

PROCESSO	- A.I.Nº 117808.0004/07-3
RECORRENTE	- SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF 0227-04/08
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 26/12/2011

2ª CÂMRA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0389-12/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. **a)** SAÍDA PARA REVENDA COMO SE FOSSE DE PRODUÇÃO PRÓPRIA CONTEMPLADA COM BENEFÍCIO FISCAL. **b)** SAÍDA DE PRODUTOS ADQUIRIDOS PARA COMERCIALIZAÇÃO COMO SE FOSSEM BRINDES. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF atestou que os valores impugnados em sede recursal já haviam sido recolhidos regularmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar 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.*

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 68 a 85 e informação fiscal às fls. 154 a 158.

Após concluída a instrução, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme o seguinte voto, *in verbis*:

“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 defendantas 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 porcentual 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 autuante 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, entendo 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 porcentual 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.

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 179 a 192, colacionando vários documentos, cujo objeto é a improcedência da autuação no que tange a cobrança do valor histórico de R\$14.534,63.

Alega em preliminar a fatal de adequação no enquadramento legal na presente autuação. Diz ser genérica a acusação, pois ambas as infrações são capituladas nos artigos 2º, 50, 111, inciso I e 124, RICMS e art. 24, II, ‘a’ da Lei nº 7014/96, não estando adequada à situação constatada e comprovada.

Fala que em relação ao art. 50 do RICMS, os auditores não apontaram qual inciso teria deixado de ser cumprido. Diz que efetuou os recolhimentos devidos com base no inciso II, do art. 50, c/c o art. 7º, § único do Decreto nº 4.316/95.

Por fim, diz que o débito representado pelo valor histórico de R\$14.534,63, discutido na presente defesa, já foi devidamente pago no vencimento, motivo pelo qual, no seu entender, não há que se falar em descumprimento de qualquer norma tributária.

No mérito, da infração 1, passa a alegar que houve a extinção do crédito tributário pelo pagamento da exação, conforme art. 156, I do CTN. Diz que as notas que acompanharam a remessa dessas mercadorias “referem-se a série 2, as quais tratam de operações com destino o Armazém Geral com o devido destaque do ICMS”, como o recolhimento do imposto na data do vencimento, consoante comprovantes juntados na impugnação e documentos trazidos no Recurso Voluntário, com a ressalva de que os valores exarados nos comprovantes englobam diversas operações procedidas naquele período de ocorrência do fato gerador.

No que toca a infração 2, defende-se afirmando que, por equívoco, classificou a operação como se fosse remessa de brinde, mas, mesmo assim, teria dado o tratamento adequado quanto à natureza da operação procedendo ao recolhimento do tributo devido. Saliente que houve o pagamento do tributo no período anterior ao vencimento com alíquota cabível de 3,5%.

Fala que o art. 50, II do RICMS determina a aplicação de 12% nas operações interestaduais, mas, por ser beneficiária dos incentivos fiscais do Decreto nº 4.316/95, tem direito à redução de alíquota do ICMS nas operações de saídas internas e interestaduais no percentual de 70,834%, de maneira que o valor recolhido corresponda a 3,5% (art. 7º, §único). Logo, por força do art. 342 do RICMS, o pagamento do imposto estaria diferido para o momento da saída dos produtos decorrentes de sua produção.

Transcreve o art. 7º, §único do Decreto nº 4.316/95 e reafirma que no momento da remessa das mercadorias, o ICMS foi recolhido, conforme documentação anexa a impugnação.

Diz que não há operação não tributável, pois, mesmo havendo a constatação de notas fiscais com “CFOP” de brinde, ou seja, operação não tributável, a operação foi tributada. Fala que em “todas as Notas Fiscais emitidas na remessa do produto ao destinatário, (...), tendo havido destaque d ICMS respectivo, foi providenciado o recolhimento do valor devido na data do vencimento”. Adiante, repisa sua tese dizendo que “o fato de ter constado, equivocadamente, das Notas Fiscais constantes dos Demonstrativos nº 03 e 04 anexados pela fiscalização à presente autuação, o CFOP correspondente a ‘brinde’, o recorrente não se viu impedida de efetivamente recolher o ICMS devido”.

Por estas razões, aduz que o acórdão recorrido afronta o princípio da verdade material.

Adiante, ao tecer comentários ao princípio da legalidade, afirma que “*não convém à administração a manutenção de exigência fiscal eivada de ilegalidade*”, sendo o motivo da existência de um processo administrativo pautado pela busca da verdade material. Em socorro, traz lições de Vito Hugo Mota de Menezes e Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas.

Fala que, mesmo o RICMS do Estado da Bahia determinando que nas Notas Fiscais emitidas devam constar o Código Fiscal de Operações e Produtos (CFOP) conforme o previsto no seu Anexo II, a sua inobservância, por equívoco, consubstanciando mero erro formal que não impediu o recolhimento da obrigação principal e não trouxe prejuízo ao Fisco, não é motivo para se manter a autuação ora discutida.

Cita o art. 156, I do CTN dizendo que não há que se cogitar em novo recolhimento de tributo já pago, pois o pagamento é forma de extinção do crédito tributário.

Em relação às provas trazidas aos autos, rebate a afirmação do acórdão da JJF dizendo que trouxe documento comprobatórios do recolhimento do imposto desde sua defesa inicial, mas, mesmo assim, com fito de aclara eventual equívoco, faz juntada de documentação sobre o pagamento das operações em debate.

Requer, no que tange ao débito no valor histórico de R\$14.534,63, a improcedência do Auto de Infração.

Após a PGE/PROFIS se manifestou (fls 463), por meio da ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa afastando as questões preliminares, mas recomendando a realização de diligência para a análise dos documentos trazidos aos autos, em respeito à verdade material.

Em assentada de julgamento do dia 29.07.09, essa 2ª CJF decidiu pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC, “*a fim de que o mesmo verifique, com espeque na prova documental acostada aos autos pelo contribuinte, novamente impugnado, já que havia sido pelo mesmo recolhido nas datas correspondentes antes do início da ação fiscal*” (fls 465 e 466).

Em resposta ao pedido de diligência, a Sr.^a Maria Auxiliadora Gomes Ruiz elaborou o Parecer ASTEC nº 019/2010 com a confecção de planilha com as exclusões efetuadas e novo demonstrativo de débito, com base nas seguintes conclusões, *in litteris*:

“Na análise dos documentos apresentados, demonstrativos e notas fiscais (fls 373/515), constata-se que já foram recolhidos os valores de R\$ 12.446,69 referentes à Infração 01 e R\$2.240,77 referente à infração 02, considerando que ficou comprovado que o ICMS das notas fiscais relacionadas às fls. 480/494, sem destaque do ICMS, foram acobertadas pelas notas fiscais de simples remessa ao armazém geral, com destaque de ICMS, como se verifica, a título de exemplo, com as notas fiscais, 031010 e 091658, onde consta nesta última (fl. 504), a referência ao imposto recolhido na primeira (fl. 505), além de constar na relação dos autuantes notas fiscais de números 034068 e 034069 (fls. 498 e 499).”

Houve manifestação do recorrente (fls. 522 a 524) concordando com a apuração efetuada e dos Autuantes (fl. 546) reiterando todos os termos da autuação, solicitando a manutenção do Auto de Infração.

Em nova manifestação, a procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, reitera os termos do seu Parecer anterior sobre a nulidade e, com base no Parecer da ASTEC, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, com exclusão dos valores comprovadamente recolhidos antes da ação fiscal.

Em assentada de julgamento, a ilustre procuradora Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento Sé reitera os argumentos trazidos no anterior Parecer opinativo, mas ratifica a sua conclusão entendendo que o Recurso Voluntário deve ser totalmente provido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário cujo objeto é a improcedência da autuação no que tange a cobrança do valor histórico de R\$14.534,63, para elidir parcialmente a cobrança da exação que entende não ser devida. Frise-se que já houve o recolhimento do valor incontrovertido e do valor exigido a mais, com o fito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Na análise dos autos, entendo que o recorrente merece razão.

Neste ponto, filio-me ao entendimento da PGE/PROFIS em considerar o resultado do Parecer ASTEC nº 019/2010 que é conclusivo e absolutamente claro em demonstrar que o recorrente trouxe elementos comprobatórios da tese de que os impostos foram recolhidos, mesmo havendo erros formais quanto ao preenchimento correto dos CFOP's.

Aponto que a insurgência do recorrente é bem fundamentada, plausível e alicerçada em vasta documentação comprobatória de sua argumentação de que, por equívoco, classificou a operação como se fosse remessa de brinde, mas, mesmo assim, teria dado o tratamento adequado quanto à natureza da operação procedendo ao recolhimento do tributo devido.

Assim sendo, entendo que restou demonstrado, conforme Parecer ASTEC, que tais erros não trouxeram prejuízo ao erário e o imposto devido fora recolhido no seu devido termo.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para reformar a Decisão de 1º grau, no que tange ao débito impugnado no valor histórico de R\$14.534,63, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Isto posto, o débito remanescente se apresenta com a configuração abaixo, de acordo com o Parecer ASTEC à fl. 470.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
MÊS/ANO	AUTUAÇÃO	EXCLUSÃO	DÉBITO DEVIDO	INF.
abr/03	1.087,62	480,67	606,95	1
mai/03	5.491,82	506,00	4.985,82	1
jun/03	3.760,00	451,42	3.308,58	1
jul/03	3.901,65	130,06	3.771,59	1
ago/03	9.241,46	2.151,57	7.089,89	1
out/03	651,48	40,76	610,72	1
nov/03	36.229,37	902,94	35.326,43	1
dez/03	1.595,14	754,52	840,62	1
jun/04	1.105,91	210,00	895,91	1
jul/04	1.877,80	419,48	1.458,32	1
TOTAL DA INFRAÇÃO 1			58.894,83	
ago/03	160,27	142,97	17,30	2
set/03	75,43	63,88	11,55	2
jan/04	95,28	58,91	36,37	2
jul/04	275,08	122,37	152,71	2
ago/04	70,71	37,48	33,23	2
out/04	134,59	108,98	25,62	2
nov/04	117,97	115,95	2,02	2
dez/04	165,54	148,44	17,10	2
TOTAL DA INFRAÇÃO 2			295,90	
TOTAL DO DÉBITO			59.190,73	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 117808.0004/07-3, lavrado contra **SEMP TOSHIBA BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.190,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS