

A. I. Nº - 232238.3064/16-4
AUTUADO - TRANSPORTES MFR FAGUNDES & FAGUNDES LTDA. - ME
AUTUANTE - EMERSON PEREIRA PORTELA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/07/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-03/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acusação de emissão de documento extra-fiscal (Pedido) sem a emissão da correspondente Nota Fiscal legalmente exigida para as operações de saída de mercadoria tributável restou comprovada nos autos pelo confronto entre os “Pedidos” e as notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração procedente. Não acatada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/10/2016, exige crédito tributário no valor de R\$25.699,20, acrescido da multa de 100%, em razão do cometimento da Infração - 05.09.01: a omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria, nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2015 e janeiro a março de 2016. Demonstrativo às fls. 03 a 07, Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 08, e cópias dos documentos extra-fiscais, fls. 10 a 115. Consta às fls. 8-A e 8-B o trancamento dos talonários de Notas Fiscais de Venda a Consumidor - Série D-1 MOD. 2 de nºs 183 e 040, em 18/03/2016.

Consta em complemento que “Falta de recolhimento do ICMS, em razão das saídas de mercadorias desacompanhadas das devidas Documentações Fiscais de Vendas, cuja infração foi constatada mediante a análise dos documentos extra-fiscais apreendidos (Pedidos), os quais foram anexados ao presente Auto de Infração. O estabelecimento está regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado e a apreensão das mercadorias foi efetuada como Prova Material de infração a referida Legislação.”

O autuado impugna o lançamento, fls. 123 a 142, articulando os argumentos a seguir resumidos.

De início destaca que o Auto de Infração foi lavrado sem observar o devido processo legal, uma vez que a fiscalização do estabelecimento da autuada procedeu: *i*) - sem lavrar o termo de início de fiscalização e o termo de intimação para o contribuinte apresentar documentos fiscais; *ii*) - desenvolvendo ação de trânsito, através da lavratura de termo de apreensão de mercadorias, em dissonância com a ordem de serviço nº 506436/16 e com o período fiscalizado de 01/11/15 a 31/03/16 e sem colher a assinatura do autuado no termo de apreensão; e *iii*) - Baseando-se em documentos extra-fiscais (pedidos), como consta na descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração em apreço.

Assinala que a ação fiscal foi desenvolvida de forma momentânea, como se fosse de trânsito, não efetuando intimação para apresentação de documentos fiscais, arrecadando todo e qualquer papel que encontrasse pela frente, como, por exemplo, os pedidos de clientes, configurando uma ação de trânsito realizada em estabelecimento e sobre documentos que não se referem a compra e venda de mercadorias.

Revela que o Autuante, ao considerar que ocorreu “*Omissão de saída de mercadorias tributáveis pela utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributável*”, presume que os pedidos de mercadorias encontrados durante a visita ao estabelecimento da

autuada foram utilizados como nota fiscal para dar trânsito às saídas das mercadorias. Acrescenta observando que diante da inobservância do devido processo legal, não pode, a Junta de Julgamento Fiscal, decidir sobre lavratura de auto de infração de plano, sem observar o que prescreve o art. 2º, do RPAF-BA/99.

Revela que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Assevera que fica evidenciada tal afirmativa principalmente no art. 112, do CTN quando se usa o princípio do *in dubio* para o contribuinte.

Afirma que a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Continua assinalando que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Lembra que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis. Registra que as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Menciona que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso em trecho da Revista dos Tribunais, que reproduz.

Afirma que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Assevera que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Arremata mencionando que, nesse sentido, não podem prosperar tais imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público.

Revela que o Auto de Infração foi lavrado sem observar o devido processo legal, uma vez que procedeu a fiscalização do estabelecimento da autuada sem lavrar o termo de início de fiscalização e sem intimar o contribuinte para apresentar documentos fiscais.

Salienta que o direito público tem como principal objetivo, disciplinar os interesses Sociais e, portanto, os interesses do próprio Estado. Acrescenta observando que o processo do seu agir deve estar formalmente descrito pela norma jurídica posta para que possa atingir seus objetivos, devendo ser executado através de atos administrativos formais e legais, sob pena da sua ineficácia.

Frisa que o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documento fiscais/contábeis possui a finalidade jurídica de dar ao contribuinte ciência de que ele está sendo fiscalizado se tornando indispensável para eficácia do lançamento. Assinala que para ser lavrado Auto de Infração com exigência de tributo é necessário que o sujeito passivo se encontre sob ação fiscal. Revela que a legislação enumera os atos que dão início ao procedimento administrativo. O Auto de Infração deve ser precedido de Intimação ou de termo de início de fiscalização. Afirma que a falta de termo de início de fiscalização válido vicia o procedimento, pois implica violação de um direito do contribuinte, configurando, assim, prejuízo jurídico para o mesmo.

Assevera que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não consta que ocorrera a efetiva intimação prévia ao autuado para apresentação de documentos fiscais, o que implica invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Revela que o autuante apesar de ter recebido ordem de serviço para proceder a ação fiscal no estabelecimento da empresa, desenvolveu ação de trânsito, não intimando e nem dando o prazo de 05(cinco) dias para apresentação de documentos fiscais, optando por lavrar de termo de apreensão de mercadorias, em dissonância com a ordem de serviço nº 506436/16 e com o período fiscalizado de 01/11/15 a 31/03/16 e sem colher a assinatura do autuado no termo de apreensão.

Observa que o presente lançamento fiscal não se apresenta formalmente em acordo com o RPAF-BA/99, por restar caracterizado se tratar de uma ação fiscal de estabelecimento, através de Auto de Infração, Mod. 3, sem estar acompanhado do termo de início de fiscalização, mas sim, acompanhado de um Termo de Ocorrência Fiscal, sem qualquer validade e sem apreensão da mercadoria além de não está devidamente assinado por preposto do autuado. Assim, destaca que é imputada a ocorrência da obrigação tributária antes do seu vencimento, incorrendo em vício insanável de nulidade da autuação, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, por não atender ao devido processo legal e por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Observa que o Autuante adotou procedimentos de fiscalização de trânsito em estabelecimento, na medida em que lavra termo de apreensão de mercadorias de forma irregular, uma vez que não consta a assinatura do autuado no corpo do documento, além da ação fiscal se encontrar em dissonância com a ordem de serviço nº 506436/16 e com o período fiscalizado de 01/11/15 a 31/03/16.

Destaca que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo o Agente Fiscal agir nos estritos termos da legislação. Continua assinalando que, além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como o agente fiscal deve proceder na constituição do crédito. Por isso, diz ser nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa. Remata frisando que no caso em exame, o Agente Fiscal lavra Termo de Ocorrência Fiscal em lugar de Termo de intimação para apresentar documentos fiscais dificultando sobremaneira o exercício do direito de defesa do defendente, como assim já decidiu o CONSEF conforme se verifica no Acórdão JF Nº 0143-04/15.

Lembra ser o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, em que o Agente Fiscal deve agir nos estritos termos da legislação, vê-se que o ICMS é um imposto que tem como fato gerador, em síntese, “a circulação de mercadorias e serviços”. Explica que a fiscalização investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício (art. 142 do CTN), atua, em linha geral, em duas perspectivas. A primeira, na busca de fatos pretéritos, ou seja, já acontecidos. A outra, no exato momento da ocorrência do fato gerador. Diante desta situação, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, para melhor desenvolver suas atividades, divide as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: A primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, isto é, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 4, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa. A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, as suas operações comerciais já realizadas.

Afirma que a constatação de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 3. Destaca que em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF-BA/99) sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica.

Cita o Acórdão JJF Nº 0153-05/15 do CONSEF, para demonstrar que assim já decidiu sobre a matéria.

Argui como prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado, requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, inciso LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica.

Requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração em apreço, e se assim não entender este Órgão, no mérito, julgue a Ação Fiscal improcedente.

Ao cuidar do mérito, pondera que o Autuante cerceou seu direito de defesa ao não apresentar prova da ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja, da saída da mercadoria do estabelecimento da autuada. Afirma ter sido presumido, sem autorização legal, a realização de venda de mercadorias sem a emissão de notas fiscais. Ou seja, não comprova a infração imputa, nem lhe dá liquidez e certeza, o que de fato, denota claro cerceamento de defesa.

Observa que a infração não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser feito para manter o lançamento. Diz caber a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados. Afirma que cabe a Administração Fiscal prosseguir na busca da real verdade dos fatos tributariamente relevantes, e não se utilizar de presunção não autorizada em lei.

Revela que a Lei do ICMS do Estado da Bahia, nº 7.014/96, em seu art. 4º, cujo teor transcreve, prevê as hipóteses em que ocorrem as saídas de mercadorias por presunção, e entre elas, não consta que um simples pedido de compra de mercadorias, seja fato gerador do ICMS.

Explica que, embora a realização do pedido de compra não esteja elencado como causa autorizadora da presunção de saída de mercadorias do estabelecimento, não se pode negar que é um poderoso instrumento de monitoramento que pode servir ao Fisco como indicativo da existência de irregularidades tributárias e fiscais perpetradas pelos contribuintes, mas que, deve ser perquirida e comprovada a circulação de mercadorias com auxílio de outros meio de fiscalização, seja diante do cruzamento de informações, seja por meio de elementos fiscais contábeis, v.g livros fiscais, que possam assim sustentar uma acusação fiscal.

Nesse sentido, antes de exigir o crédito tributário baseado na presunção de veracidade e legitimidade do lançamento tributário, caberia a autuante intimar o contribuinte para apresentar as notas fiscais relativas às mercadorias constantes dos pedidos de compra que fundamentou a infração. Arremata frisando que assim procedendo, constataria nas notas fiscais que segue em anexo - doc. 04, fls. 159 a 220, doc. 05, fls. 226 a 300, e que todas as mercadorias constantes dos pedidos tiveram a correspondente emissão de nota fiscal de venda.

Sustenta que, uma simples proposta de compra, que sequer chegou a ser assinada pelo vendedor não pode ter maior validade que as notas fiscais respectivas.

Assevera que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento e assim, tendo em vista a nulidade formal indicada, requer seja cancelado o presente lançamento.

Nessa linha de raciocínio reproduz trecho de ensinamentos da lavra dos juristas pátrios, Clélio Berti, Paulo de Barros Carvalho, Suzy Gomes Hoffmann.

Ressalta ainda, que mesmo diante da impugnação do autuado à respectiva infração, no que tange a falta de provas, ainda sim, é dever do fisco a prova da improcedência da impugnação.

Revela que o suporte fático da imputação do Auto de Infração deve ser transparente e cristalino, corroborado com todos os meios de prova admitidos em direito, para que o ato posa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular ao Fisco, no que tange a cobrança do tributo.

Reafirma que a imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF-BA/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II. Traz a colação julgados do CONSEF exemplificando como o Acórdão JJF Nº 0029-04/09, e CJFN Nº 0034-04/09 e Acórdão JJF Nº 0055-04/14.

Destaca que neste sentido, por ser o Direito Tributário regido pelo Princípio da Verdade Material, não pode prosperar os argumentos de omissão de saída de mercadorias tributáveis, tendo em vista que os autuantes, além de não amparados pela Lei 7014/96, não trazem aos autos as provas do cometimento da infração, o que caracteriza nulidade por falta de prova.

Arremata pugnando pela decretação da nulidade do Auto de Infração, e se assim não for entendido, que se decida pela improcedência da ação fiscal.

O Autuante presta informação fiscal fls. 304 a 308, alinhando as ponderações que se seguem.

Inicialmente, destaca que, em relação aos argumentos apresentados pela autuada, presta os seguintes esclarecimentos:

Quanto aos itens 3.1, 3.2, 3.5, 3.7, 3.8, 3.9 e 3.15, da defesa, os quais alegam que não foi observado o devido processo legal, uma vez que não foram emitidos os termos de início e de intimação, e que não foi colhida a assinatura do Autuado, cerceando, assim, seu direito de defesa, já que o mesmo desconhecia que estava sendo fiscalizado, o Autuante declara que tais afirmações não se sustentam, uma vez que foi emitido o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, constante à fl. 08, no qual consta a assinatura do Sr. Tarcisio Fernandes Moura, preposto do Autuado, e descreve quais os documentos que foram apreendidos, tendo em vista a constatação da emissão de Documentos Fiscais de Vendas de Mercadorias com valores divergentes dos constantes nas Notas de Pedidos das mesmas, afim que se procedesse às devidas averiguações fiscais posteriores.

Registra que o art. 28, do RPAF-BA/99, estatui os Termos e Atos que fundamentam e instruem a ação fiscal, os quais, após lavrados pela autoridade fiscal competente, iniciam a ação fiscal, e entre eles consta o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos.

Ressalta, também, que o contribuinte anexou no momento da lavratura do Termo de Apreensão, as cópias das Notas Fiscais emitidas que, segundo o mesmo, estavam relacionadas aos respectivos Pedidos. Logo, assevera que a afirmação de que o desconhecia que estava sob ação fiscal e que houve, conseqüentemente, cerceamento de defesa, não procede.

Revela também que a inobservância de exigências meramente formais não acarreta a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

No que diz respeito à alegação constante no item 3.3, afirma que também não procede, já que foram arrecadadas apenas cópias de Pedidos e Notas Fiscais de Venda ao Consumidor e não todo e qualquer papel encontrado como afirmam as representantes da autuada.

No tocante às alegações defensivas contidas nos itens 3.4, 3.6, 3.10, 3.11, 3.12, 3.13 e 3.14, ou seja, que a exigência fiscal foi presumida, sem apresentar provas da infração, que os Pedidos são fatos geradores do ICMS e que foram utilizadas para dar trânsito as mercadorias e que, conseqüentemente, teve cerceado seu direito de defesa, também não se sustentam, uma vez que, analisando as cópias dos Pedidos, observou que, além dos endereços e das assinaturas dos compradores, há também a emissão de diversas Notas Promissórias pelos adquirentes das mercadorias. Explica que, quando um contribuinte emite uma Nota Promissória, comprometendo-se com o pagamento do título, relativa à compra de determinadas mercadorias, não se estar diante de “presunção de vendas”, mas da efetividade de saídas de mercadorias do estabelecimento. Acrescenta que o Autuado se contradiz quando afirma “que todas as mercadorias constantes dos pedidos tiveram a correspondente emissão de nota fiscal de venda”.

Revela que as cópias das Fiscais de Venda ao Consumidor, juntadas pela Defesa, constantes nas

fls. 159 a 178, 182 a 189, 201 a 220 e 249 a 260, foram emitidas em datas posteriores a data da ação fiscal, a qual foi realizada em 18/03/2016. Assinala que, conseqüentemente, fica excluída a espontaneidade das emissões das Notas Fiscais pela intempestividade dos lançamentos destes documentos fiscais.

No tocante às cópias das Notas Fiscais constantes nas fls. 179 a 181, bem como as de fls. 194 a 200, foram também emitidas após a data da ação fiscal (18/03/2016), mas com datas retroativas a esta data, uma vez que, apesar de apresentarem datas anteriores a da ação fiscal, apresentam números sequenciais superiores ao da Nota Fiscal nº 40, fl. 09, inutilizada na data da ação fiscal. Registra que esse procedimento infringe a Legislação do ICMS, a qual estabelece que os documentos fiscais devam ser emitidos em ordem cronológica e sequencial de numeração e na data da ocorrência do fato gerador do imposto.

Assinala que as cópias das Notas Fiscais juntadas nas fls. 190 a 193, já faziam parte do presente PAF e estão nas fls. 114 e 115 do mesmo. Diz que as Notas Fiscais juntadas nas fls. 226 a 237, também já faziam parte deste PAF e estão nas fls. 108 a 113. Observa que o mesmo raciocínio vale para as cópias das Notas Fiscais juntadas nas fls. 295 a 299, que estão nas fls. 101 a 103, bem como as juntadas às fls. 287 e de 289 a 291, que já estavam às fls. 99 e 100. Acrescenta frisando que todas elas foram anexadas no momento da ação fiscal, e eram dispensáveis, portanto, a juntada posterior, em duplicidade, portanto, pelo contribuinte. Ressalta que, apesar de emitidas antes da ação fiscal, não correspondem às datas, mercadorias e valores contidos nos Pedidos. Arremata Logo, a afirmação contida no item 3.16 não procede.

Declara que as cópias das Notas Fiscais contidas nas fls. de 238 a 248 também já haviam sido juntadas pela própria Defesa do Contribuinte nas fls. 190 a 200, e tem situação já explicada acima.

Relata que as cópias das Notas Fiscais contidas nas fls. 261 a 270 foram emitidas sem data de emissão e com as terceiras vias do Talonário Fiscal em branco, cujas cópias anexa a presente Informação Fiscal.

Menciona que as cópias das Notas Fiscais contidas nas fls. 271 a 284 também foram emitidas sem data de emissão, embora com cópias nas terceiras vias contidas no Talonário Fiscal.

Afirma que as Notas Fiscais, cujas cópias estão contidas nas fls. 285, 288, 292, 293, 294 e 300, foram canceladas pelo contribuinte.

Frisa que apenas a Nota Fiscal, cuja cópia está contida na fls. 286, foi emitida antes da ação fiscal, mas não corresponde a data, mercadoria e valor contido nos Pedidos.

Por fim, assinala que as afirmações constantes nos itens 3.17, 3.18 e 3.19, também são improcedentes, uma vez que, como se depreende da análise acima, o presente PAF apresenta provas consistentes do cometimento da infração e as mesmas estão embasadas na Lei 7.014/96.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

De início cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo Impugnante, sob o fundamento de inobservância do devido processo legal e ter sido cerceado seu direito de ampla defesa, em razão da fiscalização realizada em seu estabelecimento sem a lavratura do termo de início de fiscalização ou termo de intimação para apresentação de documentos fiscais e tendo sido desenvolvida ação de trânsito, através da lavratura de termo de apreensão de mercadorias, em dissonância com a ordem de serviço nº 506436/16 e sem colher a assinatura do Autuado no termo de apreensão; e baseando-se em documentos extra-fiscais.

Da análise das peças que compõem os autos, resta evidenciado que nenhuma das alegações articuladas pelo sujeito passivo prosperar, eis que, um dos requisitos exigidos para se considerar iniciado o procedimento fiscal previsto no art. 26, do RPAF-BA/99, consta do Auto de Infração.

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado em 18/03/2016, apensado à fl. 08, ao contrário do afirmou a defesa, foi assinado por seu preposto, Tarcísio Fernandes Moura. Saliento que a lavratura de Termo de Apreensão não significa dizer que o Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias, como quer fazer crer a defesa.

Importante registrar que a autuação no caso em análise, não se deu no trânsito de mercadorias, já que de acordo com os documentos que dão suporte a autuação, restou comprovado serem fatos pretéritos. Foram adotados corretamente procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento, obedecendo às formalidades legais previstas nos artigos 26 e 28 do RPAF-BA/99.

Constato também inexistir, de acordo a legislação de regência, qualquer irregularidade o fato alegado de ter sido o levantamento baseado em documentos extra-fiscais (Pedidos) com aparência de Nota Fiscal, apreendidos no estabelecimento autuado.

Assim, por tudo quanto expendido, fica patente que o Autuado tinha ciência de que estava sob ação fiscal, entregou a documentação solicitada à fiscalização, recebeu cópia das peças do Auto de Infração consoante intimação, fl. 119 e 122, e apresentou defesa tempestivamente abordando todos os aspectos da acusação fiscal, portanto, não há que se falar em óbice ao exercício de ampla defesa e, muito menos, em ofensa ao devido processo legal.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício. Não acolho a nulidade argüida.

No mérito o presente lançamento exige crédito tributário em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operações de saída de mercadorias, consoante demonstrativo acostado às fls. 03 a 07 e cópias dos documentos extra-fiscais, fls. 10 a 115.

O defendente, nas razões defensivas, sustentou a improcedência da autuação por se configurar cobrança de ICMS por presunção não autorizada em lei, uma vez que acusa sem comprovação a realização de vendas de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal.

Alegou que deveria ser intimado a apresentar as notas fiscais relativas às mercadorias constantes dos pedidos de compras que fundamentou, uma vez que, assim procedendo, constataria que nas notas fiscais que acostou junto à defesa Doc. 04, fls. 159 a 300, que todas as mercadorias constantes dos pedidos tivera a correspondente emissão de nota fiscal de venda.

Ao prestar informação fiscal, o autuante sustentou que não procede a alegação da defesa de que a acusação fiscal se fundamente em presunção não autorizada em lei. Observou que, analisando as cópias dos Pedidos, verificou que, além dos endereços e das assinaturas dos compradores, há também a emissão de diversas Notas Promissórias pelos adquirentes das mercadorias. Asseverou que o Autuado se contradiz quando afirma “que todas as mercadorias constantes dos pedidos tiveram a correspondente emissão de nota fiscal de venda”.

Asseverou que o Autuado, apesar de ter alegado em sede de defesa e acostado cópias de notas fiscais às fls. 159 a 300, não comprovou a emissão dos documentos fiscais correspondentes aos documentos extra-fiscais (Pedidos) apreendidos, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, fl. 08. Explicou que, depois de analisar a documentação juntada pelo Impugnante, constatou que nenhuma das notas fiscais serve para comprovar acusação fiscal constante do Demonstrativo de apuração, fls. 03 a 07, pelos seguintes motivos: *i*) - emitidas em datas posteriores a data da ação fiscal; *ii*) - emitidas com datas retroativas a esta data, uma vez que, apesar de apresentarem datas anteriores a da ação fiscal, apresentam números sequenciais superiores ao da Nota Fiscal nº 40, fl. 09, inutilizada na data da ação fiscal; *iii*) - já apresentadas ; *iv*) - emitidas sem data de emissão e com as terceiras vias do Talonário Fiscal em branco; *v*) - emitidas sem data de emissão, embora com cópias nas terceiras vias contidas no Talonário

Fiscal; *vi*) - foram canceladas pelo contribuinte; e *vii*) - apenas uma foi emitida antes da ação fiscal, mas não corresponde a data, mercadoria e valor contido nos Pedidos.

Depois de compulsar os elementos que compõem os autos e emergiram do contraditório, constato que antes da lavratura do Auto de Infração, a fiscalização lavrou o Termo de Apreensão, tendo o preposto da empresa assinado sem fazer ressalva alguma. Ocasão em que o sujeito passivo entregou à fiscalização os documentos extra-fiscais “Pedidos” e as notas fiscais emitidas.

Após o confronto entre os “Pedidos” com os documentos fiscais entregues pela empresa, o Autuante encontrou a diferença de mercadorias comercializadas sem a emissão dos documentos fiscais consubstanciada no demonstrativo que apurou o montante exigido no Auto de Infração.

Comungo com a avaliação realizada pelo Autuante, uma vez que restou comprovado nos autos que o Impugnante em sua defesa, efetivamente, não apresentou elementos de prova de suas alegações, haja vista que as notas fiscais apresentadas não correspondem às operações consignadas nos documentos extra-fiscais apreendidos pela fiscalização.

A constatação dos referidos “Pedidos” no estabelecimento autuado sem a comprovação da emissão do correspondente documento fiscal é considerada prova suficiente da realização de operações tributáveis sem o recolhimento do imposto devido, salvo prova em contrário que deveria ser produzida pelo Autuado, no sentido de desconstituir a exigência fiscal.

Cabe destacar que o art. 123, do RPAF-BA/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 negativa de cometimento da infração com a apresentação de documentação que não corresponde às operações questionadas, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, não tendo a defesa apresentado elementos capazes de elidirem a imputação, remanesce comprovada a emissão de “Pedidos” em substituição a documentos fiscais. Portanto, a ação fiscal evidenciou de forma inequívoca que o contribuinte realizou operações de vendas de mercadorias sem emissão de nota fiscal.

Nestes termos, o sujeito passivo foi acusado de ter cometido a irregularidade lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame. Mantida a autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232238.3064/16-4**, lavrado contra **TRANSPORTES MFR FAGUNDES & FAGUNDES LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.699,20**, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso iv, alínea “h”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA