

**A.I. N.º** - 148593.0085/05-1  
**AUTUADO** - DELLA CISA MODAS E ENXOVAIS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 24.10.2005

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0379-01/05

**EMENTA:** ICMS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS MERCADORIAS DISCRIMINADAS NO DOCUMENTO FISCAL E AS EFETIVAMENTE TRANSPORTADAS, CONSTATADA DURANTE CONTAGEM FÍSICA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Na saída de mercadoria do estabelecimento esta deve estar discriminada na Nota Fiscal. A apreensão é apenas um procedimento legal previsto para constituição da prova material do fato. Comprovada a base de cálculo-preço corrente no mercado varejista. Exclusão da exigência fiscal de parte da mercadoria que estava discriminada na Nota Fiscal. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito de mercadorias em 30/04/2005, exige ICMS no valor de R\$ 447,67, acrescido da multa de 100%, em decorrência de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física.

O autuado apresenta peça impugnatória (fls.15/21) na qual sustenta que não costuma manter qualquer relação comercial com a fornecedora, sendo a primeira vez que transaciona com a mesma.

Informa que a fornecedora foi a responsável pela descrição das mercadorias quando da saída das mesmas de sua origem, descrevendo as unidades como se fossem conjuntos de unidades. Neste sentido, além disso, colacionou sugestão de preço de venda às etiquetas das mercadorias - apontando Lojas Gasoline - os quais são superiores ao preço de custo, fato este ignorado pela fiscalização, tendo em vista que levou em consideração os referidos preços das etiquetas como base de cálculo para o tributo, gerando um valor exorbitante.

Argüi a nulidade do auto de infração, sustentando que os dispositivos elencados pelo autuante, bem como os elementos fáticos expostos em seu relatório não são suficientes para se verificar com segurança quais foram as infrações que, realmente, foram imputadas a autuada, pois estes não foram devidamente especificados, a fim de que possibilitasse à mesma o direito consagrado pela Carta Constitucional, a ampla defesa.

No que concerne à apreensão das mercadorias cita a doutrina, a legislação pátria e a jurisprudência, inclusive, a Súmula 323 do STF e a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Prossegue, afirmando que a apreensão de mercadorias ocorre quando as mesmas não podem ser identificadas, o que vale dizer quando estão desacompanhadas de documento fiscal. Quando estão acompanhadas de documento fiscal a apreensão é arbitrária.

Cita a Constituição Federal para dizer que o fisco ofende o seu direito constitucional de exercer livremente as suas atividades, sua livre iniciativa, direito consagrado no artigo 1º.

Por fim, registra que as mercadorias apreendidas perfazem um custo total de R\$350,00 e que o preço sugerido pelo fornecedor refere-se ao valor de comercialização da Franquia Gasoline, valor este superior ao de custo e que a tributação incidiu sobre o preço de venda apontados nas etiquetas intituladas Gasoline, com base de cálculo de R\$2.633,40, elevando consideravelmente o valor do imposto a ser pago, razão pela qual afirma que perdurando o auto de infração, as mercadorias devem ser levadas a leilão, a fim de que possa saldar o suposto crédito fiscal.

Conclui, requerendo que seja apreciada a preliminar de nulidade do auto de infração, e caso seja esta ultrapassada, seja julgado improcedente.

Na informação fiscal (fls.34/35) o autuante esclarece que o auto de infração teve como motivação a divergência verificada quando da conferência física das mercadorias, em confronto com a documentação fiscal correspondente.

Afirma que na Nota Fiscal nº 0005602, de emissão de FELLINA IND. E COM. DE CONFECÇÕES LTDA., a descrição dos produtos consignou como sendo “calcinhas” ao valor unitário de R\$2,00 quando na verdade, tratava-se de peças íntimas diversas, inclusive conjunto de boa qualidade, acompanhadas tais peças das respectivas etiquetas com preços muitos superiores àqueles declarados na documentação fiscal.

Manifesta o entendimento de que a própria autuada admite a infração quando afirma que foi a fornecedora a responsável pela descrição das mercadorias como se fossem conjuntos de unidades.

Conclui, mantendo integralmente a autuação, pedindo a sua procedência.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a nulidade pretendida, pois presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração e Termo de Apreensão, conforme artigo 18, seus incisos e parágrafos, todos do RPAF.

No que concerne à apreensão argüida pelo autuado, vale registrar que se trata de um procedimento legal previsto para constituição da prova material do fato, consoante estabelece o & 5.º, do artigo 40, da Lei nº 7.014/96, “in verbis”:

“Art.40. (...)

*§ 5º A mercadoria, bem, livro ou documento em situação irregular serão apreendidos pelo fisco, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”.*

Entretanto, cumpre-me observar que o artigo 947, inciso I, do RICMS/97, traz a previsão de liberação da mercadoria apreendida, mediante requerimento do autuado, desde que seja inscrito no CAD-ICMS e esteja em situação de regularidade. Não consta no processo qualquer iniciativa do autuado, para liberar a mercadoria na forma prevista no artigo acima mencionado.

No mérito, trata-se de divergência verificada em contagem física de mercadorias.

Na Nota Fiscal n. 0005602, emitida por FELLINA IND. E COM. DE CONFECÇÕES LTDA. consta no campo descrição dos produtos “calcinhas mod. Div. Prom.” E no campo valor unitário R\$2,00, no campo quantidade 175, perfazendo um valor total de R\$350,00.

Ocorreu que, ao proceder a verificação fiscal, o autuante constatou a divergência entre a discriminação das mercadorias na nota fiscal e a efetivamente transportada, sendo estas

CONJUNTO COTTON CORSETE MARCA GASOLINE”, KIT COM 3 CALCINHAS MARCA GASOLINE, acompanhadas de etiquetas com preços muito superiores àqueles declarados na documentação fiscal.

Registre-se que o próprio autuado reconhece a existência das etiquetas ao consignar na peça defensiva que: *“A fornecedora foi a responsável pela descrição das mercadorias quando das saídas das mesmas de sua origem.”...além disso, colacionou sugestão de preços de venda às etiquetas das mercadorias”*.

Na contagem física o autuante identificou 61 unidades de CONJUNTO COTTON CORSETE MARCA GASOLINE. Como a nota fiscal não discrimina estas mercadorias, considera-se aquisição sem documento fiscal.

Entretanto, verifico que foram identificados 5 KITS com 3 unidades de calcinhas cada, que perfazem um total de 15 calcinhas, que somadas as 109, totalizam 124 unidades de calcinhas, estando, portanto, abrangidas pelas 175 unidades discriminadas na Nota Fiscal 0005602, acima reportada.

Assim, discordo da autuação no que concerne aos 5 KIT's com 3 calcinhas, o que implica dizer que deve ser excluído da exigência fiscal o ICMS no valor de R\$ 33,91, relativo à base de cálculo de R\$199,50, passando o ICMS exigido de R\$447,67, para R\$413,76.

No que concerne à aferição da base de cálculo, que se deu com a aplicação dos valores indicados nas etiquetas apensadas pelo remetente às mercadorias apreendidas, entendo como correta, a teor do artigo 22, inciso V, alínea “b”, item 2, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **148593.0085/05-1**, lavrado contra **DELLA CISA MODAS E ENXOVAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 413,76**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais..

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR