

**A. I. N°** - 299164.0801/02-3  
**AUTUADO** - SEMP TOSHIBA BAHIA S/A  
**AUTUANTE** - OSVALDO CEZAR RIOS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 11/12/2002

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0420-03/02**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA NAS QUANTIDADES DE MERCADORIAS APREENDIDAS EM RELAÇÃO ÀQUELAS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na situação em análise, o contribuinte não comprovou que houve roubo de parte das mercadorias, que estavam retornando em quantidade inferior à indicada nas notas fiscais. Assim, cabe a exigência do imposto e o posterior direito ao crédito fiscal referente às notas fiscais, sob pena de duplicidade na cobrança do ICMS. Foi feito o levantamento fiscal reduzindo-se o débito originalmente apurado. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 02/08/02, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS de R\$4.304,35, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatada a seguinte irregularidade: “a empresa identificada neste Termo, devolve mercadorias através do manifesto 570017, emitido pelo transportador Kwikasair, onde revela 84 volumes da mercadoria Rádio Relógio; devolvendo de forma total através das NF 0022701 e NF 022702 emitidas em 25/06/2002, sendo que em contagem física foram encontradas apenas 70 volumes conforme Termo de Conferência anexo, o que poderá vir a se configurar em ilícito fiscal com aproveitamento de crédito já que a devolução ocorreu de forma parcial”.

O autuado apresentou defesa, às fls. 14 a 16, esclarecendo, inicialmente, que foi intimado do presente lançamento por terem sido devolvidos 84 volumes de mercadorias (rádios-relógio), pelo seu destinatário, sendo que, na contagem física feita pela Fiscalização, foram encontrados apenas 70 volumes. Ressalta que é detentor de “benefício fiscal, o qual foi plenamente desconsiderado no momento da lavratura do auto de infração, já que o crédito constituído utilizou a alíquota de 12%”.

Explica que deu saída, no dia 26/06/02, por meio das Notas Fiscais n°s 022701 e 022702, a mercadorias destinadas ao município de São Paulo, mas que, em 03/07/02, parte das mercadorias transportadas pela TBD Transportes foi roubada, conforme se verifica pelo Boletim de Ocorrência anexo, tendo sido recuperadas mercadorias no valor de apenas R\$17.370,65, do total de R\$60.308,59. Acrescenta que, ainda assim, a transportadora tentou efetivar a entrega das

mercadorias recuperadas ao destinatário, que não as aceitou em vista da diferença de volumes, não restando outra alternativa à referida transportadora senão encaminhá-las de volta ao seu estabelecimento. Aduz que, nesse ínterim, os prepostos do Posto Fiscal Benito Gama, após constatarem a diferença de volumes, apreenderam as referidas mercadorias e lavraram este Auto de Infração, mas que, por equívoco, os agentes fiscais não observaram a existência do Boletim de Ocorrência, nem procederam à correta contagem física dos volumes.

Argumenta que “não há que se falar em nota inidônea e muito menos em fraude”, pois teve suas mercadorias roubadas e, juntamente com as notas fiscais, encontrava-se o mencionado Boletim de Ocorrência, “bem como documento acusando a devolução da mercadoria por parte do cliente, no qual consta o não recebimento por existirem apenas 81 volumes quando o correto era 84”. Salienta que “comprovando ainda mais a desatenção dos fiscais está o fato de que estes contaram apenas 70 volumes de mercadoria, quando na verdade estão em poder do depositário fiel 81 volumes, como comprova o *memorandum* encaminhado à autuada sobre o caso em debate”.

A final, pede a improcedência do lançamento e a realização de diligência “para que sejam recontados os volumes em poder da transportadora, oportunidade em que será confirmado o engano da fiscalização”.

A auditora designada para prestar a informação fiscal (fls. 12 e 13), mantém o lançamento, aduzindo que não assiste razão ao contribuinte, uma vez que as Notas Fiscais nºs 022701 e 022702, que acompanhavam as mercadorias no momento da ação fiscal, são inidôneas, pois “o roteiro é diverso, a data é incompatível, dado o grande lapso de tempo entre a sua emissão (26/06/2002) e o trânsito das mercadorias (02/08/2002), e a quantidade de mercadorias discriminadas é diferente das mercadorias encontradas”.

Acrescenta que, embora o autuado alegue que houve roubo de parte das mercadorias transportadas para justificar “uma recusa e uma devolução”, as alegações defensivas não podem ser aceitas, por apresentarem as seguintes contradições:

1. no Boletim de Ocorrência, acostado à fl. 35, referente a uma queixa de roubo de carga prestada na 75ª Delegacia de Polícia em São Paulo, em 03/07/02, às 03h51m, consta como data e horário da ocorrência declarados o dia 03/07/02, às 12h15m;
2. entretanto, o Aviso de Recusa foi emitido pelo destinatário - Companhia Brasileira de Distribuição (fls. 10 e 11) no mesmo dia 03/07/02, às 11h20m, portanto, em momento anterior ao alegado roubo;
3. não consta no referido Aviso de Recusa o motivo do não recebimento das mercadorias pelo destinatário, mas apenas a expressão “sem condições de descarga”;
4. no documento de fl. 36, integrante do Boletim de Ocorrência, consta que quando as vítimas/declarantes comunicaram o roubo na delegacia, a autoridade policial determinou que fossem enviados investigadores ao local onde se encontrava o veículo abandonado, não havendo, portanto, tempo suficiente para fazer a suposta tentativa de entrega das mercadorias ao destinatário e ensejar a sua recusa;
5. se a empresa destinatária recusou as mercadorias às 11h20m e, às 13h51m os queixosos estavam prestando queixa na delegacia de polícia, declarando que o veículo se encontrava abandonado no local da ocorrência, “obviamente não foi o suposto roubo da carga, a razão da recusa das mercadorias pelo destinatário”.

Conclui que são inválidas as justificativas apresentadas pelo autuado e, como foi por ele admitida a diferença na quantidade de mercadorias discriminadas nas notas fiscais e as

quantidades apreendidas, entende que persiste a obrigação do contribuinte de recolher o imposto, ora exigido, com a multa indicada.

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto porque a Fiscalização de trânsito constatou o transporte de rádios relógio da marca Toshiba que estavam sendo devolvidos pelo destinatário, situado em São Paulo, mas em quantidade inferior àquela indicada nas Notas Fiscais nºs 022701 e 022702, que acompanhavam as mercadorias apreendidas.

O autuado reconhece que a quantidade das mercadorias transportadas não coincidia com aquela constante nos documentos fiscais, mas diz que o autuante se equivocou na contagem física, tendo em vista que transitavam 81 volumes e não 70 volumes. Alega, ainda, que parte das mercadorias foi roubada em São Paulo e que, por essa razão, o destinatário constante das notas fiscais não aceitou receber a parcela remanescente.

Constata-se, pela análise dos documentos acostados aos autos, o seguinte:

1. de acordo com o indicado no Termo de Apreensão nº 299164.0801/02-3 e no Termo de Conferência de Veículos anexados aos autos (fls. 5 a 7), foram apreendidos 70 volumes de mercadorias (rádios relógios). Consta no Termo de Conferência de Veículos a seguinte observação: “nas notas fiscais denota (sic) 168 (cento sessenta oito) rádio relógio mas, só foram encontrados 70 (setenta) rádio relógio”. Ressalte-se que ambos os documentos foram assinados pelo motorista da empresa transportadora – Kwikasair, o Sr. Manoel Nunes do Nascimento, que também assinou pela transportadora como depositário fiel das mercadorias apreendidas, concordando, assim, com a quantidade encontrada em seu caminhão pela fiscalização;
6. não consta no Boletim de Ocorrência (fl. 35) a indicação das Notas Fiscais nº 022701 e 022702 e, ademais, a transportadora que sofreu o roubo foi a empresa TDB – Transp. Dist. de Bens, localizada em São Paulo, enquanto que o transportador das mercadorias, objeto desta autuação, foi a Kwikasair Cargas Expressas S/A;
7. o Aviso de Recusa foi emitido pelo destinatário - Companhia Brasileira de Distribuição (fls. 10 e 11) no mesmo dia 03/07/02, às 11h20m, portanto, em momento anterior ao alegado roubo;
8. não foi mencionado, no referido Aviso de Recusa o motivo do não recebimento das mercadorias pelo destinatário, mas apenas a expressão “sem condições de descarga”;
9. dessa forma, não há a comprovação, nos autos, de que tenha havido o roubo das mercadorias constantes nas mencionadas notas fiscais; o fato é que retornaram, ao sujeito passivo, mercadorias em quantidade inferior àquela constante nas Notas Fiscais nºs 022701 e 022702 (168 volumes com 1.008 unidades de rádios relógio de fabricação do estabelecimento autuado).

Resta examinar se tal situação poderia ensejar a cobrança de ICMS sobre os 98 volumes faltantes (correspondentes a 588 rádios-relógio, tendo em vista que cada volume comporta 6 unidades do produto).

Observe-se que, no momento da saída das mercadorias, o autuado destacou o ICMS, à alíquota de 12%, por se tratar de operação interestadual destinada à comercialização posterior, e, portanto, se obrigou a lançar, em sua escrituração, o valor do débito relativo a tais operações. Por outro lado, como as notas fiscais de saída estavam retornando ao remetente, o contribuinte poderia se

creditar do total de imposto nelas destacado, se não fosse a interferência da Fiscalização de trânsito, que detectou a divergência nas quantidades de mercadorias transportadas.

Assim, como não restou comprovado o alegado roubo das mercadorias e considerando que as mercadorias desapareceram no percurso, entendo que deve ser exigido o ICMS sobre os produtos faltantes e permitido, ao autuado, que utilize o crédito fiscal relativo ao total das notas fiscais, a fim de que não se configure duplicidade na cobrança do imposto, tendo em vista que a legislação, nesse caso, presume a entrega das mercadorias a destinatário diverso do indicado nos documentos fiscais, aplicando-se a alíquota interna (17%), por não ser possível a identificação do local da entrega.

Não obstante isso, o cálculo do imposto deve ser retificado a fim de considerar os valores unitários das mercadorias constantes nas multicitadas Notas Fiscais nºs 022701 e 022702, não sendo acrescentado nenhum valor, a título de MVA, uma vez que os preços indicados nos documentos fiscais são os praticados pelo autuado para venda:

$98 \text{ volumes} \times 6 = 588 \text{ unidades} \times \text{R\$}28,71 = \text{R\$}16.881,48 \times 17\% = \text{R\$}2.869,85.$

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, reduzindo o débito apurado para R\$2.869,85.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299164.0801/02-3**, lavrado contra **SEMP TOSHIBA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.869,85**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA