

A. I. Nº - 225080.0124/10-3
AUTUADO - SHALOM REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LUCIDALVA ROCHA VIANA DE JESUS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0370-02/10

EMENTA: ICMS. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA DEMONSTRAÇÃO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado tratar-se de remessa para mostruário para empresa de Representação Comercial. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/01/2010, exige imposto no valor de R\$ 4.862,00, referente a divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física, com multa de 100%. Consta da descrição dos fatos: Mercadoria apreendida na transportadora Braspress considerada inidônea para a operação de remessa de mostruário por não ser correspondente as características desta operação, já que as quantidades teriam que ser unitárias, sendo discriminada cada referência. Além disso, as referências contidas nas etiquetas das mercadorias não conferem com as discriminadas no documento fiscal, portanto não se trata de operação de remessa de mostruário e sim venda de mercadorias para comercialização.

Para embasar a autuação foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 300331, fl. 04.

O autuado impugna o lançamento tributário, às fls. 21 a 28, frisando que a empresa foi autuada por ser destinatária de mercadorias cuja documentação fiscal foi considerada inidônea pela fiscalização baiana, uma vez que a nota fiscal que as acompanhava não continha a descrição unitária de cada referência das mercadorias e, além disso, as referências verificadas nas etiquetas não correspondiam ao que constava no documento fiscal. Como se vê, o ilustre fiscal considerou inidônea a Nota Fiscal nº 005002, datada de 21/01/2010, emitida pela empresa Foose Cool Jeans Ltda., porque não teriam sido discriminadas no documento as referências, uma a uma, das 152 peças encaminhadas como mostruário para a empresa autuada.

Entende que a autuação não resiste a uma primeira e rápida constatação de que a atividade econômica desenvolvida pela autuada Shalon Representações Ltda. é a representação. Não bastasse a sua razão social, que já atesta tratar-se de empresa de representação comercial, o cadastro do autuado junto à própria Fazenda Estadual elimina qualquer dúvida: a sua atividade econômica é a de representantes comerciais e agentes do comércio, conforme demonstra a Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia, emitida via SINTEGRA. Como se vê não se trata de empresa que tem como objeto social o comércio (compra de mercadorias para revenda), mas sim a representação comercial (prestação de serviços de intermediação de negócios).

Argumenta que não tem cabimento imaginar que o autuado estaria “disfarçando” uma compra de mercadorias para revenda, pois tal atividade sequer faz parte do seu objeto social. Aliás, a atividade econômica desenvolvida pela empresa (representação comercial) afasta qualquer dúvida de que as mercadorias apreendidas foram recebidas como mostruário, exatamente como consta na nota fiscal em questão, pois essa é justamente a função típica de um representante comercial: apresentar aos potenciais compradores os mostruários de seus clientes e, com isso, tentar angariar pedidos de compra de merc

Frisa que, verificado que a autuada não exerce a atividade de comercialização de mercadorias, mas sim a mera representação comercial (intermediação), deve-se, de qualquer forma, demonstrar que não há razões para se considerar inidônea a nota fiscal que acompanhava as mercadorias apreendidas.

Ressalta que, no entender da fiscalização, a nota fiscal em questão deveria ter feito menção à referência (modelo) de cada uma das 165 peças de roupas encaminhadas para mostruário, o que entende ser inviável, por se tratar de mostruário, as peças, possuem diferenças – muitas vezes singelas – umas em relação às outras. As três bermudas jeans remetidas, por exemplo, não são iguais – até porque essa situação, sim, caracterizaria compra e venda –, justamente para que o representante possa mostrar aos seus clientes os três modelos produzidos pela fabricante. E o mesmo ocorre com todos os demais itens.

Argumenta que, considerando que seja possível relacionar 15 itens no quadro “Dados do produto” constante da nota, seriam necessárias 11 (onze) páginas de uma mesma nota fiscal para poder relacionar, por referência, cada uma das peças encaminhadas, como quer o fiscal. Somente nesse ponto já se nota que não tem cabimento a autuação, pois, pela própria experiência dos nobres julgadores, não é comum a existência de notas fiscais com tamanha extensão e riqueza de detalhes. Por essa razão, a descrição foi feita observando-se o modelo de cada peça e relacionando-os separadamente: “bermuda jeans”, “brazer feminino”, “blazer masculino”, “calça jeans”, “calça jeans feminina” e assim por diante. A descrição, portanto, atendeu ao que prevê o artigo 219, inciso IV, do RICMS, pois trouxe elementos suficientes para a perfeita indicação das mercadorias.

Observa que a “referência” de cada peça exigida pelo fiscal sequer consta no rol do inciso IV do artigo 219 do RICMS, não sendo, portanto, possível exigir-se tal dado dos contribuintes. Isso porque, como se sabe, a “referência” só é usada para facilitar a identificação pelas lojas, e não para efeitos fiscais. Acrescenta que, independentemente das referências exigidas pela fiscalização, os valores atribuído às peças são os mesmos, o que torna inútil tal exigência. Além disso, nos “Dados adicionais” da nota fiscal em questão, é possível notar-se a expressão: *“Mercadoria pertencente ao estoque enviada ao nosso representante para compor seu mostruário de venda. A devolução do mostruário deverá ser feita 30 dias após o recebimento do mesmo”*. Tem-se aí mais uma evidência de que não se está diante de comercialização, pois as mercadorias têm que ser devolvidas, como expressamente constou na nota fiscal.

Em relação ao o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 300331, lavrado pela fiscalização antes do Auto de Infração em lide, da análise desse documento torna evidente a seguinte situação:

- a) ou o termo de apreensão é nulo, por não observar os requisitos do § 1º do artigo 940 do RICMS;
- b) ou a nota fiscal em questão foi corretamente elaborada e não pode ser considerada inidônea pelo fisco.

Explica que o RICMS do Estado da Bahia, em seu artigo 940, § 1º, traz os requisitos que o termo de apreensão de mercadorias deve conter, os quais transcreveu, com destaque para aqueles que interessam à presente defesa: § 1º O Termo de Apreensão conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações: IV - a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;

Argumenta que, a apreensão (e consequente autuação), segundo o fiscal, teve como justificativa o fato de não constarem na nota fiscal, no campo “Dados do produto”, as referências de cada um dos produtos, unitariamente, ocorre que, ao elaborar o termo de

300331, o fiscal descreveu os produtos apreendidos de forma muito mais concisa do que a própria descrição da nota fiscal tida por inidônea.

Entende que a situação configura, no mínimo, um verdadeiro..... A empresa está sendo autuada porque, no entender do fiscal, que a descrição dos produtos na nota fiscal seria insuficiente, desrespeitando o artigo 219, inciso IV, do RICMS e tornando, por isso, “inidônea” a nota. No entanto, essa mesma fiscalização lavra um termo de apreensão de mercadorias cuja elaboração segue as mesmas exigências previstas para a nota fiscal (basta comparar o artigo 219, inciso IV, b, com o § 1º, inciso IV, do artigo 940, ambos do RICMS) e, em vez de relacionar as mercadorias de forma unitária e por referência, limita-se a discriminar os bens apreendidos da seguinte forma: “*Confecções diversas conf. nota fiscal de nº 5002. Conhecimento de nº 1863*”.

Questiona, como pode a nota fiscal em questão ser taxada de “inidônea”, porque não estaria cumprindo os requisitos do RICMS, se o próprio termo de apreensão de mercadorias também não cumpre essa mesma exigência legal. Essa situação, leva à conclusão de que, ou o termo de apreensão é nulo, por não cumprir os requisitos do § 1º, inciso IV, do artigo 940, do RICMS, ou a nota fiscal foi elaborada de forma adequada, pois assim também o fez a própria administração tributária ao descrever as mercadorias apreendidas.

Ressalta que o representante legal da autuada dirigiu-se até o estabelecimento da transportadora Braspress, que ficou como depositária dos bens, e lá procederam à abertura das caixas e verificação de cada uma das peças enviadas, tendo constatado que se trata de peças diferentes uma das outras, conforme declaração anexa. Na mesma declaração, foram relacionadas, referência por referência, cada uma das peças apreendidas, demonstrando que realmente são todas diferentes entre si, exatamente como deve ser um mostruário.

Conclui que sob qualquer aspecto a cobrança do ICMS e da multa é absolutamente indevida, pois a autuada, representante comercial, recebeu os produtos para compor seu mostruário. Da mesma forma, do ponto de vista formal, demonstrou-se não haver irregularidades na nota fiscal, até porque, se ela estiver incorreta no que concerne à discriminação dos produtos, o termo de apreensão também está, o que o torna nulo, assim como a autuação dele decorrente.

Ao final, requer o acolhimento da defesa, para o fim de reconhecer a nulidade do termo de apreensão nº 300331 e do auto de infração nº 225080.0124/10-3 dele decorrente, por inobservância dos requisitos legais, ou sua insubsistência, por não estar caracterizada operação de compra e venda mercantil, cancelando-se, em qualquer dos casos, a cobrança do imposto, multa, juros e demais encargos imposta à autuada.

A autuante, às fls. 46 a 48, não acata os argumentos defensivos avocando o artigo 5º da Lei 7.014/96, que define a condição de contribuinte do ICMS.

Frisa que, conforme dados do SINTEGRA, no ano de 2009 o autuado recebeu remessa de terceiros relativas a 131 operações, no valor de R\$ 648.827,27, enquanto as devoluções obrigatórias de mostruário não foi encontrada nenhuma remessa, conforme determina o regulamento, transcrevendo o caput do art. 599, §§ 2º e 3º, inciso III, do RICMS/97.

Entende que na realidade o que houve foi uma simulação de remessa para demonstração e que foi comprovado após conferência e, desta forma, a nota fiscal é considerada inidônea para a operação, conforme inciso IV, alínea “a” do artigo 42 da Lei 7.014/96.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Em nova manifestação defensiva, fl. 59, o autuado informa que anexa cópias de notas fiscais e conhecimentos de transporte, bem como CD com os arquivos magnéticos, relativos as mercadorias recebidas para a finalidade do exercício de sua atividade profissional – Representante Comercial – inscrito nos órgãos competentes, há aproximadamente trinta e cinco anos. Frisa que, como se pode constatar, efetivou as devidas de

fiscais em talonário próprio, autorizado pela SEFAZ e conhecimentos de transportes, comprovando o equívoco da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração foi lavrado no trânsito exigir imposto considerar inidônea a Nota Fiscal nº 005002, para a operação de remessa de mostruário, por não corresponder as características desta operação, já que as quantidades teriam que ser unitárias, sendo discriminada cada referência. Além disso, as referências contidas nas etiquetas das mercadorias não conferem com as discriminadas no documento fiscal, portanto não se trata de operação de remessa de mostruário e sim venda de mercadorias para comercialização

Em sua defesa o sujeito passivo nega a autuação e afirma que somente exerce a atividade de representante comercial, não realizando nenhuma operação de venda de mercadoria, fato comprovado no cadastro junta a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Assevera que somente existia uma peça de cada item, juntando declaração da transportadora para comprovar o fato. Diz que todas as mercadorias recebidas para demonstração são devolvida posteriormente, acostando cópia de diversas notas fiscais de devolução. Requer a nulidade do Termo de Apreensão por não ter atendido o disposto § 1º do artigo 940 do RICMS/97, uma vez que o autuante não especificou as mercadorias apreendidas.

Efetivamente o termo de apreensão é bastante lacônico, não especifica quais as mercadorias apreendidas, apenas cita a nota, a qual o próprio fiscal diz ser inidônea, sendo no mínimo uma contradição da fiscalização, considerar uma nota fiscal inidônea e utilizar essa mesma nota fiscal como único e exclusivo elemento para embasa sua autuação, sem ao mesmo especificar no Termo de Apreensão quais as mercadorias foram apreendidas na ação fiscal, nem mesmo a quantidade de cada tipo de mercadoria.

O artigo 940, §1º, inciso IV, determina que o Termo de Apreensão conterà, dentre outros elementos, as seguintes indicações, *in verbis*:

“IV - a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;”(grifei)

Entendo que o fato acima é uma causa de nulidade, como argüiu o sujeito passivo, uma vez que o procedimento da fiscalização, lavratura do Termo de Apreensão, não atendeu as determinações constante do § 1º do artigo 940 do RICMS/97, pois não haver *discriminação das mercadorias, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação*. Entretanto, deixou de declarar a nulidade em questão com base no artigo 155, parágrafo único, do RPAF em vigor, uma vez que existe possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

Observo que o autuado comprovou sua condição de representante comercial, conforme consta no sistema INC – Informações do Contribuinte – Dados Cadastrais acostado às folhas 13.

Também, comprovou o autuado, conforme declaração da transportadora acostada às folhas 39 e 40 dos autos, que somente foi remetido para autuado uma peça de cada produto, declaração não foi questionada pela fiscal ao prestar sua informação fiscal. Devo ressaltar que o art. 140 do RPAF, determina que o fato legado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. A fiscalização não apresentou nenhuma prova de que existiam mais de um item de cada mercadoria, nem quando da ação fiscal e nem no momento da informação fiscal.

Ressalta que o sujeito passivo acostou diversas notas fiscais d recebidas anteriormente, na qualidade de representante comercial.

remessa que não tenha retorno no tempo devido, cabe a fiscalização do comercial apurar o fato, e não o trânsito autuado o contribuinte nessa situação.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 225080.0124/10-3, lavrado contra **SHALOM REPRESENTAÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR