

A. I. N° - 124157.0379/13-5
AUTUADO - RENATO MANHÃES CALIMAN
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 10/12/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0305-03/13

EMENTA. ICMS. INSCRIÇÃO CADASTRAL. MERCADORIA PROCEDENTE DE OUTRO ESTADO, DESTINADA A COMERCIALIZAÇÃO NO TERRITÓRIO BAIANO POR PESSOA NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO NO POSTO FISCAL DE FRONTEIRA. Alega o autuado, que se trataria de bens destinados à mostruário para seus clientes, pois é representante comercial. As circunstâncias apontam em sentido contrário, pois a quantidade e os diversos tipos de mercadorias indicam intuito comercial. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 24/06/2013, exige crédito tributário no valor de R\$7.477,41, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou de percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, DANFe n° 7.944, por contribuinte não inscrito no Cadastro de contribuintes do ICMS do estado da Bahia. Como prova do ilícito fiscal foi lavrado o TAO (Termo de Ocorrência Fiscal) n° 124157.0923/13-7 fls.6/7.

O autuado ingressa com defesa tempestiva fls.35/41. Diz ser representante comercial devidamente estabelecido à Rua Cardeal da Silva, 26, casa 06, Salvador, BA, inscrito na Prefeitura de Salvador sob n° 270.214/001-90, e no Conselho Regional dos Representantes Comerciais no Estado da Bahia - CORE-BA sob n° 24368-F. Reproduz a infração que lhe foi imputada e o fundamento legal.

Diz que não obstante a falta de clareza do auto ora impugnado, crê o impugnante que tais valores podem ser entendidos da seguinte forma: segundo o Fiscal a alíquota correta era de 18%, sobre uma base de cálculo de R\$ 62.073,61, o que perfazia um imposto devido de R\$ 10.552,51. Como houve o destaque na nota fiscal de ICMS no importe de R\$ 3.075,10 (7%), o suposto ICMS devido seria de R\$ 7.477,41. Sobre esse último valor foi aplicado a multa de 60%, o que importou no valor de R\$ 4.486,44 que somado ao valor do ICMS (R\$ 7.477,41), totalizou o valor cobrado de R\$11.963,85.

Afirma que em que pese o zelo do Fiscal na elaboração de seus trabalhos, entende que, neste caso específico, não lhe assiste razão quando da lavratura do auto de infração.

Frisa que o primeiro ponto que impugna é a base de cálculo eleita para fins de lavratura do auto de infração. Informa que a nota fiscal que lastreou a operação (n° 07.944), foi emitida pela empresa *CAMIN - NOVO HAMBURGO ARTIGOS PARA VESTUÁRIO LTDA.*, com estabelecimento em Novo Hamburgo, RS. No entanto, o Fiscal não se utilizou do valor da operação (R\$ 43.930,00) para lavrar o auto de infração, e sim o valor de R\$ 62.073,61, não explicando o porquê dessa eleição.

Salienta que esse erro formal redundou em um aumento significativo do imposto e do auto de infração como um todo e deve, de pronto ser corrigido uma vez que sua permanência ofende os princípios de direito tributário.

Observa que o auto de infração deve conter todas as informações necessárias para a correta identificação da operação, das partes envolvidas e demais dados necessários à defesa do autuado.

Neste caso, não consta do auto de infração nenhuma informação referente à nota fiscal emitida pela CARMIN. Deduz tratar-se especificamente dessa operação, por conta das datas e dos valores, mas crê que a falta dessa informação conduz à nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa.

Por fim, questiona o ponto fulcral do qual partiu o Fiscal para a lavratura do auto de infração: o de que a mercadoria se destina a comercialização. Diz que a mercadoria, na verdade, se trata de mostruário e não se destina a comercialização. Assevera que no referido mostruário constavam 141 sapatos, somente para o pé direito.

Registra que conforme atestam os anexos documentos, não é comerciante, mas sim representante comercial, devidamente inscrito junto a *Prefeitura de Salvador* (docs. 05/09) e junto ao *CORE-BA – Conselho Regional de Representantes Comerciais da Bahia* (docs. 10/12). Destaca que também consta expressamente no final da nota fiscal emitida pela CARMIN, que a inscrição municipal do destinatário (ora impugnante) é a de número: 80988.

Reitera que sendo representante comercial e não comerciante, essa mercadoria deve ser entendida, para todos os fins de direito, como mostruário para que os lojistas tenham conhecimento dos produtos vendidos pela Carmim, os quais, por sua vez, irão adquirir as mercadorias que julgarem apropriadas para revendê-las a seu público alvo - consumidor final, o que torna despicienda a legislação citada pelo Fiscal em sua autuação.

Assevera que a mercadoria em análise, não se destina para um revendedor e não será colocada a venda para o consumidor final. Ela se destina apenas para que o impugnante apresente o produto para os comerciantes quando da elaboração dos pedidos destes.

Requer seja o auto de infração julgado improcedente, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente seja deferida a apresentação posterior de novos documentos e que por fim, que as notificações e intimações sejam feitas em nome da patrona a seguir indicada: Denise Lombard Branco, inscrita na OAB/SP sob nº 87.281, com endereço na Av. São Luiz 112 – 1º andar – conjunto 101 – República, 01046-000 - São Paulo / SP.

O autuante presta informação fiscal fls. 49/58. Diz que a defendant, tendo efetuado operação de compra de mercadorias tributadas pelo ICMS, com alíquota de 7% através do Danfe n. 007.944, contemplando diversos acessórios de uso pessoal (sapatos, bolsas, carteiras e cintos) originários da cidade de Novo Hamburgo no Estado do Rio Grande do Sul, descumpriu exigência da legislação pertinente, pelo fato de ser contribuinte do imposto ICMS, não possuir Inscrição Estadual cadastrada na SEFAZ/BA e deixar de efetuar o recolhimento do ICMS devido pela operação, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, de acordo exigências contidas no RICMS/BA Decreto 13.780/12. Transcreve o enquadramento legal.

Menciona que a peticionária alega em sua defesa, que as citadas mercadorias não se destinam a comercialização, mas servirão apenas, como mostruário, por tratar-se de representante comercial devidamente inscrito junto à Prefeitura Municipal de Salvador e junto ao CORE-BA – Conselho Regional de Representantes Comerciais da Bahia.

Aponta que a defendant não explica a falta de observações no corpo da nota fiscal 007.944 a respeito deste fato, ou seja, dizendo tratar-se de mercadorias destinadas à utilização como mostruário, como exige a legislação vigente, nos termos do art. 265 do RICMS/BA que transcreve.

Observa que considerando que a empresa atue, como alega, no ramo de representação comercial, como justificar o fato de: tendo sede (base de operação) no bairro da Federação em Salvador, (fl. 9 do PAF) , nomeou um depositário fiel na cidade de Porto Seguro/BA., distante da sua sede em mais de 700 km, conforme dados cadastrais constantes das folhas 18 e 19 do presente PAF.

Afirma que logicamente, esse distanciamento geográfico, entre representante e o produto representado, declarado como sendo “material de trabalho”, inviabiliza totalmente a sua

operacionalidade, no que reforça a tese de que tais produtos foram adquiridos com o intuito de revenda, e não para mostruário.

Considera ainda, que na operação em comento, houve um destaque de imposto no valor de R\$ 3.075,10, calculado sobre o valor total da NFe 007.944 que é de R\$ 43.930,00 (valor alto para os padrões de simples mostruário), correspondente a aplicação da alíquota de ICMS de 7%. Afirma que foi utilizada alíquota que é pertinente às operações interestaduais entre contribuintes do imposto e para produtos destinados à comercialização.

Sobre a determinação da base de cálculo contestada pela impugnante, aduz que face ao ilícito cometido, fora acrescentado ao valor de aquisição das mercadorias, diversos percentuais de MVA (Margem de Valor Agregado), respeitado o tipo do produto adquirido, conforme memória de cálculo colacionada à folha 10 do presente PAF.

Reitera que a autuada em momento algum em sua defesa tratou de justificar o porquê da aquisição de mercadorias com destaque de alíquota de ICMS de 7% em uma operação, que segundo a mesma, é de simples remessa de mostruário.

Conclui que nesses casos, o ordenamento tributário não deixa dúvidas, exige que os contribuintes do imposto, estando na condição de não inscrito no cadastro SEFAZ/BA, ao adquirirem mercadorias para comercialização, recolham o ICMS devido pela operação, no primeiro Posto Fiscal do trajeto (art. 332, III do RICMS/12), e apenas aos contribuintes credenciados, é permitido prazo para recolhimento do imposto devido até o dia 09 do mês subsequente, como previsto na legislação do ICMS/BA. Opina pela procedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de exigência fiscal referente à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou de percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, DANFe nº 7.944, por contribuinte não inscrito no Cadastro de contribuintes do ICMS do estado da Bahia.

Em sua peça impugnatória o autuado alinha os seguintes argumentos: (i) que não é comerciante e sim, representante comercial; (ii) que não entendeu a base de cálculo eleita para fins de lavratura do auto de infração, posto que não se ateve ao valor da nota fiscal que lastreou a operação (nº 07.944), emitida pela empresa CAMIN; (iii) que a mercadoria não se destinava à comercialização e sim para mostruário, constando 141 sapatos, somente para o pé direito.

Com relação à alegação do autuado de que não é comerciante, vejo que para fins de incidência do ICMS é importante observar o disposto no art. 5º da Lei nº 7.014/96, que conceitua como contribuinte do ICMS “*qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria...*”, portanto, não é necessária a qualificação de comerciante para que ocorra a hipótese de incidência do imposto.

O contribuinte alegou que a base de cálculo que apurou o *quantum* devido estaria incorreta, pois foi utilizado valor diferente do consignado na nota fiscal nº 7.944. Da análise do demonstrativo de débito que sustenta a autuação, constato que face ao ilícito cometido, fora acrescentado ao valor de aquisição das mercadorias, diversos percentuais de MVA (Margem de Valor Agregado), respeitado o tipo do produto adquirido, conforme memória de cálculo colacionada à folha 10 do presente PAF, portanto em perfeita consonância com a legislação tributária.

O autuado disse também, que a mercadoria apreendida não se destinava à comercialização e sim para ser utilizada como mostruário e o tipo de mercadoria ser posteriormente, adquirida por possíveis consumidores finais, reforçando seu entendimento, a alegação de que as mercadorias se restringiam a 141 sapatos, somente para o pé direito.

Compulsando os autos, vejo que ao contrário do que diz o autuado, consta da mencionada nota fiscal fl.9, DANFE nº 7944, diversas mercadorias como: bolsas, sapatos, cintos, carteiras, onde não se explicita tratar-se de unidades de diferentes tipos para posterior escolha pelos comerciantes, evidenciando que as mercadorias não se destinavam a simples mostruário. Ademais no referido documento fiscal, não consta a exigência regulamentar (art. 265 do RICMS/BA), da indicação de que as mercadorias são destinadas à utilização como mostruário.

Constatou, portanto, que em nenhum momento o autuado traz aos autos a prova com a qual pretende elidir a infração. Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Nestas circunstâncias, considera a exigência fiscal devidamente caracterizada.

Quanto ao pedido do impugnante de que as notificações e intimações sejam feitas em nome da patrona a seguir indicada: Denise Lombard Branco, inscrita na OAB/SP sob nº 87.281, com endereço na Av. São Luiz 112 – 1º andar – conjunto 101 – República, 01046-000 - São Paulo / SP, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0379/13-5**, lavrado contra **RENATO MANHÃES CALIMAN**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.477,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR