

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0008/21-8
RECORRENTE - DISSULBA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA..
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0040-03/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0354-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO; **b)** 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 ou ativo permanente do estabelecimento. Diligência fiscal afastou a exigência relativo a materiais promocionais intermediados com distribuição aos clientes. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interpostoc em contra a decisão proferido pela 6ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 17/08/2021, exigindo ICMS no valor de R\$ 63.610,48 em decorrência das seguintes irregularidades:

***Infração 01 – 006.001.001:** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (2017 a 2021) - R\$ 6.376,37. Multa de 60%.*

***Infração 02 – 006.002.001:** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento (2016 a 2021) - R\$ 57.234,11. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 65 a 71) foi afastada a nulidade suscitada por entender que as infrações foram descritas de forma compreensível, indicados os dispositivos infringidos e multa aplicada, inexistindo violação ao processo legal e à ampla defesa, nos termos dos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA.

Indeferiu o pedido de realização de revisão/diligência fiscal, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA, por entender que os elementos constantes nos autos eram suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada revisão, em vista das provas produzidas nos autos.

No mérito apreciou que:

As infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, considerando que tratam da exigência de ICMS relativo à diferença de alíquotas e a caracterização dos materiais objeto da autuação, é fundamental para a decisão da lide quanto às mencionadas infrações. Bens do ativo e materiais de uso e consumo.

***Infração 01:** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro de 2017; julho de 2018; agosto, outubro e dezembro de 2019; janeiro, fevereiro, agosto e outubro de 2020; fevereiro de 2021.*

***Infração 02:** Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a julho e novembro de 2016; março, junho, agosto, outubro e dezembro de 2017; janeiro, março a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019; janeiro a maio, julho agosto, outubro e dezembro de 2020; janeiro e março de 2021.*

Conforme estabelece o art. 155, da Constituição Federal de 1988, “compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”,

O inciso VII do § 2º deste mesmo artigo prevê que “nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual”.

Por outro lado, conforme previsto no art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 (que trata do ICMS no Estado da Bahia), considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada ou da 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 subsequente alcançada pela incidência do imposto.

Constata-se que em relação à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96 prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra Unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96).

O Defendente afirmou que o diferencial de alíquotas do ICMS não incide na aquisição de mercadoria de outro Estado para ser utilizada como insumo na prestação de serviço sujeita ao ISS, ou que integrem o objeto societário do adquirente. Disse que possui atividade de prestação de serviços de armazenamento e de transporte de mercadorias, não desenvolvendo qualquer tipo de atividade comercial, haja vista que inobstante constar em seu cadastro como uma das atividades desenvolvidas, a de comércio atacadista de gêneros alimentícios, em verdade não desempenha tal atividade e não comercializa mercadorias, portanto, não emite notas fiscais de venda, mas apenas de prestação de serviços.

No que se refere à infração 01, alegou que não há aquisição de mercadorias de outro Estado da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Da análise dos documentos fiscais listados junto à presente autuação, em verdade, tais produtos e/ou mercadorias, possuem, em sua totalidade, a natureza de “brindes”, constituindo-se assim, “materiais de natureza promocional” e de divulgação.

Quanto à Infração 02, alegou que de acordo com detida análise dos respectivos documentos fiscais listados junto à presente autuação, tais produtos e mercadorias possuem a natureza de “brindes” e mostruários, constituindo, do mesmo modo, materiais promocionais de divulgação não destinados ao consumo do estabelecimento, mas apenas com destinação à divulgação e distribuição/entrega em caráter gratuito.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que apesar de contribuinte do ICMS, inclusive com atividade secundária de comércio atacadista, o Defendente não informou nem comprovou as saídas de mercadorias a título de “brindes” ou “materiais de natureza promocional”.

No caso de o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final, deve lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito ao crédito do imposto destacado no documento fiscal. Deve emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor, e lançar a referida Nota Fiscal no Registro de Saídas, na forma regulamentar, conforme artigos 388/389 do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido:

RICMS-BA/2012:

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.

Em relação às descrições contidas nas planilhas referentes ao levantamento fiscal, o Autuante informou que

a própria empresa classificou as mercadorias como destinadas ao seu uso e consumo. As planilhas em Excel que integram o PAF foram obtidas, em sua inteireza, da Escrituração Fiscal Digital – EFD da empresa, conforme atestam os arquivos em TXT presente ao processo (CD à fl. 16). Portanto, não foram identificadas notas fiscais correspondentes a brindes registradas na EFD do Autuado.

O Autuante disse que as descrições das mercadorias relacionadas na planilha relativa à Infração 01, a exemplo de luminária, evaporador, condensador, computador, itens de sinalização, etc., infere-se que diante do significado do termo “ativo fixo”, as operações de aquisição se submetem, em sua totalidade, às descrições contidas na hipótese de incidência.

Constato que no Demonstrativo do Autuante à fl. 12 (Infração 01), se encontram os dados relativos ao número da NF-e, data, código do item, NCM, e os valores relativos à base de cálculo alíquota diferença de alíquota. Na descrição dos itens constam bens como: caixa metal, refletor, luminária, grill Mondial, aparador de barba, computador.

Quanto ao exercício de 2017, o Autuante afirmou que a descrição das mercadorias identifica bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. São cantoneiras (NF-e 805262), bobina impressa filme (NF-e 849789), luvas (NF-e 850371), camisetas (NF-e 883754), válvula, arruela, bico injetor (NF-e 23644).

Observo que tal fato se constata nos demonstrativos às fls. 16/24 do PAF, encontrando-se mercadorias como: cartaz, display, pasta com zíper, saco plástico, resistência, etiquetas, cesta para lixo, mochila. Dessa forma, pelo que consta nos autos, especialmente o demonstrativo elaborado pelo autuante, constato que se trata de materiais de consumo.

No tocante às partes e peças de reposição de bem do ativo, adquiridas para substituição de partes que compõem o maquinário, são itens definidos como de uso e consumo, portanto, peças de reposição de bens do ativo, necessárias em face do desgaste de toda e qualquer peça que compõe o maquinário, esses itens são definidos como de uso e consumo do estabelecimento.

A avaliação do que seja material de consumo ou insumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos, é preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento. No presente caso, com base na descrição constante no levantamento fiscal e nos esclarecimentos prestados pelo autuante, concluo que os bens objeto da autuação, referente ao lançamento da diferença de alíquotas (infrações 01 e 02), não se enquadram nos conceitos de insumos, produtos intermediários, nem de materiais secundários, tampouco no de matéria-prima. Constato que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, sendo subsistentes as infrações 01 e 02

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 82 a 107) por meio do advogado Antonio Carlos Sarmento Júnior, OAB/BA nº 18.001, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações, defesa e julgamento na primeira instância que julgou totalmente procedente o Auto de Infração.

Alega que o fundamento principal da decisão foi de que não foi provado que as mercadorias descritas no levantamento fiscal estão vinculadas a atividade de prestação de serviços, bem como na atividade secundária de comércio atacadista, não informou, nem comprovou as saídas das mercadorias a título de “brindes” ou “materiais de natureza promocional”.

Argumenta que ao contrário do fundamentado, não atua diretamente na comercialização dos referidos produtos recebidos e exerce de fato, como atividade única, a prestação de serviços de intermediação de negócios e a prestação de serviços de logística na modalidade “broker”, atuando com exclusividade junto a Indústria de alimentos Nestlé, como representante comercial, operador de logística para atender varejistas de menor porte e o mercado em geral, sem a necessidade, portanto, de comprar ou de manter estoques de mercadorias, como no caso de um distribuidor tradicional.

Afirma que não exerce atividade comercial, não emite notas fiscais de venda, apenas administra os estoques, movimenta cargas e transporta os produtos daquela corporação industrial contratante.

Alega que os produtos, mencionados na fundamentação da Decisão recorrida, são enviados para seu estabelecimento, a título de remessa e recebimento para posterior entrega aos clientes da Indústria Nestlé, inclusive que os brindes, e materiais promocionais, são enviados aos destinatários acompanhados de Notas Fiscais emitidas pela própria indústria, restringindo sua atuação apenas a prestação de serviço de transporte de tais mercadorias, a exemplo Nota Fiscal-e

nº 805.262 (fl. 91) relativa a remessa de material promocional e não há incidência de ICMS em tais operações.

Relata que a decisão apreciou que o sistema de INC, indica possuir além da atividade econômica principal de TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS, outras atividades, inclusive de comércio atacadista e representação comercial e mesmo intimada para informar quais notas fiscais que constam EFD, como sendo 'MATERIAL PARA USO e USO E CONSUMO', posam ter outras destinações, a exemplo de combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, não houve qualquer manifestação naquela oportunidade e nem no momento da defesa.

Alega que de fato a EFD do período de 2016 a 2018, por equívoco, informou o código 1556 e 2556 que são códigos de material de uso e consumo, quando deveriam ter sido registrado os códigos 1949, 2949, 1910 e 2910 que são os códigos corretos para brindes e materiais promocionais.

Esclarece que nos anos seguintes, 2019 a 2021, as referidas Notas Fiscais passaram a ser escrituradas de modo correto, o que comprova "*erro de fato*" quanto à EFD durante os anos de 2016 a 2018, visto que os materiais, através de notas fiscais, são de fato brindes e materiais promocionais de responsabilidade exclusiva da Nestlé, observando que "*Serão caracterizados como brindes produtos ou mercadorias na medida em que: (i) não constituem objeto normal da atividade do contribuinte; e (ii) são adquiridas pelo seu remetente para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final*".

Quanto a fundamentação de que as Notas relativas a materiais como combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos, fluidos, peças de motorização etc., contesta que também não estão sujeitas ao diferencial de alíquota, possuem regime de cobrança de ICMS por substituição tributária, com código de tributação (60 – ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária) portanto já integralmente recolhido na fonte, não havendo assim que se falar em Diferencial de alíquotas, a exemplo da Nota Fiscal-e nº 23.644 (fl. 93).

No que se refere a afirmação do Autuante, que no exercício de 2017 (Infração 02), não identificou emissão de notas fiscais de saídas de cantoneiras (Nota Fiscal-e nº 805262), bobina impressa filme (Nota Fiscal-e nº 849789), luvas (Nota Fiscal-e nº 850371), camisetas (Nota Fiscal-e nº 883754), válvula, arruela, bico injetor (Nota Fiscal-e nº 23644) e são efetivamente destinados a uso ou consumo, diz que equivocou-se, visto que as notas fiscais informam natureza 6949 (remessa de material promocional), constando nas próprias NF's no campo destinado a informações complementares, a seguinte observação: "Material de propriedade da Nestlé", contendo ainda os respectivos códigos de tributação: (CST 041 ICMS NÃO TRIBUTADO) e (060 ICMS COBRADO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), não possuindo destinação para uso e consumo da empresa, a exemplo da Nota Fiscal-e nº 58.554 (fl. 94).

Argumenta que as mercadorias citadas nas respectivas notas fiscais, chegaram aos seus destinatários finais, inocorrendo a existência de fato gerador, vez que a recorrente não procedeu a qualquer ato característico que a levasse à sujeição tributária.

Em seguida, discorre sobre o diferencial de alíquotas de que tratam os incisos VII e VIII, do § 2º, do artigo 155 da CF e RICMS/BA, tendo como requisito essencial que o adquirente dê uma destinação final aos bens ou aos serviços adquiridos encerrando-se assim o ciclo comercial, mas que não incide na aquisição de mercadoria de outro Estado para ser utilizada como insumo na prestação de serviço sujeita ao ISS ou que integrem o objeto societário do adquirente.

Reafirma a sua condição de operadora logística, com atividade de prestação de serviços de armazenamento e de transporte de mercadorias, (broker) não desenvolvendo atividade comercial.

Que de modo equivocado a infração 1 acusa aquisição de bens destinados ao ativo fixo, quando na realidade tem natureza de "brindes", e "materiais de natureza promocional" tais como pratinhos, potes, colheres e talheres padronizados, livros de receitas, camisetas promocionais, porta temperos, blocos, luvas de cozinha, babadores, porta takes, sacolas, copos padronizados, fones de ouvido, aventais, bolsas térmicas, tira clips, barbeadores, balanças digitais, lancheiras,

giz de cera, necessaire, grill, mochilas, relógio de pulso, liquidificador, ralador, toalhas de praia, cintas, bolsas impermeáveis e etc, que não incide ICMS, a exemplo da Nota Fiscal-e nº 1.259.508 (fl. 98).

Discorre sobre a natureza dos brindes, que não se submetem ao pagamento do ICMS DIFAL, por não caracterizar material de uso/consumo ou ativo fixo, bem como os materiais promocionais de divulgação, como faixas, banners, brindes, catálogos, cartazes, móveis displays, expositores, precificadores, cantoneiras, adesivos, folders, bobinas para forração, etiquetas, dispensers, tabelas de preço, sinalizadores de ambiente e etc..., que também não sujeitos à incidência de ICMS, a exemplo da Nota Fiscal-e nº 541.477 com código 041 – não tributada (fl. 100).

Argumenta que no mesmo sentido, as demais notas indicam produtos que compõem os lotes de amostras “grátis” de alimentos, destinados à campanhas de degustação e de entrega gratuita para divulgação promocional, que não permanecem em seu estoque, também não são comercializados ou revendidos, não sendo usuária ou destinatária final de tais produtos.

Insta informar decisões administrativas reconhecendo que materiais adquiridos para a prestação de serviços sujeitos ao ISSQN, não equivale a produtos de uso e consumo, excluindo-se assim, a materialidade da hipótese de incidência, a exemplo do que decidiu o Conselho de Contribuintes da SEFAZ-RJ (*RECURSO Nº - 43.017 - ACÓRDÃO Nº 14.289*); Tribunal de Justiça de Pernambuco TJ-PE - *Apelação / Reexame Necessário REEX 0025322-30.2007.8.17.0001*; Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO - *Agravo de Instrumento: AI 0007808-18.2018.8.09.0000*.

Por fim, que o Superior Tribunal de Justiça, pacificou a matéria, quanto a não incidência do ICMS quanto a remessa de brindes e materiais promocionais (*AREsp 1972362 RJ 2021/0260991-4*), que os referidos produtos, são insumos estritamente necessários à prestação dos serviços, estando incluídos no preço final do serviço prestado, cuja atividade está caracterizada pela prestação de serviço sujeito ao ISSQN.

Argumenta que não sendo de fato, proprietária dos materiais promocionais, não houve circulação de mercadorias, sendo NULO o respectivo lançamento.

Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III do CTN) acolhimento do Recurso Voluntário reconhecendo a total improcedência do Auto de Infração ou se não deferido, pugna pela sua revisão e intimação para se manifestar sobre eventuais valores remanescentes.

Esta 2ª CJF decidiu converter o processo em diligência à Infaz de Origem no sentido do autuante segregar valores relativos a materiais promocionais (FOLDER, DISPLAY, CARTAZES, FAIXA DE GONDOLA, além de livros), esclarecesse quanto as notas fiscais de REM MAT PROMOCIONAL, que consta nas informações complementares: “MATERIAL DE PROPRIEDADE DO CLIENTE NESTLÉ BRASIL LTDA”, com o CFOP 6949, e caso comprovado que fossem de propriedade da NESTLÉ com intermediação aos CLIENTES, fizesse a exclusão dos valores correspondentes.

Em cumprimento da diligência fiscal (fl. 159), o autuante informou que procedeu as exclusões dos itens mencionados, conforme planilhas gravada na mídia de fl. 158.

Quanto aos esclarecimentos solicitados, informa que o procedimento foi adotado quando do processo fiscalizatório, conforme documento de fl. 09, e encaminhou o processo à Coordenação Administrativa da INFAZ COSTA DO CACAU, para dar ciência do resultado da diligência fiscal, oportunizando ao sujeito passivo para apresentar as comprovações necessárias.

A Inspetoria Fazendária intimou o contribuinte (fl. 160) por meio do DTE, cientificando da diligência e do seu resultado.

O recorrente manifestou se (fl. 162) requerendo a juntada Contratos de Prestação de Serviços (Broker) firmada com a Indústria de Alimentos Nestlé, acompanhado de fotografias de materiais de publicidade, expositores e de divulgação que são instalados junto aos clientes finais e Contratos de Comodato, comprovando que os materiais foram entregues diretamente aos clientes da Nestlé.

O autuante manifestou-se à fl. 336, afirmando que não foram apresentadas notas fiscais e que os contratos apresentados configuram convenção entre particulares e não altera a natureza jurídica do fato gerador do imposto nos termos do art. 123 do CTN.

VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS DIFAL relativo a aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo (Infração 1) e uso/consumo (Infração 2), julgado Procedente pela 3ª JF.

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alegou que exerce atividade prestação de serviços de intermediação de negócios e a prestação de serviços de logística (Broker), em exclusividade com Indústria de Alimentos Nestlé, administrando estoques, movimentando cargas e transportando produtos daquela corporação, cujos produtos são enviados para seu estabelecimento, a título de remessa e faz entrega aos clientes da Nestlé, inclusive de brindes, e materiais promocionais.

Em atendimento a diligência determinada por esta 2ª CJF o autuante excluiu os valores relativos a materiais promocionais: FOLDER, DISPLAY, CARTAZES, FAIXA DE GONDOLA.

Por sua vez, o recorrente juntou Contratos de Prestação de Serviços (Broker) firmada com a Indústria de Alimentos Nestlé relativo a publicidade, expositores e de divulgação instalados junto aos clientes e requereu a sua exclusão.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que em relação a:

INFRAÇÃO 1 – ATIVO FIXO

A empresa alega que trata-se de “brindes”, e “materiais de natureza promocional”.

Pela análise do demonstrativo de fl. 12, constato que conforme fundamentado na decisão recorrida, relaciona: CAIXA METAL, BAT TRAC, REFLETOR, LUMINÁRIA, NDG MINIME, GRILL MONDIAL, APARADOR DE BARBA, COND PT, COMPUTADOR, GONDOLA, PLATAFORM.

Pelo exposto, conforme fundamentado na decisão recorrida, o recorrente não comprovou as saídas de mercadorias a título de “brindes” ou “materiais de natureza promocional”, bem como a escrituração das notas fiscais da entrada e tributação nas saídas conforme disposto nos artigos 388 e 389 do RICMS-BA.

Fica mantida a decisão pela procedência da Infração 1.

INFRAÇÃO 2 – USO/CONSUMO.

Esta 2ª CJF converteu o processo em diligência fiscal na qual o autuante refez os demonstrativos originais (fls. 16 a 24), segregando os valores relativos a materiais promocionais: FOLDER, DISPLAY, CARTAZES, FAIXA DE GONDOLA, indicados nas PLAN 1 e PLAN 2.

Ao tomar conhecimento do resultado da diligência, o recorrente juntou Contratos de Prestação de Serviços firmados com a Nestlé e requereu a exclusão dos materiais de publicidade, expositores e de divulgação aos clientes.

Pela análise dos produtos mantidos pela fiscalização no demonstrativo gravado na mídia de fl. 158, constato que apesar de o autuante ter informado que “*Procedeu-se as exclusões dos itens mencionados*” (fl. 159), foi mantido diversos DISPLAY e MATERIAIS PROMOCIONAIS.

Conforme contratos de prestação de serviço juntados às fls. 163 a 173, firmando com a Nestlé do Brasil e cópia de FOLDES e DISPLAY de fls. 186 a 212, constato que indicam PROPAGANDA PROMOCIONAIS DOS PRODUTOS (Leite Ninho, Chocolate Nestlé, Bono, Kitkat, Caldo Magi, Nesfit, Passatempo e outros Produtos...).

Logo, diante dos contratos firmados entre o recorrente e a NESTLÉ DO BRASIL, restou comprovado que estes materiais promocionais são intermediados pelo estabelecimento autuado,

que entrega aos clientes da Nestlê, mas não configuram aquisição de material de uso ou consumo, pois não são adquiridos, nem destinados a consumo do estabelecimento autuado nos termos do art. 4º, XV da Lei nº 7.014/1996 e art. 305, § 4º do RICMS/BA.

Pelo exposto, tomando como base os demonstrativos refeitos pela fiscalização, excluo os valores relativos aos MATERIAIS PROMOCIONAIS: CANTONEIRA NESTLÊ, NESFIT, PASSATEMPO, LUVA MAGGI, SACOLA CHOCOLATE, DISPLAY, TIRA PURINA, CLIP NESTLÊ, BOBINA FORRAÇÃO PÁSCOA/NESTLÊ, FAIXA DE GONDOLA MUCILON, DISPLAY BRIGADEIRO, que não se tratam de produtos e sim de **materiais promocionais destes produtos**.

Fica mantido a exigência relativa as mercadorias que identifica bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e que não tiveram comprovação de saídas, a exemplo de BOBINA IMPRESSA FILME (Nota Fiscal-e nº 849789), LUVAS (Nota Fiscal-e nº 850371), CAMISETAS (Nota Fiscal-e nº 883754), VÁLVULA, ARRUELA, BICO INJETOR (Nota Fiscal-e nº 23644), PASTA COM ZÍPER, SACO PLÁSTICO, RESISTÊNCIA, CESTA PARA LIXO, MOCHILA, entre outros, inclusive os classificados pelo autuado com o CFOP 2949 (Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado - classificam-se neste código as outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores).

Data Ocorr	Data Vcto	Planilha 1	Planilha 2	Julgado 3ª JF	Julgado 2ª CJF
31/01/2016	09/02/2016	44,97	298,92	343,89	343,89
31/03/2016	09/04/2016	69,77	3.702,03	4.267,29	3.771,80
30/04/2016	09/05/2016	731,74		1.184,91	731,74
31/05/2016	09/06/2016		1.729,95	1.729,95	1.729,95
30/06/2016	09/07/2016		2.250,77	2.250,77	2.250,77
31/07/2016	09/08/2016		12.734,59	12.734,59	12.734,59
30/11/2016	09/12/2016	452,37		452,37	452,37
31/01/2017	09/02/2017	42,93		42,93	42,93
30/06/2017	09/07/2017	13,41		13,41	13,41
30/08/2017	09/09/2017	63,86		63,66	-
31/10/2017	09/11/2017	200,19		200,19	197,36
31/12/2017	09/01/2018	151,18		151,18	-
31/01/2018	09/02/2018	766,26		891,45	49,36
31/03/2018	09/04/2018	319,22		1.561,68	206,73
30/04/2018	09/05/2018	156,28		869,80	28,49
31/05/2018	09/06/2018	159,60		496,41	58,47
30/06/2018	09/07/2018	889,52		933,05	-
31/07/2018	09/08/2018	57,04		603,04	42,23
30/08/2018	09/09/2018	55,02		55,02	-
30/09/2018	09/10/2018	313,25		313,25	14,58
31/10/2018	09/11/2018	773,11		821,24	-
30/11/2018	09/12/2018	2.580,87		2.580,87	-
31/12/2018	09/01/2019	433,66		433,66	144,69
31/01/2019	09/02/2019	212,54		311,97	20,82
28/02/2019	09/03/2019	131,02		131,02	130,41
31/03/2019	09/04/2019	522,42		554,92	177,43
30/04/2019	09/05/2019	2.636,86		2.823,22	1.194,71
31/05/2019	09/06/2019	2.543,19		2.543,19	-
30/06/2019	09/07/2019	1.935,34		1.935,34	1.604,12
31/07/2019	09/08/2019	326,39		519,52	61,46
31/08/2019	09/09/2019	236,97		436,80	70,43
30/09/2019	09/10/2019	484,85		484,85	399,74
31/10/2019	09/11/2019	1.666,79		2.646,52	73,03
30/11/2019	09/12/2019	117,52		117,52	11,49
31/12/2019	09/01/2020	186,53		283,23	-
31/01/2020	09/02/2020	3.633,01		3.633,01	3.315,77
29/02/2020	09/03/2020	71,35		71,35	71,35
31/03/2020	09/04/2020	5.361,80		5.390,74	844,03
30/04/2020	09/05/2020	127,13		127,13	-
31/05/2020	09/06/2020	505,00		802,74	-
31/07/2020	09/07/2020	730,74		730,74	730,74

30/08/2020	09/09/2020	522,05		522,05	522,05
30/10/2020	09/11/2020	8,32		8,32	-
31/12/2020	09/01/2021	108,85		108,85	108,85
31/01/2021	09/02/2021	18,20		18,20	-
31/03/2021	09/04/2021	38,36		38,36	38,36
Total				57.234,20	32.188,15

Fica reformada a decisão de procedente para procedente em parte a infração 2, com redução do débito de R\$ 57.234,20 para R\$ 32.188,15.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a decisão de PROCEDENTE para PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no montante de R\$ 38.564,52.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281231.0008/21-8, lavrado contra **DISSULBA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.564,52** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS