

PROCESSO	- A. I. N° 118505.0017/11-0
RECORRENTE	- SHOPPING BRINDES INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SHOPPING BEER)
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0117-02/12
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 11.09.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0339-13/13

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS DE CONFERÊNCIA EM SUBSTITUIÇÃO AO DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovada a emissão documentos extra-fiscais conhecidos como “PEDIDOS” em substituição a documentos fiscais. A ação fiscal comprovou que o contribuinte realizou operações de venda de mercadorias sem emissão de nota fiscal, conforme Denúncias Fiscais nºs 21822/11 e 22122/11. Rejeitadas as argüições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que constitui crédito tributário no valor histórico de R\$81.566,80, em razão da utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação.

Consta da descrição dos Fatos: Operações com mercadorias sem emissão de documento fiscal, ou seja, vendas efetivas de diversos purificadores de água, modelos diversos, da marca SUPERZON, através de “PEDIDOS”. Após várias denúncias, foi constatada a prática usual da comercialização dos produtos retro citados, sem emissão de documento fiscal correspondente. Termo de Ocorrência e Termo de Intimação para apresentação das Notas Fiscais dos referentes pedidos. Tudo conforme Planilha e Denúncias nºs 21822/11 e 22122/11 e demais documentos anexos. A base de cálculo foi apurada através dos preços constantes dos pedidos fornecidos.

Em primeira instância, a 2ª JJF, após se abster de analisar as argüições de inconstitucionalidade, com base no art. 167, I, do RPAF/99, rejeitou as preliminares de nulidade requeridas em sede de Impugnação, pois, considerou que a infração está exposta com clareza a fundamentação de fato e de direito, bem como que houve obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Os Ilustres Julgadores de primeira instância frisaram ainda que a defesa informou que entregou ao preposto fiscal os documentos internos relativos às vendas realizadas, por causa disso, entenderam que não há nenhuma ilegitimidade na utilização desses documentos como meio de prova das Denúncias realizadas. Constataram, ainda, que a autuante lavrou o respectivo de Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 39 dos autos, conforme previsto na legislação em vigor.

Julgaram procedente a infração com base na seguinte fundamentação:

*No mérito, observo que a ação fiscal decorreu das Denúncias Fiscais nºs 21822/11 e 22122/11, em razão da falta de emissão de documento fiscal nas vendas de diversos purificadores de água, modelos diversos, da marca SUPERSON, tendo o autuado emitido apenas “PEDIDOS”, em substituição ao documento fiscal exigido pela Legislação do ICMS.*

*O art. 209, inciso II, do RICMS/97, estabelece:*

*“209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:*

*(...)*

*II - não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, a exemplo de "Nota de Conferência", "Orçamento", "Pedido" e outros do gênero, quando indevidamente utilizado como documentos fiscais;"*

*Vale ressaltar, que antes da lavratura do Auto de Infração, a fiscalização intimou o sujeito passivo para apresentação dos documentos relativos as mercadoria (sic) objeto dos pedidos. A fiscalização efetuou um levantamento e confrontou os "pedidos" com as Notas Fiscais emitidas através de planilha devidamente acompanhado pelo preposto da empresas (sic) que foi intimada para apresentar a documentação de origem das mercadorias comercializadas, tendo o preposto da empresa assinado o Termo de Apreensão sem fazer nenhuma ressalva. Após o confronto entre os documentos extra-fiscais conhecidos como "pedidos" com os documentos fiscais entregues pela empresa encontrou-se a diferença de mercadorias comercializadas sem a emissão dos documentos fiscais. Saliento que os documentos apresentados pelo requerente foram considerados, sendo que a parte que não houve o batimento é que veio a gerar o valor, conforme consta das planilhas às folhas 06 a 35, devidamente assinada pelo contribuinte autuado, amparados nos cópia dos "PEDIDOS" acostados às folhas 50 a 1.045, quando da formação do presente PAF.*

*Em sua defesa o autuado não apresentou elementos de prova de suas alegações. Cabe destacar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.*

*Logo, a defesa não apresentou argumentos capazes de elidirem a imputação, ficando comprovada a emissão de "PEDIDOS" em substituição a documentos fiscais. A ação fiscal constatou e comprovou que o contribuinte realizou operações de vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal, conforme Denúncias Fiscais nºs 21822/11 e 22122/11.*

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

Argui preliminares de nulidade por ofensa ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao princípio da moralidade administrativa.

Argumenta que, no processo administrativo, o Auto de Infração deve conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. Diz ser imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa exercer seu direito de rebatê-las.

Defende que houve ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa, pois, foram apropriados indevidamente documentos referentes ao controle interno do recorrente.

Aduz que o artigo 197 do CTN prescreve que o contribuinte só pode ser compelido a entregar um documento mediante a requisição escrita para tanto.

Assevera que o contribuinte está obrigado a exibir à autoridade fiscal somente os livros obrigatórios e respectivos documentos, entende que o contribuinte só está obrigado a exibir aquilo que é obrigado a conservar.

Alega ofensa ao devido processo legal e também que as provas são ilícitas, pois, no seu entender, os documentos foram obtidos de forma abusiva, desleal e ilícita.

Quanto ao mérito, diz que as provas utilizadas pela autuação não condizem com a verdade material. Aduz que habitualmente muitos consumidores ao comprarem os produtos do recorrente logo em seguida desistem da compra. Entende que a manutenção do Auto de Infração configura enriquecimento sem causa por parte do Fisco.

Defende que é possível que o Órgão Julgador Administrativo realize o controle de constitucionalidade, pois, entende que a Constituição Federal é o fundamento de validade de todas as normas jurídicas infralegais, inclusive, do RPAF/99.

Aduz que as multas aplicadas são confiscatórias. Defende que somente é possível a aplicação de multa qualificada somente em caso de comprovação, pelo Fisco, do intuito sonegador e do evidente intuito de fraude.

Em Parecer, de fl. 1149, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Observa que as notas dos pedidos foram obtidas durante a fiscalização e arrecadadas de forma legal, conforme termo assinado pela fiscal e pelo contribuinte. Os documentos estavam em poder do contribuinte e foram solicitados pela fiscal autuante.

Diz ainda que o contribuinte foi devidamente intimado para apresentar as notas fiscais relativas aos pedidos e não o fez.

Aduz que os elementos constantes nos autos são suficientes para comprovar que houve vendas acobertadas por documentos extrafiscais, caracterizando a omissão de saídas e possível crime contra a ordem tributária, recomendando o envio dos autos ao Ministério Público Estadual.

Alega que a multa aplicada é a prevista na lei, e não cabe a apreciação de constitucionalidade em razão do art. 167, I, do RPAF/99.

## VOTO

Observa-se que a descrição da infração imputada ao Recorrente está clara e evidente e que, portanto, não há qualquer dúvida quanto à determinação da infração e do infrator.

Exige-se do Recorrente o imposto referente a saídas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal. Tal infração foi totalmente compreendida pelo contribuinte, pelo que se pode notar até mesmo das razões de defesa aduzidas quanto ao mérito da infração, haja vista que ele alega que parte dos pedidos de compra dos filtros Superzon foi cancelada.

Assim, há de se analisar tão somente a legalidade da obtenção das provas que motivaram a cobrança em tela (pedidos dos filtros Superzon), uma vez que o Recorrente sustenta que tais provas foram obtidas ilicitamente.

Nota-se que a fiscalização obteve os documentos que motivaram a autuação fiscal sem qualquer violação a direito do Recorrente. Conforme relatado pela Autuante, depois de diversas denúncias anônimas de falta de emissão de nota fiscal na venda de equipamentos e filtros de ozonizadores de água da marca Superzon, um ex-funcionário do recorrente compareceu na inspetoria e apresentou uma farta documentação comprovando que o estabelecimento sempre comercializou sem a emissão de documento fiscal. Logo, não há que se falar em “retenção” de documentos ou de provas obtidas ilicitamente.

Frise-se, ainda, que foi lavrado um Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, constante à fl. 39 dos autos.

De posse do material denunciado e do meio de prova, a Autuante buscou verificar a realidade dos fatos e com o nítido intuito de esclarecer eventuais dúvidas, dirigiu-se a um dos diversos locais de vendas dos produtos e adquiriu pelo seu cartão de crédito um equipamento em seu próprio nome e recebeu em casa o aparelho sem documento fiscal, apenas com um recibo e um comprovante de entrega como quitação da aquisição, conforme demonstrado na Informação Fiscal.

Destarte, não há qualquer ofensa à moralidade administrativa, ou ao devido processo legal na fiscalização realizada. Pelo contrário, haveria tais ofensas se o autuante, diante de documentos que comprovam a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, não realizasse o lançamento e constituísse o crédito tributário respectivo.

Há de se observar que os pedidos de compra dos filtros Superzon constituíram a prova da realização de vendas sem a emissão de documento fiscal e, em momento algum, o Recorrente se insurge contrariamente à veracidade de tais documentos. A própria defesa, ao alegar que parte de tais pedidos foi cancelada, confirma a autuação fiscal, pois, demonstra que era prática do contribuinte realizar tais vendas sem a emissão da nota fiscal, ou documento fiscal correspondente.

Frise-se ainda que o argumento recursal de cancelamento de parte dos pedidos não veio acompanhado das devidas provas.

Ante ao exposto, não vislumbro qualquer vício de nulidade na autuação fiscal.

No mérito, observo que a alegação recursal de que parte dos pedidos foi cancelada está desacompanhada de provas, portanto, não é capaz de elidir a imputação fiscal.

Quanto à pretensão recursal de análise da constitucionalidade da legislação estadual por este Órgão Julgador Administrativo, observo que esta é vedada por força do art. 125, I, do COTEB e do art. 167, I do RPAF/99:

**COTEB**

*Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de constitucionalidade;*

**RPAF/99**

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de constitucionalidade;*

Não há dúvidas de que a Constituição Federal é sim a norma que fundamenta toda a legislação infraconstitucional, contudo, por opção legislativa, a análise de eventuais inconstitucionalidades da legislação tributária do Estado da Bahia somente pode ser realizada no âmbito do Poder Judiciário, cabendo a este Órgão Julgador tão somente aplicar o que os Tribunais Superiores decidirem.

Isso não impede que este Órgão Julgador aplique os princípios constitucionais como fundamento de suas decisões. Ocorre que, no caso em análise, a autuação fiscal não representa ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa, conforme explicitado acima.

Quanto à multa aplicada, observo que ela está prescrita na legislação estadual (art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96) e que tal dispositivo legal não condiciona a sua aplicação à verificação de atos de fraude ou sonegação fiscal. Ou seja, a multa aplicada é a prevista legalmente para todos os casos de omissões de saídas de mercadorias e não se trata de uma multa qualificada.

Por fim, quanto à alegação de confiscação da multa aplicada, observo que o percentual de 100% está previsto na legislação do Estado da Bahia e, em virtude do quanto prescrito no art. 125, I, do COTEB e no art. 167, I, do RPAF, é vedado a este Órgão Julgador afastar a aplicação da lei estadual em razão de inconstitucionalidade, seja ela em razão da confiscação da multa, da desproporcionalidade ou qualquer outro argumento.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> 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 118505.0017/11-0, lavrado contra **SHOPPING BRINDES INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SHOPPING BEER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$81.566,80, 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, 19 de Agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS