

**A. I. N°** - 113839.0007/04-7  
**AUTUADO** - D'MOLAS DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA. (EPP)  
**AUTUANTE** - RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/NORTE  
**INTERNET** - 03.06.2004

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0188-04/04

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIA ACOBERTADA POR NOTA FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA PARA A OPERAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE A QUANTIDADE DE MERCADORIA CONSIGNADA E A CONSTATADA QUANDO DA CONTAGEM FÍSICA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária considera em situação irregular a mercadoria desacompanhada de documentação fiscal idônea, devendo ser exigido o imposto correspondente. Foi efetuada correção no cálculo do imposto. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/01/04 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 5.258,89, em decorrência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali consignadas, quando da contagem física.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 105 a 125) e, inicialmente, discorreu sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material, da inquisitorialidade e da tipicidade cerrada. Frisou que só as incorreções ou omissões eventuais e meramente formais podem ser corrigidas mediante diligência, conforme dispõe o art. 18, § 1º, do RPAF/99. Diz que o Auto de Infração em lide contém omissões e incorreções de natureza grave, e que as exigências não observadas pelo autuante não são meramente formais. Em seguida, suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

a) O Auto de Infração é nulo por cerceamento do direito de defesa, pois os demonstrativos que o acompanham não permitem a elaboração de uma defesa ideal, onde se pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Diz que não lhe foi permitido o perfeito entendimento da autuação. Para embasar sua alegação, cita decisões de Tribunais.

b) O lançamento é nulo por falta de descrição clara e precisa da acusação, conforme previsto no artigo 39, III, do RPAF/99. Diz que a acusação que lhe foi feita (Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física), ainda que fosse verdadeira, não seria fato gerador do ICMS. Além que se o documento fiscal serviu para apurar alguma divergência ele é idôneo. Em apoio a sua tese, transcreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, bem como ementas de decisões deste CONSEF.

Adentrando no mérito da lide, o autuado explica, inicialmente, que tem como atividade o comércio atacadista de peças para veículos, que essas mercadorias têm o imposto pago por

antecipação tributária e que possui regime especial para efetuar o recolhimento do imposto no nono dia do mês subsequente às entradas das mercadorias no seu estabelecimento.

Assevera que as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias apreendidas são idôneas e cumprem todas as formalidades exigidas pela legislação em vigor: foram autorizadas pela SEFAZ (AIDF 99570042912003); foram confeccionadas por empresas gráficas idôneas; são de série autorizada pela SEFAZ; foram confeccionadas segundo o disposto no art. 219 do RICMS-BA/97.

Ressalta que os artigos citados no Auto de Infração (209, IV e VI, e 219, IV do RICMS/BA/97) não dão sustentação jurídica ao lançamento, pois as notas fiscais citadas pelo autuante não contêm os vícios elencados nos citados dispositivos regulamentares. Explica que realizava vendas em veículos e, portanto, as notas fiscais em questão não possuíam destaque do imposto. Aduz que as Notas Fiscais nºs 269 a 278 é que eram referentes a operações de efetiva saída de mercadoria e, no entanto, não foram citadas no levantamento efetuado pelo autuante. Afirmar que transitou diversas vezes com essas notas fiscais pelo mesmo Posto Fiscal sem que tivesse tido problema. Após garantir que não utilizou os documentos fiscais com intuito de fraude, diz que, para identificação dos produtos, utilizou-se de códigos e da descrição das mercadorias. Afirmar que o lançamento deve ser julgado nulo, uma vez que o autuante agiu ao seu livre-arbítrio e ainda faltou a verdade material dos fatos.

Alega que o autuante, ao apurar a base de cálculo do imposto, efetuou pesquisa de preço no mercado varejista do local de ocorrência, deixando de observar o disposto no art. 938, V, “b”, “l”, do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu. Frisa que foi aplicada MVA, ao passo que o referido dispositivo só prevê acréscimo de MVA quando a pesquisa for realizada em estabelecimento atacadista. Às fls. 141 a 143, anexou documentos para comprovar que a coleta de preços foi feita em estabelecimentos varejistas. Também acostou ao processo uma planilha comparativa de preços de diversos produtos. Ressalta que não há imposto a recolher no caso em lide, pois as mercadorias tiveram o ICMS recolhido antecipadamente, conforme demonstrativo, notas fiscais de aquisição e de saída e DAEs anexados ao processo (fls. 126 a 211). Transcreve parcialmente o art. 356 do RICMS-BA/97. Ao final, solicita a improcedência do lançamento.

Na informação fiscal, fls. 215 a 217, o autuante explica que, conforme o Termo de Conferência de Veículo e a relação anexa (fls. 11, 15, 16, 102 e 103), o autuado fez transportar 352 molas acompanhadas das Notas Fiscais nºs 1894, 1895, 1896, 1956 e 2057 (fls. 92 a 96), sendo que nesses documentos fiscais estavam relacionadas apenas 135 molas, as quais eram diferentes das transportadas, conforme se pode verificar por meio da lista (fls. 15 e 16) e das fotografias anexadas às fls. 102 e 103. Diz que as Notas Fiscais nºs 1894, 1895, 1896, 1956 e 2057 foram consideradas inidôneas em razão da divergência entre as quantidades transportadas e, também, por serem as molas diferentes das consignadas nos documentos fiscais.

Afirmar que os fatos foram descritos na primeira folha do Auto de Infração de maneira completa, os dispositivos legais foram citados, bem como foram elaborados demonstrativos da apuração da base de cálculo do imposto e do débito tributário.

Assevera que a base de cálculo do imposto foi apurada de acordo com os preços praticados pelo próprio autuado e constantes em seus pedidos (fls. 52 a 61), assim como pelos preços coletados em três diferentes estabelecimentos do local da ocorrência (fl. 17 a 22).

Diz que os documentos de fls. 160 a 180 e 199 a 211, apresentados pela defesa, não têm relação com as mercadorias transportadas, cujas listas se encontram às fls. 15 e 16 e que estavam acompanhadas das notas fiscais consideradas inidôneas. Ao final, o autuante solicita a procedência do Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, porém a 4ª junta de Julgamento Fiscal decidiu que o mesmo está pronto para julgamento.

## VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, constato que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o autuado recebeu cópia, contêm todas as informações necessárias ao pleno exercício do amplo direito de defesa. A descrição dos fatos no lançamento é satisfatória e permite a perfeita compreensão da infração que foi imputada ao contribuinte. A defesa apresentada pelo autuado, a qual aborda os diversos aspectos da autuação, é uma prova de que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa.

No Auto de Infração em lide, há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, pois, no momento da contagem física das mercadorias, foi constatada divergência entre as notas fiscais e as mercadorias nelas descritas, tornando os referidos documentos imprestáveis ao fim a que se destinavam. Dessa forma, esses documentos fiscais foram considerados inidôneos, ao teor do art. 209, IV, do RICMS-BA/97. De acordo com o art. 911, § 3º do RICMS-BA/97, as mercadorias encontradas transitando acompanhadas de documentação fiscal inidônea ou desacompanhadas de documentação serão consideradas em situação irregular e, portanto, deverá ser exigido o imposto correspondente.

Quanto às decisões citadas pelo autuado, entendo que as mesmas tratam de situações diferentes da que se encontra em lide, em consequência, não se aplicam ao caso em tela.

Em face do comentado acima, não acato as preliminares de nulidade suscitadas e passo a apreciar o mérito da lide.

Adentrando no mérito, ressalto que as mercadorias em questão, peças para veículos, só estão com a fase de tributação encerrada quando acompanhadas da devida documentação fiscal.

As peças processuais demonstram que o autuado efetuava vendas em veículos, procedimento regularmente previsto na legislação tributária estadual. Todavia, quando o veículo transportador foi submetido a uma conferência (Termo de Conferência de Veículo anexada à fl. 11), foi constatada a existência física de 352 molas no citado veículo. Para acobertar o trânsito dessas 352 molas foram apresentadas as Notas Fiscais nºs 1894, 1895, 1896, 2057 e 1956.

Examinado as notas fiscais apresentadas pelo autuado no momento da ação fiscal (fls. 92 a 96), constato que as mesmas são referentes a um total de 135 molas. Além disso, os códigos constantes nas notas fiscais são diferentes dos consignados na relação de mercadorias que as acompanhavam e que foi emitida pelo autuado (fl. 15 e 16). Dessa forma, entendo que está caracterizada a existência de 217 molas desacompanhadas de nota fiscal, bem como a inidoneidade das Notas Fiscais nºs 1894, 1895, 1896, 2057 e 1956, nos termos do art. 219, IV e VI, do RICMS-BA/97. Ressalto que as irregularidades quantitativas e qualitativas existentes nas notas fiscais apresentadas tornam os documentos fiscais imprestáveis aos fins a que se destinam.

Uma vez consideradas inidôneas, as notas fiscais fazem prova apenas a favor do fisco, portanto, a utilização pelo fisco dessas notas fiscais para apurar a divergência não tem o condão de torná-las idôneas, como alega o autuado.

As Notas Fiscais nºs 269 a 278 citadas pelo autuado em sua defesa não foram desclassificadas pelo autuante, porém elas não elidem a autuação. Caso tais notas fiscais fossem consideradas, elas apenas aumentariam a quantidade de mercadoria que transitou desacompanhada de

documentação fiscal. Do mesmo modo, o fato de o autuado ter circulado anteriormente pelo posto fiscal com as mesmas notas fiscais não tem o condão de elidir a autuação.

As notas fiscais de aquisição de mercadorias, os DAEs e o demonstrativo apresentados pelo sujeito passivo também não elidem a acusação, uma vez que não é possível correlacionar as mercadorias apreendidas com as arroladas pela defesa.

Quanto à base de cálculo do imposto, entendo que o procedimento do autuante está parcialmente correto, pois, analisando os demonstrativos de fls. 3/5 e 23/24, constato que o auditor fiscal utilizou os preços praticados pelo próprio autuado (nesse caso sem MVA) e, na ausência destes, o preço médio de três estabelecimentos varejistas (com a aplicação indevida de MVA). Dessa forma, as MVAs aplicadas pelo autuante no Demonstrativo de Débito de fls. 3/5 devem ser excluídas da autuação. Em consequência, a base de cálculo do imposto passa de R\$ 30.936,01 para R\$ 26.128,74, e o imposto devido passa de R\$ 5.258,89 para R\$ 4.441,89 (R\$ 26.128,74 x 17%).

Em face do comentado acima, a infração em lide subsiste parcialmente, no valor de R\$ 4.441,89, e, em consequência, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113839.0007/04-7**, lavrado contra **D'MOLAS DISTRIBUIÇÃO DE PEÇAS LTDA. (EPP)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.441,89**, 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, 27 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR