

**A. I. N°** - 929866-5/03  
**AUTUADO** - PRONTA ENTREGA GABI LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS DE BRITO SILVA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 22.12.04

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0492-03/04**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ENCONTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM NOTA FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Após feito o levantamento fiscal reduziu-se o valor do débito. Não acatado o pedido de diligência fiscal. Acatada a preliminar de nulidade em relação ao débito referente às mercadorias cuja base de cálculo não restou comprovada, mas rejeitado o pedido de nulidade relativo às mercadorias cujos preços unitários foram reconhecidos pelo próprio autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/10/03, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$3.390,24, acrescido da multa de 100%, em decorrência da estocagem de diversas mercadorias no estabelecimento do autuado, o qual se encontrava clandestino, por não estar inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, conforme o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 114760 e a Declaração de Auditoria de Estoque, documentos acostados às fls. 6 a 12 dos autos.

O autuado apresentou defesa (fls. 21 a 25), inicialmente suscitando a nulidade do lançamento, “pois, não há comprovação do método de apuração da base de cálculo, na medida em que, no caso concreto, o Sr. Autuante sequer comprovou a origem dos preços médios unitários da mercadoria, deixando de confirmar o verdadeiro critério material da hipótese tributária”. Discorre sobre a matéria, apresenta a ementa do Acórdão CJF n° 0391-11/02 e conclui que “não havendo certeza do valor da obrigação tributária, por falha na apuração da base de cálculo do ICMS a ser lançado, resta contaminado o crédito fiscal, tornando-o incerto e, portanto, não executável pela Fazenda Estadual, devendo, pois, ser decretada a nulidade do Auto de Infração objurgado, o que fica, de logo, requerido”.

No mérito, alega que o autuante “levou em consideração uma inexistente operação de compra e venda (circulação) de mercadorias para o lançamento do tributo”, pois “se a mercadoria fora apreendida, não há, por óbvio, que se falar na sua circulação, de modo a se compatibilizar entrada e saída de produtos para base de cálculo do AI”.

Acrescenta que “já se encontra com sua inscrição regular e, portanto, quando do momento das vendas reais das mercadorias apreendidas, recolherá o ICMS incidente, o que implicaria em bis in

idem (bi-tributação), pois estaria compelida a recolher novamente o imposto já lançado quando desta autuação”. Por essa razão, reconhece, “na pior das hipóteses”, a ocorrência de irregularidade de caráter formal.

Diz que está trazendo à colação “notas fiscais de suas últimas operações com mercadorias do tipo e marca das apreendidas pela fiscalização, demonstrando o preço médio praticado para tais operações, o qual, requer seja observado, em última análise, para liquidação do lançamento”.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente a juntada posterior de documentos e diligência, e pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 43 e 44), alega, em relação à preliminar de nulidade levantada, que “a base de cálculo foi obtida através de etiquetas presas nas mercadorias durante a contagem de estoque, preços praticados pelo lojista nas vendas ao consumidor final”.

Ressalta que o Termo de Apreensão nº 114760 (fl. 6), bem como os anexos da contagem de estoque, foram assinados pelo preposto do contribuinte, enquanto que o sujeito passivo não apresentou nenhuma documentação que comprovasse a origem das mercadorias apreendidas.

No mérito, afirma que o autuado teve a sua inscrição cancelada desde 30/07/02 e ela somente foi reativada em 10/12/03. Quanto às notas fiscais acostadas na peça defensiva, aduz que não as considerou, em virtude de os endereços dos destinatários serem diferentes daquele do autuado.

Esclarece que encontrou mercadorias estocadas no estabelecimento do autuado, o qual se encontrava sem inscrição estadual, e realizou a contagem física do estoque existente, utilizando os preços praticados pelo próprio sujeito passivo e aplicando a alíquota de 17% para apurar o imposto.

Finalmente, diz que o Acórdão trazido pelo autuado não tem correlação com a irregularidade, ora apontada, e pede a procedência do lançamento.

Tendo em vista que a falta de comprovação de como foi apurada a base de cálculo do tributo gera uma incerteza quanto à liquidez do lançamento, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 46) para que o autuante comprovasse a veracidade dos preços unitários das mercadorias apreendidas, conforme indicado na Declaração de Estoque (fls. 7 a 12).

O autuante acatou as alegações defensivas afirmando que devem ser levados em conta os valores constantes das Notas Fiscais de nºs 1720, 1837, 1635 e 963 para fins de apuração da base de cálculo do imposto a ser recolhido pelo sujeito passivo. Finalmente, reduz o débito para R\$699,16, consoante a memória de cálculo que acostou aos autos (fls. 53 e 54).

O autuado se manifestou novamente (fl. 59) aduzindo que, em que pese o reconhecimento do equívoco cometido pelo preposto fiscal, “restam ainda ilegais e indevidos valores em cobrança não acatados pelo autuante, sendo que, nesse momento, reitera os termos da defesa, razão pela qual deverá ser dado prosseguimento ao processo, para ao final ser julgado totalmente improcedente o Auto de Infração atacado”.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de terem sido encontradas, no estabelecimento do autuado, diversas mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Para documentar a contagem física do estoque, o autuante lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 114760, bem como a Declaração de Estoque, documentos acostados às fls. 6 a 12, os quais descrevem as mercadorias encontradas em estabelecimento não inscrito e situado na Rua Afrânio Peixoto s/n Paripe, em Salvador – Bahia.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento, sob o argumento de que não há comprovação do método de apuração da base de cálculo, na medida em que o autuante sequer comprovou a origem dos preços médios unitários das mercadorias.

Para tentar sanear a irregularidade processual, este órgão julgador converteu o PAF em diligência para que o preposto fiscal comprovasse a veracidade dos preços unitários das mercadorias apreendidas, conforme indicado na Declaração de Estoque (fls. 7 a 12). O autuante, ao invés, decidiu acatar os preços das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 1720, 1837, 1635 e 963 acostadas pelo próprio contribuinte.

Analisando os documentos fiscais acima citados e anexados às fls. 33 a 36, verifico que, embora tenham sido destinados a outro estabelecimento do contribuinte autuado, contêm produtos similares a algumas das mercadorias apreendidas pela fiscalização nesta ação fiscal e o sujeito passivo reconheceu que se trata de “notas fiscais de suas últimas operações com mercadorias do tipo e marca das apreendidas pela fiscalização, demonstrando o preço médio praticado para tais operações, o qual, requer seja observado, em última análise, para liquidação do lançamento”.

Pelo exposto, deixo de acatar a preliminar de nulidade formulada, em relação às mercadorias cujo preço unitário está expresso nas referidas notas fiscais, haja vista que o próprio autuado confirmou os preços unitários de diversas mercadorias, saneando a irregularidade de caráter formal.

Não é o caso, entretanto, das demais mercadorias apreendidas e, portanto, entendo que deve ser declarada a nulidade do débito a elas relativo, considerando que a base de cálculo do ICMS não ficou devidamente demonstrada, gerando incerteza neste lançamento.

No mérito, o contribuinte argumentou que o autuante “levou em consideração uma inexistente operação de compra e venda (circulação) de mercadorias para o lançamento do tributo”, pois “se a mercadoria fora apreendida, não há, por óbvio, que se falar na sua circulação, de modo a se compatibilizar entrada e saída de produtos para base de cálculo do AI”.

Observo que o ilícito tributário está devidamente comprovado através da “Declaração de Estoque em Exercício Aberto” (fls. 7 a 12), realizada no dia 30/10/03 e efetivamente assinada pelo representante legal do contribuinte, demonstrando, de forma indubitável, a existência das mercadorias, ali relacionadas, no estabelecimento do autuado. Como o sujeito passivo não trouxe aos autos as notas fiscais de origem das mercadorias apreendidas, entendo que está correto o débito apontado, a teor do artigo 143, do RPAF/99: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal”. Embora o autuado tenha afirmado que se encontra com sua inscrição regular, o fato é que, no momento da ação fiscal, as mercadorias apreendidas em seu estabelecimento encontravam-se desacobertas da documentação fiscal de origem, razão pela qual deve ser exigido o tributo à alíquota de 17% sobre o valor dos produtos, acrescido da MVA de 20% (sem a dedução de qualquer crédito fiscal) considerando que as notas fiscais trazidas ao PAF foram destinadas a outro contribuinte.

Entretanto, deve ser retificada a base de cálculo do ICMS, considerando os preços unitários das mercadorias constantes nas notas fiscais anexadas pelo contribuinte ao PAF (fls. 33 a 36) da seguinte forma:

Mercadorias	Quantidade	Preço Unitário	Base de Cálculo
Biquini adulto	193	2,50	482,50
Calçola adulto	114	0,55	62,70
Cueca adulto	67	0,55	36,85
Babydoll adulto	285	2,50	712,50
Babydoll infantil	69	1,50	103,50
Camisola adulto	138	2,50	345,00
Camisola infantil	33	1,50	49,50
TOTAL			1.792,55
MVA (20%)			358,51
BASE DE CÁLCULO TOTAL			2.151,06
ICMS (17%)			365,68

Quanto às demais mercadorias apreendidas e relacionadas na “Auditoria de Estoque – Declaração (Exercício Aberto)”, não obstante ter ficado caracterizado a infração apontada, não foi demonstrada pelo autuante a base de cálculo do imposto, razão pela qual represento à autoridade competente para que proceda à renovação do procedimento fiscal a salvo de equívocos, nos termos do artigo 156, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## 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 929866-5/03, lavrado contra **PRONTA ENTREGA GABI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$365,68**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, representando-se à autoridade competente para a renovação do procedimento fiscal em relação às mercadorias em que não ficou demonstrada a base de cálculo do imposto.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR