

**PROCESSO** - A. I. Nº 278937.0020/10-0  
**RECORRENTE** - LIDER DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0094-02/11  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 04/09/2012

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0245-11/12

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Restou comprovado que parte das mercadorias objeto da autuação refere-se a produtos comercializados cujas operações são tributáveis e foi dado tratamento de não tributáveis. No que se refere às operações de distribuição de brindes, o estabelecimento deve emitir documento fiscal com destaque e lançamento do imposto, o que não foi feito, o que caracteriza o cometimento da infração. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento, sendo que o Auto de Infração, lavrado em 28/09/10, reclama ICMS relativo a cinco infrações. No momento da apresentação da defesa foram reconhecidas quatro delas, sendo objeto deste Recurso apenas a infração 3 que acusa:

*Recolhimento a menos do ICMS nos prazos regulamentares, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2008/2009) - R\$13.530,64.*

A 2ª JF prolatou a seguinte Decisão:

*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.*

*Analizando 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:*

...

*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.*

No Recurso interposto (fls. 282/287), o autuado comenta que a 2ª JJF decidiu que nas saídas de brindes deveria proceder de acordo com o prescrito no art. 565 do RICMS/BA, destacando o ICMS, mas que tal tese não pode prosperar conforme argumentos que passou a expor.

Argumenta que para haver incidência do ICMS impõe-se que a saída da mercadoria do estabelecimento constitua uma operação comercial, de acordo com o disposto no art. 1º do RICMS-BA, que trata da circulação de mercadoria com finalidade comercial.

Diz que na situação presente, as supostas mercadorias cujas alíquotas foram aplicadas de forma errada não se trata de operações comerciais, visto que são contempladas com os CFOPs 5949 e 5910, referentes à:

- a) bens remetidos como artigos promocionais sem valor comercial;
- b) remessa de bens para uso por terceiros prestadores de serviços;
- c) remessa em doação.

Aduz que não se trata de saídas de mercadorias, incluídas nas hipóteses de incidência do ICMS, não deve ser aplicada a alíquota de 17% como pretende a fiscalização e improcedente a infração.

Argumenta que, caso se considere as saídas objeto da autuação como tributadas, o art. 565 do RICMS/BA prevê possibilidade de aproveitamento do crédito fiscal na aquisição dos brindes e obrigação de lançar o débito fiscal quando da saída, “sistemática [que] há anulação do imposto”, havendo apenas um jogo de notas fiscais, mas não há imposto a recolher.

Pondera que com relação às aquisições internas de brindes, não é possível manter a exigência fiscal, por entender o que “ocorreu foi o suposto descumprimento de uma obrigação acessória, quanto à emissão das notas fiscais”, visto que não houve aproveitamento de crédito fiscal e deu saída não tributada.

Quanto às aquisições fora do estado afirma que se aplica o mesmo raciocínio e, na pior das hipóteses, deveria ter dado o tratamento de “bens de uso e consumo” com incidência do diferencial de alíquota, o que não foi exigido na autuação.

Requer que seja desconstituída a infração e aplicada uma multa de uma UPF, conforme previsto no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96 relativa a descumprimento de obrigação acessória. Também, manifestação da PGE/PROFIS em detrimento da legalidade fiscal, evitando lide no Poder Judiciário resultando em sucumbência ao Estado.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer às fls. 293/295 opinando que inexistem argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão ora recorrido. Ressalta que nas operações de saídas de brindes do estabelecimento autuado estava obrigado a emitir documentos fiscais com destaque do ICMS conforme determina o art. 565 do RICMS/BA, fato reconhecido pelo autuado e, dessa forma, caracterizado o cometimento da infração.

## VOTO

Inicialmente, cabe ressaltar que, embora a infração 3 acuse “Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, pela análise dos demonstrativos (fls. 31/65 e 153/196) trata-se de falta de recolhimento do imposto

em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. O contribuinte compreendeu e se defendeu do que foi acusado, e por isso, deve ser considerado válido o procedimento fiscal.

Embora no Recurso Voluntário interposto o autuado tenha identificado pelos CFOPs 5949 e 5910, relativo a saídas de artigos promocionais, remessa de bens para uso em prestadores de serviços e remessa em doação, centrou seus argumentos no Recurso Voluntário em relação à distribuição de brindes.

Observo que o art. 564 do RICMS/BA define como brindes: *a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.*

Pela análise dos demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 31/65 e 153/196) foram relacionadas notas fiscais de saídas de:

- a) bebidas mista, suco tropical, guardanapo Scott, chocolate maratinho, sabonete protex, papel higiênico (fls. 58, 63, 64...);
- b) relógio de parede, batedeira, espelho, prancha, secadoras, camisa, cachorro de pelúcia, toalha, cesto, sacola, bola de futebol, bicicleta (fl. 156), barbeador elétrico, chapinha, batedeira, churrasqueira, aspirador, TV (fl. 32), pranchas, modelador, sacolas, bicho de pelúcia, bola de futebol, cadeira de praia, lanterna;
- c) mochila, display Rayovac.

Embora não tenham sido juntadas notas fiscais ao processo, em se tratando de saídas de mercadorias correlatas com a atividade econômica do estabelecimento autuado (distribuidor de alimentos), as mercadorias do primeiro grupo (a) que deram saídas com o CFOP 5949 – *Outra saída de mercadoria não especificada*, certamente não devem se caracterizar como brindes, visto que, apresentam características de produtos adquiridos para comercialização coerentes com a sua atividade econômica. Portanto, estas operações de saídas são tributadas.

Da mesma forma, a maior parte dos produtos elencados no segundo grupo (b) e (c) foram classificadas ora com o CFOP 5949, ora com o CFOP 5910 – *Remessa em bonificação, doação ou brinde*, a exemplo do produto Chapinha Taiff bi-volt que na fl. 156 foi indicado com o 5949 CFOP e na seguinte com o CFOP 5910, o que torna confuso se trata de saída de mercadorias comercializadas ou distribuição de brindes.

No que se refere a operações de saídas de distribuição de brindes, como apreciado pelo relator da primeira instância da Decisão recorrida, o art. 565, I, II e III do RICMS/BA estabelece que ao adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deve ser lançada a nota fiscal no livro Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto e emitida, “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”, sendo dispensada a emissão de nota fiscal na entrega de brinde a consumidor final.

Já o §2º do mesmo dispositivo e diploma legal determina que “*O contribuinte que efetuar a remessa de brindes para distribuição fora do estabelecimento diretamente a consumidor ou usuário final*” deve emitir a nota fiscal de saída e lançar no livro Registro de Saída.

Portanto, mesmo na hipótese de se tratar de brindes, 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, e como isso não foi feito, restou caracterizado o cometimento da infração, como decidiu a 2ª JF.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo de que ocorre apenas um jogo de notas fiscais entre o registro da entrada e o da saída do brinde, visto que, embora não havendo agregação de margem de lucro, o valor do crédito fiscal nem sempre equivale ao débito fiscal, visto que o

crédito a ser lançado é o “destacado no documento fiscal” (operação interna/interestadual) e o débito resulta da aplicação da alíquota interna sobre o valor da mercadoria adquirida (+ IPI, se houver). Logo, não pode ser acatada a tese que há anulação do imposto e que ocorreu apenas um simples descumprimento de obrigação acessória com aplicação de multa correspondente.

Saliento que, no tocante aos créditos fiscais de direito objeto destas operações de aquisição, o estabelecimento autuado pode fazer a sua escrituração extemporânea observada as regras previstas no RICMS/BA.

Também, não pode ser acolhido o argumento de que deveria ser dado o tratamento de “bens de uso e consumo” com incidência do diferencial de alíquota, visto que esta modalidade de imposição recai sobre aquisições de bens destinados a uso/consumo ou ativo permanente, o que não foi objeto da exigência fiscal.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278937.0020/10-0** lavrado contra **LIDER DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.855,89** acrescido das multas de 60% sobre R\$17.264,05 e 70% sobre R\$2.591,84, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e III, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS