

PROCESSO - A. I. N° 110526.0095/09-8
RECORRENTE - ROGÉRIO DE BARROS GALVÃO FERREIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0045-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 09/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-11/13

EMENTA: ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, PARA COMERCIALIZAÇÃO POR CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NO CADASTRO DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficando devidamente comprovado nos autos que as mercadorias objeto da autuação consistiam material promocional e eram destinados a promotor de vendas, sem intuito de posterior comercialização, deve ser provido o Recurso interposto, para julgar improcedente o presente Auto de Infração. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0045-01/10), que julgou Procedente a presente autuação, através da qual se exige 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.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Analisando 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, 294 caixas contendo 12 unidades de Escova Dental Golgate Twis Fr e 221 caixas com 24 unidades de Enx Bucal Colgate Plax Freshm.

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 minuto 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-los 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".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 95/103, aduzindo que, independente do acondicionamento dos produtos (forma e tamanho), todos foram destinados para remessa em bonificação ou brinde, conforme faz prova a natureza da operação descrita nas notas fiscais, declaração das empresas, exposição e apresentação dos produtos para o cliente (documentos constantes dos autos).

Esclarece que a Postall Transporte e Armazenagem tem como atividade principal a organização logística de transporte de cargas (manuseio e armazenagem) e a operação de transporte multimodal, distribuindo materiais promocionais voltados à Demonstração e à Propaganda para o consumidor final experimentá-los antes do lançamento no mercado brasileiro.

Diz que, nos procedimentos fiscais, conforme legislação em vigor, recebe dos clientes as notas fiscais a título de AMOSTRA GRATIS, BRINDES e MATERIAIS PROMOCIONAIS tributadas integralmente e, em seguida, emite as Notas Fiscais para distribuição para todo Brasil com natureza de operação REMESSA PARA DISTRIBUIÇÃO GRATUITA.

Afirma que as Notas Fiscais de nºs 43393 e 43436 foram tributadas à alíquota de 18%, pois se trata da alíquota interna do Estado de origem, uma vez que o destinatário não é contribuinte do imposto (ICMS). Em seguida, discorre sobre a antecipação parcial.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, por entender que as mercadorias objeto da autuação, destinadas a exibição no mercado mediante bonificação e amostra grátis, não estão sujeitas a tributação.

No mérito, defende a inexistência do fato gerador do imposto lançado, sob o argumento de que não se tratam de mercadorias destinadas a comercialização.

Sustenta que o Auto de Infração em exame viola o princípio da moralidade administrativa, ante a incorreta utilização dos instrumentos existentes na ordem jurídica. Discorre sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pugnando, ao final, pela revisão do lançamento fiscal, pela realização de perícia com arbitramento e formulação de quesitos e pela improcedência do lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 115/117, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, nos seguintes termos:

“Inobstante, entendemos que o ponto fulcral da argumentação reside exatamente na constatação quanto à destinação dos produtos objeto da autuação, se para comercialização ou não.

Nesta questão, o próprio autuante confirma ser do seu conhecimento a gratuidade na destinação dos produtos, além da informação contida no bojo das notas fiscais nos. 43393 e 43436, identificando a natureza da operação como remessa para distribuição gratuita.

Assim, considerando que a Lei do ICMS que introduziu a antecipação parcial no ordenamento estadual prevê que somente incide o imposto na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria para comercialização, comprovada a destinação diversa, não pode ser exigido o imposto” (fl. 116).

No despacho de fl. 120, a Procuradora assistente concorda com o Parecer anterior, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Às fl. 123, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do julgamento do processo em diligência à ASTEC, para que intimasse o sujeito passivo a:

a) responder aos seguintes questionamentos:

- i) Qual a profissão do autuado? Apresentar documentos comprobatórios de sua resposta (cópia da carteira de trabalho, contrato social de eventual empresa da qual seja sócio, contrato de prestação de serviço etc.)
 - ii) O autuado possui vínculo empregatício com algumas das empresas envolvidas no presente Auto de Infração (Colgate, PostAll ou Infocco)?
 - iii) O autuado deverá explicar detalhadamente como se dá a operação tratada nesta autuação, desde o envio das mercadorias pelo fabricante até a suposta demonstração nos supermercados, consoante alega em suas peças de defesa e de Recurso.
 - iv) Onde as mercadorias recebidas são armazenadas? Apresentar os documentos comprobatórios de sua resposta (contrato de locação, alvará de funcionamento de estabelecimento comercial etc.).
 - v) Há emissão de notas fiscais para o supermercado onde os produtos são gratuitamente distribuídos? Quem emite as referidas notas fiscais? Apresentar os documentos comprobatórios da resposta apresentada.
- b) apresentar outras notas fiscais relativas a mercadorias recebidas com a mesma finalidade daquelas tratadas na presente autuação (demonstração/distribuição gratuita).

Através do Parecer de fls. 126/127, a ASTEC deu cumprimento à diligência determinada, aduzindo, ao final, que o recorrente, por meio da manifestação de fls. 125/149 respondeu aos questionamentos formulados e anexou aos autos cópia da carteira de trabalho, entretanto não foi apresentado nenhum documento original comprobatório das respostas e nenhuma outra nota fiscal destinada ao sujeito passivo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 151/153, mantém o opinativo pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Indefiro os pedidos de revisão fiscal e de perícia, formulados pelo sujeito passivo na peça recursal, uma vez que não foi especificado o ponto da autuação carente de eventual

esclarecimento, muito menos foi explicitada a utilidade dessas medidas para o efetivo deslinde da presente contenda administrativa.

Ademais, quanto ao pedido de perícia, o recorrente deixou de observar a norma contida no art. 145, parágrafo único, do RPAF/99, segundo o qual é dever daquele que requer a realização de perícia a imediata formulação dos quesitos e, se for o caso, a indicação do assistente técnico que deverá acompanhar os trabalhos realizados pelo *expert*.

Por outro lado, os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da convicção deste Órgão de Julgamento, o que, aliado a todos os argumentos anteriormente expendidos, reforça a impossibilidade de deferimento das medidas requeridas, a teor do art. 147, I, a, do RPAF/99.

A preliminar de nulidade da autuação está entrosada com o mérito e será com ele conjuntamente deslindada.

Nas questões de fundo, é importante esclarecer, antes de mais nada, que o ICMS exigido na presente autuação, ao contrário do que aduz o recorrente, é o ICMS-antecipação tributária, e não o ICMS-antecipação parcial. O pagamento do ICMS, no caso em exame, é que, segundo a acusação, deve ser feito antecipado, em virtude do adquirente das mercadorias ser pessoa física sem inscrição no cadastro de ICMS do Estado da Bahia, conforme estabelece o art. 125 do RICMS/97, a seguir transcrito, *in verbis*:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(...)

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

(...)

a) destinadas a:

(...)

2 - contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria.

§ 7º Poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “b”, “e”, “f”, “g”, “h” e “i” do inciso II, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, ressalvado o disposto no § 2º do art. 512-A, o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais”.

§ 8º Revogado”.

Assim, a regra constante do art. 352-A, do RICMS, que trata exclusivamente da antecipação parcial, não se aplica à hipótese vertente.

Da mesma forma, não incide no caso em comento a isenção prevista no art. 16, I, do RICMS, a seguir reproduzido, pois, a despeito de as Notas Fiscais nºs 43393 e 43436 indicarem que se trata de “*remessa para distribuição gratuita*”, os produtos que estavam em trânsito (escova e pasta dental, enxaguante bucal, detergente etc.) apresentavam-se em embalagens de quantidade normais de comercialização, não podendo, assim, ser considerados como produto de diminuto ou nenhum valor comercial, requisito essencial à incidência do benefício fiscal.

“Art. 16. São isentas do ICMS as remessas e os recebimentos de amostras grátis:

I - nas saídas e nos recebimentos de amostras grátis de 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);”.

Há, contudo, uma circunstância relevante que obsta a incidência do imposto exigido neste Auto de Infração. Refiro-me à inexistência de provas nos autos de que as mercadorias que estavam em trânsito eram destinadas à comercialização. Na verdade, tudo quanto consta dos autos evidencia que as mercadorias objeto da autuação destinavam-se a distribuição gratuita, em ação promocional de divulgação dos produtos, uma vez que essa é a natureza da operação constante das notas fiscais, além do que foi aplicada a alíquota interna do Estado de Origem e não há destaque ou recolhimento do imposto a título de substituição tributária, tudo a confirmar que o autuado não adquiriu tais produtos para comercialização posterior.

Das notas fiscais, ainda, constam outras mercadorias, a exemplo de uniformes, totens, carrinhos, folhetos etc., que são materiais tipicamente promocionais e que reforçam a veracidade das informações consignadas nos documentos fiscais de que se tratam de produtos destinados a distribuição gratuita.

A emitente dos referidos documentos fiscais, a empresa “PostAll Log”, segundo pesquisa feita em seu sítio na rede mundial de computadores, tem como atividade principal a logística de material promocional, conforme se observa das informações constantes do link “quem somos” (<http://www.postall-log.com.br/index.php/a-empresa/quem-somos>, visualizado em 13/06/2013, às 09h22min).

Ademais, vale registrar que o próprio autuante confirma, em sua informação fiscal, que as mercadorias objeto da exigência são, de fato, para distribuição gratuita, logo, a teor dos requisitos constantes do art. 5º, da Lei nº 7.014/96, o sujeito passivo não pode ser considerado contribuinte do ICMS nem a operação em questão pode ser objeto de tributação pelo Estado da Bahia.

Por derradeiro, merece destaque o fato de que o recorrente, em cumprimento à diligência determinada por esta CJF, apresentou cópia de sua carteira de trabalho devidamente assinada pela empresa INFOCO Trabalho Temporário, na qual ocupa o posto de Promotor de Vendas, segundo alega. As respostas apresentadas pelo recorrente são verossímeis e confirmam os dados lançados nos documentos fiscais acima referidos, no sentido de que a operação em questão consiste em simples remessa de material promocional, que não será submetido a posterior comercialização.

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, seguindo os reiterados opinativos da PGE/PROFIS, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **110526.009509-8**, lavrado contra **ROGÉRIO DE BARROS GALVÃO FERREIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS