

A. I. Nº - 113839.5005/02-6
AUTUADO - M C SANTANA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 27/12/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0446-03/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. Existência de vício formal no procedimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 09/05/02, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$15.114,00, acrescido da multa de 100%, por divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física, de acordo com o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 212995.1003/02-5 e o Termo de Conferência de Veículos, lavrados em 08/05/02 e anexados às fls. 4 a 7 e 10 dos autos.

O autuado apresentou defesa, às fls. 18 a 21, preliminarmente requerendo “perícia técnica por fiscal estranho ao feito” para reavaliar “as mercadorias ponta de estoque constantes no documento fiscal tido como inidôneo pelos prepostos fiscais autuantes”. Prossegue dizendo que, como expresso na nota fiscal, não era o proprietário das mercadorias apreendidas, visto que as devolveu ao remetente por não concordar com a sua qualidade. Argumenta que os responsáveis tributários pelo pagamento do imposto são a empresa remetente e o transportador, este último por solidariedade, consoante o artigo 39, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

No mérito, alega que, por se tratar de uma devolução total de mercadorias, não há a incidência do ICMS, conforme previsto nos artigos 1º, 2º e 6º, inciso XVI, do RICMS/BA, já que não ocorreu o fato gerador do tributo.

Impugna, ainda, a base de cálculo apurada pelo autuante, afirmando que as mercadorias, por se tratarem de “ponta de estoque” e de baixa qualidade, não possuem o valor que foi arbitrado na autuação; alega, por fim, que o autuante não lhe concedeu o crédito fiscal a que teria direito.

A final, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 30 a 32), argumenta que o lançamento preenche os requisitos legais e o sujeito passivo da obrigação tributária é o autuado, uma vez que possui relação direta com o fato gerador do imposto, por ser o emitente da nota fiscal em questão e por estar localizado no Estado da Bahia, não podendo, assim, ser atribuída a responsabilidade pelo pagamento do tributo, nem ao destinatário (por estar situado em outra unidade da Federação), nem ao transportador (que seria solidário se o fisco não identificasse o contribuinte).

Acrescenta que a Nota Fiscal nº 108, emitida pelo autuado, é inidônea “por falta dos requisitos e exigências regulamentares, inclusive por falta da descrição dos produtos compreendendo: o

nome, a marca, o tipo, o modelo, a série, a espécie, a qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação”. Diz que o autuado não comprovou o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento, não juntou a nota fiscal de aquisição dos produtos, para que se pudesse identificar a data de seu ingresso e o tipo de mercadoria, tendo, simplesmente, emitido uma nota fiscal de devolução de “1.133 kilos de ponta de estoque”, como “devolução total da N.F. 6643 de 08/03/2002” e, ao ser conferida a carga do caminhão, constatou-se que se tratava de 12.885 peças de calcinhas e sutiãs, blusas, camisetas e camisolas da marca Luiza Brunet, conforme o documento de fl. 10.

Estranha que a unidade de medida das mercadorias tenha sido de kilogramas quando normalmente tais produtos são vendidos por unidade ou dúzia e aduz que não foi concedido crédito fiscal, haja vista que não ficou comprovada a origem da mercadoria, com a juntada da nota fiscal de entrada com o destaque do ICMS.

Finaliza dizendo que o imposto estadual incide sobre todas as saídas de mercadorias tributáveis, inclusive nos casos de devolução e, como o autuado (remetente) e o destinatário “têm atividade comercial de indústria e comércio de confecções, conclui-se que recebem tecidos e os transformam em confecções para venda”. Pede a procedência do lançamento.

Como o autuante anexou novos documentos por ocasião de sua informação fiscal, o autuado foi intimado, mas não se manifestou nos autos.

Esta 3ª. JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 38), tendo em vista as alegações defensivas, para que o autuante demonstrasse como havia apurado os preços das mercadorias apreendidas e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS, anexando a provas de que dispusesse.

O autuante (fls. 40 e 41) inicialmente esclarece que o autuado “fez transportar 12.885 peças de Calcinhas e sutiãs, blusas, camisetas e camisolas da marca Luiza Brunet. (fl. 10) de Salvador, Bahia, para Joinville, SC, com nota fiscal de 1.133 kilos de PONTA DE ESTOQUE (fl. 8), deixando de descrever as mercadorias transportadas” e que “para encontrar a base de cálculo, tomou-se por base pesquisa em lojas das cidades de Santo Estevão e Feira de Santana”, realizada pelas agentes de tributos estaduais Suzy Miranda Valois e Maria da Natividade Alves Brito, conforme a escala de serviço que anexou à fl. 39.

Reconhece que “não há cópia dos levantamentos de preços” e que “não foram encontradas mercadorias da mesma marca”, mas “foram encontradas mercadorias com o mesmo modelo, o mesmo tecido e a mesma qualidade” e “através da média dos preços apurou o preço unitário de cada mercadoria, conforme o demonstrativo que apresenta.

Conclui dizendo que as mercadorias apreendidas são novas, de boa qualidade, marca e modelo e que a base de cálculo está correta. A final, pede a procedência do Auto de Infração, haja vista que “preenche os requisitos legais”.

O autuado, após intimado, se pronunciou sobre a diligência (fls. 45 a 47) alegando, preliminarmente, que:

1. em sua peça defensiva, requereu perícia por fiscal estranho ao feito, “para examinar a validade da autuação, a conferência da base de cálculo, o que não ocorreu”;
2. há a ilegitimidade passiva *ad causam*, pois as mercadorias foram devolvidas por serem de baixa qualidade, conforme se pode comprovar pela nota fiscal. Advoga a tese de que se não houve a tradição, tendo em vista que o autuado está devolvendo as mercadorias, não poderia haver a incidência do ICMS na operação;

3. a responsabilidade tributária deve ser atribuída ao transportador.

No mérito, argumenta que o autuante não comprovou a base de cálculo do ICMS, já que não há cópia dos levantamentos de preços, não foram encontradas mercadorias com a mesma marca e foi acostado um levantamento de preços com “marcas estranhas”, onde não se comprova a qualidade, procedência e veracidade da fonte de tais produtos, não se podendo, assim, comparar com as mercadorias objeto desta autuação.

Acrescenta que se o preposto fiscal realmente desejasse provar a correta base de cálculo, deveria ter ido ao mercado de origem das peças, “anonimamente” e procurar os preços correspondentes.

Indaga qual teria sido o motivo de sua devolução se as mercadorias eram novas, como afirma o autuante, e pede a nulidade do lançamento.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto em decorrência da constatação, pela fiscalização de trânsito, do transporte de mercadorias sem a competente documentação fiscal, em razão da comparação entre o documento fiscal apresentado (Nota Fiscal nº 0108) e a conferência da carga do caminhão no Posto Fiscal (Termo de Conferência de Veículos e Termo de Apreensão e Ocorrências).

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, por não ter sido realizada perícia por fiscal estranho ao feito, considerando que foi determinada por esta 3ª JF diligência ao próprio autuante para esclarecimento das dúvidas existentes, não havendo, portanto, a necessidade de intervenção de um auditor estranho à lide.

Não acato, ainda, a preliminar de nulidade, por ilegitimidade passiva, tendo em vista que, ao contrário do alegado na peça defensiva, o autuado recebeu as mercadorias supostamente enviadas pela empresa Oásis de Admer Ind. Com. Conf. Ltda, situada em Joinville – Santa Catarina, através da Nota Fiscal nº 6643, de 08/03/02 e as devolveu, por meio da Nota Fiscal nº 0108, de 04/05/02, de sua própria emissão. O impugnante alega que as mercadorias foram devolvidas porque não havia concordado com a sua qualidade, mas a suposta devolução somente ocorreu quase dois meses após o seu recebimento, período extremamente longo para a verificação da qualidade dos produtos. Se a fiscalização de trânsito constatou, na contagem física realizada no Posto Fiscal (Termo de Conferência de Veículos – fl. 10), que as mercadorias transportadas não conferiam com aquelas constantes na citada nota fiscal de devolução, poderia perfeitamente exigir o imposto devido, tanto do transportador, quanto do remetente das mercadorias que, no caso, é o autuado, independentemente de preferência ou ordem.

Não obstante ter ficado devidamente caracterizado que as mercadorias transportadas estavam acompanhadas de uma nota fiscal inidônea, que não discriminava os produtos, trazendo apenas a expressão “Ponta de Estoque”, a teor do artigo 209, inciso IV, do RICMS/97, não ficou demonstrado pelo autuante como foi apurada a base de cálculo do ICMS. Instado a comprovar os preços indicados para cada mercadoria, o preposto fiscal apenas informou que foi realizada pesquisa, pelas agentes de tributos estaduais Suzy Miranda Valois e Maria da Natividade Alves Brito, nas cidades de Santo Estevão e Feira de Santana e reconheceu que “não há cópia dos levantamentos de preços”.

O RICMS/97, em seu artigo 938, inciso V, alínea “b”, determina que:

Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer

um dos métodos a seguir:

.....

V - na fiscalização do trânsito:

.....

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;

Entretanto, há que ser devidamente comprovado o valor atribuído a cada mercadoria, sob pena de se configurar grave cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, o que efetivamente ocorreu na situação em análise.

Sendo assim, entendo que deve ser declarada a nulidade do lançamento, mas como ficou caracterizado o ilícito fiscal apontado, represento à autoridade fazendária para que determine a renovação da ação fiscal a salvo de equívocos.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 113839.5005/02-6, lavrado contra **M C SANTANA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR