

A. I. N.º - 269130.1101/07-0
AUTUADO - SAMI SAMA – MODAS LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0310-02/09

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO NÃO INSCRITO NO CADASTRO FAZENDÁRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária considera contribuinte do ICMS 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. Restando comprovado que o autuado tem como atividade a prestação de serviços, e que as mercadorias foram adquiridas para aluguel, não subsiste o reclamo fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/11/2007, exige ICMS no valor de R\$302,94, 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 do Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 05 e 06, e cópia da nota fiscal à fl. 07.

Consta na descrição dos fatos: “MERCADORIA DESTINADA A CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NO CADASTRO DA BAHIA. MERCADORIA – SANDÁLIA. NOTA FISCAL 475.435 EMITIDA PELO CNPJ Nº 87.377.305/0001-03”.

O sujeito passivo em sua defesa às fls.19 a 20, inconformado com a autuação, expõe e requer o seguinte.

1. Identifica-se como uma microempresa, constituída há seis anos para exercer a atividade de aluguel de roupas e acessórios, com a ajuda do SEBRAE, tudo legalmente registrado e os impostos municipais devidamente pagos.
2. Diz que no mês de outubro de 2006, efetuou pedido ao representante da Crysali Sempre Mio Indústria e Comércio, de duas grades de sandálias que perfaz um total de 28 pares, e não foi observada sua recomendação de que fizesse constar a ressalva da isenção do imposto, por não possuir inscrição estadual.
3. Fala sobre a desorganização da empresa remetente da mercadoria, e aduz que a mercadoria citada foi paga conforme boletos anexados, sendo, inclusive, interceptada na Alfândega, porém, liberada a mercadoria.

Por fim, reafirmando sua atividade de microempresa prestadora de serviço, requer a improcedência da autuação.

Juntou Certidão Negativa de Débitos Tributários expedida pela Prefeitura Municipal do Salvador (fls.21).

Na informação fiscal às fls. 31 a 32, preposto fiscal designado, informa que da consulta da situação da autuada no cadastro nacional das pessoas jurídicas, observou a regularidade de sua situação, cujo objeto social é o aluguel de vestuários, jóias e acessórios; não a comercialização de mercadorias, mas apenas a sua locação. A nota fiscal emitida pela Crysali foi extraída com a tributação destinada a consumidor final, ou não-contribuinte, pela alíquota aplicada e pela própria natureza da operação: venda produção estabelecimento a não contribuinte. Entendendo que presentes estão todos os indícios de erro no imposto reclamado.

Observa que o argumento da defesa, cadastralmente comprovado, não pode ser rejeitado dos elementos dos autos, ou seja, que a documentação emitida é compatível com a tese, ou fato, apresentado pela defesa. Ressalta que não há como antecipar um imposto indevido, pois, apesar da quantidade poder indicar intuito comercial, a condição do destinatário nega esta hipótese incoerente com os fatos constantes do processo.

Frisa que embora o imposto não deva ser antecipado do destinatário porque a finalidade do produto não é revenda, mas uso como ativo do estabelecimento; a diferença entre o pedido da autuada e o efetivamente remetido deve ser reclamada do remetente porque não foi solicitado e, portanto, deve ter destino diverso daquele definido no documento fiscal, considerando, ainda, não ter sido devolvido, nem esclarecido o destino desta diferença. Diz que o autuado solicitou apenas 28 pares, mas foram enviados no total 72 pares. Esta diferença deve ser reclamada, através de outro auto de infração contra o remetente.

Conforme processo protocolado no SIPRO sob nº 114824/3009-9 (fls. 54 a 65), o transportador Rapidão Cometa Logística e Transporte S/A, requereu a entrega à SEFAZ da mercadoria objeto da autuação, em virtude do destinatário e do remetente não terem mais interesse nas mercadorias retidas em seu armazém através do Termo de Apreensão.

VOTO

O fato descrito no Auto de Infração atribui ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, conforme Nota Fiscal nº 475435 (fl.63), por não se encontrar inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

Ao defender-se o autuado identificou-se como uma microempresa, constituída para exercer a atividade de aluguel de roupas e acessórios, cuja mercadoria tinha essa destinação, inclusive que houve erro no pedido, tendo solicitado a quantidade de 28 pares de calçados e sido remetido a quantidade de 72 pares.

Verifico que a quantidade de mercadoria apreendida constante na nota fiscal aparenta o 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.”

Foi esclarecido pelo funcionário fiscal designado para produzir a informação fiscal, que da consulta da situação da autuada no cadastro nacional das pessoas jurídicas, realmente o objeto social é o aluguel de vestuários, jóias e acessórios, e não a comercialização de mercadorias.

Além disso, na nota fiscal que acoberta a mercadoria foi destacada a tributação destinada a consumidor final, ou não-contribuinte, cuja alíquota aplicada e pela própria natureza da operação, está evidenciada a venda de produção estabelecimento a não contribuinte.

Nestas circunstâncias, e restando comprovada que a atividade do autuado é de prestador de serviço, conforme Certidão Negativa da Prefeitura de Salvador (fl. 21) e Contrato Social, Cláusula 2ª (fls. 40 a 43), não é devida exigência fiscal.

Com relação à observação feita na informação fiscal no sentido de que a parte da mercadoria admitida pelo autuado como solicitada estaria sujeita ao pagamento da diferença de alíquota, por se tratar de aquisição de bens do ativo imobilizado, e outra parte, o imposto seria de responsabilidade da empresa adquirente, se fosse o caso, a esta altura, não havendo provas neste sentido, e tanto o remetente como o adquirente, não terem mais interesse nas mercadorias, conforme documentos às fls.54 a 65, fica encerrada a lide.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269130.1101/07-0**, lavrado contra **SAMI SAMA – MODAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR