

PROCESSO - A. I. Nº 298237.0006/18-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MASTTER DISTRIBUIDORA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0029-02/19-A
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.12.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0251-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 4. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0029-02/19-A, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 298237.0006/18-9, lavrado em 11/05/2018, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$117.824,45, em decorrência de quatro infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 03 e 04, descritas a seguir.

...
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.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 09/05/2019 (fls. 224 a 231) e decidiu pela procedência em parte da presente exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“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 distribuí 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 PERSONALIZADAS, 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 unânimes 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.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO (Vencido quanto à infração 4)

Observe que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF Nº 0029-02/19) desonerou o sujeito passivo, reduzindo

o crédito tributário lançado de R\$252.483,16 para o montante de R\$33.6077.40, em valores atualizados à data do julgamento (vide folha 217)), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da decretação de improcedência da Infração 04, bem como da procedência parcial da Infração 03, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como *“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, ...”*.

O Sujeito Passivo se opôs parcialmente ao lançamento, alegando que, dentre as operações que deram base à lavratura do auto de infração, existem seis notas fiscais relativas a aquisição de caminhões, dentre as quais três tiveram origem em Minas Gerais, enquanto as outras três vieram do Rio de Janeiro. Alega que, nessas hipóteses, foi cometido um erro, pela fiscalização, na apuração do diferencial de alíquotas, já que foi considerada uma alíquota interna de 17%, em vez de 12%, conforme prevê o art. 16, inciso III, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sua informação fiscal, o autuante acolheu a alegação defensiva e refez o demonstrativo de débito, reduzindo o valor lançado para R\$256,16, conforme folha 185.

A 2ª JF acolheu o novo demonstrativo e julgou procedente em parte o Auto de Infração.

Examinando os documentos fiscais objeto da autuação (folhas 122/133), é possível constatar que se trata, efetivamente, de aquisição de caminhões, conforme alega a empresa autuada. Sendo isto verdade, é forçoso admitir que a alíquota interna aplicável para o cálculo do imposto devido é de 12%, conforme determina o disposto no art. 16, inciso III, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo.

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

III - 12% (doze por cento):

a) 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 microônibus 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;

...”

Assim, não merece reparo a decisão recorrida no que se relaciona à Infração 03.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como *“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, ...”*.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando tratar-se de material promocional, para ser distribuído gratuitamente aos seus clientes, operação que se encontra dispensada do lançamento do imposto, por força do disposto no art. 389, § 1º do RICMS/12. Para comprovar o quanto alega, acosta documentos às folhas 114/118.

Alega, ainda, que, relativamente à mercadoria “Baygon Aerosol”, encontrava-se enquadrada no regime de substituição tributária, à época dos fatos.

Em sua informação fiscal, o autuante acolheu a alegação impugnatória apenas naquilo que se refere à mercadoria “Baygon Aerosol”, mantendo o lançamento relativamente aos demais itens.

Além de afastar a exigência fiscal relativamente ao produto “Baygon Aerosol”, 2ª JF acolheu também a alegação recursal relativamente aos brindes e julgou improcedente esta infração.

Examinando os autos, é possível notar, relativamente ao item “Baygon Aerosol”, que a autuação limitou-se ao período de janeiro/14 a janeiro/15, já que não consta a descrição de tal mercadoria

para o período subsequente.

A consulta ao Anexo I do RICMS/12 revela que, nesse período, os inseticidas se encontravam enquadrados no regime ST, por força do disposto no Item “25.10” que assim descrevia as mercadorias lá citadas “*Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto - 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99*”. Correta, nesse ponto, a decisão de piso.

Quanto aos demais itens autuados, o demonstrativo de débito (folhas 16/105) revela que não se trata de brindes, mas de material publicitário tais 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 PERSONALIZADAS, 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.

Nem mesmo as camisetas promocionais lá descritas podem ser classificadas como brindes, pois se referem a material a ser utilizado no interior dos estabelecimentos destinatários, como parte da campanha promocional, conforme esclareceu o representante do Sujeito Passivo, presente à sessão de julgamento.

Ora, tratando-se de material promocional, é coerente tratá-lo como material de uso/consumo já que não será objeto de nova negociação, mas de distribuição gratuita junto à cadeia varejista do setor. Esse também é entendimento da DITRI, que assim se manifestou no Parecer nº 01616/2011, cuja ementa reproduzo abaixo.

“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. 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. ...”

No caso dos autos, o tratamento jurídico dado pelo Sujeito Passivo foi coerente com o de material de uso e consumo, pois não se apropriou de qualquer valor a título de crédito, quando da entrada, conforme se pode constatar pelo exame dos seus livros fiscais.

Assim, enquadrando-se como aquisições de uso e consumo, deve, a fiscalização, exigir o diferencial de alíquotas respectivo nessas operações interestaduais, que é o caso dos autos. Não pode, todavia, exigir-lhe o tributo com base na alíquota interna, pois não há, nesse caso, comercialização subsequente, o que inviabiliza que o Estado de destino avance para abocanhar uma parte do tributo cuja titularidade foi deferida, pela lei, à unidade federada de origem.

Nesse sentido, merece censura o lançamento, uma vez que, negando o crédito respectivo, impôs uma alíquota cheia de 17% para todas as operações autuadas, conforme se pode constatar pelo exame do demonstrativo de débito, às folhas 16/105. Ademais, tomou como referência as notas fiscais de saída, sem qualquer correlação com a tributação ocorrida na unidade federada de origem.

Sendo adequada a exigência do imposto com base no diferencial de alíquotas, necessário se torna identificar cada uma das notas fiscais de entrada, com vistas a se possibilitar o cálculo do tributo respectivo, o que parece inviável nos presentes autos, pois a autuação ancorou-se nas notas fiscais de saída, emitidas para entrega do material publicitário, codificadas com CFOP 5.910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde).

Não sendo possível decotar o lançamento, apurando-se o imposto devido, outra solução não resta senão anular-se a Infração 04, por absoluta insegurança na base de cálculo das operações,

oportunidade em que represento à autoridade competente para que avalie a possibilidade de refazimento da autuação, nesse ponto, a salvo de falhas, e observada fluência do prazo decadencial, vez que se trata de nulidade de natureza material.

Por esse motivo, entendo que a decisão da JJF merece ser reformada para declarar-se procedente em parte o presente auto de infração.

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício para anular a Infração 04.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4)

Divirjo, com a devida venia, do entendimento do ilustre Relator quanto à sua conclusão de anular a infração 4, pela qual se acusa o contribuinte de ter deixado de emitir nota fiscal com lançamento de imposto no Livro Registro de Saída, referente a aquisições interestaduais de brindes, com repercussão na obrigação principal, exigindo o ICMS no valor de R\$63.888,48.

Conforme itens relacionados pelo próprio Relator, a exemplo de: AGENDAS PERSONALIZADAS, PORTA GARRAFAS PERSONALIZADAS, JOGOS AMERICANOS PROMOCIONAIS e outros, indubitavelmente, se tratam de brindes.

Ademais, brindes para entrega a pessoas físicas não podem ser confundidos com brindes ou bonus para entrega às pessoas jurídicas, como no caso de estabelecimentos comerciais varejistas, a exemplo de DISPLAYS, CAMISETAS PROMOCIONAIS, GUARDA SOL PROMOCIONAL, CARTAZES, FITA DE GÔNDOLA, LATINHAS PERSONALIZADAS, ILHAS EXPOSITORAS, BANDEJAS PERSONALIZADAS, etc., para que estes estabelecimentos varejistas ornamentem e decorem suas lojas, alavanquem suas vendas e efetuem marketing direto ao consumidor final, quando visitam seus estabelecimentos.

Soma-se ainda o fato de que o próprio sujeito passivo é que emite notas fiscais de saída sob CFOP 5.910, atestando tratar-se de “bonificação, doação ou brinde” e jamais de materiais promocionais, como defende o nobre Relator. Até porque, repise-se, servem como brindes para os comerciantes varejistas decorarem suas lojas. O fato é que tal codificação consta das próprias notas fiscais emitidas pelo contribuinte, ora autuado, e assim deve ser considerado, ou seja, “brindes”.

Assim, diante de tal premissa, cabe razão ao preposto fiscal autuante em exigir o imposto nos termos previstos nos arts. 388 e 389 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS-BA), a seguir transcritos:

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”.

Portanto, diante de tais considerações, vislumbro equivocada a Decisão recorrida, quanto à referida infração 4, ao julgá-la Improcedente, razão de concluir pelo restabelecimento do valor remanescente de R\$60.802,90.

VOTO VENCEDOR (Infração 4)

Como o devido respeito, divirjo do entendimento do ilustre Relator, posicionando-me na linha que, porquanto as remessas não se destinam ao seu uso e consumo, muito menos ao seu ativo fixo, já que não foram oriundas de operações de aquisição pela recorrente, mas se consubstanciaram em elementos de caráter promocional, destinados à propaganda dos produtos fabricados pelos seus fornecedores, visando auxiliar a comercialização nos estabelecimentos atendidos pelo sujeito passivo, conforme está descrito no voto do relator: “*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, WOOLER PROMOCIONAL, FOLDERS, BONÉS SOLARES PERSONALIZADOS, LAMINAS DE VENDAS, MOCHILAS PROMOCIONAIS, URNAS PROMOCIONAIS, JOGOS AMERICANOS PROMOCIONAIS, LANCHEIRAS PROMOCIONAIS*”.

Inclusive, nesta linha, já existe um Acórdão JF nº 0092-05/17 que entende que material publicitário nada mais é do que material gráfico, sujeito à incidência do Imposto sobre Serviços – ISS, nos termos na Lei Complementar nº 116/03, cujo serviço é cobrado através de nota fiscal de serviço. A nota fiscal modelo 55, é emitida, apenas para fins de circulação do produto/impresso, conforme determina legislação.

Neste mesmo diapasão, a 2ª CJF, através do Acórdão nº 0229-12/13, corrobora do mesmo entendimento.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298237.0006/18-9**, lavrado contra **MASTTER DISTRIBUIDORA LTDA.** devendo ser intimado recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.496,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados o valor pago.

VOTO VENCEDOR (Infração 4) – Conselheiros(as): Evalda de Brito Gonçalves, Laís de Carvalho Silva e Cláudio José Silveira Pinto e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4) – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Infração 4) – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 4)

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO DIVERGENTE
(Infração 4)

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - VOTO VENCEDOR
(Infração 4)

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS