

PROCESSO - A. I. Nº 941726509/07
RECORRENTE - FRANSP - COSMÉTICOS E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0115- 05/07
ORIGEM - IFMT/DAT-NORTE
INTERNET - 22/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0428-12/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS. TALÕES DE ORÇAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada com a defesa a regularidade de emissão de documentos fiscais relativos aos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 26/01/2007, o qual exige ICMS no valor de R\$10.412,18, acrescido de multa de 100% em decorrência da constatação de operação ou prestação sem documentação fiscal. Constam, no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 02) que foram apreendidos Talões de Pedidos de nºs 2501 a 2550; 16251 a 16300 e 42051 e 42100, que deram suporte ao lançamento fiscal.

O recorrente, na defesa apresentada às fls. 69 a 75, inicialmente tece comentário sobre a autuação e diz que pelo enquadramento da infração descrita, extrai-se que foi acusado de ter efetuado vendas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes. Esclarece que no dia 26/02/07, dois prepostos fiscais compareceram ao estabelecimento autuado e exigiram a apresentação de todos os talões de orçamentos que a empresa tivesse em seu poder, o que foi atendido prontamente.

Aduz que, os talões de orçamento não possuíam grande valor, haja vista que serviam apenas como meio informativo dos valores de mercadorias que possivelmente seriam vendidas. Destaca que, muitas vezes os clientes pedem o orçamento apenas para comparar preços junto aos concorrentes, não significando que para cada orçamento emitido tenha sido realizada a venda correspondente. Afirma que, foi indagada pela fiscalização se as mercadorias constantes dos orçamentos emitidos foram vendidas sem a emissão das notas fiscais correspondentes, tendo esclarecido que o estabelecimento não efetuava vendas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal. Afirma que, haveria a possibilidade de analisar o estoque tanto físico quanto contábil.

Diz que, inconformado com os esclarecimentos prestados pelo preposto da empresa, a autuante lavrou o Auto de Infração sob alegação de que os documentos apreendidos faziam prova da saída de mercadorias sem o devido acompanhamento do documento fiscal.

Contesta que o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias e prestações de serviços e que no presente caso, o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de uma suposição e suspeita, inclusive, que foi relacionada no Termo próprio lavrado pela fiscalização, a apreensão de talões de orçamento e não de mercadorias. Alega que, não deu saída do estabelecimento de nenhuma mercadoria, sem a devida nota fiscal. Destaca que, os talões de orçamento foram apreendidos no escritório do estabelecimento autuado, o que no seu entendimento descarta a tese de circulação de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, tendo em vista que não foi flagrante qualquer mercadoria em circulação fora do estabelecimento acompanhada apenas do orçamento.

Alega que o procedimento fiscal não encontra amparo nos art. 114 c.c. com o 116 do Código Tributário Nacional (CTN), haja vista que não conseguiu provar que, tais mercadorias foram vendidas sem a emissão de notas fiscal, sem que tivessem contado os estoques da empresa para concluir que ocorreram vendas sem nota fiscal. Salienta que nos termos do art. 940 do RICMS/BA, deveria ter sido apreendidas as mercadorias que deram saída do estabelecimento desacompanhada de documento fiscal para comprovar a infração, o que nos seu entendimento fragiliza a infração e conduz a Improcedência da exigência fiscal.

Transcreve o art. 112 do CTN, parte de texto do professor Hugo Brito Machado para reforçar o argumento de que paira dúvida sobre a existência do fato gerador e que na dúvida, deve ser decidido em favor do autuado, tendo em vista que as provas materiais acostadas aos autos não asseguram com segurança a ação fiscal.

Formula quesitação à folha 75, que requer serem respondidos, com o seguinte teor:

- a) Se na ocasião da apreensão dos talões do orçamento, a defendente estava conduzindo mercadoria e em caso positivo, porque a mesma não foi apreendida;
- b) Se foi feita uma análise do estoque físico após a apreensão dos talões de orçamento;
- c) Quais os motivos que levaram a autoridade fiscal a afirmar que as mercadorias constantes dos talões de orçamento foram de fato vendidas.

Ressalta que as respostas aos tais quesitos são essenciais para a conclusão da presente defesa e que a falta de resposta constitui um desrespeito ao princípio constitucional de ampla defesa.

Por fim, requer a Improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal (fls. 86 e 87) prestada pela autuante esclarece, inicialmente, que a ação fiscal foi motivada em decorrência de uma denúncia anônima, feita por telefone, de que o estabelecimento autuado efetuava operações comerciais sem emissão de documentos fiscais, tendo sido determinado pela autoridade fazendária que procedesse a uma diligência fiscal para verificar o cumprimento das obrigações tributárias, no que concerne à emissão regular de documentos fiscais.

Diz que, conforme Termo de Visita, cuja cópia foi juntada à fl. 61, foram apreendidos os Talões de Orçamentos de nºs 42051 a 42100, 2501 a 2550 e 16251 a 16300; relação de estoque de mercadorias e as notas fiscais emitidas no período de 01 a 18/01/2007. Além disso, a empresa foi intimada para apresentar notas fiscais de entradas e saída de mercadorias, bem como Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) relativo ao pagamento do ICMS normal e relativo a antecipação do imposto de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Afirma que, após ter procedido a uma conferência minuciosa, elaborou a planilha de cálculo (fl. 04), em que constatou que, efetivamente, a empresa realizava operações de circulação de mercadoria com uso de documento extra-fiscal em substituição ao documento fiscal previsto na legislação, conforme cópia dos documentos juntados às fls. 05 a 59. Ressalta que nos talões de orçamento apreendidos constam: assinatura do vendedor, indicação da forma de pagamento, a exemplo dos documentos juntados em diversas folhas indicadas à fl. 87.

Contesta, as alegações defensivas de que não há prova no processo quanto ao cometimento da infração, dizendo que a prática comercial recomenda que ao solicitar orçamento de preços é identificado quem o faz, relacionando as mercadorias por preços unitários e não em quantidades específicas, como se verifica nos documentos extra-fiscais ora apreendidos.

Argumenta, que não procede a alegação defensiva de que a infração cometida deve obedecer ao ritual condução/circulação/saída, tendo em vista que o que caracteriza a obrigação de pagar o imposto não é a saída da mercadoria do estabelecimento e sim na realização de operações, “não significando necessariamente a circulação física”. Afirma que, na situação presente, ocorreu circulação jurídica por haver transferência de titularidade, mediante emissão de “orçamentos” encontrados e apreendidos no momento da ação fiscal, comprovando a materialidade da prova. Requer que seja mantida a ação fiscal.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O Auto de Infração trata da exigência do ICMS, relativo a vendas de mercadorias sem emissão dos respectivos documentos fiscais.

Na defesa apresentada, em resumo o autuado apresentou as seguintes alegações:

- a) os talões de orçamentos apresentados à fiscalização no momento da ação fiscal serviam apenas para informar os valores possíveis das vendas de mercadorias;*
- b) havia a possibilidade de comprovar a regularidade das operações mediante análise dos estoques;*
- c) os talões de orçamento apreendidos não comprova que houve circulação de mercadorias;*
- d) não houve apreensão das mercadorias.*

Pela análise dos documentos juntados ao processo e os esclarecimentos da informação fiscal, verifico que conforme planilha juntada pelo autuante à fl. 04, foram relacionados os valores e os números correspondentes de cada folha dos talões de orçamento apreendidos pela fiscalização (fls. 05 a 59) no estabelecimento do contribuinte.

As folhas contidas nos talões de orçamento indicam quantidades diversas de itens de mercadorias, valor unitário e valor total, resultante da multiplicação de um valor pelo outro. Como ressaltado pela autuante, o fornecimento de orçamento, usualmente é feito pela modalidade de tomada de preço, onde são indicados os valores por unidade de produto. Os documentos apreendidos, certamente não se enquadram nesta situação, tendo em vista que na sua maioria constam quantidades de diversas mercadorias. Numa outra situação, o orçamento é feito para levantar o valor total de uma compra, que precede a realização de uma venda. Uma vez acertado as condições de pagamento é efetuado à venda, momento em que é emitido o documento fiscal correspondente. Conforme salientado pela autuante, os documentos juntados pela fiscalização às fls. 9, 35, 45 e 47, de números 2506, 42054, 42071 e 42073, indicam expressões, “avista”, “paga” e “pago” o que denota que em decorrência dos orçamentos, foram concretizadas as vendas correspondentes. Entretanto, na defesa apresentada o impugnante não juntou qualquer documento fiscal que comprovasse a regularidade da emissão do documento fiscal correspondente ao orçamento que indica ter sido pago.

Quanto ao argumento defensivo de que havia a possibilidade de comprovar a regularidade das operações mediante análise dos estoques, verifico que a fiscalização intimou o autuado, conforme documento juntado à fl. 60, para apresentar os documentos fiscais de compras e vendas do período imediatamente anterior a ação fiscal (de 01/01/07 a 24/01/07), tendo a autuante afirmado que após análise dos documentos apresentados, constatou que a empresa realizava vendas de mercadorias com a emissão de documentos extra-fiscais. Por sua vez, o autuado alegou que emite notas fiscais com regularidade, mas não juntou à defesa qualquer documento para provar o alegado. Para elidir a acusação de que os documentos extra-fiscais deram suporte a vendas de mercadorias, o autuado deveria juntar com a defesa, cópia dos documentos fiscais emitidos para comprovar que para cada orçamento, tinham sido emitidos os documentos fiscais correspondentes, o que não ocorreu.

Com relação a quesitação formulada pelo defendente, verifico que os documentos e argumentos trazidos ao processo são suficientes para formar minha convicção, sendo desnecessário juntada ao processo de outras provas, senão vejamos.

A infração apontada na autuação é de que foram efetuadas vendas de mercadorias constantes dos talões de orçamento com datas de 19 a 24/01/07, em ação fiscal empreendida no dia 25/01/07, logo, não é coerente que os talões do orçamento apreendidos estivessem acobertando circulação de mercadoria, tendo em vista que se trata de operações anteriores e não de constatação de circulação de mercadorias sem nota fiscal, o que justifica não haver apreensão de mercadorias.

Na informação fiscal a autuante informou que requisitou os documentos, conforme intimação à fl. 60, logo, o autuado tomou conhecimento da análise procedida pela fiscalização e naquele momento deveria ter demonstrado a regularidade das operações pertinentes aos talões de orçamentos apreendidos. Se não o fez no momento que foi intimado, deveria ter apresentado as provas das regularidades das operações no momento da defesa, o que não foi feito.

Quanto à quesitação dos motivos que levaram a autoridade fiscal a afirmar que as mercadorias constantes os talões de orçamento foram de fato vendidas, esta é a acusação constante do Auto de Infração “mercadorias vendidas sem documento fiscal competente”, suportado pela planilha à fl. 4 e cópias dos documentos emitidos pelo estabelecimento autuado juntado às fls. 5 a 49. Caberia ao autuado comprovar que a regularidade das operações de vendas de mercadorias objeto da autuação, com a apresentação dos documentos fiscais correspondente, o que não ocorreu.

Por tudo que foi exposto, concluo que os documentos juntados ao processo, comprovam que o estabelecimento autuado efetuava operações comerciais com emissão de documentos extra-fiscais apreendidos pela fiscalização (talão de orçamento), cujas operações registradas nos documentos apreendidos não foram comprovadas a emissão dos documentos fiscais correspondentes, o que caracteriza a infração: venda de mercadorias sem a emissão do documento fiscal competente. Os argumentos defensivos apresentados não se fizeram acompanhar das provas necessárias para comprovar a regularidade das operações objeto da autuação. Infração subsistente.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete, basicamente, os mesmos argumentos expendidos na defesa, requerendo, afinal, a Improcedência da ação fiscal.

A PGE/PROFIS, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, argumentando: “ao meu ver, o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para comprovar as infrações imputadas ao presente lançamento de ofício, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer contrária às conclusões oriundas da autuação fiscal”.

VOTO VENCIDO

A apreensão de diversos orçamentos emitidos pela empresa, por si só, não caracteriza infração, por se tratar de documentos elaborados para a realização da venda de mercadorias, que poderá ser concretizada ou não. A denúncia, a quantidade, e as características dos orçamentos encontrados com o contribuinte podem indicar a ocorrência de saída de mercadorias sem a emissão de nota fiscal, mas esse fato não está incluído nas presunções legais que determinam a devolução da prova ao contribuinte. A autuante, por sua vez, deveria ter procedido à análise da documentação colocada à disposição pelo autuado, em atenção a sua requisição, e, com os indícios de que dispunha, apurar a situação fiscal do contribuinte. Acrescente-se que o art. 39, I, “d”, incluído no Auto de Infração como dispositivo infringido, refere-se a mercadoria em trânsito, não se aplicando, sem maiores considerações, ao auto em análise.

Em face ao exposto, e considerando ainda, que não existe no processo qualquer prova de cometimento da infração, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE a autuação.

VOTO VENCEDOR

Respeitosamente divirjo do posicionamento do ilustre relator, pois considero que a Decisão recorrida não carece de qualquer reforma.

Inicialmente, ressalto que a presente ação fiscal foi desencadeada em razão de uma denúncia, segundo a qual o recorrente costumava efetuar operações de saídas de mercadorias tributadas acobertadas por orçamentos. Visando buscar a verdade material dos fatos, uma equipe da

fiscalização estadual se dirigiu ao estabelecimento do recorrente, onde encontrou dezenas de documentos extrafiscais, denominados de orçamentos. Esses orçamentos emitidos pelo recorrente, além de se assemelhar a documentos fiscais, o que é vedado pelo disposto no § 2º do art. 198 do RICMS-BA, possuíam, em muitos deles, a indicação de que tinha ocorrido o pagamento da operação, bem como a forma de pagamento (à vista, a prazo, em cheque, etc.). Esses orçamentos emitidos pelo recorrente não estipulavam prazo de validade e possuíam informações sobre valor unitário, quantidade e valor total de cada espécie de mercadoria, o que não é usual nos casos de emissão de orçamentos.

Considerando os fatos descritos acima, entendo que está suficientemente comprovado que esses documentos extrafiscais (orçamentos) eram emitidos para acobertar operações de circulação de mercadorias tributáveis, sem que essas operações tivessem sido submetidas à tributação.

Corroborando o entendimento acima, saliento que o recorrente foi intimado a comprovar a emissão de documentos fiscais relativamente aos orçamentos encontrados em seu poder, contudo nenhum documento fiscal foi apresentado ao fisco. Dessa forma, o recorrente deixou de comprovar fato controverso com elementos que deveriam estar em seu poder.

O fato de constar o art. 39, inc. IV, do RICMS-BA, dentre os dispositivos tidos como infringidos não enseja qualquer nulidade do lançamento, pois a descrição dos fatos foi satisfatória e permitiu o exercício do amplo direito de defesa do recorrente.

O lançamento em questão não está baseado em presunção, e sim em provas materiais da circulação de mercadorias tributáveis sem a emissão da devida documentação fiscal, tendo sido essas provas apreendidas pelo fisco mediante o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 2322840707, acostado à fl. 2 dos autos.

No que tange ao pedido de aplicação, ao caso em tela, do previsto no art. 112 do Código Tributário Nacional, não há como atender o pleito recursal, uma vez que não há dúvida que justifique o emprego do princípio insculpido no citado dispositivo legal.

Pelo acima exposto, considero que o conjunto das provas acostadas ao processo mostra que, no caso em tela, está suficientemente comprovada a realização de operação de circulação de mercadorias tributáveis sem a emissão da devida documentação fiscal e, em consequência, foi correta a Decisão proferida pela 5ª JJF.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **0941726509/07**, lavrado contra **FRANSP – COSMÉTICOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.412,18**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco,

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fauze Midlej (Improcedente) e Nelson Antônio Daiha Filho (Nulidade).

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS