

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0379/13-5
RECORRENTE - RENATO MANHÃES CALIMAN
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFF nº 0305-03/13
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0081-12/14

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, os diversos tipos de mercadorias e o destino final que se trata de empresa que revende a marca dos produtos apreendidos indicam intuito comercial. Não acolhidas as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JFF – Junta de Julgamento Fiscal em 03/11/2013 (Acórdão de fls. 62 a 65) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/06/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 11.963,85, em decorrência da constatação de infração, relativa ao exercício de 2013, consoante documentos às fls. 01/02 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

***INFRAÇÃO 01** – 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.*

Após a apresentação da defesa (fls. 35 a 41) e da correspondente informação fiscal (fls. 49 a 58), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JFF que julgou Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

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.

Constato, 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.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 75 a 81), aduzindo que:

- a) Falta clareza do Auto ora impugnado, pois impossibilita a correta interpretação da autuação e, consequentemente, a defesa do autuado. Uma vez que, não consta no Auto de Infração nenhuma informação referente à nota fiscal emitida pela remetente da mercadoria.
- b) Alega que há na base de cálculo, eleita pelo Autuante para fins de lavratura do auto de infração, erro formal, resultando um aumento significativo do imposto e do auto de infração como um todo. Isto porque, segundo o Recorrente, o ele é representante comercial, e as mercadorias se destinariam a mostruário, razão pela qual não há MVA a ser considerada. Requerendo, portanto, que a base de cálculo eleita seja corrigida.
- c) Por fim, argui que a mercadoria se propõe apenas para servir como mostruário, não para ser comercializada conforme entendeu erroneamente o Autuante, vez que, entre as mercadorias abordadas constavam 141 sapatos somente para o pé direito.
- d) Afirma ainda o Recorrente, que 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), razão pela qual as mercadorias jamais poderiam ter sido adquiridas para revenda.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JFJ – Junta de Julgamento Fiscal em 03/11/2013 (Acórdão de fls. 62 a 65) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/06/2013, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 11.963,85, em decorrência da constatação de infração, relativa ao exercício de 2013.

Atestada a sua tempestividade, observo que no referido recurso o Autuado basicamente reitera, *ipsis literis* todos os fundamentos e argumentos aduzidos em sede de impugnação, os quais, foram devidamente enfrentados pelo julgador de piso.

Inicialmente, insiste o Recorrente em alegar que o referido lançamento fiscal é nulo, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que, segundo ele, o auto de infração não faz qualquer menção ao número da NFe 7.944, bem como haveria um erro na identificação da base de cálculo, uma vez que segundo o Recorrente a inclusão da MVA foi indevida, por não se tratarem de mercadorias a serem comercializadas, mas sim para serem utilizadas como mostruário.

Entendo não assistir razão ao Recorrente. Em que pese não conste expressamente no auto de infração (fls. 1 e 2), bem como no termo de ocorrência fiscal (fls. 6 e 7), do número do DANFE, o referido lançamento foi originado de fiscalização de trânsito, razão pela qual o Recorrente tinha pleno conhecimento de que mercadoria se tratava, tanto é assim que realizou sua impugnação e recurso referindo-se exatamente aos produtos fiscalizados e identificados no DANFE 7.944.

Outrossim, o próprio Recorrente autorizou a substituição do depositário fiel das mercadorias, razão pela qual resta claro que ele foi capaz de identificar sem margem de dúvidas, quais as mercadorias abarcadas pelo presente lançamento fiscal.

Ademais, o suposto erro na apuração da base de cálculo não configuraria qualquer nulidade, pois restou claro e identificado pelo próprio Recorrente que, a divergência entre a base de cálculo adotada e o valor da nota fiscal se deve à aplicação da MVA aos respectivos produtos. Tal cálculo foi claramente detalhado pelo agente fiscal na planilha de fl. 10, onde discrimina item a item e a respectiva MVA, bem como identifica claramente o número do DANFE 7.944.

Ainda, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Assim, indefiro a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente.

Quanto ao mérito, as alegações do Recorrente se repetem, informa que o mesmo é representante comercial devidamente registrado na Prefeitura Municipal de Salvador, e que por isso não poderia realizar a comercialização das mercadorias.

Entretanto, como bem analisado pelo julgador de piso, *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.

De fato, o simples fato de que o destinatário da mercadoria ser um representante comercial não significa dizer que as mesmas não seriam comercializadas.

O fato é que 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.

Para todos os efeitos, o negócio jurídico representado pelo DANFE 7.944 se afigura como uma operação mercantil interestadual de circulação de mercadorias, tanto assim que houve destaque de ICMS, e a alíquota aplicada pelo remetente das mercadorias foi de 7%, assim, entendendo aplicável o art. 332, III do RICMS.

Caberia ao Recorrente elidir a presunção causada pela própria operação por ele realizada. Deveria fazer prova que os produtos efetivamente se destinavam a mostruário, o que entendo que não o fez.

Apenas alegou ser representante comercial, e não comerciante, o que não elide a acusação fiscal.

Alegou que as mercadorias se resumiam a “141 pares de calçados de apenas um pé”, entretanto os fatos confirmam o oposto. Isto porque, no respectivo documento fiscal resta claro que não se tratam apenas de calçados, mas de uma série de outros acessórios, e não há qualquer identificação da peculiaridade alegada das mercadorias. Também se faz pouco crível que o Recorrente tenha adquirido 141 pares de calçados ao custo unitário de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), 49 bolsas ao custo unitário de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), 4 Carteiras ao custo unitário de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e 12 cintos ao custo unitário de R\$ 100,00 (cem reais), apenas para mostruário de uma mesma coleção.

Outrossim, em que pese o seu endereço comercial seja no bairro da Federação em Salvador/BA, o Recorrente autorizou a substituição do depositário fiel das mercadorias pela empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, localizada na Praça São João em Trancoso/Bahia.

Realmente não há lógica em se afirmar que tais mercadorias se destinavam a mostruário e consistem no objeto da sua atividade de representante comercial, e ao mesmo tempo, as mercadorias sejam entregues a lojista que tem por objeto o comércio varejista de artigos de vestuários (fl. 18), localizada a centenas de quilômetros da sua sede de atividades.

Ademais, cumpre chamar atenção para o fato de que, através de busca na internet, confirmo que a depositária fiel das mercadorias, a empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO, trata-se da filial da loja oficial da CARMIM (marca dos produtos apreendidos) localizada em Trancoso/BA, conforme se verifica no site oficial da marca (<http://www.carmimstore.com.br/nossas-lojas>) e respectivo contrato social da empresa (fls. 26 a 30).

Assim, entendo acertada a conclusão do julgador de piso, de 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.*

Desta feita, diante de tudo quanto o exposto, entendo ser acertada a decisão do julgador de piso, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0379/13-5**, lavrado contra **RENATO MANHÃES CALIMAN**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.477,41**, 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, 31 de março de 2014.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO- PRESIDENTE EM EXERCICIO

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS