

**PROCESSO** - A. I. Nº 232238.3064/16-4  
**RECORRENTE** - TRANSPORTES MFR FAGUNDES & FAGUNDES LTDA. - ME  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 3ª JF nº 0142-03/17  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/08/2018

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJP Nº 0181-12/18**

**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 do correspondente Documento Fiscal. A recorrente não logrou provar que os itens descritos nos documentos “extra-fiscais” são os mesmos daqueles relacionados nos efetivos documentos fiscais colacionados nos autos. Nulidade material para os fatos geradores de jan/15 e abril a agosto/15 por ter imputado a recorrente alíquota aplicável às empresas normais, sendo certo que a recorrente à época estava devidamente enquadrada no Regime do Simples Nacional. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JF, através do Acórdão nº 0142-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 12/10/2016 para exigir crédito tributário no valor de R\$25.699,20, acrescido da multa de 100%, em razão da 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.

Por unanimidade, os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar Procedente o Auto de Infração, conforme voto abaixo transcrito:

### **“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, fls. 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 inquinar 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. ”*

A recorrente interpõe Recurso Voluntário, alegando, preliminarmente, nulidade do lançamento fiscal em consonância ao art. 18, II, RPAF/1999.

Afirma que o devido processo legal não foi respeitado no procedimento fiscalizatório do autuante e que referida violação causou prejuízo à defesa e a legalidade tributária. Cita os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa.

Menciona a recorrente que o fiscal autuante lavrou o Auto de Infração sem, contudo, lavrar o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Intimação para o contribuinte apresentar documentos fiscais. Ressalta 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. Acrescenta 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.

Afirma que o fiscal autuante desenvolveu uma suposta ação de trânsito no estabelecimento da recorrente, lavrando termo de apreensão de mercadorias, em dissonância com a Ordem de Serviço nº 506436/16 (Auto de Infração Mod.3) e com o período fiscalizado de 01/11/15 a 31/03/16. Menciona ainda que não foi colhida a assinatura do autuado no termo de apreensão.

No mérito relata que o autuante fundamentou a infração alegando omissão de saídas “*Omissão de saída de mercadorias tributáveis pela utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributável*” quando, em verdade, apenas presumiu que os pedidos de mercadorias encontrados durante a visita ao estabelecimento da autuada foram utilizados como nota fiscal para dar trânsito as saídas das mercadorias.

Rechaça a recorrente o procedimento do fiscal autuante, invocando o artigo 112 do CTN que homenageia o princípio do *in dubio pro* contribuinte e transcreve decisões favoráveis à sua tese de nulidade na JJF e na CJF.

Por último requer a nulidade ou improcedência total do Auto de Infração em referência.

## VOTO

De logo, sinalizo para a rejeição das questões preliminares suscitadas pela recorrente, visando a nulidade da ação fiscal. O contribuinte, repita-se, sustenta em suas razões recursais desrespeito ao devido processo legal no procedimento fiscalizatório, violação ao exercício pleno à defesa e a legalidade tributária, invocando os princípios já indicados no relatório acima.

E, nesse passo, comungo expressa e literalmente com o posicionamento adotado pela Junta Julgadora de origem, que, de forma, irretocável, rejeitou a referida tese defensiva do contribuinte.

Registre-se que, e como já foi especificamente observado em sede de julgamento de base, houve a devida lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 08), que, inclusive, obteve a chancela de preposto identificado do Recorrente. E é certo também afirmar que a

oportuna lavratura do Termo de Apreensão não tem o condão, por si só, de configurar procedimento exclusivo de “fiscalização de trânsito”, pelo que mantenho a decisão de primeiro grau, no particular.

E aqui também vale reiterar o pertinente entendimento lançado pela Junta julgadora, que reconheceu como corretos os procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento, obedecendo às formalidades legais previstas nos artigos 26 e 28 do RPAF-BA/99, refutando também nesse ponto a tese defensiva do contribuinte de que a autuação teria se configurado como suposta fiscalização no trânsito de mercadorias, visto que, como bem pontuado pela decisão de piso, referida autuação refere-se a fatos pretéritos.

Dessa forma, não vislumbro qualquer vício no procedimento fiscal que ensejou a correlata autuação em apreço, seja pela observância do seu rito formal, seja pela ciência e oportunidade conferidas ao contribuinte para exercer o seu amplo e irrestrito direito à defesa.

Não há, portanto, em minha ótica, como atribuir à ação fiscal uma violação aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa invocados pelo recorrente.

Rejeito, portanto, o pedido recursal de nulidade da autuação.

No mérito, limita-se a recorrente a alegar arbitrariedade do fiscal autuante em alegar presunção não prevista em lei de omissão de receita sem que, contudo, tenha intimado a recorrente a apresentar a documentação fiscal referida.

Ocorre que, apesar da recorrente ter acostado às fls. 159 a 300 cópias de notas fiscais, o fiscal autuante prestou Informação Fiscal, alegando que os documentos ali acostados não podem ser considerados como prova, sinalizando o seguinte: *i*) foram 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.

Assim, é forçoso reconhecer que a recorrente não logrou provar que os itens descritos nos documentos “extrafiscais” são os mesmos daqueles relacionados nos efetivos documentos fiscais colacionados nos autos.

Dessa forma, a imprestabilidade jurídica da prova produzida pela recorrente, incapaz de evidenciar a desejada verdade material, não me resta outra alternativa senão rejeitar a infundada tese recursal.

Ocorre que, em que pese não ter sido objeto das razões recursais, constato que o fiscal autuante incorreu em erro material ao aplicar a alíquota de 17% em relação à receita omitida. Isto porque, nos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho e agosto de 2015 foi exigido o ICMS sob alíquota aplicável às empresas normais, quando, em verdade, trata-se de contribuinte enquadrado no Regime Simplificado do Simples Nacional à época dos fatos geradores acima mencionados.

Deveria, pois, o fiscal autuante exigir o ICMS na forma aplicável ao Regime do Simples Nacional, haja vista que o lançamento exigido não foi objeto de fiscalização de trânsito, conforme preconiza o §2º do art. 82 da Resolução CGSN nº 94/2011 que assim dispunha:

*§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º)*

*(Revogado(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 122, de 27 de agosto de 2015)*

Quanto aos demais fatos geradores não há que se aplicar o dispositivo acima mencionado visto que o mesmo fora revogado em 27 de agosto de 2015, prevalecendo, a partir de então, o disposto no §1º, inciso XIII, letras E e F do art. 13 da LC 123/2003 que diz:

*“§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:*

*e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;*

*f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;”*

Diante do acima exposto, para os meses acima referidos (jan/15 e abril a agosto/15) julgo nulo o lançamento imputado, mantendo inalteradas as exigências referentes aos demais fatos geradores.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado no valor de R\$23.247,80, referentes aos meses de setembro/2015 a março/2016.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232238.3064/16-4**, lavrado contra **TRANSPORTES MFR FAGUNDES & FAGUNDES LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.247,80**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS