

PROCESSO	- A. I. Nº 295308.0837/08-4
RECORRENTE	- INNOVAZIONE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (YALE LAFONTE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0080-02/09
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 29/07/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Diante das comprovações trazidas aos autos, as operações comerciais realizadas e autuadas não se encontram inseridas no âmbito do ICMS. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0080-02/09) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/08/2008, para exigir o ICMS, no valor de R\$13.242,85, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento da antecipação parcial, decorrente das aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, por contribuinte descredenciado.

A 2ª JJF decidiu pela procedência total da autuação, ressaltando, inicialmente de que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver referentes às suas alegações. No entanto, e como nada foi apresentado, os argumentos defensivos se constituíam de meras negativas do cometimento da infração, *o que à luz do art. 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.*

Também foi ressaltado que a atividade econômica principal do sujeito passivo é a de comércio varejista de móveis e, pela natureza e pelo volume das mercadorias discriminadas nas notas fiscais, às fls. 7 a 75, entende estar caracterizado o intuito comercial, consoante prevê o art. 36 do RICMS/97.

Observando que o autuado não questionou os números apresentados nem as notas fiscais constantes dos autos, a Decisão foi pela procedência total do Auto de Infração.

Ao tomar ciência da Decisão prolatada pela 2ª JJF a empresa apresenta Recurso Voluntário contra a sentença de 1ª Instância (fls. 99/101). Após descrever a infração a ela imputada, a não aceitação, pelo autuante, do seu argumento de ser apenas representante comercial e a descrição da mesma afirmativa defensiva incluída no voto do relator, que, de igual forma, não a aceita, apresenta os mesmos argumentos de sua peça inaugural.

Diz que, apesar de constar no seu contrato social (cláusula 8ª) ter como atividade a “*representação, comércio de móveis em geral para residências e escritórios, importação e exportação de móveis em geral e a prestação de serviços de montagem de móveis e decoração de ambientes*”, suas atividades principais são:

- Prestação de serviços e criação de projetos, montagens de ambientes, serviços estes executados por funcionários especi

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

b) Representação comercial da empresa ORNARE, fabricante dos móveis que adquire para o seu Ativo Imobilizado, os quais são expostos no SHOW ROOM da sua loja, visando serem vistos por seus clientes no intuito de decorar ou redecorar seus apartamentos.

Reafirmando de que as mercadorias adquiridas se destinavam ao seu ativo imobilizado, afirma que, para demonstrar os fatos estava anexando aos autos:

a) Cópia do Contrato Social Consolidado - 5º Alteração.

b) Cópia do contrato de representação comercial firmado com a empresa "Ornare Indústria e Comércio de Móveis Ltda., CNPJ 59.738.740/0001-72, fabricante dos móveis utilizados no "show room".

c) Cópias de "Recibos de entrega de DMS - Declaração Mensal de Serviços", com as respectivas relações de Notas Fiscais Utilizadas por amostragem, dos meses de 01/2008, 08/2008, 12/2008 e 01/2009, as quais são enviadas mensalmente à Prefeitura Municipal do Salvador. Observa, em seguida, de que as DMS comprovam a origem da principal receita da empresa, proveniente da prestação de serviços já mencionado.

d) Cópias das "DMEs" dos anos de 2005, 2006 e 2007, onde se pode verificar de que não há movimentação de compras e de vendas, como ocorre com uma empresa normal do ramo de comércio.

Observa quanto à natureza e volume das mercadorias discriminadas nas notas fiscais autuadas de que a grande maioria dos itens, na sua quase totalidade, se refere à aquisição de uma única "unidade" e os itens adquiridos em quantidade superior a uma "unidade" (poucos) são acessórios necessários e adequados a montagem e acabamento dos móveis, tais como: cabides, prateleiras, dobradiças, puxadores, etc.

Diante do exposto, requer a improcedência do lançamento fiscal.

Após análise das razões expedidas pelo recorrente, a PGE/PROFIS sugere a este CONSEF que os autos sejam encaminhados a fiscal estranho ao feito para que o mesmo informe se é possível concluir pela destinação dos bens objeto da autuação, assim como a condição de prestadora de serviços, se a empresa comercializa, ou não, móveis (fl. 155).

Em pauta suplementar da sessão de 17/09/2009, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal concluiu não existir necessidade da realização da diligência sugerida, diante da natureza das operações constantes nas notas fiscais autuadas, pela razão social da empresa (contrato social às fls. 105), bem como pela atividade exercida pelo recorrente e motivadora de sua inscrição estadual (fl. 47). Retornou os autos a PGE/PROFIS para emissão do Parecer conclusivo (fl. 158).

A PGE/PROFIS em seu Parecer (fls. 160/161) da lavra da procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto. Sintetizando as razões recursais, afirma que, com elas concorda. Ressalta que a premissa para a incidência da antecipação parcial é a comprovação de que as mercadorias adquiridas se destinem à comercialização, conforme determinações do art. 353-A, do RICMS/BA, que transcreve. Em seguida, afirma de que o fundamento utilizado pela JJF, bem como pelo autuante não é o mais adequado. Ao analisar as determinações do § 3º do citado artigo do RICMS/BA afirma que elas devem ser interpretadas em consonância com o caput do artigo, não se constituindo, pois, em regra autônoma, por se tratar, inclusive, de parágrafo.

Demonstra seu entendimento de que resta *comprovado que as aquisições interestaduais se prestavam exclusivamente à execução dos serviços por parte da empresa que exerce atividades tributadas pelo ISS e não pelo ICMS, não podendo, pois, ser exigida a antecipação parcial do ICMS*, e que este entendimento já foi externado pelo e CONSEF por diversas vezes, a exemplo do julgamento prolatado pela 1ª CJF ao apreciar o Recurso Voluntário 175851119059, que teve como autuado a empresa GODIM e SOUS. E, recentemente, o CONSEF manteve a decisão

consustanciada no Acórdão JJF nº 0047-04/09, tendo sido Negado Provimento ao Recurso de Ofício.

A ilustre procuradora assistente em exercício, Sylvia Amoêdo, através de manifestação às fls. 162 acolhe integralmente os termos do opinativo acima exarado e requer a improcedência da autuação.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração e no valor decidido pela 1^a Instância deste CONSEF.

O presente Auto de Infração trata da falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

O recorrente, apresentando os mesmos argumentos de sua peça inaugural, volta a afirmar ter como atividade preponderante uma representante comercial (representa a ORNARE nesta cidade), sendo, apenas, prestador de serviços de criação de projetos e montagens de móveis. Afora tais fatos, as mercadorias adquiridas e autuadas se destinavam ao seu ativo mobilizado, cujos móveis são expostos no “show room” de sua loja.

Ressalto que meu voto, na presente lide, se restringe exclusivamente à infração imputada ao recorrente (falta de recolhimento da antecipação parcial) e das provas trazidas aos autos, pois no presente caso, diligência fiscal não seria a forma mais adequada para dirimir dúvidas porventura existentes. Aqui para que fossem sanadas todas as dúvidas advindas da matéria em discussão, o caso seria de uma fiscalização mais acurada e não averiguação, por parte de fiscal estranho ao feito, de determinadas circunstâncias existentes, já que não possui ele competência para fiscalizar.

E, observo que a fiscalização por ter sido de trânsito de mercadorias agiu corretamente. No momento do fato ocorrido, o fisco somente assim poderia proceder.

Após tais colocações, ressalto que o recorrente é empresa inserida no âmbito do ICMS. Ao analisar seu contrato social, embora seja ele um representante comercial, tem de igual forma, a atividade de comercialização de móveis para residências e escritório (cláusula 5^a do seu contrato social – fl. 105). Afora tal consideração é empresa inscrita no cadastro de contribuintes desta Secretaria de Fazenda com atividade principal de comércio varejista de móveis, sendo uma empresa de pequeno porte na condição de “ativa” (fls. 47 dos autos), não possuindo, desta forma, a condição de “contribuinte especial”, caso que poderia suscitar questionamentos. Assim, se acaso, sua receita esteja advindo basicamente de prestação de serviços, este fato não invalida a sua condição de contribuinte do ICMS. E, o fato de ser franquia da ORNARE (contrato de franquia às fls. 108/126), a princípio, não o desonera, em qualquer hipótese, de recolher o ICMS quando devido.

No entanto, devem ser analisadas duas situações existentes nos autos.

As notas fiscais autuadas (fls. 7/41) foram emitidas pela ORNARE Indústria e Comércio de Móveis Ltda., com a “alíquota cheia”, ou seja, o imposto foi recolhido ao Estado de origem (São Paulo) com alíquota de 12% (para partes de móveis) e 18% para acessórios.

E, principalmente, o contrato de franquia assinado com a ORNARE é de prestação de serviço. Esta situação resta clara ao se analisar a Cláusula 5º do referido contrato (fls. 113/115), onde:

1. Os serviços a serem prestados devem ser expressamente a (ORNARE), e à época, os que constam no Anexo 7 do referido co
2. No Anexo 7 (fl. 130) consta que os produtos são: armários embu

cadeiras e outros que venham a ser desenvolvidos pela ORNARE. No entanto, o franqueado (o autuado) somente poderá oferecer os seguintes serviços no seu “show room”: venda de projeto, layout, autorização para contratação dos serviços de conferência do projeto e detalhamento de peças e produtos junto à franqueadora, autorização para contratação de compra e entrega de peças necessárias para o projeto junto ao fornecedor, autorização para contratação de montagem, instalação e assistência técnica dos móveis junto às equipes montadoras credenciadas pela franqueadora.

E essa situação resta ainda mais clara ao se analisar os itens 5.4, 5.5. e 5.7 do referido contrato.

Em vista destas circunstâncias, ou seja, a prova trazida aos autos de que o recorrente é prestador de serviço da ORNARE, dentre outras atividades, neste momento somente posso me alinhar com o fato de que as operações realizadas, no específico caso ora em questão, encontram-se inseridas no item 17.8 da Lista se Serviços – Anexo 1 , do RICMS/BA, a que se refere a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, como transcrevo, não estando alcançadas pelo ICMS, não sendo, portanto, caso de exigência da antecipação parcial do imposto.

17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

17.08 – Franquia (franchising).

Diante de tudo ora exposto, deixo de apreciar o outro argumento apresentado pelo recorrente. No entanto, recomendo que a Inspetoria da circunscrição fiscal do recorrente analise a possibilidade de ser realizada fiscalização junto ao estabelecimento autuado para verificar, com maior acuidade, como se processam as operações comerciais do estabelecimento autuado.

Meu voto é pela IMPROCEDÊNCIA da autuação, consequentemente, dando PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 295308.0837/08-4, lavrado contra INNOVAZIONE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (YALE LAFONTE).

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS