

**A. I. N° - 088989.1209/03-7**  
**AUTUADO - PROVEDAS COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA.**  
**AUTUANTES - HUGO CESAR OLIVEIRA MELO**  
**ORIGEM - IFMT DAT/SUL**  
**INTERNET - 20.04.04**

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0120/01-04**

EMENTA- ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Assim, deveriam ser observados as rotinas e roteiros próprios da fiscalização para a específica ação fiscal. Além do mais, não consta, nos autos, o critério adotado para determinação da base de cálculo. Esta situação cerceou o pleno direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/03, cobra ICMS no valor de R\$2.967,80 acrescido da multa de 100%, pela estocagem de mercadorias encontradas no estabelecimento desacompanhadas das respectivas notas fiscais (bebidas alcoólicas).

O autuado apresentou defesa (fls. 9/19), por advogado legalmente constituído, arguindo a nulidade ao lançamento fiscal, vez que o autuante levantou as mercadorias em estoque no estabelecimento da empresa sem observar qualquer outro procedimento legal a ser realizado, ou seja, afirmou, simplesmente, que as mercadorias haviam entrado no estabelecimento sem documentação fiscal.

Continuando, disse que se indícios haviam, deveria o preposto fiscal proceder a outros levantamentos para averiguar, de forma segura, o cometimento da infração, pois a presunção é de que toda mercadoria em estoque em um estabelecimento comercial, regularmente inscrito, encontra-se contabilizada.

Além do mais, o autuado é terceiro de boa fé, qualidade presumida do ser humano, que jamais necessitaria de prova cabal para comprovar seus procedimentos. Isto só poderia acontecer com a má fé, onde se configuraria a fraude.

Prosseguindo com sua argumentação, ressaltou que o lançamento fiscal é ato vinculado. Em sendo assim, deve pautar-se dentro dos limites da legalidade, já que a discricão não se confunde com o arbítrio. Portanto, a autoridade que procede ao lançamento fiscal está obrigada a determinar a matéria tributável, e, conseqüentemente, o ônus da prova caberia, exclusivamente, a

ela.

Argumentou que os fatos que servem de suporte para a decisão do ato discricionário integram a sua validade, sendo viciado de ilegalidade o ato que assim não se constitua. Neste sentido trouxe aos autos comentários do jurista Ives Gandra da Silva Martins e decisões deste Colegiado para corroborar seu posicionamento.

No mérito, entendeu que a constatação de mercadorias estocadas sem documentação fiscal ensejaria a cobrança de multa, ao teor do art. 915, IX, do RICMS/97 e não cobrança de imposto, pois se assim fosse, estaria se encerrando a fase de tributação das mercadorias. Em seguida, lembrou que o autuante não efetuou qualquer levantamento fiscal que comprovasse estarem as mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais.

Por derradeiro requereu a nulidade do lançamento fiscal e que, se assim não fosse, que o Auto de Infração fosse julgado procedente em parte com a aplicação da multa acima comentada.

Auditora fiscal designada para contra arrazoar os argumentos defensivos (fl. 30/32) ratificou o procedimento fiscal.

Observou que o Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 5/7), devidamente assinado pelo representante da empresa, circunstancia a apreensão das mercadorias desacompanhadas de notas fiscais no estabelecimento, constitui o autuado como fiel depositário das mercadorias e inclui uma relação detalhada dos produtos como nome, marca, quantidade e forma de apresentação das mercadorias. Além do mais, o Auto de Infração se faz acompanhar de demonstrativo detalhado com valores unitários e totais, cálculo do ICMS devido e multa aplicada.

Entendeu que como as notas fiscais não foram apresentadas no momento da fiscalização, se configurava a estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, não havendo qualquer presunção de irregularidade e sim fato concreto.

Discordou do impugnante de que fosse necessário um levantamento quantitativo dos estoques para apuração da infração. Discordou, ainda, do pedido da transformação do imposto em multa, entendendo sem qualquer aplicabilidade para o caso em discussão.

## **VOTO**

A auditoria fiscal tratou da cobrança do ICMS por terem sido encontradas mercadorias estocadas no estabelecimento desacompanhadas de notas fiscais.

O impugnante levantou questão preliminar de nulidade da ação fiscal por entender que não foram seguidos os procedimentos legais, já que o ato administrativo é vinculado a lei.

Para o deslinde da questão é necessário observar o que determina a legislação tributária estadual e como foi desenvolvida a ação fiscal.

O lançamento de crédito tributário é ato vinculado (Parágrafo único do art. 42, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc e de rotinas administrativas.

A Instrução Normativa nº 310/90, que dispõe sobre o Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, previsto no Sistema de Fiscalização do Estado das Bahia, aprovou e especifica os roteiros a serem desenvolvidos pela fiscalização. Observando os procedimentos contidos no

referido manual, no Roteiro AUDIF-207, no seu item 3.4, consta como deve ser o procedimento a ser realizado quando se constata mercadorias ou bens em estoques desacompanhados de documentação fiscal, determinando, inclusive, que as mercadorias ou bens devem ser apreendidos.

Portanto, embora a irregularidade tenha sido constatada pela fiscalização do trânsito, as mercadorias não se encontravam no trajeto do seu destino, e sim, estocadas no estabelecimento do autuado. Ou seja, a auditoria realizada tem características outras que devem ser observadas, que em linhas gerais é a seguinte: o preposto fiscal além de realizar a contagem física dos estoques, deve solicitar as notas fiscais de aquisições, inclusive verificar os estoques iniciais existentes, para determinar, com exatidão, quais as mercadorias que foram adquiridas desacobertadas dos respectivos documentos fiscais. Comprovar, ainda, o preço unitário médio de cada mercadoria.

O autuante realizou um levantamento das quantidades físicas das mercadorias existentes no estabelecimento comercial e as discriminou no Termo e Apreensão e Ocorrências de nº 088989.1209/03-7. Neste termo, ficou como fiel depositário a empresa autuada. A Sra. Marly Brito Rocha, assinou o termo, como fiel depositário das mercadorias, em nome do autuado. Com este levantamento, o autuante elaborou um demonstrativo de débito discriminando cada mercadoria, sua marca, as quantidades encontradas, o preço total e calculou o imposto.

Nesta circunstância, a ação fiscal foi realizada de maneira incompleta, não dando certeza ao valor da base de cálculo do imposto, vez que:

1. não consta dos autos levantamento dos estoques existentes, no momento da ação fiscal, com a prova de que foi acompanhado por preposto da empresa. As quantidades levantadas estão discriminadas no Termo de Ocorrência que, inclusive, não consta a assinatura de qualquer preposto da empresa para provar que acompanhou este levantamento. O que consta é a assinatura da Sra Marly Brito Rocha que assinou em nome da empresa como fiel depositária das mercadorias. Observo que este levantamento é de suma importância para determinação das diferenças de quantidades apuradas;
2. Não existe prova de que foram solicitados as notas fiscais de aquisições, de vendas, nem o livro Registro de Inventário;
3. Não existe qualquer referência da forma de como foi encontrado o preço médio unitário das mercadorias. No Demonstrativo de Débito, existe uma coluna denominada de “Valor Total”. Os valores desta coluna foram transportados para a coluna “Base de Cálculo”. Em sendo assim, o preço médio unitário não foi demonstrado.

Em suma, a adoção de procedimento impróprio de fiscalização, feriu direitos do contribuinte. Esses vícios tornam patente que não foi seguido o devido processo legal. Houve prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa. Este Colegiado, através da Súmula nº 1 já firmou entendimento quanto a situação presente. O procedimento é nulo, nos termos do art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **088989.1209/03-7**, lavrado contra **PROVENDAS COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR