

A. I. Nº - 110526.0152/09-1
AUTUADO - ELDA ELBACHA REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO ARAUJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 10.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-05/10

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESTINATÁRIO SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias apreendidas pela fiscalização estadual destinada a pessoa não inscrita. As quantidades apreendidas e o documento fiscal revelam intuito comercial da operação. Operação tributada, não obstante a alegação que se destinavam à distribuição gratuita, a título de brindes. Ocorrência de fato gerador do ICMS. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/06/09, no trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$ 489,60, acrescido da multa de 60%. Foi imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia. Consta do campo “Descrição dos Fatos, do Auto de Infração, que a operação se encontrava acobertada pela Nota Fiscal nº 318085, emitida em 29/05/2009, pela empresa Calçados Jacob S/A.

Foram anexados pelo autuante: Termo de Apreensão nº 232151.0011/09-0 e cópia da nota fiscal mencionada, que registra a remessa de 1200 pares de meias, destinadas ao estabelecimento da empresa autuada.

O contribuinte requereu, através da petição acostada à fl. 14 dos autos, que as mercadorias apreendidas fossem depositadas no estabelecimento da empresa Márcia Trindade Silva Soares, estabelecida na rua Dom Macedo Costa, 17, Box 13, Fazenda Coutos I, Salvador-Ba. A operação foi regularizada através da emissão de nota fiscal avulsa (doc. fl. 25)

Na defesa, acostada às fls. 29 a 30, a autuada afirmou que as mercadorias contidas na Nota Fiscal nº 318085, emitida pela empresa Calçados Jacob, se referiam a brindes e não se destinavam à comercialização. Invocou a aplicação do art. 565 do RICMS, sustentando que os brindes ou presentes são mercadorias que não se encontram inseridas na atividade habitual da empresa, sendo destinados tão somente à distribuição gratuita a consumidor ou usuário final. Declarou, ainda, que a empresa autuada se dedica à atividade de prestação de serviço de representação comercial e que a operação autuada não configura fato gerador do ICMS, visto que as mercadorias não foram adquiridas para fins de revenda. Juntou contrato de representação comercial firmado entre a impugnante e a Indústria de Calçados Itabuna Ltda, para fins distribuição dos produtos da marca “Kildare”. Anexou cópia dos modelos das caixas apreendidas, onde consta a expressão “este é um presente da nossa loja e da Kildare para você”. Pediu a anulação do Auto de Infração.

Ao prestar informação fiscal às fls. 42/45, o autuante declarou que o a defesa, na tentativa de descaracterizar a ação fiscal, alega que as 1200 meias adquiridas são brindes e que não comercializa esses produtos, já que é uma representante comercial.

Ao se contrapor aos argumentos defensivos, disse que o autuado deixou de anexar o contrato formal entre as partes, para servir de prova material do alegado e que não fora apresentada nenhuma documentação que viesse a dar sustentação às teses defensivas.

Fez em seguida transcrições, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e dos arts. 36 e 125 do RICMS, para afirmar a legislação define como contribuinte toda a pessoa física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal. Frisou que a lei determina que o ICMS é devido no momento da entrada, no território deste Estado, de mercadorias destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular, não inscrito ou sem destinatário certo.

Disse que a alegação de que as operações autuadas se referem a brindes se encontra em contradição com o próprio documento fiscal, visto que no campo “informações complementares” da nota fiscal, a empresa remetente mencionou a emissão de duplicada a ser descontada na rede bancária, havendo, assim um título de crédito emitido contra a autuada, o que revela o caráter comercial da operação praticada pelo contribuinte.

Entende o autuante, a partir dos fatos narrados nos fólios processuais e com base nas disposições da legislação de regência do ICMS, que o Auto de Infração deve ser mantido e julgado totalmente procedente.

VOTO

O autuado, na sua defesa, tenta descaracterizar a infração ao argumento de que a nota fiscal que acobertava as mercadorias indicava que as mesmas se destinavam à distribuição gratuita, a título de brindes. Afirmou ainda que a operação em foco não se encontra alcançada pela norma de incidência do ICMS, visto que os produtos foram remetidos para seu estabelecimento, não inscrito do cadastro de contribuintes, visto ser exercente de atividade de representação comercial dos produtos fabricados pela empresa remetente.

De início, cabe frisar que o autuado incorre em equívoco, ao interpretar que a legislação do ICMS afasta a incidência do tributo nas remessas de produtos para distribuição a título de brindes. Isto porque o Regulamento do imposto (Decreto nº 6284/97), prescreve que as operações com brindes se sujeitam ao lançamento do tributo, conforme se extrai da regra contida nos incs. I e II, do art. 565, com o seguinte comando:

***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 do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA. (grifos nossos)”*

Do quanto exposto na legislação acima transcrita, percebe-se, sem maior esforço, que as operações com brindes não se encontram alcançadas por qualquer norma que as exclua da tributação pelo ICMS.

Não obstante este aspecto, verifica-se no caso em exame, que o documento que acobertou a operação de remessa (Nota Fiscal nº 318085, emitida por Calçados Jacob S/A), indicava, em seu corpo, que a mesma fora realizada a título oneroso, visto que consta no campo “informações complementares” do documento fiscal, a menção da existência de duplicada, título de crédito emitido pelo remetente para cobrança, ao estabelecimento aut mercadorias que lhe foram destinadas. Ademais, o volume

destinados ao autuado (1200 pares de meias) reforça o caráter comercial da operação, aplicando-se ao caso a regra contida no art. 5º, da Lei nº 7.014/97, com a seguinte disposição:

“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.”

Frise-se, ainda, que os brindes, em regra, são produtos personalizados (agendas, canetas, calendários etc), que objetivam divulgar a marca ou o negócio da empresa que os distribui. No caso em exame, os produtos remetidos (pares de meias para calçados) não apresentam essas características.

É oportuno dizer que é totalmente lícito, na economia de mercado que os contribuintes possam se valer de estratégias comerciais, para fazer “promoções” ou outras medidas de atração aos consumidores, através da entrega gratuita de produtos de sua fabricação ou revenda, a exemplo de bonificações ou doações.

Todavia, a adoção dessas opções não afasta a norma à incidência do tributo, visto que o ICMS tem por fato gerador a realização de operações de circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, não importando se o negócio jurídico esteja revestido da forma onerosa ou não, desde que presente o elemento habitualidade ou o intuito comercial da operação. Identifico esta última característica no negócio jurídico que ensejou o lançamento de ofício ora em exame.

Por fim, a condição de não contribuinte cadastrado na Secretaria da Fazenda, levantada pelo destinatário das mercadorias - ora autuado – em sua defesa, não afasta a sua responsabilidade tributária pela infração, visto que a operação que ensejou o lançamento de ofício fora realizada, desde a sua origem, em desconformidade com as disposições da legislação do ICMS, sem devido destaque do imposto no documento fiscal.

Assim, diante do acima exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110526.0152/09-1**, lavrado contra **ELDA ELBACHA REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$489,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, IV, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA