

A. I. N.º - 299166.0748/08-0
AUTUADO - NABA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 25. 08. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0268-01/09

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO NÃO INSCRITO NO CAD/ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Sendo as mercadorias destinadas a pessoa jurídica em volume que caracterize o intuito comercial, deve ser exigido o pagamento do imposto devido sobre as operações subsequentes, quando do ingresso das mesmas no território deste Estado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2008, foi lançado ICMS no valor de R\$3.820,95, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia. Na “Descrição dos Fatos” é informado que o contribuinte possui inscrição na condição de especial, o que não lhe dá o direito de comercializar mercadorias, equiparando-se, portanto, a contribuinte sem inscrição estadual.

Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 303.052 (fl. 04) que se refere às mercadorias descritas na Nota Fiscal nº 10.675 (fl. 06), emitida por Bonifor Confecções Ltda.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 35 a 39, alegando que tem por objeto social a prestação de serviços de produções, promoções de eventos artísticos, culturais e recreativos, conforme contrato social consolidado (fls. 40 a 43), sendo responsável pela produção e desfile do “Bloco Carnavalesco Nana Banana”, que desfila no circuito Barra-Ondina, na quinta-feira, na sexta-feira e no sábado de carnaval, fato público e notório.

Aduz que para a execução de seus objetivos sociais adquire mercadorias (abadás, bonés, mamãe sacode, balões infláveis, adesivos, etc.), para a composição dos *kits* de fantasia que são distribuídos aos associados da entidade carnavalesca Nana Banana, a título de indumentária que dará acesso ao bloco.

Frisa que não assiste razão à fiscalização ao pretender cobrar imposto e multa, uma vez que o autuado desempenha as mencionadas atividades, dentre as quais se inclui a realização de desfile de bloco carnavalesco em Salvador. E foi para a efetivação desses objetivos que adquiriu os produtos (bonés), que compõem o *kit* distribuído aos foliões associados, juntamente com abadás, adesivos, bastões infláveis, etc., como material promocional e de acesso ao Bloco Nana Banana.

Ressalta que improcede a afirmativa da fiscalização de que os bonés são objeto de comercialização, uma vez que são fornecidos aos foliões juntamente com os demais itens que compõem o kit, visando a completa prestação do serviço, até mesmo porque o seu porte é obrigatório para fins de acesso ao bloco.

Argumenta que a aquisição dos bonés por contribuinte exclusivamente prestador de serviço, inscrito na condição de especial, com o ICMS tendo sido destacado à alíquota de 18%, encerra a fase de tributação do ICMS na operação anteriormente realizada, o que torna absolutamente improcedente a apreensão e a lavratura do Auto de Infração.

Alega que tendo em vista que as mercadorias não se destinam à comercialização, o defendant não pode ser enquadrado como responsável tributário por substituição, na forma preconizada pelo art. 353, *caput*, do RICMS/97, que transcreveu. Apresenta, ainda, a definição do termo “antecipação parcial”, extraída do *site* da SEFAZ/BA, no *link* “Perguntas e Respostas”.

Assim, considerando que o impugnante não é contribuinte regular do ICMS e sim do imposto municipal ISSQN, conforme seu objeto social e seu cadastro na SEFAZ/BA, conclui que houve um equívoco por parte do autuante, ao exigir o recolhimento do ICMS, desde quando as mercadorias não se destinam à comercialização, sendo o defendant consumidor dos produtos adquiridos.

Salienta que a mercadoria foi adquirida com “alíquota cheia”, pois é destinada à prestação de serviço pelo defendant, conforme preceituam os transcritos art. 7º, inciso I do RICMS/BA e Parecer da SEFAZ/BA nº 5.386/2003.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, para que seja arquivado definitivamente, por restar comprovada a inocorrência da infração.

Na informação fiscal prestada à fl. 52, o autuante afirma que o impugnante tenta convencer que na promoção de um bloco carnavalesco possa incluir a venda de confecções, para caracterizar como parte integrante do “pacote” de serviços prestados. Ressalta que os bonés apreendidos têm um custo de aquisição para o autuado, que será repassado para os adquirentes dos denominados “kits de fantasia”, compondo o valor total a ser pago pelos foliões a título de indumentária para acesso ao bloco. Afiança que tendo em vista que o preço do kit está embutido no valor total a ser pago pelo folião, trata-se de uma venda de mercadorias disfarçada de prestação de serviço, lesando o erário estadual, uma vez que a alíquota do ISS é muito inferior à alíquota do ICMS.

Como o autuado emitirá apenas uma nota fiscal de prestação de serviço quando comercializar os “pacotes”, pagará menos imposto sobre o valor daquelas mercadorias. Realça que o impugnante deveria possuir inscrição estadual como contribuinte do ICMS e emitir nota ou cupom fiscal de vendas de mercadorias.

Realça que a fiscalização juntou ao Termo de Apreensão a cópia da Nota Fiscal nº 10.674 (fl. 08), do mesmo fornecedor e correspondente à venda de bonés idênticos aos apreendidos, entretanto em quantidade bem inferior, 200 unidades, ao invés de 6.800 unidades, destinadas à empresa Boutique da Central Comércio Ltda., que se encontra localizada na loja B1, do Aeroclube Plaza, próxima à loja B3, onde se encontra estabelecido o autuado. Afirma que a mencionada empresa irá comercializar normalmente os bonés a qualquer consumidor, o que comprova que os bonés podem ser facilmente comercializados, não sendo exclusivos para os participantes do Bloco Nana Banana.

Chama a atenção para o fato de que o Sr. Marcelo Augusto Borges Nery (fl. 16), que assinou a intimação constante à fl. 15 como administrador da empresa autuada, é filho do Sr. Joaquim Nery Souza, sócio responsável pela empresa Boutique da Central, CNPJ nº. 04.218.388/0001-52. Observa que tal relação é comprometedora para as duas empresas, que se encontram localizadas tão próximas.

Sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, por antecipação, relativamente a mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação para comercialização, através da Nota Fiscal

nº. 10.675, tendo em vista que o destinatário é inscrito no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda Estadual na condição de “especial”.

Realço que o procedimento fiscal atende as regras contidas no art. 39 do RPAF/99, tendo a infração sido descrita de forma clara e precisa, estando embasada no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, emitido em conformidade com os ditames do art. 28, inciso IV do mesmo diploma regulamentar, bem como na nota fiscal que acompanhava o trânsito das mercadorias tidas como em situação irregular.

Além do que, tendo o autuado recebido as cópias dos correspondentes papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, quando evidenciou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Examinando a nota fiscal mencionada, constato que se refere à aquisição de 6.800 bonés em microfibra bordados, quantidade esta que se mostra bastante significativa, o que caracteriza o intuito comercial.

Saliento, inclusive, que apesar de o impugnante ter afirmado que essas mercadorias se destinam à composição de *kits* de fantasia a serem distribuídos aos associados, para fins de acesso a uma determinada entidade carnavalesca, não existem provas nos autos de que as mercadorias em questão têm essa destinação exclusiva. Verifico, inclusive, que o autuante demonstrou que outra nota fiscal, que anexou à fl. 08, se refere a mercadoria idêntica, originada do mesmo fornecedor, tendo como destinatária uma empresa comercial estabelecida no mesmo shopping center existente na Cidade de Salvador, onde se encontra localizada a loja do autuado.

Outra observação que entendo ser importante na análise da presente questão diz respeito ao fato de existir uma forte vinculação entre as mencionadas empresas, isto é, entre o autuado e a boutique destinatária dos produtos constantes na outra nota fiscal. Sendo assim, entendo que não ficou devidamente comprovado que as mercadorias, objeto da autuação, não se destinavam à mercancia. Ao contrário, ficou configurada uma das hipóteses legais de ocorrência do fato gerador do ICMS, qual seja, a circulação de mercadorias em volume que caracterize intuito comercial, conforme o disposto no artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96, devendo ser exigido o imposto, por antecipação, pelas saídas tributáveis subsequentes.

Concluo, assim, que existem evidências de que as mercadorias se destinavam à comercialização, considerando que a sua quantidade caracteriza intuito comercial, em consonância com o disposto no art. 5º, *caput*, da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo em seguida.

“Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

No que se refere à alegação do autuado de que em decorrência do fato de seu objeto social se referir à prestação de serviços de produção e promoção de eventos artísticos e recreativos, se constitui em contribuinte tão somente do tributo municipal (ISSQN), ressalto que em conformidade com a Lei Complementar nº 116, de 31/07/2003, que versa sobre os serviços sujeitos ao imposto de competência dos municípios, o serviço relativo à produção de eventos, shows, danças, desfiles, festivais e congêneres, está sujeito à incidência do ISSQN, entretanto exclusivamente no que diz respeito aos serviços vinculados à atividade desenvolvida pelo prestador, não se incluindo o fornecimento de mercadorias. Sobre estas, obviamente, incide o tributo estadual, que vem a ser o ICMS.

Pelo exposto, entendo que está correta a exigência fiscal, devendo ser aplicada a penalidade de 60%, como indicado no lançamento, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96, considerando que não houve evidência de fraude.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº. **299166.0748/08-0**, lavrado contra **NABA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.820,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR