

A. I. N° - 110526.0095/09-8
AUTUADO - ROGÉRIO DE BARROS GALVÃO FERREIRA
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET- - 18. 03. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-01/10

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, PARA COMERCIALIZAÇÃO POR CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NO CADASTRO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No caso de mercadoria procedente de outro Estado com destino a contribuinte não cadastrado, o imposto deve ser recolhido no primeiro posto fiscal de fronteira do Estado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/03/09 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$11.656,01, 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 outras unidades da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

O autuado, devidamente representado por advogado apresenta impugnação às fls. 26 a 36, abordando a improcedência da autuação por ausência de prova material da infração dizendo que a operação foi desencadeada através da empresa Postall Transporte e Armazenagem que tem como atividade principal a organização logística de transporte de cargas e operador de transporte multimodal e tem como principal atribuição a distribuição de materiais promocionais, cuja finalidade é a demonstração e propaganda dos mesmos para que o consumidor final conheça os produtos e possam experimentá-los antes do lançamento no mercado e para isto precisa de um prestador de serviços no estado para receber os produtos e fazer a divulgação.

Diz que os procedimentos fiscais adotados pelo remetente são em conformidade com a legislação, vez que o mesmo recebe dos clientes as notas fiscais à título de amostra grátis, brindes, materiais promocionais tributadas integralmente e, em seguida, emite as notas fiscais para distribuição para todo Brasil com natureza de operação “Remessa para distribuição gratuita”.

Chama atenção para o fato de que para nas notas fiscais nºs 43393 e 43436 foi atribuída, integralmente, a alíquota de 18%, pois se trata da alíquota interna do estado de origem, uma vez que o destinatário não é contribuinte do ICMS, pelo que entende que as notas fiscais já demonstram tributação encerrada.

As provas pré-constituídas que chama de incontestáveis são:

- a) Fotocópias de notas fiscais de remessa das mercadorias de nºs 43393 e 43436, com natureza da operação “Remessa para distribuição gratuita”;
- b) Declaração de remessa de carga sem interesse comercial;

- c) Fotocópias da identidade e endereço do autuado;
- d) Notas fiscais emitidas para os respectivos estabelecimentos para realizar a divulgação dos produtos;
- e) Declaração dos estabelecimentos que disponibilizaram o espaço para a divulgação dos produtos;

Entende que as provas citadas são suficientes para elidir a acusação fiscal tendo em vista que as mercadorias constantes nas notas fiscais foram destinadas para amostra grátis, brindes e materiais promocionais realizadas pelo destinatário que figura como autuado o qual foi contratado para realizar este evento comercial que foi a divulgação de novos produtos da Colgate Palmolive.

Fala que não quer descaracterizar a circulação das mercadorias, até mesmo porque o fato de ter passado no Posto Fiscal permite-se concluir que elas circularam, mas visa apenas demonstrar que não restou comprovada que o destino das mercadorias foi para comercialização as quais foram objeto do AI, pelo que não se pode imputar pagamento do ICMS sobre mera presunção.

Alega, transcrevendo o art. 333, inc. I, do CPC, que cabe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do direito e à Ré constituir provas dos fatos impeditivos, modificativos ou instintivos do direito reclamado.

A seguir, reproduz doutrina de Rubens Gomes de Souza a respeito do ICMS para depois dizer que o processo administrativo ou qualquer ato da administração se deve curvar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Concluindo, requer o deferimento de todos os meios de provas permitidos em direito, indicando a juntada posterior de documentos, ouvidas de testemunhas, perícia com arbitramento e quesitos, vistorias por outros prepostos fiscais nos seus livros, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante na sua Informação Fiscal (fl. 76-78) explicita que as mercadorias objeto da autuação não podem ser consideradas amostra grátis isenta do ICMS porque não atendem às exigências que restringem o seu tamanho e capacidade em relação aos produtos normalmente comercializados.

Aduz que a circunstância da gratuidade já era de seu conhecimento, mas as cópias das notas fiscais emitidas pela fabricante (fls. 16 a 21) para a empresa de logística que promoveu a remessa das mercadorias ao impugnante, além de indicar qual é a destinação final dos produtos, confirmam seu entendimento acerca da incidência do ICMS sobre as gratuitas saídas subsequentes, uma vez que o imposto foi retido, como se vê nos campos destinados a esta modalidade de tributação, de modo que, se houver a distribuição da mercadoria no território paulista, a aplicação do regime de substituição tributária encerra o ciclo impositivo do ICMS.

Contudo, a nova saída interestadual dos produtos para distribuição junto ao mercado consumidor da Bahia deve submeter-se às regras tributárias domésticas que, em termos genéricos, assemelham-se às normas das demais unidades federativas. Por isso, as saídas subsequentes a serem promovidas na Bahia devem conformar-se ao art. 2º do RICMS-BA, o qual transcreve.

Afirma que sendo de conhecimento geral que o ICMS incide sobre todas as operações relativas à circulação de mercadorias que inclui, necessariamente, as saídas, ainda que a título gratuito, de mercadorias a serem promovidas por pessoa não inscrita no cadastro de contribuintes da Bahia que, nesta situação, deve antecipar o pagamento do ICMS de acordo com o art. 371 do RICMS-BA, que reproduz.

Diz que, normalmente, a imposição tributária recai sobre o adquirente que, via de regra, é o sujeito passivo da obrigação tributária. Neste caso, porém, a ausência de obrigação principal, pois ao assumir o encargo de distribuir mercadorias

serviço deve ser considerada a responsável solidária pelo cumprimento da obrigação tributária, nos termos do art. 39, inc. VI, do RICMS-BA, que transcreve.

Seguindo, argumenta que embora o art. 371 do RICMS-BA discipline as aquisições interestaduais de mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, o que se aplica parcialmente ao presente caso é o item 2 da letra “a” do inciso II do art. 125 do mesmo regulamento, também transcreto, que, por sua vez, alcança demais mercadorias abrangidas pelo referido regime.

Concluindo, insiste pela manutenção da exigência fiscal.

VOTO

O Auto de Infração cuida de exigir ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

Instalando o contraditório, o autuado, através de representante legal, alegou a improcedência da autuação por ausência de prova material da infração dizendo que a operação foi desencadeada através da empresa Postall Transporte e Armazenagem, remetente situado em São Paulo, que tem como atividade principal a organização logística de transporte de cargas e operador de transporte multimodal e tem como principal atribuição a distribuição de materiais promocionais, cuja finalidade é a demonstração e propaganda dos mesmos para que o consumidor final conheça os produtos e possam experimentá-los antes do lançamento no mercado e para isto precisa de um prestador de serviços no estado para receber os produtos e fazer a divulgação que, no caso é o autuado.

Disse que os procedimentos fiscais adotados pelo remetente são em conformidade com a legislação, vez que o mesmo recebe dos clientes as notas fiscais à título de amostra grátis, brindes, materiais promocionais tributadas integralmente (alíquota de 18%), como no caso em apreço, e, em seguida, emite as notas fiscais para distribuição para todo Brasil com natureza de operação “Remessa para distribuição gratuita”, no caso, sem tributação, uma vez que o destinatário não é contribuinte do ICMS, pelo que entende correto seu procedimento.

Por sua vez, o autuante explicitou que as mercadorias objeto da autuação não podem ser consideradas amostras grátis que não se sujeitam ao ICMS porque não atendem às exigências que restringem o seu tamanho e capacidade em relação aos produtos normalmente comercializados.

Analizando os autos, preliminarmente realço que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, II e IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, emitidos em conformidade com os ditames do art. 28, inciso IV, do mesmo diploma regulamentar, bem como nas notas fiscais que acompanhavam o trânsito das mercadorias tidas como em situação irregular.

Além do mais, o autuado, sendo cientificado do procedimento fiscal, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Examinando as notas fiscais que suportam a acusação, constato que as mercadorias foram enviadas a título de “remessa para distribuição gratuita, CFOP 5.949” para o autuado, observando que as quantidades remetidas são bastante significativas: tratam-se, dentre outros, de 229 caixas com 12 unidades de Lava Roupas Ola de 500ML, 76 caixas com 24 unidades de Pano Scot Limpamax, 122 caixas com 72 unidades de Gel Dental Sorriso Whit Exp Mix90G, 29 de Escova Dental Golgate Twis Fr e 221 caixas com 24 unidades de En

De fato, a legislação baiana do ICMS, especificamente no art. 16, inciso I, do RICMS-BA, prevê a hipótese de isenção de circulação para amostras grátis desde que se cumpram as formalidades e requisitos ali estabelecidos, como produto de diminuto ou nenhum valor comercial, assim considerados os fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade (Conv. de Fortaleza e [Conv. ICMS](#) 29/90), o que não se vê feito na situação em análise.

Uma verificação da discriminação dos produtos nas notas fiscais mostra que efetivamente as mercadorias em questão não seguem o padrão estabelecido para caracterizá-las como amostra grátis. Sendo assim, apesar de assim estar escrito nos documentos fiscais que acobertaram a circulação dos itens nelas discriminados até o autuado, definitivamente as operações não se enquadram na hipótese de isenção da legislação citada, constituindo-se, portanto em operações sujeitas à incidência do ICMS do art. 2º, inciso VIII, “e” do RICMS-BA.

Ora, analisando as operações que envolvem as mercadorias objeto da autuação desde a origem, dúvida não há que são tributáveis uma vez que as cópias das notas fiscais emitidas pela fabricante (fls. 16 a 21) para a empresa de logística que promoveu a remessa das mercadorias ao autuado, além de indicar qual é a destinação final dos produtos confirmam a incidência do ICMS sobre as gratuitas saídas subsequentes, uma vez que o imposto foi retido, como se vê nos campos destinados a esta modalidade de tributação, de modo que, se houvesse a distribuição da mercadoria no território paulista, a aplicação do regime de substituição tributária encerraria o ciclo impositivo do ICMS. Contudo, a nova saída interestadual dos produtos para distribuição junto ao mercado consumidor da Bahia enseja submissão às regras tributárias domésticas que, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – como no caso são as mercadorias Pasta, Escova Dental e Enx. Bucal - provenientes de estados não conveniados com a Bahia, como é o caso de São Paulo de onde provêm as mercadorias autuadas, tem previsão no art. 371 do RICMS-BA, e quanto aos demais itens, com previsão legal no art. 125, inciso II, “a”, item 2, por ser o autuado contribuinte não inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, que, no caso em análise se responsabiliza solidariamente pela obrigação tributária aqui exigida pela previsão legal exposta no art. 39, inciso VI do RICMS-BA.

Considerando que o próprio impugnante falou que não quer descharacterizar a circulação das mercadorias, até mesmo porque o fato de ter passado no Posto Fiscal se permite concluir que elas circularam, mas visa apenas demonstrar que não restou comprovada que o destino das mercadorias foi comercialização, saliento que o ICMS incide sobre todas as operações relativas à circulação de mercadorias que inclui, necessariamente, a saída, ainda que a título gratuito, de mercadorias a ser promovida por pessoa não inscrita no cadastro de contribuintes da Bahia que, nesta situação, deve antecipar o pagamento do ICMS de acordo com o art. 371 combinado com o art. 125, inciso II, alínea “a”, item 2, do RICMS-BA.

Observando que o valor que se exige no presente lançamento de ofício acha-se apurado na forma regulamentar e bem demonstrado na fl. 02 dos autos, ressalto, para não deixar dúvida, a condição de contribuinte para efeito de ICMS disposta no art. 5º, *caput*, da Lei nº. 7.014/96, a qual transcrevo:

“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.”

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110526.0095/09-8, lavrado contra **ROGÉRIO DE BARROS GALVÃO FERREIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$11.656,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR