina” se enquadrarem como material de uso e consumo, nota-se que grande parte dos produtos tem características de material promocional, onde não há a ocorrência de circulação econômica com a respectiva troca de propriedade que caracterize a necessária aquisição, conforme consta na “Natureza da Operação” e também indicado nos “Dados Adicionais” dos documentos anexados pelo contribuinte.

No entanto, há de se considerar a atividade econômica do autuado, bem como o extenso volume desses materiais, dito promocionais, para distribuição com terceiros.

O certo é que descabe a cobrança do diferencial de alíquotas para as entradas de material promocional, bem como para as mercadorias para comercialização, pois estas últimas estariam sujeitas ao pagamento do imposto total na saída. Ressalto, ainda, que existem mercadorias, como os “precificadores” que a cobrança do diferencial seria cabível, por se tratar de material de consumo.

Destarte, diante da situação posta, resta indefinida a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e pelo que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração pela flagrante incerteza do “quantum debeatur”.

A infração em análise é nula e, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal acima mencionado, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo-se apenas a exigência contida na infração 01, conforme demonstrativo abaixo:

<i>Infração</i>	<i>Crédito Tributário R\$</i>	<i>Multa</i>	<i>Julgamento</i>
<i>1</i>	<i>18.758,66</i>	<i>100%</i>	<i>PROCEDENTE</i>
<i>2</i>	<i>28.347,29</i>	<i>60%</i>	<i>NULA</i>

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 73 e 74), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual alegou que tem ciência de que deixou de emitir as notas fiscais de saídas dos brindes com o destaque do imposto devido, de acordo com os Arts. 388 e 389 do RICMS/12, mas que também não utilizou o crédito fiscal destacado nas suas aquisições, requerendo que o valor do Auto de Infração seja reduzido para R\$11.034,51.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, acusando o cometimento de 2 (duas) infrações, sendo objeto deste Recurso apenas a Infração 01, já que a Infração 02 foi julgada nula e não foram preenchidos os requisitos para a impetração de Recurso de Ofício.

São cristalinas as disposições dos artigos 388 e 389 do RICMS/12, que disciplinam a matéria, transcritos abaixo:

“CAPÍTULO XXX

DA AQUISIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E ENTREGA DE BRINDES OU PRESENTES

Art. 388. Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

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”.

Conforme se depreende da leitura dos citados dispositivos, é exigido o registro normal da operação de aquisição de brindes, inclusive quanto ao crédito fiscal destacado, bem como a emissão de nota fiscal de saída tendo como valor tributável o mesmo atribuído na entrada, incidindo sobre ele alíquota interna, dispensando-se assim sua emissão quando da efetiva entrega do brinde.

As operações com brindes, portanto, são tributadas, cabendo observar que a utilização dos créditos pelas entradas e os débitos no mesmo valor das saídas, só se neutralizam, para efeito de recolhimento, se ocorrem no mesmo período de apuração e com a mesma alíquota.

Assim, se a aquisição do brinde não ocorreu em uma operação interestadual, haverá um débito e um crédito no mesmo valor. Se, porém, a aquisição ocorreu em unidade federada diversa, como no presente caso, haverá impacto relacionado unicamente aos percentuais de alíquota aplicados.

Na situação em comento, o Autuado informou que não escriturou as saídas dos brindes, ensejando a falta de recolhimento do imposto mais acima mencionado, mas que também não se aproveitou do crédito fiscal por ocasião das entradas. Entretanto, não há como conceder crédito fiscal nesta operação, tal como solicitado em seu Recurso Voluntário, tendo em vista que demandaria um processo de fiscalização para verificar se o referido crédito fiscal não foi tomado em algum momento, desde a entrada dos referidos brindes até a presente data.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279691.0010/18-8**, lavrado contra **JEANE SOUZA MELO DE OLIVEIRA (A FEIRITA DISTRIBUIDORA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.758,66**, acrescido da multa de 100%, previstas no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS