

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 4ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0706876-11.2017.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) INTERBELLE COMERCIO DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA

Relator Desembargador ARNOLDO CAMANHO

Acórdão N° 1202860

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ICMS-ST. AUTO DE INFRAÇÃO. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTOS DE OFÍCIO PELO ÓRGÃO AUTUADOR EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. VALORES REFERENTES À NOTA FISCAL CANCELADA. PRODUTOS REMETIDOS A TÍTULO DE BONIFICAÇÃO. DESCABIMENTO DE INCIDÊNCIA DO ICMS. TEMA 144 DO COLENDO STJ. QUITAÇÃO INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. Demonstrado, pelas provas coligidas aos autos, que o Distrito Federal, ao lançar *ex officio* o ICMS-ST, fez incidir referido tributo sobre valores decorrentes de nota fiscal comprovadamente cancelada, tal exação deve ser proclamada indevida.
2. Consoante o colendo STJ estatuiu, ao firmar o Tema 144, “*os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS*”.
3. Apurando a prova pericial que o crédito objeto do litígio foi integralmente quitado pelo contribuinte, nada há a reparar no julgamento de procedência do pedido para declarar sua inexigibilidade, do que decorre, por sua vez, a nulidade do auto de infração lavrado com fundamento no seu não pagamento.
4. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ARNOLDO CAMANHO - Relator, SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal e JAMES

EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de Setembro de 2019

Desembargador ARNOLDO CAMANHO

Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - Relator

Distrito Federal interpôs apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que, constatando ter a parte apelada realizado o pagamento dos tributos inerentes às operações de circulação e de venda de mercadorias arrolados pelo Auto de Infração nº 602/2017, julgou procedente o pedido para declarar extinto, pelo pagamento, o crédito tributário correspondente, com o conseqüente cancelamento do referido auto de infração, bem assim, para condenar o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em dez por cento (10%) do valor da causa.

Em suas razões, o Distrito Federal sustenta a legalidade do lançamento, aduzindo que a autora foi autuada por não recolher, no todo ou em parte, o ICMS ST Substituição Tributária por meio de Documentos de Arrecadação (DAR), Código de Receita 1568, relativo às aquisições interestaduais das mercadorias relacionadas no Demonstrativo de Cálculo – Apuração de Ofício do ICMS ST e por descumprimento do prazo determinado em notificação anterior. Alega que a conclusão a que chegou o *expert* do juízo contraria certidão emitida pela Administração acerca da inexistência de cancelamento da Nota Fiscal nº 56.902, emitida pela empresa Frajo Internacional de Cosméticos S/A, eis que, segundo informações da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, tal nota fiscal ainda se encontrava ativa após o ajuizamento da demanda. Ressalta que o fato de a referida nota fiscal ter sido eventualmente cancelada não traduz procedência da pretensão autoral. Alega que os fatos jurídicos *sub judice* distinguem-se daqueles que deram ensejo ao precedente firmado no julgamento do REsp 1.111.156/SP, eis que tal precedente versou sobre mercadorias oferecidas pelo contribuinte a título de bonificação, enquanto, segundo alega, o pedido autoral objetiva provimento diverso, ou seja, que as mercadorias recebidas pela empresa a título de bonificação não sejam oferecidas à tributação no momento da respectiva saída (revenda a consumidores finais). Reitera a alegação de que os recolhimentos realizados pela parte apelada como prova do adimplemento das obrigações tributárias objeto da autuação questionada (11/16 a 05/17) referem-se a fatos geradores precedentes (08/14 a 01/15). Requer o provimento do apelo para que os pedidos sejam julgados improcedentes.

Em contrarrazões, a empresa apelada sustenta a prevalência da sentença, eis que, consoante apurado na prova pericial, a Nota Fiscal nº 56.902 foi cancelada. Argumenta que as notas fiscais anexadas aos autos demonstram a saída, e não entrada, de bens a título de bonificação (brindes e testers). Aduz, ademais, que os recolhimentos realizados se referem aos lançamentos realizados pelo demandado no auto de infração objeto do litígio, não merecendo guarida a tese de que versam sobre fatos geradores precedentes, até porque o laudo pericial é conclusivo em sentido diverso da tese deduzida no apelo. Requer seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO - Relator

Com efeito, as provas coligidas aos autos, sobretudo o laudo pericial, são conclusivas no sentido de que a Nota Fiscal nº 56.902, a que se refere o recorrente no apelo, foi cancelada. Daí porque se revela inconteste a desnecessidade de recolhimento do tributo correspondente e, por conseguinte, a ilegalidade de seu lançamento *ex officio* pelo réu ao exarar o Auto de Infração nº 602/2017.

Da mesma forma, extrai-se da atividade empresarial da apelada, que vende e distribui produtos de beleza, que as operações realizadas a título de bonificação (brindes e testers) não se destinam à venda aos consumidores finais, daí porque se revela descabida a incidência do ICMS ST sobre elas. A esse respeito, convém transcrever as conclusões a que chegou o *expert* do juízo, no laudo ID nº 26701199 (autos de referência):

“(…) as operações que não foram alocadas a qualquer documento de pagamento de tributo referem-se a entradas de brindes ou bonificações.

Cumpra salientar que as notas fiscais, tidas como entrada de brindes ou bonificações, foram preenchidas com os Códigos Fiscais das Operações, os CFOP's, são 6910 ou 5949, com descrição de 'remessa em bonificação, doação ou brinde' e 'outra saída de mercadoria ou prestação de serviços', respectivamente, conforme documentos de n. 9863905 e seguintes anexados ao processo.”

Daí porque se conclui que a situação fática delineada nos autos amolda-se àquela descrita no precedente firmado em sede de julgamento de recursos repetitivos – REsp 1111156/SP, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.
2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.
3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os "descontos concedidos incondicionais".
4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.
5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça” (REsp 1111156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/010/2009).

Cabe destacar, por fim, que a prova técnica produzida nos autos é conclusiva a respeito da quitação integral do crédito objeto do referido auto de infração:

“Ademais, importa ressaltar que o valor original do crédito tributário presente na autuação é da ordem de R\$ 78.334,23 (setenta e oito mil, trezentos e trinta e quatro reais e vinte e três centavos). Entretanto, o montante recolhido pelo Contribuinte, sobre as notas fiscais objeto do A.I. 602/2017, corresponde ao valor global de R\$ 98.416,99 (noventa e oito mil, quatrocentos e dezesseis reais e noventa e nove centavos), conforme comprovantes de pagamento elencados na coluna (2) da planilha, razão pela qual a esta perita entendeu que houve a quitação do valor cobrado pela Fazenda do DF”.

A fundamentação expendida pelo douto magistrado sentenciante não merece qualquer reparo, daí porque se transcreve no presente julgamento, de forma a integrar, também, os fundamentos expendidos para negar provimento ao apelo:

“Assim, não há incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação, porque a lei prevê que a base de cálculo do ICMS é a operação mercantil efetivamente realizada, o que não ocorre na hipótese de bonificação que é uma modalidade de desconto consistente na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução no valor da venda, de modo que o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, sem, contudo, implicar redução do preço do negócio.

Estabelecidas as premissas, é possível afirmar que o julgado do Superior Tribunal de Justiça se amolda ao caso concreto. A empresa de origem deu mercadorias em bonificação à autora, os quais não devem integrar a base de cálculo do ICMS (REsp 111156/SP), e, em consequência, não deve haver o recolhimento do imposto sobre o valor de tais mercadorias. O fato da parte autora não ser contribuinte, mas substituta tributária da empresa de origem dos produtos, não altera a regra da não incidência do ICMS sobre o valor das mercadorias recebidas em bonificação.

A perita informou que ‘as operações que não foram alocadas a qualquer documento de pagamento de tributo referem-se a entradas de brindes ou bonificações’ e que ‘as notas fiscais, tidas como entrada de brindes ou bonificações, foram preenchidas com os Códigos Fiscais das Operações, os CFOP’s, são 6910 ou 5949, com descrição de remessa em bonificação, doação ou brinde e outra saída de mercadoria ou prestação de serviços, respectivamente’ (ID 26701199).

Logo, não há que se falar em recolhimento de ICMS sobre as mercadorias recebidas pela autora a título de bonificação.

4. Do efetivo recolhimento

A autora aduz que do crédito total apurado, no valor de R\$ 78.334,23, o montante correspondente a R\$ 61.531,36 (ou 78,33% da autuação) teria sido objeto de regular pagamento. Alega que consta planilha contendo todas as operações cujo pagamento do ICMS-ST foi localizado, acompanhado dos respectivos comprovantes de pagamento.

O Distrito Federal, por outro lado, afirma que os fatos geradores que deram origem a autuação ocorreram entre 08/2014 a 01/2015, e que os comprovantes de pagamentos juntados pela autora referem-se ao período de 11/2016 a 05/2017. Assim, afirma que os pagamentos apresentados não comprovam a quitação do débito tributário.

O pagamento do débito tributário também foi objeto da perícia judicial.

A perita foi questionada se ‘Os pagamentos efetuados pela autora se referem a fatos geradores ocorridos em qual período/data?’, ao que a expert respondeu que ‘Os pagamentos foram realizados entre os meses de 09/2014 a 02/2015’ (ID 18086994).

Em esclarecimentos, afirmou que ‘é possível notar a juntada de 47 guias de recolhimento, das quais 43 referem-se à quitação do imposto entre o período de 08/2014 a 01/2015, representando um valor

global de R\$ 92.865,35. Por outro lado, apenas 4 guias de recolhimento estão fora do período abarcado pelo AI 602/2017, as quais detêm um valor global de R\$ 5.551,64' (ID 31241234).

A alegação do Distrito Federal, portanto, não deve ser acolhida, pois demonstrado que os pagamentos foram realizados referentes aos períodos dos fatos geradores que geraram a autuação.

Cabe ressaltar que, como mencionado anteriormente, a perita encontrou nota fiscal que havia sido incluída na autuação e que, na verdade, havia sido cancelada. Ela informou que 'Sim, a nota fiscal n. 56.902, emitida pela empresa Frajo Internacional de Cosméticos S/A, com data de 31/10/2014, valor R\$ 11.066,33 [foi cancelada]'

A perita também identificou a existência de pagamento em duplicidade do tributo de uma das notas fiscais.

Em um dos quesitos, a perita foi indagada: 'Os comprovantes de recolhimento de ICMS-ST referente anexos em ID 9870389 e ID 9871212 correspondem às notas fiscais n. 76448 e 267974? Se sim, ocorreu o pagamento em duplicidade? Considerar o documento avulso de arrecadação (ID n. 9871259 e 9871235)'. A perita respondeu que 'Ocorreu o pagamento em duplicidade de acordo com os comprovantes de pagamento – ID n. 9870389 e 9871212 – os quais referem-se à nota fiscal n. 267974. O referido pagamento em duplicidade foi na ordem de R\$ 171,92' (ID 20494050).

Por fim, sobre a quitação do débito tributário, a perita entendeu que houve integral pagamento pela autora.

Confira-se (ID 24253762):

'Primeiramente, importa esclarecer que o auto de infração, objeto da presente lide, não abarcou todas as mercadorias constantes das notas fiscais elencadas pelo referido documento e sujeitas ao regimento de tributação antecipada de ICMS, razão pela qual a presente autuação resultou um montante global de R\$ 78.334,23 [...].

Nesse sentido, conforme demonstrado alhures, os valores recolhidos pela sociedade LTDA foi de R\$ 98.416,99, a título de ICMS principal sobre as operações acobertadas pelos documentos fiscais, objeto da autuação. Ocorre que o respectivo auto de infração apenas levantou a cobrança de R\$ 78.334,23, como supramencionado.

Sendo assim, resta claro que o montante cobrado pela Administração Pública já fora recolhido na sua integralidade pela sociedade LTDA autora no presente processo'

A expert, intimada para prestar esclarecimentos, notadamente informou que 'o valor original do crédito tributário presente na autuação é da ordem de R\$ 78.334,23. Entretanto, o montante recolhido pelo contribuinte, sobre as notas fiscais objeto do AI 602/2017, corresponde ao valor global de R\$ 98.416,99, conforme comprovantes de pagamento [...], razão pela qual esta perita entendeu que houve a quitação do valor cobrado pela Fazenda do DF' (ID 26701199).

Dessa forma, havendo a quitação integral do débito tributário pela substituta tributária, evidente que houve indevida autuação da autora, e, como consequência, deve ser declarado extinto o crédito tributário em razão do pagamento, com o consequente cancelamento do auto de infração."

Dessa forma, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença recorrida. Tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro em dois por cento (2%) os honorários advocatícios arbitrados na sentença.

É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal
Com o relator

O Senhor Desembargador JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal
Com o relator

DECISÃO

NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME