

**PROCESSO** - A. I. Nº 118505.0167/11-2  
**RECORRENTE** - JS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0158-05/12  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 26/12/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0409-12/12

**EMENTA:** ICMS. MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigibilidade do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável, por estar com mercadoria desacompanhada de documento fiscal. A apreensão constitui prova material da inexistência do documento fiscal. Comprovado o equívoco do autuante, com relação à quantidade estocada de uma mercadoria, o que diminui o valor originariamente exigido. Não acolhida a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência ou revisão fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2011, exige ICMS no valor total de R\$20.997,34, pela seguinte infração: “*Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia*” – Multa de 100%.

A 5ª JJF prola a seguinte decisão:

*“Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência/revisão fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos.*

*Vale salientar que apesar de ter sido indicado como infração que foi constatada a estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, ou com documento falso ou inidôneo, na descrição dos fatos do próprio Auto de Infração e o Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 07/08, esclarecem que foram encontradas mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal de origem.*

*Assim, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foram constatadas diversas mercadorias no estabelecimento autuado, desacompanhadas de documentação fiscal comprobatória de sua origem, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 095/11, datado de 16/11/2011, à fl. 28 do PAF e Declaração de Estoque de fl. 29, assinada por preposto da empresa.*

*Disto resultou a exigência de ICMS no valor de R\$, 20.997,34 acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado o estoque de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.*

*O preposto do Fisco relata, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que foram constatadas “Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia”*

*O contribuinte não contesta a estocagem em local diverso daquela que está cadastrado na SEFAZ como seu endereço comercial, arguindo que as mercadorias estavam em outro local, devido à necessidade de realizar obras no seu estabelecimento. Desta forma, não tendo lugar para estocar os produtos a proprietária solicitou ao Sr Jorge Silva Santos, proprietário da empresa JSCOMÉRCIO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, que guardasse provisoriamente as mercadorias no seu estabelecimento, apenas no final de semana (sábado e domingo), tempo necessário para a realização das obras de reparo nas paredes do estabelecimento.*

*Salienta o defendente que o autuado não comercializa com as mercadorias encontradas, pois se trata de insumos utilizados para a fabricação dos produtos comercializados pela "ARTMEDIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA", assertiva que pode ser comprovada, segundo ele, bastando para isso uma consulta nas notas fiscais emitidas pelo impugnante.*

*Afirma que os produtos DTEX, NOVOTEX, CINTO E TECIDO TNT e outros não fazem parte do mix de mercadorias comercializadas pelo autuado.*

*Embora estes argumentos possam ser verdadeiros, entendo que não há comprovação da origem das mercadorias, e as notas fiscais apresentadas na ação fiscal, foram consideradas pelo autuante.*

*A estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal leva à responsabilidade solidária do seu detentor, nos termos do art 6º, IV da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.*

*De igual modo, não pode ser acolhido a arguição de nulidade em relação à base de cálculo, uma vez que a mesma está demonstrada em planilha, fl.04, cuja cópia foi entregue ao autuado.*

*Ademais, os preços utilizados pelo autuante foram os fornecidos pelo contribuinte autuado, e a base de cálculo está conforme preceitua o regulamento do ICMS, precisamente no artigo 63.*

*Quanto aos argumentos relativos aos equívocos cometidos pelo autuante na apuração da infração constato o seguinte:*

*1- O produto avental, consta na fl. 08, na “autorização de Fornecimento de material”, o valor de R\$ 1,49, que corresponde ao preço de venda a varejo no local da ocorrência, consoante determina o art. 63, b do RICMS/BA.*

*2- O contribuinte tem razão quanto ao argumento de erro na contagem de Máscara Tripla, pois são 08 caixas com 50 unidades, o que perfaz o total de 400 unidades.*

*3- Quanto ao produto DETEX 1600, são 02 caixas com 180 unidades cada, perfaz 360 unidades mais 12 unidades, o que resulta em 372 unidades, conforme consta no Auto de Infração.*

*4- Com relação ao produto DETEX 167 x 96, o autuante tem razão, pois foram de 3 caixas com 160 unidades cada e 31 unidades que corresponde 483 peças conforme descrito no documento “Planilha de Cálculo”, anexo ao presente Auto de Infração.*

*Deste modo, na planilha de cálculo de fl. 14, como se trata de 400 unidades de Máscara Tripla, ao preço unitário de 0,06, perfaz o total de R\$ 24,00 de Base de cálculo e ICMS de R\$ 4,08, a infração passa a ser no valor de R\$ 20.879,02.*

*Ademais, cabe ressaltar que não se trata de presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, mas de levantamento fiscal, onde foi realizada a contagem de estoque em estabelecimento que não comprovou a origem das mercadorias estocadas.*

*Pelo exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

**Inconformado com a decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 153/172).**

Noticiando sobre a infração a ele imputada, afirma que a decisão de 1º Grau o prejudicou já que indeferiu seu pedido de perícia, com o simples argumento de que os dados constantes nos autos eram suficientes ao seu convencimento. Em assim sendo, apresentava dois aspectos de ilegalidade na decisão recorrida.

Nesta sua argumentação saca das determinações dos artigos, 123, 137 e 147, do RPAF/BA para afirmar, em especial, de que aquelas insertas no § 2º, do art. 147 da citada norma regulamentar não foram cumpridas, já que a simples afirmativa do julgador de que os elementos de prova para sua convicção encontram-se nos autos não pode ser considerada. Nesta sua argumentação diz ser prática rotineira de alguns relatores assim se posicionarem, ao não se “despirem da função de auditor fiscal”. Reafirma que a 5ª JJF não apreciou o seu pedido de diligência e saca das determinações do art. 164, III, do RPAF/BA para requerer a nulidade da decisão recorrida.

Suscita preliminares de nulidade em relação ao fato gerador do ICMS e a descrição equivocada da infração.

Citando a regra contida no art. 3º do CTN que define os critérios da regra matriz do imposto, ou seja, os critérios: material, temporal, espacial, do subjetivo e do quantitativo, ressalta que a ela é conduta tributária a ser observada pelo fisco e pelo contribuinte, *“informando-lhe em razão (1) do quê, (2) quando (3) e onde um dado (4) sujeito passivo, ou seu substituto, deve prestar para determinado sujeito ativo (5) determinada quantia apurada, mediante delimitação de uma base de cálculo e respectiva alíquota, o “quantum” da obrigação de natureza tributária”*.

Citando o art. 5º, inciso II, da CF/88, afirma que diante do princípio da legalidade, o Estado somente pode intervir na esfera jurídica do cidadão, imputando-lhe direitos ou deveres, diante de permissivo legal que autorize tal atividade e, mediante norma jurídica legal, conforme os preceitos constitucionais. No entanto, quando há ausência de norma jurídica veiculada por lei, fica o Estado impedido de exigir qualquer prestação por parte do contribuinte. Transcreve ensinamentos de ROQUE CARRAZZA em relação ao princípio implícito da legalidade tributária e CASSONE acerca da aplicação da regra matriz de incidência tributária.

Além das exigências relativas à competência para edição da lei, salientou que a norma jurídica tributária deve estar completa, isto é, deve prever expressamente os seus elementos essenciais: sujeito ativo; sujeito passivo; hipótese de incidência; base de cálculo; e alíquota.

Salienta que com esse espeque, não há que se falar em incidência de ICMS sobre estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, como descrito no presente Auto de Infração, pois inexiste no ordenamento jurídico pátrio regra impositiva de cobrança de ICMS cujo fato gerador não se amolda à previsão constitucional, e na própria Lei do ICMS (7014/96), nem mesmo por presunção legal. Transcreve o artigo da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia e o art. 4º, §4º da mencionada lei, quando poderá exigir ICMS por estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Cita o art. 39, RPAF/BA, que prevê que o Auto de Infração, que poderá se converter em um título executivo extrajudicial, se sujeita aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade e o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, propõe que o lançamento de ofício tem que descrever de forma clara e precisa a infração. Não ocorrendo tal fato, carece de segurança e certeza, devendo ser anulado, de plano, pela autoridade revisora. Afirma, assim, que o Auto de Infração é nulo, em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra a impugnante, por inocorrência de qualquer ilicitude, muito menos a descrita na peça acusatória, além da grave ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada.

Abre, em seguida, outra questão de nulidade da ação fiscal, afirmando ser a sua base de cálculo incerta para apurar o efetivo valor do imposto. Nesta discussão saca das determinações do art. 155, XII, da CF/88, discorre sobre “base de cálculo” do tributo, especialmente do ICMS, transcrevendo a Súmula nº 01 do CONSEF, conclui que a imprecisão no demonstrativo da base de cálculo é suficiente para anular o Auto de Infração.

Em relação aos fatos, informa que no dia 12/09/2011 a ANVISA (Vigilância Sanitária) intimou a empresa *“ARTMEDIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA” (estabelecimento fabricante de produtos hospitalares) localizada no térreo do prédio onde fica instalado o recorrente, para realizar obras de infraestrutura na empresa, objetivando que a indústria se adequasse às “Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos”*, com base na Resolução RDC nº 59/2000 e sanar as irregularidades encontradas.

Esclarece que devido à necessidade de realizar as obras, e não tendo lugar para estocar os produtos no estabelecimento da fabricante, a proprietária solicitou ao Sr Jorge Silva Santos, proprietário da empresa JS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, que guardasse, provisoriamente, as mercadorias no seu estabelecimento, apenas no final de semana, (sábado e

domingo), tempo necessário para a realização das obras de reparo nas paredes do estabelecimento. Com isso, tal pedido não resultaria em despesas com transportes e deslocamentos para a "ARTMEDIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA". No entanto a fiscalização esteve no local e encontrou as mercadorias no estabelecimento do autuado, e entendeu que os produtos estavam desacobertas de documentação fiscal.

Salienta que não comercializa com as mercadorias encontradas, pois se tratam de insumos utilizados para a fabricação dos produtos comercializados pela "ARTMEDIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA", sendo de fácil comprovação tal assertiva, bastando para isso uma consulta nas suas notas fiscais emitidas. Afirma que os produtos DTEX, NOVOTEX, CINTO E TECIDO TNT e outros não fazem parte do mix de mercadorias comercializadas pelo autuado e que nunca comercializou com as mercadorias encontradas.

Acrescenta que as notas fiscais de aquisição dos produtos do fornecedor UNIFI DO BRASIL LTDA, estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais, de nºs 00018914, 00002587, 00034460, assim como as Notas Fiscais de nºs 20248, 23141, da FITE SA (Gravataí RS), Notas Fiscais de nºs 4222, 4755, 5723 emitidas pela ELASFIL DO BRASIL LTDA. (Suzano- SP), demonstram que as compras foram realizadas pela empresa industrial e não pelo ora recorrente (cópias anexas) e para comprovar essa situação colaciona farta documentação, inclusive fotos da localização dos estabelecimentos, assim como das mercadorias encontradas.

Aponta diversos equívocos cometidos na metodologia da apuração da base de cálculo aplicada, para a elaboração dos demonstrativos que integram a presente exação fiscal:

*"1- O produto avental descartável manga longa Artmedic, por exemplo, foi calculado pelo preço de R\$1,49 por unidade, destoando do valor de R\$1,40 correspondente à aquisição do produto conforme nota fiscal nº 000236 de 07/11/2011 (cópia anexa);*

*2- A quantidade indicada pela autuante no documento "Declaração de Estoque", de máscara tripla plus 08 caixas com 50 unidades corresponde a 400 unidades e não 12.000 unidades conforme descrito no documento "Planilha de Cálculo", anexo ao presente Auto de Infração;*

*3- A quantidade indicada pela autuante no documento "Declaração de Estoque", do produto DTEX 1600 Br foram de 2 caixas com 12 unidades que corresponde a 24 peças, e não 372 peças conforme descrito no documento "Planilha de Cálculo", anexo ao presente Auto de Infração;*

*4- A quantidade indicada pela autuante no documento "Declaração de Estoque", do produto DTEX 167x96 Txt foram de 3 caixas e 31 unidades que corresponde a  $48 + 31 = 79$  peças, e não 483 peças conforme descrito no documento "Planilha de Cálculo", anexo ao presente Auto de Infração."*

Assim, roga pela anulação da Decisão recorrida e do presente lançamento e solicita que determine a realização de diligência e perícia para que se apure a verdade material dos fatos.

## VOTO

Inicialmente o recorrente requer a anulação da decisão de 1º Grau por entender que o seu pedido de perícia na forma que foi negada cerceou o seu direito de defesa. No seu argumento, saca das determinações dos artigos, 123, 137 e 147, do RPAF/BA para afirmar, em especial, de que aquelas insertas no § 2º, do art. 147 da citada norma regulamentar não foram cumpridas, já que a simples afirmativa do julgador de que os elementos de prova para sua convicção encontram-se nos autos não pode ser considerada. Em assim sendo, diante das determinações do art. 164, III, do RPAF/BA deveria ser decretada a nulidade da decisão recorrida.

É equivocado tal entendimento. É cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou

do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99) solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito. Nesta linha, o relator do voto da decisão prolatada pela JJF entendeu não ser necessária a realização da diligência solicitada, posição acompanhada pelos seus pares.

No mais ressalto a seguinte determinação do art. 147, do RPAF/BA:

*§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:*

- I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;*
- II – [...]*

Ou seja, mesmo que a JJF tenha somente se referido a negação de diligência, omitindo a perícia, não posso vislumbrar, no âmbito legal, o cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Por fim, observo que o art. 123, do RPAF/BA trata das provas que o contribuinte deve trazer aos autos. As determinações do art. 137 aqui não cabem, pois o relator, como lhe compete, não submeteu à JJF o pedido de diligência e perícia fiscal, conforme já comentado. As disposições do art. 147 do nominado regulamento foram cumpridas.

E nesta esteira indefiro o pedido de diligência e perícia fiscal novamente trazidos pela empresa no seu Recurso Voluntário com base no art. 147, I e II, do RPAF/BA que assim determina, já que todos os seus incisos se adéquam perfeitamente à situação ora em lide:

**Art. 147.** *Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

Traz o recorrente três preliminares de nulidade da ação fiscal.

Como primeira preliminar ao lançamento fiscal, diz o recorrente de que não se pode falar em incidência de ICMS sobre estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, pois inexistente no ordenamento jurídico pátrio regra impositiva de cobrança de ICMS cujo fato gerador não se amolda à previsão constitucional, e na própria Lei do ICMS (7014/96), nem mesmo por presunção legal. Transcreve o artigo da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, e o art. 4º, §4º da mencionada lei, quando poderá se exigir ICMS, por presunção, quando da estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Primeiramente aqui não se trata de falar de qualquer presunção legal, portanto sem pertinência se aventar às determinações do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

No mais, a Lei Complementar nº 87/96 assim dispõe:

*Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. (Redação dada pela LCP 114, de 16.12.2002)*

*Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*

*I - tratando-se de mercadoria ou bem:*

- a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;*
- b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;*

Por seu turno, a Lei Estadual nº 7.014/97 determina:

*Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

*(...)*

*IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;*

*(...)*

*Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:*

*I - tratando-se de mercadoria ou bem:*

- a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;*
- b) onde se encontre:*

*I - quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhados de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;*

Diante destas determinações, e ainda voltando-se às determinações da Lei nº 7.014/96, o seu art. 40, § 4º ao dispor sobre as infrações relativas ao ICMS determina que: *Considera-se também em situação irregular a mercadoria exposta a venda, armazenada para formação de estoque ou oculta ao fisco por qualquer artifício, sem documentação*

Em assim sendo, a exigência ora em combate tem total substrato na LC nº 87/96 e Lei estadual nº 7.014/96 não havendo pertinência toda a argumentação de nulidade do lançamento fiscal trazida pelo recorrente com base na ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada.

Na segunda preliminar, citando o art. 39, RPAF/BA e ressaltando que o lançamento de ofício tem que descrever de forma clara e precisa a infração, afirma que este fato não ocorreu, o que caracterizaria vício insanável na forma contida no art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

De igual forma, não tem sustentação o argumento recursal. Ao analisar o Auto de Infração nele consta o infrator, a base de cálculo do imposto, a multa aplicada, os dispositivos regulamentares infringidos, bem como aquela da multa incorrida, os demonstrativos e demais dados que deram sustentação à infração e mais a infração cometida que foi: *“Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia”*. E indo adiante, na descrição dos fatos ainda restou consignado: *“Em data, hora e local acima indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: operações com mercadorias, produtos de uso médico hospitalar, e outros encontrados na empresa supra SEM NOTA FISCAL, fizemos a contagem do estoque de alguns itens, descritos na Declaração de Estoques, foi lavrado TAO nº 095/11, emitida Intimação Fiscal, mercadorias relacionadas na Planilha de Cálculo e Cotação de Preço. A Base de Cálculo foi apurada através da Cotação de Preço praticado pelo autuado consoantes Notas Fiscais de entrada e saída, por ele ofertadas, cópias e outros documentos anexos”*. Ou seja, as regras contidas no art. 39, do RPAF/BA foram fielmente cumpridas.

Diante de toda esta descrição e documentos acostados aos autos, o recorrente em qualquer momento nega a situação constatada, pois perfeitamente se defendeu. E, apenas como observação, mesmo que se admitisse estar equivocado o fulcro da autuação, houve perfeito conhecimento por parte do recorrente do que neste processo estar sendo exigido. E, para tanto, relembro, neste momento, o § 2º do art. 18, do RPAF/BA que assim determina: *Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.*

Assim, não existe motivo para que se avenge qualquer nulidade sobre este aspecto, muito menos se lastrear nas determinações do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Na terceira preliminar de nulidade, diz o recorrente de que a base de cálculo do imposto encontra-se incerta. Saca das determinações do art. 155, XII, da CF/88 e transcreve a Súmula nº 01 deste CONSEF. Mais uma vez não tem qualquer fundamento as alegações recursais. Todos os dados e elementos para a constituição da base de cálculo do imposto ora exigido estão anexados aos autos e sua apuração foi feita de maneira correta. Se algum dado do quantitativo dos estoques necessitou ser sanado, este fato foi realizado pela JJF que decidiu pela procedência parcial da autuação, conforme voto transcrito no presente Acórdão.

No mérito, a auditoria fiscal tratou da cobrança do ICMS por terem sido encontradas mercadorias estocadas no estabelecimento do contribuinte desacompanhadas das respectivas notas fiscais.

Através da denúncia fiscal nº 22.634/11 o fisco baiano foi alertado de indícios de sonegação fiscal no estabelecimento autuado (fl. 05). Deslocando equipe de fiscalização ao estabelecimento denunciado, em 16/11/2011, constatou a existência de mercadorias estocadas no estabelecimento do contribuinte desacompanhadas das respectivas notas fiscais, conforme Termo de Apreensão de mercadorias e Documentos nº 095/11 (fl. 28).

Nesta condição, realizou levantamento das quantidades físicas das mercadorias existentes no estabelecimento autuado conforme “Declaração de Estoques”, assinada por preposto da empresa e apensada á fl. 29 dos autos. Nesta declaração foram levantadas as mercadorias: avental manga longa, máscara tripla e oval, Dtex (três tipos), cinto tecido, Novotex filter, colete mamografia, campo cirúrgico e capa proteção. Como as capa, colete e avental oval estavam com as suas datas de vencimento vencidas não foram autuadas. Com as notas fiscais fornecidas pelo autuado, conforme informa a autuante, foi calculado o preço unitário das mercadorias e apurado o ICMS devido e as notas fiscais apresentadas foram consideradas.

Em relação ao mérito a empresa informa que se encontra estabelecida no mesmo prédio da ARTMEDIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, estabelecimento fabricante de produtos hospitalares. Que no dia 12/09/2011 a ANVISA intimou aquela empresa para realizar obras de infraestrutura, com base na Resolução RDC nº 59/2000 e sanar as irregularidades encontradas. Como ela não tinha lugar para estocar seus produtos quando da realização das obras, a sua proprietária solicitou ao Sr Jorge Silva Santos, proprietário da empresa JS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, que guardasse, provisoriamente, as mercadorias no seu estabelecimento, apenas no final de semana, (sábado e domingo), o que foi feito. No entanto a fiscalização esteve no local e encontrou as mercadorias no seu estabelecimento e entendeu que os produtos estavam desacobertas de documentação fiscal.

Em primeiro, pela legislação posta, jamais o Sr. Jorge Silva Santos poderia fazer o “favor” dito realizado. Nenhuma mercadoria pode transitar sem documento fiscal, mesmo que seja de um andar para outro no mesmo prédio e principalmente, permanecer estocada em outro estabelecimento comercial.

Em segundo, conforme relatório da ANVISA as obras solicitadas deveriam ser feitas em trinta dias e isto a partir de 12/09/2011. A fiscalização estadual esteve no estabelecimento em 16/11/2011, ou seja, mais de sessenta dias passados. E com tal fato não se estar levando em consideração a

afirmativa do recorrente de que as mercadorias foram estocadas em seu estabelecimento somente em um fim de semana para a execução das obras que deveriam ter seu término em 12/10/2011.

Em terceiro, embora a empresa tenha trazido aos autos contratos sociais das duas empresas (alteração em 2009 da Artmedic e de 2010 do recorrente) resta provado nos autos que o Sr. Jorge Silva Santos é (ou era) o titular da Artmedic, conforme contrato com a Secretaria de Saúde deste Estado – AFM – Autorização de Fornecimento de Material emitida em 15/12/2010 (fl. 08), o que comprova a interação das duas empresas e a não condição de verificação de que os estoques de mercadorias sem notas fiscais pertenciam à Artmedic e que se encontravam na JS Comércio Importação e Distribuição Ltda. Junte-se ao fato de que pelos contratos sociais apensados, ambas as empresas possuem algumas atividades comerciais iguais.

As notas fiscais dos fornecedores trazidas para afirmar que as mercadorias foram adquiridas pela Artmedic não possuem o condão de descaracterizar a infração. Ressalta-se que as empresas possuem algumas atividades comerciais iguais e os produtos incluídos nos documentos fiscais não foram autuados, a exceção do Novotex filter (fls. 98/106). Além do fato de que as mercadorias se encontravam estocadas no estabelecimento autuado.

Quanto ao argumento de que não comercializa com as mercadorias encontradas (DTEX, NOVOTEX, CINTO E TECIDO TNT – este último não autuado), lembro ao recorrente de que para se levar em consideração tal assertiva deveria ele trazer aos autos a prova, conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA.

Por fim, aponta o recorrente diversos equívocos cometidos pela fiscalização na contagem dos estoques que chama de “*metodologia da apuração da base de cálculo aplicada*”. Todos os equívocos apontados foram com minúcia e clareza analisados pela JJF que acatou em parte o argumento da defesa. Seria inócuo repetir o que já analisou e decidiu a JJF.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

## 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **118505.0167/11-2**, lavrado contra **JS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.879,02**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS