

**PROCESSO** - A. I. Nº 931724-4/06  
**RECORRENTE** - LUZIANA BATISTA OLIVEIRA (PISE LEVE CALÇADOS)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0299-02/06  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 28/02/2007

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJP Nº 0024-12/07**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS EM TRÂNSITO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. [RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.] Fato devidamente comprovado. As explicações da defesa valem mais como confissão do que como justificativa. A legislação atribui a responsabilidade pelo imposto ao detentor de mercadorias em situação irregular. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que declarou a procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 5/6/06, para lançamento de ICMS relativo a operação com calçados desacompanhada de documentação fiscal própria. Imposto lançado: R\$ 3.161,18. Multa: 100%.

O motivo determinante para a lavratura do Auto foi a apreensão da carga de calçados, na rodovia Itabuna-Ilhéus, sendo constatado que parte das mercadorias estava sendo transportada sem documentação fiscal a parte acompanhada de notas fiscais sub-faturadas, fato que foi apurado a partir dos documentos extrafiscais também apreendidos pelo fisco.

O autuado apresentou defesa alegando que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão não traduzem a realidade dos fatos. Observou que as mercadorias estavam acompanhadas de documentos fiscais, tanto assim que isso consta no próprio Termo de Apreensão. Quanto à acusação de que a documentação seria inidônea, o autuado argumentou que o fisco estadual não é competente para discutir o valor de ICMS de mercadoria oriunda de Minas Gerais, de modo que, caso houvesse irregularidade, competia àquele Estado apurá-la. Aduziu que, além disso, os valores indicados nas notas fiscais estão corretos, uma vez que expressam os preços das mercadorias a vista, que é a opção da maioria dos clientes, sendo que, havendo opção pela operação a prazo, o valor será aquele indicado nos documentos extrafiscais. Com essas explicações, ponderou que o tributo lançado não é devido, haja vista que já foi pago ao Estado de Minas Gerais, e, se, no momento da tradição da mercadoria o cliente optar pelo pagamento a prazo, a partir de então é que se torna devido “novo valor” de ICMS, mas este não é o caso em discussão.

Quanto às mercadorias listadas em documentação extrafiscal, o autuado alegou que nem todas as fábricas possuem mercadorias em estoque, e por isso algumas “faltam”, não sendo possível emitir documento fiscal de mercadoria inexistente.

Alegou que, no aspecto formal, o Auto de Infração não é claro, pois o agente fiscal, ao afirmar que parte das mercadorias estava desacoberta de documentação fiscal e outra parte estava com valores inferiores aos realmente praticados, não demonstrou quais mercadorias materializaram

cada situação, e essa omissão prejudica o estabelecimento do contraditório e do devido processo, pois o acusado não pode defender-se de algo que não lhe é imputado corretamente.

Questionou também a base de cálculo atribuída à operação, assinalando que a base de cálculo correta é a constante nos documentos fiscais, e, mesmo levando em consideração os valores apurados nos documentos extrafiscais, o valor da operação é de R\$ 15.281,40, deduzido o imposto já pago, expresso nas Notas Fiscais, na quantia de R\$ 1.955,00, chegando-se assim ao valor de R\$13.326,40. Quanto à alíquota, o autuado alegou que, observada a questão da competência, o percentual deveria ser de 7%, e não de 17%, pois se trata de operação interestadual. Ponderou que a alíquota de 17% seria aplicável para o caso de documentação inidônea, não sendo possível extrair os elementos mínimos necessários para a identificação das mercadorias.

Impugnou a multa aplicada, argumentando que não há motivo jurídico para tal sanção.

Disse que teve de arcar com o pagamento do valor de R\$ 1.004,00 “via DARF”, para que as mercadorias não ficassem apreendidas, mas protestou que a cobrança do imposto neste caso é indevida.

Pediu que o Auto de Infração fosse anulado, por falta de competência do fisco baiano para lançar o imposto, de modo a ser viabilizado o reembolso da quantia paga, bem como pelas irregularidades do procedimento fiscal, acarretando cerceamento de defesa e comprometimento do contraditório, ou que, se ultrapassadas as preliminares, seja reformado o cálculo do imposto, mediante a aplicação da alíquota de 7% sobre R\$ 13.326,40.

O fiscal designado para prestar a informação observando que a defesa se refere a tipo de operação até agora desconhecido: uma nova modalidade de operação em que o vendedor entrega um documento extrafiscal ao comprador, mas não lhe entrega a mercadoria, por seus estoques estarem “baixos”. Considerou que a argumentação da defesa carece de qualquer lógica comercial, ou de qualquer lógica que seja. Entendeu que as mercadorias em questão se referem a vendas interestaduais destinadas a contribuintes deste Estado, e as mercadorias estão sujeitas a substituição tributária nas operações internas. Comentou a natureza das diferenças apuradas neste caso e o critério adotado no cálculo do imposto lançado. Frisou que o autuado não juntou prova do pagamento que alega ter feito, e observou que no sistema de arrecadação da repartição fazendária não consta tal pagamento. Conclui dizendo que, cotejando a descrição das mercadorias na Nota Fiscal com a constante no “orçamento”, não identificou relação entre elas de modo a demonstrar o subfaturamento por espécies de mercadorias, mas, observando os preços nos dois tipos de documentos, a diferença é gritante, e juro altos não a justificam. Opina pela manutenção do lançamento.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide fiscal exarou o voto a seguir transcrito, declarando a procedência do Auto de Infração:

*“O lançamento em discussão diz respeito a ICMS relativo a calçados, em trânsito, desacompanhados de documentação fiscal.*

*O autuado suscitou duas preliminares. Uma quanto à competência, alegando que, como as mercadorias são procedentes de Minas Gerais, o tributo, se devido, seria daquele Estado.*

*Quanto a esse aspecto, cumpre notar que, de acordo com o art. 13, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, o local da operação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é aquele onde se encontrem as mercadorias, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea. Por conseguinte, no caso em apreço, não obstante a mercadoria ser procedente de outro Estado, o fato gerador da obrigação tributária considera-se ocorrido na Bahia, pois foi neste Estado onde elas se encontravam no momento da constatação da irregularidade.*

*A outra preliminar tem por fundamento a alegação de que o Auto de Infração não é claro, pois o agente fiscal, ao afirmar que parte das mercadorias estava desacobertada de documentação fiscal e outra parte estava com valores inferiores aos realmente praticados, não demonstrou quais mercadorias materializaram cada situação, e essa omissão teria prejudicado o estabelecimento do contraditório e do devido processo.*

*Analizando esse ponto, observo que a autuação foi feita em nome de Luziana Batista Oliveira, estabelecida na Rua São João, nº 50, em Itabuna, BA. A fiscalização tomou por referência para o cálculo do imposto documentos impressos a título de “orçamentos”, em cujo cabeçalho consta como endereço a Rua São João, nº, 50, Itabuna, BA. Ou seja, o mesmo endereço da pessoa que foi autuada. Isto significa que os tais orçamentos foram emitidos em seu estabelecimento. Sendo, por conseguinte, de sua emissão os aludidos papéis, não pode o autuado alegar desconhecer os dados neles indicados.*

*A alíquota de 17% foi aplicada corretamente, consoante a regra do art. 632, VII, “a”, do RICMS.*

*No mérito, alega a defesa que os documentos extrafiscais (orçamentos) se decorrem do fato de que nem todas as fábricas possuem mercadorias em estoque, e por isso algumas faltam, não sendo possível emitir documento fiscal de mercadoria inexistente. Ocorre que não se trata de mercadorias “inexistentes” – as mercadorias existiam, tanto assim que foram apreendidas, fisicamente. Nesse sentido, consta no Termo de Apreensão: “Tratam-se de calçados encontrados em trânsito na rod. Itabuna/Ilhéus...” (sic).*

*Outra alegação da defesa é de que os valores apontados nas Notas Fiscais correspondem ao valor das mercadorias a vista, que é a opção da maioria dos clientes, sendo que, havendo opção pela operação a prazo, o valor será aquele indicado nos documentos extrafiscais. Aduz que, se no momento da tradição das mercadorias o cliente optar pelo pagamento a prazo, então passa a ser exigível a diferença entre o preço a prazo e o preço a vista, mas, enquanto isso não ocorrer, o valor correto é o expresso na Nota Fiscal.*

*Essa explicação é totalmente inverossímil. O documento fiscal deve refletir o valor da operação real. Não se emite documento fiscal “só para constar”. O valor da operação decorre do preço praticado, a vista ou a prazo. Caso o contribuinte pretenda deixar para discutir o preço no momento da tradição da mercadoria, deve adotar a sistemática de vendas conhecida como “vendas fora do estabelecimento”, disciplinadas nos arts. 417 e seguintes do RICMS.*

*Quanto ao argumento de que deveria ser abatido o imposto destacado nas Notas Fiscais anexas aos autos, noto que se trata de documentos estranhos a este procedimento, pois se referem a vendas efetuadas por diversas empresas de Minas Gerais a várias empresas baianas, estabelecidas em Pau Brasil e Porto Seguro.*

*O autuado, embora protestando que a cobrança do imposto neste caso é indevida, alega que teria pago a quantia de R\$ 1.004,00 “via DARF”, para que as mercadorias não ficassem apreendidas. Não juntou, contudo, prova do pagamento (aliás, o pagamento de ICMS não é feito através de “DARF” (documento de arrecadação de tributos federais)). Caso aquela quantia tenha sido paga, a repartição homologará o valor correspondente quando o contribuinte a procurar para quitar o débito.*

*Fato devidamente comprovado. As explicações da defesa valem mais como confissão do que como justificativa.*

*A legislação atribui a responsabilidade pelo imposto ao detentor de mercadorias em situação irregular”.*

No Recurso Voluntário o autuado discordou da tipificação dada ao fato objeto da autuação pelo julgador de 1º grau, uma vez que as mercadorias não se encontravam desacompanhadas de notas fiscais, haja vista que no bojo do Auto de Infração constam treze documentos fiscais. Logo, só poderia trata-se de hipótese de circulação de mercadorias com documentação fiscal inidônea. Argumentou, todavia, que tal hipótese também não se verificou, por duas razões: 1º) o fisco baiano não deteria competência para exigir ICMS de mercadoria originária do Estado de Minas Gerais, cabendo a este último a titularidade do imposto em caso de irregularidade fiscal; 2º) os valores consignados nas notas fiscais apreendidas pela fiscalização são os corretos, já que expressam o valor da mercadorias à vista, em caso de opção de compra por esta modalidade pelos destinatários das mesmas. Já na hipótese de compra a prazo os valores seriam aqueles inseridos nos documentos extrafiscais. Logo, o imposto apurado não é devido, registrando ainda que o mesmo já fora pago à Fazenda Pública de Minas Gerais. Destacou que seria necessária a constatação material de recebimento das mercadorias pelos destinatários finais com valores diferentes dos declarados nas notas fiscais para a configuração do ilícito fiscal apontado no lançamento de ofício.

Quanto à acusação de realização de operações sem cobertura de documentação fiscal, afirmou que nem todas as fábricas possuem mercadorias em estoque. Nestes casos, não haverá expedição de nota fiscal, pois não é possível emitir documento fiscal de mercadoria inexistente. Declarou que as mercadorias constantes dos “orçamentos” não se encontravam em trânsito no momento da autuação.

Registrou, ainda, que o Auto de Infração padece de irregularidade de ordem formal, em decorrência da falta de clareza da acusação, pois o fiscal fazendário ao afirmar que parte das mercadorias estava sem cobertura de nota fiscal e que parte consignava valores inferiores aos realmente praticados, não demonstrou quais mercadorias materializavam cada um dos casos. Destacou que este fato resultou em prejuízo para o exercício do direito de ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Quanto à base de cálculo atribuída à operação, afirmou que fiscalização incorreu em apuração incorreta, uma vez a quantificação correta teria que partir das notas fiscais. Entretanto, mesmo que se considerasse os documentos extra-fiscais, deveria ser deduzido o imposto já pago, expresso nas notas fiscais, no valor de R\$ 1.955,00, pois o contrário resultaria em enriquecimento injustificado do fisco baiano, via o “*bis in idem*” sobre aquele valor. Apontou, ainda, que a alíquota correta aplicável à situação seria 7%, por se tratar de operação interestadual e não a alíquota de 17% aplicada na autuação.

Quanto à multa aplicada, o contribuinte argumenta que ainda que fosse admitida hipoteticamente a competência da Fazenda baiana para exigir o imposto em discussão, a penalidade não poderia ser imposta posto que as notas fiscais apreendidas pelo fisco expressam a verdade dos fatos.

Por último registrou que procedeu ao pagamento da quantia de R\$ 1.004,00 em face da apreensão das mercadorias, entendendo que a cobrança é indevida, razão pela qual pleiteia a devolução da mesma.

Formulou os seguintes pedidos:

1. cancelamento do tributo exigido em razão da incompetência do fisco baiano e ressarcimento da quantia indevidamente paga (doc. fl. 63);
2. anulação do lançamento pelos vícios formais apontados;
3. na hipótese de manutenção da exigência fiscal, requereu a adequação da base de cálculo e da alíquota aplicada, por se tratar de operação interestadual, havendo, também, destaque de imposto nas notas fiscais apreendidas;

A Procuradoria Estadual, através da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, exarou Parecer nos autos, registrando que o Termo de Apreensão que instrui o lançamento fiscal revela que parte das mercadorias que se estavam em poder do autuado se encontravam acompanhadas de nota fiscal inidônea, em razão dos documentos apresentarem valores abaixo dos de mercado e outra parte dos estoques se encontrar desacompanhado de documentação fiscal. Ressaltou que os argumentos recursais são incapazes de alterar a autuação, posto que uma vez identificadas mercadorias em situação irregular em território baiano, a lei prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS. Com isso descabem os argumentos der incompetência da Bahia e de erro da alíquota aplicável, já que a operação é interna. Destacou, ainda, que a infração imputada foi formalizada de forma clara, objetiva e acompanhada de todos os elementos necessários, o que permitiu o amplo exercício do direito de defesa, pois o Termo de Apreensão esclarece as razões da autuação. Quanto à base de cálculo, fez observar que os valores que serviram de parâmetro para autuação foram fornecidos pelo próprio autuado em seu estabelecimento comercial. Por fim quanto ao valor de R\$ 1.004,00, destacou que o mesmo deve ser homologado, se efetivamente recolhido, servindo este pagamento, ainda que parcial, muito mais como um reconhecimento do ICMS devido ao Estado da Bahia do que uma alegação recursal.

### VOTO

O termo de apreensão que serviu de lastro para a formalização do presente lançamento de ofício prova que as mercadorias objeto da autuação se encontravam em parte desacompanhadas de nota fiscal e parte acobertadas com documentos extrafiscais, com a indicação de que as operações estavam sendo realizadas por valores abaixo do mercado. Nessa circunstância, identificadas as irregularidades no território baiano, a lei prevê a ocorrência do fato gerador, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme prescreve o § 3º, do art. 50 do RICMS/97. Logo, não procedem as alegações recursais quanto a erro formal do lançamento, incompetência do Estado da Bahia e erro na aplicação da alíquota, já que a operação, nos termos da legislação, é interna.

Em relação à base de cálculo, também não há como se acolher os argumentos defensivos, posto que o fisco lançou o tributo tomando por base os documentos que foram apreendidos durante a ação fiscal.

Quanto ao documento de arrecadação anexado na peça recursal, que indica o recolhimento de R\$1.004,00, não há como considerá-lo na presente exigência fiscal, pois o pagamento não foi efetuado pelo autuado, já que o documento indica que o ICMS fora recolhido por Maroza Nunes Botelho, que é pessoa estranha à presente autuação.

Assim, considerando o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de 1ª Instância.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09317244/06**, lavrado contra **LUZIANA BATISTA OLIVEIRA (PISE LEVE CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.161,18**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS