

A. I. N° - 232155.0106/11-4  
AUTUADO - DAMBEL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA MINERAL E DE BEBIDAS LTDA.  
AUTUANTES - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS e EDVALDO RAIMUNDO DE NOVAES  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 17.11.2011

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0295-04/11

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTOCAGEM DE MERCADORIA DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As mercadorias foram apreendidas sem documentação fiscal. É legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, se lhe atribuindo a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Rejeitado pedido de nulidade e indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/11, exige ICMS no valor de R\$ 21.121,78, acrescido da multa de 100%, em face de mercadorias tributáveis armazenadas sem documentação fiscal.

Consta da descrição dos fatos que foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências 01/06/2011, Termo de Ocorrências, Declaração de não confecção e a devida escrituração do Livro de Inventário referente ao ano base, assinados pelo sócio da empresa o Sr. Alessandro Lobo e Silva.

Às fls. 57 a 67, o autuado, através de representante legal, impugna o lançamento de ofício. Diz que o autuado sempre cumpriu suas obrigações tributárias e que hoje sofre agruras pela excessiva carga tributária e que a multa exponenciada significa enriquecimento ilícito do Estado.

Preliminarmente argui nulidade da autuação em face dos autuantes não terem relacionado todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Ademais, fala que o auto de infração deverá identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto, observar vários requisitos que cita, no sentido de assegurar ao autuado o direito da ampla defesa.

Alega que tal falha originou a apuração de valores indevidos das notas fiscais dos produtos (sic) descritos no AI impugnado, denotando que os autuantes auferiram valores aleatórios nos períodos descritos. Acrescenta que o auto aponta valores como sendo de comercialização dos produtos (sic) sem demonstrar como chegaram a tal cálculo, não apontando fonte que demonstre o valor de referência do imposto não sabendo se tratar de alguma tabela governamental ou legislação específica, pelo que se demonstra que o auto de infração é nulo de pleno direito, uma vez que ante a inexistência de nota fiscal, os autuantes não poderiam apontar valores de comercialização para cálculo do ICMS sem apontar a fonte de tais valores. Diz que isto fere o princípio da igualdade, pois não foi dada ao autuado a oportunidade para se certificar da existência dos mesmos, pois não há nos autos nada que aponte para tal fim, mas apenas um mero cálculo aritmético.

Além dos erros no tocante aos valores apurados, alega que os autuantes não observaram a existência do pagamento do ICMS antecipado com relação às notas fiscais apresentadas na referida fiscalização.

Diz que o ICMS das notas entregues à fiscalização foi recolhido, não podendo ter sido inciso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade.

Assim, se verifica que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores autuados redundam em erro dos autuantes, que entende nulificar o lançamento, pois este desobedece ao art. 142 do CTN, que transcreve.

Repete que o direito de defesa do autuado foi cerceado quando no auto de infração não informa as notas fiscais, emitentes e valores corretos.

Alega não infringência aos artigos 201, I, c/c o 39, I, do RICMS-BA, pois não estava transportando mercadorias sem documentação fiscal, haja vista que estas foram encontradas no estabelecimento, conforme consta do próprio auto de infração. Assim, não há que falar em infração ao art. 39, I, “d”, do RICMS-BA, fato que, entende, dá ensejo à nulidade do auto de infração.

Por outro lado, diz que não pode ter infringido o art. 201, I, do RICMS-BA, se o mesmo assegura que o recolhimento do ICMS se dá sempre que o produto for comercializado. Estando a mercadoria em estoque não há que se falar em comercialização, nem em fato gerador de ICMS. Diz que o ICMS do transporte deve ser pago pelo fornecedor e não pelo comprador.

Alega que quando o transporte da mercadoria se dá pelo autuado o ICMS é pago por antecipação, conforme se verifica nas notas fiscais de aquisição de água mineral, onde o ICMS se encontra embutido no valor da nota fiscal, diferentemente dos produtos constantes no auto de infração que são entregues no estabelecimento pelos fornecedores.

Desse modo, fala que não há que se falar em pagamento de ICMS, pois as mercadorias não se encontram em circulação, mas armazenadas passando a ter fato gerador no momento que forem comercializadas, razão pela qual o auto deve ser declarado nulo.

Como consequência, diz que não ocorreu infração ao art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, pois não afirma que operação o autuado realizou, visto que a fiscalização encontrou os produtos descritos no auto de infração no estabelecimento comercial do autuado sem que este estivesse realizando qualquer operação.

Quanto ao mérito, diz que são várias as agruras sofridas pela pesada carga tributária. Ademais, as leis são confusas e obscuras. Ao comprar, a empresa é obrigada a recolher o ICMS para depois se creditar do valor nos livros fiscais. Assim, a Receita Estadual se compara às instituições financeiras que “trabalham” com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS é cobrado antecipadamente, causando burocracia desnecessária usada no país para atravancar todo o sistema.

Aduz que, no caso em tela, se verifica que o autuado, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Assim, não recolhendo e também não se creditando dos valores do ICMS, inexiste obrigação tributária, o que compromete a validade deste auto de infração.

Acrescenta que o valor autuado e a multa imposta são reveladores da incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a ofensa aos direitos dos contribuintes e, ainda, de defesa do consumidor. Transcreve o art. 150, IV da CF, para dizer que a multa tipificada é confiscatória e cria uma ilícita onerosidade, pois, conforme a legislação em vigor, somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido.

Diz que a penalidade imposta escapa à capacidade contributiva do autuado e mesmo das empresas brasileiras. Aceitá-la significa instalar-se o império de Luiz XV onde o Estado é o Rei, tudo podendo. Critica o sistema tributário dizendo que o contribuinte não pode ser penalizado seja com relação à multa, juros onerosos e contrários aos critérios legais. Expressa que a vedação quanto à capitalização é norma erga omnes. Transcreve ementa de apelação civil nesse sentido

para dizer que não sendo permitida a capitalização na execução fiscal, também não é permitida nos autos de infração e pede que, se mantida, a penalidade deve ser reduzida.

Concluindo, requer seja: a) conhecida a defesa escrita; b) declarada a nulidade da autuação. Caso assim não se entenda, seja: a) deferida diligência a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores autuados; b) adentrado ao mérito para constatar a incidência de multas superiores às legalmente previstas, procedendo-se ao recálculo do valor devido.

Às fls. 102/107 os autuantes prestam informação fiscal. Após sintetizarem as razões de defesa informam que a autuação decorreu de denúncia de mercadorias estocadas no estabelecimento sem documentação fiscal, o que foi confirmado mediante levantamento por contagem das mercadorias existentes no depósito e relacionadas nas declarações de fls. 10 a 12.

Quanto à alegação defensiva de que deveriam relacionar as notas fiscais, informam que fotocopiam as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e as anexaram às fls. 20 a 53. Elaboraram a planilha de fls. 4 e 5, relacionando as mercadorias, suas quantidades e valores, inclusive do ICMS.

Com relação aos valores comerciais indicados no auto de infração para as mercadorias relacionadas na planilha demonstrativo de débito e auto de infração, informam que foram obtidos do próprio autuado na declaração de estoque de fls. 10 a 12 do PAF.

Quanto à alegação de não observação de pagamentos do ICMS antecipado das notas fiscais apresentadas, informam que o auto de infração exige imposto referente a mercadorias encontradas no estabelecimento sem documento fiscal correspondente, portanto, não há o que falar de crédito fiscal ou ICMS antecipado se a mercadoria não possui nota fiscal de origem. Assim, estando a mercadoria sem nota fiscal, o imposto está sendo exigido com base no art. 13 da Lei nº 7.014/96, e a multa é a prevista no art. 42 dessa lei.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo mercadoria armazenada sem documentação fiscal, sendo lavrado o competente Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos e efetuada a declaração de estoque das mercadorias assinada pelo contribuinte autuado e/ou responsável legal, onde relaciona as mercadorias, preços e quantidade, ficando a guarda da mercadoria com o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em nome do detentor das mercadorias, consoante reconhecimento do próprio no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de fl. 09.

O Regulamento do ICMS prevê a responsabilidade solidária do detentor de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea, inciso V do art. 39 do RICMS-BA/97, e o art. 201, I, do mesmo regulamento, dispõe sobre a necessidade da documentação fiscal.

*Art. 39. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:*

[....]

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

**Art. 201.** Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

**I** - sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS;

Compulsando os autos, constato que todas as peças que fundamentam o Auto de Infração afiguram-se perfeitamente constituídas na forma da legislação pertinente. O Termo de

Apreensão, a Declaração de Estoque, a Planilha de Apuração do imposto devido, todos foram devidamente elaborados pelos autuantes e assinados por eles e representante do contribuinte autuado. Os dados da autuação, em especial, os relativos à quantidade e preço dos itens objetos da autuação, não foram contrastados, bem como a base de cálculo nem o valor do imposto. O impugnante exerceu de modo pleno seu direito de ampla defesa. Demonstrou completo entendimento da acusação fiscal e não apontou qualquer falha capaz de, efetivamente, macular o procedimento fiscal que foi entabulado contemplando todos os requisitos dos arts. 38, 39, 41 e 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e não há nos autos vício capaz de nulificar de modo absoluto o lançamento tributário de ofício, conforme disposição do art. 18 do regulamento citado. O apontado equívoco na indicação de um dos dispositivos legais, mais especificamente ao inciso I, “d” ao invés do inciso V do art. 39 do RICMS-BA, não implica em prejuízo ao direito de defesa do contribuinte autuado já que a descrição dos fatos evidencia claramente o enquadramento legal e a infração acusada resta plenamente comprehensível. Com base no art. 19 do RPAF, rejeito o pedido de nulidade suscitado.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência fiscal, pois os elementos autuados são suficientes à formação de minha convicção.

Não carece reparo o método adotado pelos autuantes para obtenção dos preços das mercadorias apreendidas, preços correntes obtidos no próprio estabelecimento do autuado, o que se confirma diante de sua assinatura na correspondente declaração de estoque de fls. 10 a 12.

Quanto ao mérito, vejo que em razão das quantidades, itens e valores não coincidirem, não há como vincular os documentos constantes dos autos, inclusive os apresentados junto com a defesa, com as mercadorias apreendidas.

Por outro lado, a impugnante, criticando a forma de tributação do sistema do ICMS, ao afirmar que apesar de não ter recolhido o imposto antecipado, o tributo não seria devido porque também não se creditou, de modo indireto, legitima a exigência fiscal.

Complementando o argumento de defesa, a impugnante entende que o fato gerador da mercadoria estocada ocorre em razão de sua venda e esta não tendo ocorrido não haveria que falar em imposto devido. Entretanto, ocorre que o ICMS que aqui se exige não é relativo à operação de saída da mercadoria, mas o decorrente da hipótese de incidência prevista no art. 13, I, “b”, 1 da Lei nº 7.014/96, e 39, V, do RICMS-BA, qual seja, detenção de mercadoria para comercialização desacompanhada de documentação fiscal, como visto acima.

Assim, ante a não apresentação de hábil documentação fiscal relativa às mercadorias apreendidas, restou evidenciado o cometimento de infração acusada sendo devido o ICMS aqui exigido, consoante teor do § 3º do art. 911 do RICMS-BA/97, a seguir transcreto.

*Art. 911. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915.*

[...]

*§ 3º 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 que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido.*

Concluo que é subsistente a exigência fiscal, considerando que nos presentes autos encontra-se devidamente comprovada a irregularidade apurada, a estocagem de mercadorias sem documentação fiscal, e demonstrada a apuração da base de cálculo e do imposto devido às fls. 03 e 04, que resultou neste lançamento tributário de ofício.

Cabe observar que na planilha de demonstrativo de débito às fls. 04 e 05, o valor do imposto corresponde a R\$ 21.121,85, lançado no SIGAT, porém deve prevalecer o valor constante do Auto de Infração que é de R\$ 21.121,78.

Confirmo a aplicação da multa proposta de 100% do imposto exigido, retificando-a para a alínea “b” do art. 42, IV, por ser a legalmente prevista para a infração.

Por se referir a multa por descumprimento de obrigação principal, deixo de apreciar o pedido de sua redução em face do previsto no art. 159 do RPAF. Do mesmo modo, com base no art. 167, I, do citado regulamento, deixo de analisar as questões de constitucionalidade suscitadas pela impugnante.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232155.0106/11-4**, lavrado contra **DAMBEL COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE ÁGUA MINERAL E DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.121,78**, 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, 08 de novembro de 2011.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR