

A. I. N° - 117808.0004/07-3
AUTUADO - SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.
AUTUANTES - ALZIRA LORDELO SANCHES, MAURÍCIO SOUZA PASSOS e BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 19.09.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0277-04/08

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. **a)** SAÍDA PARA REVENDA COMO SE FOSSE DE PRODUÇÃO PRÓPRIA CONTEMPLADA COM BENEFÍCIO FISCAL. Não comprovada que as mercadorias foram produzidas pelo estabelecimento e também não comprovada a tributação das operações de saídas de mercadorias adquiridas para revenda como previsto no Dec. 4.316/95. Infração não elidida. **b)** SAÍDA DE PRODUTOS ADQUIRIDOS PARA COMERCIALIZAÇÃO COMO SE FOSSEM BRINDES. Não comprovado a regularidade da tributação das operações com mercadorias indicadas como brindes. Comprovado erro de soma de parte do débito, o que resultou em redução do valor original. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2007, exige ICMS no valor de R\$75.372,02 acrescido de multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que promoveu a saída de produtos eletrônicos para revenda como se fosse produção própria do estabelecimento, ou seja, sem haver um ICMS efetivo, pois na saída de produção própria, todo ICMS destacado é cancelado pelo crédito presumido - R\$72.835,35.

02. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escriturada. Consta, na descrição dos fatos, que promoveu a saída de produtos eletrônicos adquiridos, objeto normal da atividade do contribuinte, como brindes, infringindo os artigo 564 e 565 do RICMS/BA, sem o devido recolhimento do ICMS - R\$2.536,67.

O autuado apresentou impugnação (fls. 68 a 85), onde inicialmente reconhece que deu tratamento equivocado nas operações discriminadas nas planilhas anexas (documentos 01 a 04), reconhecendo que deixou de recolher, no vencimento, o imposto devido de R\$60.711,97 e que providenciou seu pagamento com os devidos acréscimos legais.

Ressalta que visando obter suspensão da exigibilidade do crédito discutido na presente autuação, efetuou o pagamento do valor total da autuação, mesmo da parcela não reconhecida. Contesta a exigência do valor de R\$14.687,34, de cuja exigência discorda, sob alegação de ter efetuado o recolhimento do imposto na data de seu vencimento.

Afirma que examinou os valores apontados pelos autuantes e constatou que existem erros no cálculo do suposto débito. Transcreve o art. 39 do RPAF e diz que após a descrição de cada infração, consta o quadro demonstrativo dos itens exigidos no citado dispositivo legal exceto,

quanto ao “valor atualizado até a data da autuação”, uma vez que, na coluna “Valor em Real”, foi repetido os valores históricos, sem a devida atualização dos mesmos.

Aduz que se confrontado os valores apresentados nos quadros demonstrativos que compõem cada infração com os valores apresentados nos demonstrativos nºs 01, 02, 03 e 04, em forma de planilhas, que fazem parte integrante do Auto de Infração, verificou o seguinte erro de cálculo:

- a) No quadro demonstrativo da infração 01, em relação ao débito com data de ocorrência em 31/08/2003, consta como valor histórico R\$9.241,46. Contudo no demonstrativo nº 1, a soma dos valores supostamente devidos relativos ao mesmo período, consta como sendo R\$9.421,46, obtendo-se, portanto, uma diferença de R\$180,00.
- b) No quadro demonstrativo da infração 02, em relação ao débito com data de ocorrência em 31/07/2004, o valor histórico estabelecido é de R\$275,08. Observando-se que tal valor tomou como base a soma dos valores que, no seu entender, seriam devidos no período, que também foi de R\$275,08. No entanto, refazendo-se o cálculo de tal período, será possível aquilatar que o resultado da soma dos referidos valores totaliza R\$122,37 e, não R\$275,08, apontando uma diferença de R\$152,71.

Transcreve às fls. 71 e 72 a descrição das infrações e ressalta que os autuantes se equivocaram pelo fato de que as notas fiscais constaram CFOP correspondente a “brinde”, o qual não é tributável. Pondera que mesmo que tenha indicado CFOP errado nas operações, as mesmas foram tributadas e cumprida a obrigação tributária principal com o recolhimento do ICMS correspondente. Transcreve o art. 2º, §8º, II e art. 50, II ambos do RICMS/BA que trata de incidência do imposto em operações interestaduais e alíquota aplicável.

Destaca que a impugnante encontra-se beneficiada por incentivos fiscais estaduais previstos no Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, a saber:

- 1) diferimento para lançamento e pagamento de ICMS, para o momento em que vier ocorrer operações de saídas;
- 2) redução de alíquotas do ICMS nas operações de saídas internas e interestaduais;
- 3) crédito presumido de 70,834% de modo que corresponda a um percentual efetivo de 3,5%;

Diz que por força do benefício fiscal supra, no momento da remessa das mercadorias, as operações relacionadas nas planilhas anexas (docs. 06 a 09), cujo valor histórico representado por R\$14.687,34, ora se impugna, tiveram o ICMS respectivo devidamente recolhido no seu vencimento.

Alega que em todas as notas fiscais emitidas na remessa do produto, relacionadas nas planilhas acostadas como documentos 06 a 09, houve destaque do ICMS respectivo e seu recolhimento na data do vencimento. Informa que em razão do volume de documentos fiscais envolvidos, junta cópia de alguns exemplares, a título de amostragem, colocando à disposição os originais que estão em seu poder para eventuais consultas.

Esclarece que em relação à infração 02, mesmo tendo grafado equivocadamente o CFOP correspondente a “brinde”, a operação foi efetivamente tributada pelo ICMS.

Afirma que em relação à parte impugnada, houve recolhimento do imposto exigido em ambas as operações e que a autuação não corresponde a real verdade dos fatos e não há do que se falar em novo recolhimento de tributo já pago, nos termos do art. 156 do CTN.

Alega que a capitulação das infrações nos artigos 2º, 50, 111, I e 124, I do RICMS e multa tipificada no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 representam um tratamento genérico, passível de aplicação a inúmeras tipificações, e que, em vista do panorama ora delineado, não está adequada à situação ora constatada e comprovada.

Ressalta que os autuantes indicaram descumprimento do art. 50 do RICMS/BA, mas que efetuou os recolhimentos devidos com base no inciso II do mesmo artigo, combinado com o art. 7º, § único do Decreto 4.316/95.

Finaliza afirmando que a presente autuação, no que tange ao débito de R\$14.687,34 (valor histórico), é incabível e pede que a ação fiscal seja considerada totalmente improcedente. Também requer, que em vista do pagamento efetuado, seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito ora discutido, até final solução da presente questão.

Os autuantes, na informação fiscal prestada (fls. 154 a 158), esclarecem que o contribuinte tem o benefício concedido pelo Decreto 4.316/95, alterado pelos Decretos 6.741/97, 7.341/98, 7.737/99 e 8.375/02, que dispõe sobre o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento do exterior, de componentes, partes e peças destinados à fabricação de produtos de informática, eletrônica e telecomunicações, por estabelecimentos industriais desses setores, e dá outras providências.

Afirmam que apesar do autuado ter recolhido o valor de R\$75.372,03 (fl. 93), o contribuinte reconheceu o débito de apenas R\$60.711,97 “visando obter a suspensão da exigibilidade do crédito discutido na presente autuação”.

Com relação ao questionamento feito pelo contribuinte em relação ao demonstrativo de débito do Auto de Infração (fls. 4 e 5), dizem que o autuado equivocou-se pois o demonstrativo (formulário do sistema SEAI) é muito claro e entendem tratar-se de questionamento meramente protelatório.

Concordam com os valores retificados pelo contribuinte à fl. 71, ficando mantida a infração 01 em R\$72.835,35, e justificam que se fossem alterar, aumentaria o valor do Auto de Infração e na infração 02, retificam o valor de R\$2.536,67 para R\$2.383,95, totalizando o valor do débito em R\$75.219,30 (valor histórico), conforme demonstrativo à folha 155.

Sobre o pedido de nulidade do Auto de Infração, citam o art. 18, §1º do RPAF/BA.

Em relação ao texto da infração 01 transcrevem o art. 2º-A do Decreto 4.316/95. Esclarecem ainda que se o ICMS fosse cobrado nos exercícios de 2003 e 2004 a empresa só tinha duas linhas de fabricação: telefone FT8030 e telefone FT 8040, portanto todos os outros produtos foram adquiridos para revenda com o benefício do diferimento na importação, não tendo, portanto, o benefício de saída com alíquota reduzida a zero.

Quanto a saídas de produção própria (CFOP: 5101, 6101, 6107, etc), verificam que a coluna “ICMS efetivo” do citado formulário é zero, o que está de acordo com o art. 2º-A do Decreto 4.316/95. Para mais esclarecimentos, anexaram ao processo às fls. 135 a 138 e 143 a 148, Notas Fiscais de venda de produção própria da empresa.

Já com relação ao texto da infração 02, transcrevem a definição de brinde disposta no art. 564 do RICMS/BA. Entendem que as mercadorias, objeto normal da atividade do contribuinte, não poderiam ser distribuídas como brindes, pois fere o referido artigo.

Afirmam que foram encontradas no exercício de 2003, 504 notas fiscais e em 2004, 319 notas fiscais com CFOP 5910 e julgam improvável que a empresa tenha se equivocado tantas vezes. Para comprovar que não houve equivoco, citam as notas fiscais fls. 139 a 142.

Dizem ter agido de acordo com a legislação vigente e mantêm integralmente o Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 160 a 162, detalhe dos pagamentos efetuados pelo contribuinte constantes no sistema de controle de gestão tributária da Secretaria da Fazenda.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que o Auto de Infração indica valores históricos, sem demonstrar a atualização do crédito tributário ora exigido e também, que contempla soma errada de valores na sua totalização.

Com relação ao primeiro argumento, constato que o demonstrativo de débito juntado às fls. 4 e 5, foi indicado nas colunas 13 e 14 os valores da atualização monetária (correção monetária e acréscimo moratório), correspondentes aos valores exigidos e na coluna 16, foi indicado o valor

total atualizado de cada item por infração. Dessa forma, o mencionado demonstrativo foi entregue ao autuado mediante recibo (fl. 6) e atende ao disposto no art. 39 do RPAF/BA, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida.

Relativamente a erro de soma de valores, conforme previsto no art. 18 do mencionado diploma legal, é passível de saneamento e não conduz a sua nulidade. Por se tratar de questão do mérito, será apreciado a seguir.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a prática de operações tributáveis como não tributáveis.

Na defesa apresentada o impugnante reconheceu parcialmente o cometimento das infrações, indicando como valor total do débito R\$60.711,97 e providenciou seu pagamento, contestando a exigência do valor de R\$14.687,34, mesmo tendo efetuado o seu recolhimento.

Relativamente à infração 1, indicou que em relação ao débito com data de ocorrência em 31/08/2003, foi indicado valor histórico R\$9.241,46, mas que a soma dos valores supostamente devidos é de R\$9.421,46, o que foi reconhecido pelos autuantes na informação fiscal prestada.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que:

No que se refere a ocorrência dos fatos geradores, alegou na sua defesa que aplicou percentual de 3,5% sobre o valor das operações de revenda de produtos importados, conforme disposto no art. 7º do Dec. 4.316/95 e que conforme planilha juntada com a defesa às fls. 86 a 90, resulta valor devido de R\$60.711,97 (R\$57.808,33 em 2003 e R\$2.760,45 em 2004).

Por sua vez, os autuantes esclareceram na informação fiscal que o recorrente produzia em 2003 e 2004, apenas os Telefones FT 8030 e 8040 e importava outros produtos com benefício do diferimento. Afirmaram que o art. 2º do Dec. 4.316/95 prevê que nas saídas de produtos resultantes da produção própria, poderia lançar crédito fiscal igual ao débito correspondente e que a exigência fiscal se deve ao fato de que a empresa deu saída sem tributação de produtos não produzidos, cabendo a aplicação do art. 7º do mencionado diploma legal, ou seja, incidência de uma carga tributária equivalente a 3,5% (crédito fiscal = 79,41118% do débito).

Pela análise dos documentos juntados ao processo, no confronto dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, juntados às fls. 8 a 21, com os acostados pelo defendente às fls. 86 a 89, constato que a empresa, a exemplo do mês de maio/03, excluiu as notas fiscais de nºs 71124 e 71125 (fls. 135 e 136). Nas citadas notas fiscais foram indicados CFOP 6107 - Venda de produção do estabelecimento, destinada a não contribuinte. Conforme demonstrativo juntado pelos autuantes às fls. 48 a 60, não houve débito sobre estas operações (CFOP 6107), o que denota não terem sido tributadas, ou seja, aplicado o disposto no art. 2º do Dec. 4.316/95.

Pelo exposto, não tendo produzido as mercadorias objeto da operação (Receiver com DVD, no exemplo citado), se trata de saídas de mercadorias adquiridas para revenda e está correto o procedimento adotado pela fiscalização ao aplicar o percentual de 3,5% sobre o valor das saídas, conforme previsto no art. 7º do Dec. 4.316/95. Ressalto que os documentos juntados com a defesa não comprovam que as mercadorias foram tributadas, como afirmou o recorrente.

Com relação ao erro de soma, no demonstrativo original às fls. 12 e 13, foi indicado débito de R\$9.421,46, relativo aos fatos geradores ocorridos no mês de agosto/03, o que considero correto. Verifico que, por equívoco os autuantes grafaram valor de R\$9.241,46 no Auto de Infração (fl. 2).

Como o erro foi identificado pelo impugnante, o demonstrativo correto já se encontrava à fl. 13 do processo, cuja cópia lhe foi entregue pela fiscalização ao recorrente e também foi acatado pelos autuantes na informação fiscal, entendendo ser desnecessário fazer qualquer retificação e comunicar ao autuado, na situação prevista no art. 18, §1º do RPAFA/BA. Dessa forma, fica retificado o valor do débito relativo ao item 7 da infração 1 para R\$9.421,46.

Entretanto, levando em conta que há agravamento da infração, fica limitada a exigência do débito relativo ao mês de agosto/03, em R\$9.241,46, de acordo com o que determina o art. 156 do RPAF/BA. Represento à IFEP INDÚSTRIA para mandar renovar o procedimento fiscal, para exigir a diferença de R\$180,00. Infração não elidida.

No que se refere à infração 02, na defesa o impugnante alegou que mesmo que tenha indicado CFOP equivocado nos documentos fiscais, as operações foram tributadas com percentual efetivo de 3,5% (art. 7º do Dec. 4.316/95) e tiveram o imposto recolhido.

Pelo confronto do demonstrativo elaborado pelos autuantes (fls. 24 a 47) com o apresentado pelo autuado junto com a defesa (fls. 98 a 118), os totais de valores coincidem em quase todos os meses, a exemplo dos meses de fevereiro/03, com valor exigido de R\$121,60 (fl. 25) e demonstrativo à fl. 99 com o mesmo valor; idem abril R\$170,34 (fls. 27 e 101), e também em vários outros meses do período autuado.

Com relação aos meses que constatei divergências, verifico que no mês de agosto/03, foi exigido valor de R\$160,27 (fl. 31) enquanto o demonstrativo do impugnante indicou valor de R\$142,97. A diferença de R\$17,32 refere-se à nota fiscal 30324 relacionada no demonstrativo à fl. 30. No demonstrativo foi indicada saída da mercadoria com indicação do CFOP 5910 relativo à remessa de brinde, assim como as demais notas fiscais relacionadas.

Conforme disposto nos artigos 564 e 565 do RICMS/BA, considera-se brinde a mercadoria que, não constitui objeto normal da atividade do contribuinte e tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final. As cópias dos documentos juntados pelo autuado às fls. 139 a 142, referem-se a rádio relógio da marca Toshiba, logo, faz parte da relação de mercadorias produzidas pela empresa, mesmo que em outro estabelecimento e não deve ser considerada como brinde.

Portanto, com relação à tributação das mercadorias consignadas na nota fiscal 30324, constato que todas as operações com indicação do CFOP 5910, não foram tributadas, conforme demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 48 a 60. Mesmo que as mercadorias fossem consideradas como brindes, é previsto no art. 565 do RICMS/97, que no momento da aquisição deve lançar a nota fiscal no livro Registro de Entradas com direito a crédito do imposto e 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.

De qualquer forma, tendo sido exigido o ICMS relativo às operações com CFOP 3910 (remessa de brindes), com aplicação do percentual de 3,5% (art. 7º do Dec. 4.316/95, operações de revenda de produtos adquiridos), não foi trazido ao processo, prova de que as operações tenham sido tributadas, e está correto o procedimento fiscal.

Com relação ao débito com data de ocorrência em 31/07/2004, na defesa apresentada o recorrente alegou que o valor histórico indicado na autuação de R\$275,08 está errado, o que foi reconhecido pelos autuantes na informação fiscal.

Pelo confronto do demonstrativo juntado às fls. 42/43 (autuantes) com o juntado com a defesa às fls. 114 e 115, constato que assiste razão ao recorrente, totalizando valor devido de R\$122,37 e, não R\$275,08. Assim sendo, da mesma forma que apreciado anteriormente em relação à infração 1, acato o demonstrativo apresentado pelo autuado e considero devido o valor de R\$122,37, devendo ser retificado o item 37 do demonstrativo de débito à fl. 4, o que reduz a infração para R\$2.383,96 (R\$2.536,67 – R\$275,08 + R\$122,37). Infração elidida em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 117808.0004/07-3, lavrado

contra **SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.219,31**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR