

**A. I. Nº** - 232232.0804/13-6  
**AUTUADO** - PORTUGUÊS & ALBUQUERQUE LTDA.  
**AUTUANTES** - RICARDO TOSHIHIRO TUBONE e JACKSON FERNANDES DE BRITO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 10/07/2014

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0147-03/14**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/08/2013, refere-se à exigência de R\$15.480,09 de ICMS, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de que foi constatada operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal – que com este possa confundir-se e substituí-lo, em flagrante desrespeito à legislação tributária.

Consta, na descrição dos fatos, 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.

O autuado apresentou impugnação às fls. 202 a 205 do PAF, destacando inicialmente ensinamentos de Caio Tácito, em estudo denominado “o abuso do poder administrativo no Brasil”. Comenta sobre a postura da fiscalização como ato administrativo, afirmando que não se pode prescindir da razoabilidade e do bom senso. Diz que tais considerações foram efetuadas em razão da postura adotada pelos autuantes durante os procedimentos fiscais.

O defendente informa que é pessoa jurídica atuando no “Comércio Varejista e Atacadista” de mercadorias em geral; alimentícia, bebidas e outros, como material de limpeza, conforme inscrição junto ao próprio cadastro ICMS/BA, há apenas um ano e seis meses. Informa que durante esse período, sempre que possível, procurou se adequar às exigências referentes às obrigações tributárias, sejam principais ou acessórias, o que pode ser comprovado com as certidões negativas federal, estadual e municipal.

Alega que o procedimento fiscal é resultado de denúncias abusivas de números 24645, 24650, 24657, 24771, constantes no Auto de Infração, alvo de toda sorte de abuso de direito por parte do representante do Fisco Estadual, tendo este extrapolado os poderes a ele conferidos pelo art. 48 da Lei Estadual nº 11.580/96, tais como violação do seu estabelecimento, do conteúdo particular de arquivos, armários, mesas e papéis, ocasião em que se apoderou de documentos estranhos, na empresa e aos seus sócios. Diz que na oportunidade, 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, mas foram emitidas as NF-e, conforme cópias que acostou aos autos.

Apresenta 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. Diz que os autuantes não verificaram a existência de itens como: absorvente, açúcar, água mineral, água sanitária, aguardente, álcool, alvejante, detergente, pinho sol, amaciante, aparelho de barbear, barbeador, colas diversas, esponja de aço, fraldas, inseticidas, sabão líquido, sabão em pó, refrigerantes, chocolates, bombom, biscoitos, lã de aço, esponjas diversas, lâmina de barbear, lâmpadas diversas, lava louças, lava roupas, todo material líquido de limpeza leve e pesada, passa roupas, pedras sanitárias, papel higiênicos e diversos, rodos, vassouras, salgadinhos diversos, ovos de páscoa, sabão, creme dental, e muitos outros, conforme Anexo 88 e suas alterações de RICMS/BA.

Também alega que houve cobrança em duplicidade, porque, ainda que a mercadorias tenham sido objeto de pagamento da antecipação parcial ou antecipação tributária com MVA, este pagamento é objeto de crédito do contribuinte. Salienta que as mercadorias que constam nos orçamentos autuados, têm origem comprovada por meio de notas fiscais, estão sujeitas à substituição tributária e vieram com o imposto retido na fonte.

Afirma que não pode prosperar este Auto de Infração, posto que destituído de qualquer embasamento fático e legal, fundado exclusivamente em documentos estranhos ao autuado. Reproduz ensinamentos de Bilac Pinto, então Ministro STF e salienta que ao Fisco cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário, e no desempenho de suas atividades, o Agente Fazendário deverá examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção.

Lembra que a constituição do crédito tributário está vinculada à sua existência de fato, e deverá ser comprovada por aquele a quem cabe efetuar o lançamento. Diz que não foi o que ocorreu no caso concreto, porque foi fruto de uma fiscalização eivada de arbitrariedades. Os Auditores Fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito. Sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque. Entende que os documentos juntados ao Auto de Infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a produtos com tributação do ICMS, quase na totalidade, já recolhida por antecipação ou substituição tributária.

Requer sejam acolhidas as razões de defesa para, no mérito, julgar improcedente o Auto de Infração ora combatido, determinando-se seu cancelamento e posterior arquivamento por manifesta ausência de base fática e legal.

A informação fiscal foi prestada às fls. 604 a 607, pelo Agente de Tributos Estaduais Ennio Wander Lélis Carvalho, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela procedência da autuação, dizendo que de acordo com a sabedoria popular, “onde há fumaça, há fogo”. Destaca que o motivo da visita dos agentes fiscais ao estabelecimento da autuada, foi a existência de várias denúncias ao *call center* dando notícias da realização de vendas pelo autuado de mercadorias sem a emissão do documento fiscal correspondente (fls. 14 a 18).

Informa que, deslocada a equipe até o estabelecimento, foi constatada a prática de comercialização de mercadorias, com a emissão de documentos extra fiscais em substituição à documentação fiscal idônea. Diz que na oportunidade, ainda foram apreendidos diversos pedidos, boletos de pagamento, e recibos assinados que acompanham o presente PAF (fls. 20 a 199) robustecendo de forma inequívoca as denúncias, e que dão sustentação ao auto de infração.

Ressalta que a documentação foi apreendida dentro do estabelecimento autuado, como faz prova o Termo de Apreensão acostado à fl. 13, sendo risível a alegação de que estas são estranhas ao autuado, especialmente porque o defendente junta a mesma documentação na oportunidade da impugnação.

Frisa que não foram juntados 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.

Esclarece que nesses pedidos consta expressamente a informação: “*Recebi a Mercadoria acima descrito do Pedido do Numero ... Data ../.../.... Vendedor : Fulano*” e prossegue com a advertência: “*Senhor Cliente favor conferir as mercadorias no ato da entrega. Não aceitamos reclamações posteriores.*” seguido da assinatura dos clientes, o que não deixa dúvidas de que se trata de efetivas operações de vendas que se fizeram acompanhar unicamente de um documento, sem a emissão da correspondente Nota Fiscal. Lembra que tais pedidos foram juntados por ambas as partes, sendo prova incontroversa de que as operações efetivamente se realizaram sem documentação fiscal.

Informa que após a constatação de venda de mercadorias sem documentação fiscal, tornou-se irrelevante o tratamento tributário a elas dispensado, vez que não há como vincular a mercadoria constante dos pedidos, com as mercadorias eventualmente constantes das notas fiscais de entrada. Assim, entende que não há que se falar em mercadoria sujeita ao regime de substituição, vez que esta só é cabível em operações perfeitamente documentadas, onde se é possível cotejar a entrada e a saída das mercadorias.

Registra que nas planilhas de apuração a numeração dos pedidos apreendidos começa com o número 3.275 (fl. 5) e vai até o número 4.029 (fls. 10) ao passo que a última Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida até a data da ação fiscal foi a de número 0007 e o último DANFE o de número 255, dando assim uma noção indicativa do nível de sonegação perpetrada pelo contribuinte, que numa estimativa a grosso modo, ultrapassa os 80% das operações. O fato é que, entre a documentação juntada com a defesa, e os DANFEs apresentados naquela oportunidade, não se referem aos pedidos que acompanham os autos.

Apresenta o entendimento de que a argumentação despendida, bem como a documentação acostada aos autos pelo defendente, são incapazes de elidir a exigência contida no auto de infração. Opina no sentido de que o presente auto de infração deve ser julgado procedente.

## 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 DANFEs 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.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232232.0804/13-6**, lavrado contra **PORTUGUÊS & ALBUQUERQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.480,09**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA