

PROCESSO - A. I. Nº 232151.1101/09-3  
RECORRENTE - CILENE BRAGA DO PRADO  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0209-05/10  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 30/06/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0148-12/11

**EMENTA:** ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, PARA COMERCIALIZAÇÃO OU FORNECIMENTO DE MERCADORIA, PELO PRESTADOR DO SERVIÇO, NOS CASOS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS NÃO COMPREENDIDOS NA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS, 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. Todavia, os elementos trazidos ao processo demonstram ser o autuado empresa de representação comercial. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra o julgamento do Auto de Infração, lavrado em 02 de novembro de 2009, o qual exige ICMS de R\$1.696,71 além de multa no percentual de 60% relativo à seguinte infração:

*“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, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia”.*

Complementarmente, o autuante informa que *“o contribuinte não inscrito adquiriu mercadorias conf. Nf 937 de Atelier Valverde Ltda. e conhecimento de transporte nº 254174, de G&A Transportes Ltda”*.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JJF 0209-05/10 (fls. 71 a 73), lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida, após não acolher as preliminares levantadas pelo autuado:

*“Examinando a nota fiscal que suporta a acusação, constato que a mercadoria foi enviada por empresa situada em São Paulo a título de “Venda fora do Estado, CFOP 6102” para o autuado, observando que a quantidade remetida é bastante significativa, pois são 103 quadros abstratos de diversos tamanhos, pintados à mão, inclusive constando na nota fiscal que a venda foi efetuada a prazo com emissão de duplicatas para vencimento em 30/60 e 75 dias. Deste modo, fica caracterizada uma operação de aquisição para revenda, diferentemente das razões expostas pelo autuado.*

*A alegação do autuado, corroborada pelo remetente na declaração de fl.44, de que a mercadoria refere-se a mostruário no show room a fim de apresentar aos seus clientes apenas alguns dos mais de 400 modelos dos produtos que fabrica, além de não estar comprovada nos autos, não encontra proteção na legislação tributária baiana para não ser tributável. De outro modo, a operação na forma como foi efetuada pelas partes envolvidas (remetente e destinatária) está em desconformidade com as regras que disciplinam a circulação de mercadoria para demonstração como alega a Impugnante, as quais na legislação baiana estão previstas nos artigos 599 a 604 do RICMS-BA.*

Ora, analisando a operação que envolve a mercadoria objeto da autuação desde a origem, dúvida não há que são tributáveis uma vez que a nota fiscal emitida pelo fabricante (fl. 08) para o autuado confirma a natureza da operação como “Venda fora do Estado – CFOP 6102”, portanto, sujeita à tributação na forma do art. 125, inciso II, item 2, do RICMS-BA, em face da destinatária ser contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes do estado da Bahia, conforme corretamente tipificado na autuação e, nesta situação, deve antecipar o pagamento do ICMS.

Observando que o valor que se exige no presente lançamento de ofício acha-se apurado na forma regulamentar e demonstrado na fl. 03 dos autos, ressalto, para não deixar dúvida, a condição do autuado como contribuinte para efeito de ICMS na forma disposta no art. 5º, caput, da Lei nº. 7.014/96, o qual aqui 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”.

Inconformado com tal Decisão, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 86 e 87), no qual, após breve resumo dos fatos, transcreve trechos da Decisão e afirma, contrariamente ao contido no voto da Junta de Julgamento Fiscal, que não mostrou conhecimento em nada, que, inclusive, consultou diversos funcionários da Secretaria da Fazenda, os quais nomeia, e que ao saber de seu direito de defesa se agarrou ao mesmo, pois não teve o intuito de enganar o Estado ou passar por cima das leis.

Informa que tem um contrato de representação, o qual, a exemplo dos demais, possui cláusulas garantidoras da parte contratante, quanto aos resultados das vendas que intermediaria, vez se encontrar na condição de representante comercial, inclusive tendo que devolver o mostruário de mercadorias recebido motivador da autuação, sendo os prazos indicados para pagamento na nota fiscal, o da devolução do mesmo ao seu proprietário, trabalhando apenas com mostruário que apresenta as peças em seus tamanhos reais, e não “minimizados”.

Afirma ser representante comercial, conforme prova, tendo proteção da legislação tributária para “não ser tributável”. Diz que, conforme previsão legal, qualquer pessoa física deve proceder ao seu registro e cumprir as suas obrigações, para ter direito aos benefícios proporcionados pela legislação, o que fez, diante de sua condição, não tendo intenção nem condições de realizar operações de compra e revenda de mercadorias, razão pela qual entende não estar qualificada como contribuinte do ICMS, não possuindo ponto comercial, nem licença para tal atividade, apenas o Registro no Conselho de Representantes Comerciais, para o qual contribui com taxas e contribuição sindical.

Cita, igualmente, a existência de “carta de retificação” do erro da nota fiscal emitida pela empresa que lhe encaminhou o mostruário de vendas objeto da apreensão, bem como outros documentos necessários e favoráveis ao pedido de retificação da Decisão relativa ao julgamento realizado.

Em conclusão, pede o acatamento do pleito, com o julgamento do Recurso Voluntário como provido.

Em Parecer de fl. 93, a PGE/PROFIS, baseando-se na constatação de que nas fls. 01 e 03 do lançamento, encontram-se erros de preenchimento que no seu entendimento prejudicam o Auto de Infração, propõe a conversão do mesmo em diligência, para “substituição dos formulários após retificação dos erros formais apontados”.

Em sessão para apreciação de pauta suplementar, realizada no dia 13 de dezembro de 2010, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu, à unanimidade, indeferir o pedido de diligência requerido, encaminhando o feito para emissão de Parecer pela PGE/PROFIS.

Parecer de fl. 97, da PGE/PROFIS, sugere a decretação da nulidade da Decisão recorrida, para que os autos retornem à fase de saneamento, devendo ser providenciado o conserto dos equívocos

indicados, com reabertura do prazo de defesa, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

## VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância, qual seja, aquela que diz respeito à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias para comercialização, em operação interestadual, por contribuinte não inscrito no cadastro do Estado da Bahia.

Inicialmente, convém registrar que o Auto de Infração em tela foi emitido através de sistema eletrônico. Contudo, o mesmo, como bem observou a PGE/PROFIS, apresenta diversas falhas de impressão, como por exemplo, no campo destinado ao vencimento, consta a seguinte informação: “2.714,73”; a alíquota do imposto encontra-se com o campo em branco, ao passo que no valor histórico, aparecem diversos sinais gráficos sem qualquer lógica, o que se repete logo abaixo, no espaço destinado ao total do débito. Já no demonstrativo de débito de fl. 03, o campo relativo à data de vencimento, igualmente se apresenta errado, com um número ao invés da data. Por tais razões, houve um pedido de diligência por parte da PGE/PROFIS, não acatado, e um opinativo pela decretação da nulidade da Decisão de primeiro grau.

Da análise do processo, no tocante aos seus diversos aspectos, inclusive formais, percebo que o mesmo apresenta diversos equívocos. O primeiro deles diz respeito à autuada, destinatária das mercadorias, que foi eleita à condição de sujeito passivo da relação jurídico-tributária, equivocadamente. O lançamento ocorreu no trânsito de mercadorias, no Posto Fiscal Honorato Viana, município de Candeias, Bahia, contra pessoa que sequer estava de posse das mercadorias, vez que, ainda não as havia recebido. Em tais circunstâncias, há de se questionar a legitimidade passiva, diante do fato de que as mercadorias se encontravam em poder da transportadora, a quem poderia o fisco eleger, por solidariedade, como responsável tributário, nos termos do artigo 39 do RICMS/97.

Por outro lado, analisando a base de cálculo utilizada para a cobrança do imposto, verifico que os documentos fiscais (nota fiscal e conhecimento de transporte rodoviário de carga) que ensejaram a lavratura do Auto de Infração foram emitidos por empresas optantes do denominado SIMPLES NACIONAL, as quais, na forma prevista no artigo 23, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06, se, efetivamente, fossem destinadas a contribuinte do imposto deveriam conceder ao destinatário o crédito fiscal correspondente à operação, o que não foi feito, à vista do documento de fl. 03. Tal argumento voltará à baila mais adiante.

Tais fatos, por si sós, seriam motivo para a decretação da nulidade do lançamento, na forma prevista no artigo 18 do RPAF/99, diante da insegurança da acusação fiscal, e o prejuízo trazido para o sujeito passivo quanto ao seu direito de defesa e exercício do contencioso.

Entretanto, conforme preceitua o § 2º do mesmo artigo 18 do RPAF/99, superarei tais elementos, e adentrarei no mérito do lançamento propriamente dito.

A acusação fiscal refere-se à falta de recolhimento do imposto, tendo em vista a aquisição de mercadorias por parte de contribuinte não inscrita no cadastro do Estado da Bahia.

A defesa apresentada, e os documentos constantes do processo, entretanto, levam ao sentido contrário da Decisão de primeira instância, senão vejamos.

A apreensão das mercadorias e posterior autuação decorreram de suposição quanto a condição do recorrente de contribuinte do ICMS, ainda que não inscrita no cadastro respectivo. Analisando-se o processo, verifico que na forma dos documentos de fls. 11 a 28 (catálogos de quadros), do instrumento particular de contrato de representação comercial celebrado entre o recorrente e a empresa Atelier Valverde Ltda. de fls. 33 a 36, a tabela de preços de fl. 38, os pedidos e notas fiscais de fls. 39 a 43, e sobretudo, a declaração firmada pela empresa emitente da nota fiscal

objeto da autuação constante à fl. 49, demonstram de maneira inconteste, o exercício da atividade de representação comercial por parte do recorrente, e como tal, não sujeita à incidência do ICMS, e sim, do ISS. A declaração da empresa Atelier Valverde Ltda., esclarece a operação realizada, bem como, que os valores e prazos constantes no documento fiscal em tela se referem a seguro para efeito de transporte, bem como a eventual cobrança judicial das peças remetidas, em caso de extravio ou devolução das mesmas.

Tanto é verdadeira a argumentação do recorrente, que nem o remetente dos produtos, nem a transportadora destacaram o ICMS que eventualmente poderia ser apropriado pela mesma, conforme disposição contida no artigo 23, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06, diante do fato de que a destinatária dos mesmos, (recorrente), não se configurar como contribuinte do imposto, condição estabelecida por tal norma legal para a possibilidade de aproveitamento do crédito fiscal em referência.

Dessa forma, discordando, inclusive do Parecer da PGE/PROFIS, entendo que as razões recursais apresentadas e os documentos que integram o processo demonstram a condição do recorrente de não contribuinte do ICMS, e que os produtos objeto da autuação, em que pese o erro na emissão do documento fiscal, que não foi de sua responsabilidade, efetivamente não exerce atividade mercantil, e sim, de representação comercial, motivo pelo qual o Recurso Voluntário deve ser PROVIDO, vez entender que o lançamento tributário é IMPROCEDENTE.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª 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 232151.1101/09-3, lavrado contra **CILENE BRAGA DO PRADO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS