

A. I. Nº - 278937.0020/10-0
AUTUADO - LIDER DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 06.05.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-02/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS MAIOR QUE ENTRADAS. b) OMISSÃO DE ENTRADAS MAIOR QUE AS SAÍDAS. Infrações não impugnadas. 2. BRINDES. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração não elidida. 3. BENEFICO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO PREVISTA NO DECRETO 7.799/00. Fato não contestado. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$19.855,89, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$2.075,50, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2008, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme Anexo II (fls.14 a 65).
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$516,34, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2009, conforme demonstrativos às fls.132/152.
3. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$13.530,64, nos prazos regulamentares, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.153/196.
4. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.749,40, em decorrência de utilização de benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro de 2008 a novembro de 2009, conforme demonstrativos às fls.73/100 e 197/227. Em complemento consta: “*O contribuinte procedeu vendas para não contribuintes e cancelados utilizando-se indevidamente da*

redução prevista no Dec. 7799/2000.”

5. Falta de retenção do ICMS no valor R\$984,01, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro de 2008 a outubro de 2009, conforme demonstrativos às fls.101/131 e 228/255.

O autuado, através de seu representante legal, apresentou defesa administrativa, fls.261 a 264, na qual, preliminarmente diz que será objeto de impugnação apenas a infração 03, tendo informado que o pagamento do débito referente às demais infrações será providenciado oportunamente.

Quanto a infração impugnada, o defendant alega que as mercadorias cujas alíquotas foram erroneamente aplicadas não se tratam de operações comerciais, sustentando que não houve circulação do gênero da mercadoria, e por isso não ocorreu nenhuma das hipóteses regulamentares de incidência do ICMS previstas no art. 1º, do RICMS-BA.

Chama a atenção de que nas notas fiscais objeto da autuação, constam os CFOPs 5949 e 5910, referentes a: bens remetidos como artigos promocionais sem valor comercial; remessa de bens para uso por terceiros prestadores de serviços; e remessa em doação.

Por conta disso, argumenta que não se trata de saídas de mercadorias, incluídas nas hipóteses de incidência do ICMS, e portanto, não deverá ser aplicada a alíquota de 17%, conforme adotado pela fiscalização.

Frisa que na pior das hipóteses, tratar-se-ia de bens para uso e consumo que, por isso, estariam sujeitos à incidência, tão-somente, do diferencial de alíquota nos termos do art. 1º, §2º, IV, do RICMS-BA, porém que não consta do auto de infração em epígrafe, qualquer cobrança neste sentido.

Ao final, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.266 a 268, o autuado ressalta que o autuado reconheceu as infrações 01, 02, 04 e 05, se insurgindo quanto a infração 03, sobre a qual, rebateu a alegação de que as notas fiscais objeto da autuação não se tratam de mercadorias, pois trazem operação com CFOP 5949 e 5910, dizendo que independe do CFOP para a determinação sobre a tributação da operação.

Transcreveu o artigo 564, do RICMS/97, para mostrar que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas, não se importando se a título oneroso ou gratuito, para distribuição como brindes aos clientes.

Esclarece que foram adquiridas cadeiras de praia, toalhas, chapinha e bicicletas, para distribuição, a título gratuito, aos seus clientes, na maioria contribuintes cadastrados na Secretaria da Fazenda.

Frisa que o procedimento a ser adotado pelo contribuinte está descrito no artigo 566, do RICMS/97, e que a procedência da autuação pela falta de tributação de brindes já foi objeto de diversos julgamentos pelo CONSEF.

Conclui mantendo o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

VOTO

Na análise das peças processuais, verifico que não existe lide quanto às infrações 01, 02, 04, e 05, uma vez que o sujeito passivo declarou em sua peça defensiva o seu reconhecimento quanto a tais infrações, inclusive declarou que oportunamente faria o devido recolhimento do débito inerente a tais itens da autuação. Desta forma, subsistem integralmente as citadas infrações.

Com relação ao item 03, a infração foi descrita no corpo do auto de infração como “Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, conforme demonstrativos às fls.31 a 65, e 153 a 196.

Analisando os citados demonstrativos, verifico que os números foram extraídos do arquivo magnético enviado pelo autuado à Secretaria da Fazenda; que os CFOPs são 5910 e 5949; e que foi aplicada a alíquota de 17% sobre as notas fiscais objeto da autuação, nas quais, constam discriminados que os produtos constantes são: relógio de parede, display Rayovac, batedeira, camisa, churrasqueira, aspirador, TV, espelho, toalha de praia, pranchas, modelador, sacolas, bicho de pelúcia, bola de futebol, cadeira de praia, lanterna, mochila, dentre outros.

No CFOP 5910 - classificam-se as remessas de mercadorias a título de bonificação, doação ou brinde, enquanto que no CFOP 5949 - classificam-se as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos demais códigos da tabela.

Na defesa fiscal o autuado não apontou nenhum erro no levantamento fiscal, confirmou que as operações constantes nas notas fiscais objeto da autuação estão classificadas nos CFOPs 5949 e 5910, e dizem respeito a saídas de bens remetidos como artigos promocionais sem valor comercial; remessa de bens para uso por terceiros prestadores de serviços; e remessa em doação.

Apesar de a acusação fiscal se referir a utilização incorreta da alíquotas, pelo que se depreende dos autos, a exigência fiscal decorreu da falta recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ou seja, sem tributar as notas fiscais objeto da autuação. Observo que as citadas operações se referem às saídas para distribuição de brindes, em relação às quais o autuado estava obrigado a emitir as notas fiscais correspondentes, com o destaque do ICMS devido, conforme preceitua o art. 565, caput e seus incisos, do RICMS/BA, que transcrevo abaixo:

“Art. 565. 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 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 fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA.

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar”.

Pelos termos da defesa nota-se que o autuado entendeu perfeitamente o fato que ensejou a autuação - erro na aplicação da alíquota - ou seja, tributação errada nas saídas de brindes destinados aos seus clientes.

Saliento que em relação a todas as mercadorias objeto do lançamento, o contribuinte deixou de seguir as determinações acima indicadas, o que comprova que o imposto correspondente deixara de ser escriturado e recolhido, importando no acerto do lançamento, estando os valores devidamente apontados no levantamento fiscal. Assim, estando comprovada a prática da irregularidade, a infração restou totalmente caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278937.0020/10-0, lavrado contra **LIDER DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.855,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$17.264,05 e

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

70% sobre R\$2.591,84, previstas no artigo 42, II, “a” e “e”, e III, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR