

PROCESSO - A. I. Nº 232232.0804/13-6
RECORRENTE - PORTUGUÊS & ALBUQUERQUE LTDA. (CEREALISTA VITÓRIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0147-03/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 02/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0360-11/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Auto de Infração lavrado em operação de trânsito. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. Evidenciada no caso dos autos a ofensa aos artigos 18 e 39 do RPAF. Nulidade do Auto de Infração, cujo reconhecimento se impõe de ofício. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/08/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 15.480,09 (quinze mil, quatrocentos e oitenta reais e nove centavos), acrescido de multa de ofício equivalente a 100%, em decorrência da constatação de realização de operações de vendas nos meses de maio, junho e julho de 2013 sem documento fiscal, apuradas em operação fiscal originada das Denúncias de nºs 26645, 26650, 24657, 24753 e 24771.

Após a apresentação da defesa (fls. 202/205), prestação de informações fiscais (fls. 604/612), a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 3ª JF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 18/06/2014.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, constando na descrição do fato que em diligência para apurar várias denúncias de números 24645, 24650, 24657, 24753, e 24771, contra o autuado, foram apreendidos diversos formulários de pedidos que comprovam sua utilização nas vendas de mercadorias, em substituição à emissão de documentos fiscais próprios, ou seja, Nota Fiscal de Venda a Consumidor.

Em sua impugnação, o defendente alegou que a fiscalização se apoderou de meros orçamentos, que, por “mau costume” da empresa, sempre colhe assinaturas em seus orçamentos, mas o Fiscal simplesmente considerou como vendas efetivadas, apesar de que, em relação a alguns destes orçamentos vieram a ser efetivadas as vendas, e foram emitidas as NF-e.

O autuado apresentou o entendimento de que a cobrança no Auto de Infração foi realizada de forma grosseira e errônea, aplicando-se alíquota de 17% diretamente em mercadorias que houve pagamento do ICMS por antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que não é ilegal emitir notas de vendas, mas deve ser comprovada a emissão dos correspondentes documentos fiscais pelas operações realizadas. No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado, conforme demonstrativo às fls. 04 a 10 do PAF, relativamente aos documentos apreendidos sem as correspondentes Notas Fiscais de Saídas. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como entendeu o defendente.

Na informação fiscal prestada por estranho ao feito, foi esclarecido que não foram juntados aos autos unicamente pedidos, todos com timbre do autuado, mas também cópias de boletos bancários tendo o mesmo como beneficiário, o que já atesta que as operações mercantis realmente se efetivaram, e observa que tanto a

documentação juntada com o Auto de Infração, bem como dos pedidos juntados pelo autuado, alguns deles estão assinados pelos adquirentes das mercadorias. A documentação juntada com a defesa, e os DANFE's apresentados naquela oportunidade, não se referem aos pedidos que acompanham os autos.

Também foi informado que após a constatação de venda de mercadorias sem documentação fiscal, não há como vincular as mercadorias constantes dos pedidos, com as mercadorias eventualmente constantes das notas fiscais de entrada. Assim não é acatada a alegação defensiva de que as mercadorias objeto da autuação já tiveram o imposto pago por antecipação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.

Como é possível constatar da análise do voto condutor do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 3ª JF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, entenderam por bem julgar procedente o Auto de Infração em decorrência de as provas trazidas pelo sujeito passivo serem insuficientes para infirmar o lançamento.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 630/635), reiterando que, contrariamente ao afirmado pela Decisão de base, cumpriu sim o dever instrumental de emitir todas as notas fiscais de saída de mercadorias havidas no período fiscalizado.

Aduz que os valores das notas fiscais que emitiu não correspondem aos constantes dos orçamentos listados pela fiscalização, pois, na maioria das vezes, o pedido final não é "fechado" nos mesmos termos. Isto por que os clientes podem desistir parcialmente dos itens orçados ou mesmo substituí-los por outros itens.

Sustenta que o fato gerador do ICMS só se verifica quando da efetiva saída das mercadorias objeto da venda sendo, portanto, impossível se cogitar de incidência do imposto com base nos orçamentos apreendidos.

Contesta as afirmações do preposto autuante no sentido da existência de boletos bancários em valores correspondentes aos dos orçamentos apreendidos, afirmando que as planilhas elaboradas pela fiscalização não demonstram, como deveriam demonstrar, a correlação dos orçamentos com os mencionados boletos.

Procede à juntada de diversas notas fiscais e orçamentos correlatos com o objetivo de demonstrar que não adota a prática de não emitir documentos fiscais. Requer sejam as provas apreciadas e o lançamento julgado improcedente.

Sem Parecer da PGE/PROFIS em face do valor envolvido.

VOTO

Conheço do Recurso em face da tempestividade e regularidade de sua interposição, pelo que passo a analisar as razões de apelo aduzidas.

Antes, contudo, de adentrar na análise das razões recursais, verifico que o lançamento encontra-se eivado pelo vício de nulidade, razão pela qual não tem como subsistir. Senão vejamos:

O Auto de Infração em análise decorre de operação de trânsito, deflagrada, segundo consta do relatório elaborado pela fiscalização, pelas Denúncias de n^{os} 26645, 26650, 24657, 24753 e 24771. Segundo informa o fiscal autuante, com o objetivo de apurar os fatos narrados nas mencionadas denúncias, compareceu ao estabelecimento autuado e tendo verificado a veracidade das informações constantes das mencionadas denúncias, procedeu à apreensão de mercadorias e documentos, conforme evidenciam os Termos de Apreensão de fls. 11 e 13.

Da análise do Auto de Infração, constato que este apenas faz referência ao Termo de Ocorrência e Apreensão de n.º 232232080413-6, relativo, a seu turno, à suposta apreensão de mercadorias. Referido termo, além de não conter a assinatura do autuado e do depositário das mercadorias, elementos que a teor do quanto previsto no artigo 31-A, incisos IV e VI do RPAF, são

indispensáveis à sua validade e eficácia, indica a apreensão de arroz, macarrão e mercadorias diversas com quantidade de *uma unidade*, sem especificar qual a unidade de medida apreendida (Kilo, caixa, tonelada), fato que, no meu sentir, denota total desconformidade do procedimento com a legislação de regência.

Em verdade, como é possível verificar dos documentos que instruem o presente PAF, o que lastreou a exigência foram os documentos apreendidos no estabelecimento autuado, cujo procedimento foi formalizado pelo Termo de Ocorrência e Apreensão de fl. 13. Ocorre que, além de não ter sido indicado no Auto de Infração, neste Termo não consta a assinatura do detentor dos documentos apreendidos, nem mesmo do representante legal do estabelecimento autuado.

Demais disto, verifico que o valor exigido tem como base de cálculo a soma dos valores constantes nos demonstrativos de fls. 04 a 10 que evidenciam operações de vendas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais no período compreendido entre os meses de maio a julho de 2013.

Ora, a fiscalização de trânsito tem como característica crucial a instantaneidade da operação. Nestas situações o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando. Nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso, procedimento fiscal este inerente e exclusivo à fiscalização de comércio.

Não bastasse isto, verifico que o imposto exigido em relação às operações omitidas foi com base na alíquota de 17% (dezessete por cento), quando a fiscalização deveria ter observado as alíquotas aplicáveis a cada tipo de produto, a exemplo dos integrantes da cesta básica, tributados a 7% (por cento), e aqueles, cuja alíquota foi reduzida a zero.

Neste panorama, que traduz de forma hialina a inobservância da legislação de regência, tanto no que diz respeito aos aspectos formais que devem revestir o lançamento, quanto aos aspectos materiais atinentes à determinação da base imponible, com fulcro nos artigos 18 e 39 do RPAF, reconheço de ofício a nulidade do lançamento.

Diante das evidencias dos autos, recomendo, contudo, a realização de novo procedimento fiscal com vistas à apuração do crédito tributário a salvo de falhas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, julgar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado porém, de ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232232.0804/13-6, lavrado contra **PORTUGUÊS & ALBUQUERQUE LTDA. (CEREALISTA VITÓRIA)**. Recomenda-se a realização de novo procedimento fiscal em fiscalização específica no estabelecimento do autuado, com vistas à apuração do crédito tributário a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

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