

A. I. N° - 207185.0012/03-1
AUTUADO - RAUL LOPES DA SILVA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26. 08.2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0323-04/03

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS VIAS DE UMA MESMA NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária e já se encontravam com a fase de tributação encerrada. A infração não subsiste quanto à obrigação principal, todavia ficou evidenciado o cometimento de uma infração a obrigação acessória (emissão de nota fiscal com divergência entre as vias) vinculada à imputação. A infração fica parcialmente caracterizada, sendo cabível multa. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime quanto ao item 1 e unânime quanto ao item 2.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/03, exige ICMS, no valor de R\$13.011,09, e impõe multa, na importância de R\$120,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias tributáveis, decorrente da utilização de documentos fiscais inidôneos em operações de saídas de mercadorias. Refere-se a vendas de combustíveis, efetuadas com o lançamento, nas terceiras vias das notas fiscais série D-1, em valores inferiores aos efetivamente consignados nas 1ª vias dos documentos fiscais.
2. Escrituração de livro fiscal (livro Registro de Saída) em desacordo com as normas regulamentares. Não foram efetuadas as totalizações mensais e foram omitidos os registros reais das operações relacionadas na infração anterior.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 68 a 72) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa, contrariando o Decreto Federal nº 70.235. Também alega que, antes da lavratura do Auto de Infração, não foi intimado para prestar esclarecimentos sobre a infração que lhe foi imputada.

Adentrando no mérito da lide, assevera que a infração 1 não procede, pois é revendedor exclusivo da Esso Brasileira de Petróleo Limitada (cópia de contrato às fls. 73 a 79) e recebe todos os produtos acompanhados de notas fiscais idôneas e com o imposto pago pelo regime de

substituição tributária, tendo todos os produtos origem devidamente comprovada, conforme mostram as cópias de notas fiscais acostadas às fls. 86 a 157. Afirmar que a caligrafia constante nas diversas vias dos documentos fiscais não é a mesma, o que autoriza a presunção de que alguém, sem o seu conhecimento, adulterou a primeira via dos documentos fiscais, para se beneficiar desse fato. Frisa que não recebeu a quantia descrita nas notas fiscais adulteradas. Assegura que, conforme fotocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) acostadas às fls. 80 a 85, existiam em estoques, em 31/12/02, 2.683 litros de álcool, 12.089 litros de gasolina e 13.886 litros de óleo diesel.

Quanto à infração 2, o autuado afirma que a acusação procede quanto à falta de totalizações mensais das saídas. Aduz que essa falha foi decorrente de um problema no sistema de processamento de dados, o qual já foi corrigido. Frisa que as notas fiscais emitidas foram devidamente escrituradas. Diz que a multa de R\$ 120,00 será paga.

Ao encerrar a sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 159 a 161, o autuante diz que as preliminares de nulidade suscitadas são inconsistentes e têm o caráter protelatório. Afirmar que a lavratura de Auto de Infração na repartição fazendária é procedimento rotineiro. Salienta que, por duas vezes, intimou o autuado a apresentar documentos fiscais, bem como manteve contato com o gerente e com o contador da empresa, sem que tivesse recebido qualquer esclarecimento adicional.

No mérito, explica que a infração 1 é referente a “calçamento” de documentos fiscais, o qual está comprovado pelas primeiras vias das notas fiscais coletadas junto ao Tribunal de Contas (fls. 13 a 21) em confronto com as segundas vias arrecadadas no estabelecimento autuado e acostadas ao processo. Nega que haja diferença de caligrafia entre as diversas vias de uma mesma nota fiscal. Afirmar que os estoques consignados no LMC devem ser desconsiderados, pois o referido livro não foi autenticado pela repartição fazendária. Assevera que as notas fiscais apresentadas pelo autuado “coincidem com aquelas já examinadas pela fiscalização e registradas nos REM e RAICMS; portanto, as operações ilícitas, excluídas da escrita fiscal, não tiveram comprovada sua origem documental”. Diz que o fato de os combustíveis estarem enquadrados no regime de substituição tributária não exime o autuado da responsabilidade pelo imposto fraudado e, para comprovar essa alegação, transcreve trecho do voto proferido no Acórdão JF Nº 0224-02/03, que, no seu entendimento, trata de situação similar, envolvendo mercadoria também enquadrada na substituição tributária. Ressalta que, nas fraudes envolvendo órgãos públicos, os fraudadores têm optado por mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como forma de fugir à exigência do imposto, em casos de autuações.

Quanto à infração 2, diz que o autuado reconheceu a procedência da mesma, porém não apresentou o comprovante de recolhimento da multa.

Ao final da informação fiscal, o autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, saliento que, de acordo com o art. 39, § 1º, do RPAF/99, “O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na

repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Portanto, a lavratura do Auto de Infração na repartição fazendária é legal e não enseja a nulidade do lançamento.

Não há necessidade e nem previsão legal para que, antes da lavratura de Auto de Infração, o contribuinte seja intimado para explicar a irregularidade que lhe é imputada. Segundo a legislação tributária, a explicação deve ser dada no prazo e nas condições previstas para a apresentação de defesa.

Em face do comentado acima, não acato as preliminares de nulidade suscitadas e passo a analisar o mérito de lide.

Adentrando no mérito, constato que, em relação à infração 1, as fotocópias das primeiras vias das notas fiscais acostadas às fls. 13 a 21 ao serem confrontadas com as segundas vias juntadas ao processo, comprovam de forma cabal a existência de divergências entre as vias de um mesmo documento fiscal (“calçamento” de nota fiscal).

Sem sombra de dúvida, os autos mostram que houve o cometimento de uma infração à legislação tributária estadual – “calçamento” de nota fiscal. Todavia, essa irregularidade não implicou falta de pagamento do imposto estadual, uma vez que as mercadorias objeto do lançamento estão enquadradas no regime de substituição tributária, foram adquiridas acompanhadas de notas fiscais idôneas (fls. 84 a 157), possuem origem conhecida e estavam com a fase de tributação já encerrada. Nessa situação, apesar do ilícito fiscal, a lei não autoriza a exigência de ICMS sobre as saídas das mercadorias omitidas, pois os produtos já tinham sido tributados pelo regime de substituição tributária. Manter a presente exigência fiscal, como solicita o autuante, seria cobrar imposto em duplicidade, o que é vedado pela legislação tributária estadual.

Quanto ao Acórdão JF N° 0224-02/03 citado na informação fiscal, entendo que aquela decisão não guarda correlação com o caso em lide, pois trata de matéria diversa da que se encontra em apreciação. Para comprovar, transcrevo o início do relatório daquele acórdão:

O Auto de Infração, lavrado em 07/05/2003, refere-se a exigência de R\$5.144,65 de imposto e multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro a novembro de 2002.

2. Escrituração irregular do livro Registro de Saída de Mercadorias, relativamente aos meses de fevereiro a novembro de 2002, sem identificar as notas fiscais emitidas no período, sendo aplicada a multa de R\$140,00.

3. Declaração incorreta de dados na DMA. Omitiu valores nas DMAs relativas ao período de fevereiro a novembro de 2002, referentes às Notas Fiscais de Venda a Consumidor não registradas na escrita fiscal.

O autuado, apresentou tempestivamente impugnação, na qual [...]

Em face do comentado acima, considero que a infração não ficou caracterizada quanto a obrigação principal, porém restou comprovado o cometimento de uma infração a obrigação acessória (emissão de nota fiscal com divergência entre as vias) vinculada à imputação. Dessa forma, nos termos do art. 157 do RPAF/99, a infração está parcialmente caracterizada, sendo cabível a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei 7014/96, em decorrência do cometimento de uma infração a legislação tributária sem penalidade específica na lei.

Relativamente à infração 2, constato que a mesma está devidamente caracterizada e que a sua procedência foi expressamente reconhecida pelo próprio autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, sendo devidas as multas no valor total de R\$ 170,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto ao item 1 e unânime quanto ao item 2, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207185.0012/03-1, lavrado contra **RAUL LOPES DA SILVA & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas nos valores de **R\$ 50,00** e **R\$ 120,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, XXII e XVIII, da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

VOTO VENCEDOR QUANTO AO ITEM 1: Julgadores – Álvaro Barreto Vieira e Antonio Cesar Dantas de Oliveira

VOTO VENCIDO QUANTO AO ITEM 1: Antônio Aguiar de Araújo

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCIDO (Quanto ao item 1)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 1)

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR