

A. I. N° - 932309-0/05
AUTUADO - JOSÉ WILDNER PIANIZOLLI
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 16.03.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0058-02/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDA DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. Quando um agente do fisco, no desempenho de sua função, que constitui atividade plenamente vinculada, detecta um fato que implica a falta de cumprimento da obrigação tributária principal, não pode limitar-se apenas a aplicar penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Em casos dessa ordem, tem de ser feita a apreensão das mercadorias em situação irregular, para exigência do imposto correspondente à diferença apurada. O fisco não pode, discricionariamente, optar pela aplicação de multa em substituição à cobrança do imposto. Nada justifica que a fiscalização, diante de falta de cumprimento da obrigação principal, se limite a punir o sujeito passivo com multa por infração formal, mesmo que, porventura, a multa por infração acessória seja superior ao valor do tributo devido. O acessório é sempre acessório, não importa o valor. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 8/12/05, diz respeito a “multa formal” [multa por descumprimento de obrigação formal] em virtude de o contribuinte estar realizando operação de venda de mercadorias sem emissão da documentação fiscal correspondente. Multa: R\$ 690,00.

O autuado apresentou defesa explicando que, no dia 6/12/05, o caminhão da empresa trafegava nas proximidades de Porto Seguro, quando foi interceptado por uma unidade móvel de fiscalização. Ao ser solicitada a documentação da mercadoria, foi de pronto apresentada a Nota Fiscal 122 de venda em veículo, datada de 21/11/05, relativa a 2.600 litros de aguardente de cana, no valor de R\$ 1.170,00. Diz que o auditor pediu a apresentação do talonário de Notas Fiscais de venda, sendo-lhe entregue o bloco de Notas Fiscais de microempresa do SimBahia, não sendo pedido o talonário de Notas Fiscais de Venda a Consumidor. Prossegue dizendo que, após dar vista na Nota Fiscal 124, do talonário de microempresa, tendo feito anotação na Nota Fiscal 125, o auditor autuou a empresa, imputando-lhe a presente multa. Protesta que não vendeu mercadorias sem Nota Fiscal, conforme faz prova com as Notas Fiscais que relaciona (juntou cópias). Pede que o Auto de Infração seja tornado sem efeito.

O fiscal designado para prestar a informação diz que o veículo foi abordado e o condutor apresentou a Nota Fiscal 122, de remessa para veículo, para vendas, nos termos do art. 423 do RICMS. Quando solicitado o talão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor, o motorista não o apresentou porque não o tinha consigo. O fiscal autuante, através de uma contagem, verificou que haviam sido vendidos 1.300 litros de aguardente de cana. Dirigiu-se à empresa e, como se

observa no corpo da referida Nota, pediu que fosse emitida a Nota Fiscal 125, após a constatação de vendas sem a emissão de documentação fiscal, tudo ocorrendo com a anuência do proprietário, que emitiu e assinou a Nota, reconhecendo seu teor. Entretanto, o agente fiscal se descuidou e deixou de “trancar” o talonário que já havia sido requisitado e que não fora entregue. Após a regularização da obrigação principal, o autuante houve por bem aplicar “multa formal” por descumprimento da legislação. A partir da ciência da autuação, o contribuinte montou sua defesa sobre o descuido da ação fiscal, quando não bloqueou os talões série D-1 para emissões posteriores. Observando esta lacuna, dela a defesa se serviu para dar sustentação à sua argumentação, emitindo as Notas correspondentes à diferença e montando o demonstrativo que anexou, apresentando-se como contribuinte cumpridor de suas obrigações tributárias. Considera o informante que a reação natural do contribuinte seria, caso realmente tivesse emitido as Notas, apresentá-las ao fisco, recusando-se a preencher a Nota Fiscal 125, que é uma verdadeira confissão de seu procedimento irregular, evitando assim todo esse desdobramento constrangedor. A seu ver, o que evidentemente ocorreu foi que, surpreendido vendendo sem Nota Fiscal, admitiu; regularizou a situação e, ao tomar ciência do Auto de Infração, aproveitou-se de uma lacuna para forjar uma irregularidade que não existiu, como ele próprio reconheceu. Por considerar que houve uma “montagem oportunista”, o informante opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O contribuinte é acusado de deixar de emitir Nota Fiscal na venda de mercadoria. Foi multado por isso.

Pelo que consta nos autos, a fiscalização teria feito uma contagem física de mercadorias encontradas num veículo, destinadas a venda fora do estabelecimento, e concluiu que haviam sido vendidas mercadorias sem Notas Fiscais (o fiscal não juntou cópia do demonstrativo da contagem, como devia ter feito). Inexplicavelmente, em vez de cobrar o imposto – obrigação principal –, como era de seu dever, o fiscal se limitou a orientar o contribuinte no sentido de emitir uma Nota Fiscal relativa à diferença apurada, e, em seguida, aplicou uma multa por falta de emissão de documentos – obrigação acessória.

O fiscal designado para prestar a informação comenta o que houve, reconhecendo que o agente fiscal se descuidou e deixou de “trancar” o talonário de Notas Fiscais de Venda a Consumidor. A seu ver, o contribuinte, percebendo esse descuido do fiscal, emitiu as Notas posteriormente e fez uma “montagem oportunista”. Opina pela procedência do Auto de Infração.

O procedimento fiscal foi todo irregular. Fica-se sabendo que o fiscal fez uma contagem física das mercadorias existentes no veículo porque a defesa menciona esse fato, porém o fiscal não juntou aos autos o instrumento no qual foi consignada tal contagem. Além disso, o fiscal constatou um fato que implica a falta de pagamento de imposto e não procedeu ao lançamento do imposto relativo à diferença que teria sido constatada.

É ocioso observar que deveria ter sido efetuada a apreensão das mercadorias remanescentes no veículo, para que o Termo de Apreensão servisse de prova material do fato (RICMS, art. 945), seguindo-se a lavratura do Auto de Infração para cobrança do imposto relativo à diferença apurada, e liberando-se em seguida a carga. O fiscal, contudo, em vez de assim proceder, preferiu “orientar” o contribuinte no sentido de regularizar a situação mediante emissão de Nota Fiscal. Isso vem sendo feito – corretamente – nas chamadas “auditorias de Caixa”, quando se constata que houve vendas sem Notas Fiscais através da contagem de dinheiro em Caixa, situação em que não se tem o que apreender, pois seria absurdo apreender-se o dinheiro. Como quem faz tais “auditorias de Caixa” são fiscais lotados na fiscalização do trânsito, que normalmente não adotam o procedimento completo próprio dos fiscais de estabelecimento, com termos de início e de encerramento, e como o lançamento de tributo através de Auto de Infração

requer que este tenha como base ou um Termo de Encerramento de Fiscalização ou um Termo de Apreensão, vem sendo adotada a praxe, naqueles casos, de se solicitar ao contribuinte que emita a Nota Fiscal relativa à diferença verificada no Caixa, aplicando-se em seguida a multa por descumprimento da obrigação acessória, ou seja, por não ter emitido as Notas no ato das vendas.

Coisa diversa, porém, é a de que cuida o presente Auto de Infração, em que o preposto do fisco detecta um fato que implica a falta de cumprimento de obrigação principal, e, em vez de cobrar o imposto, se limita apenas a aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o cumprimento da *obrigação principal*. A multa por descumprimento de obrigação acessória, por mais alta que seja, não dispensa o fisco de lançar o tributo devido.

Considero improcedente a multa estipulada, haja vista que a constatação concreta da existência de imposto a ser pago (obrigação principal) em face da venda de mercadorias sem Notas Fiscais (obrigação acessória) é um fato que enseja a exigência do tributo, e não uma simples multa por infração de natureza acessória. O lançamento tributário constitui atividade plenamente vinculada. O fisco não pode, discricionariamente, optar pela aplicação de multa em substituição à cobrança do imposto, quando devido. Nada justifica que a fiscalização, diante de falta de cumprimento da obrigação principal, se limite a punir o sujeito passivo com multa por infração formal, mesmo que, porventura, a multa por infração acessória seja superior ao valor do tributo devido. O acessório é sempre acessório, não importa o valor.

Além do mais, conforme reconheceu o fiscal que prestou a informação, as Notas Fiscais de Venda a Consumidor apresentadas pela defesa descaracterizam a infração. É possível que tais documentos tenham sido emitidos “a posteriori”, valendo-se o contribuinte do descuido do fiscal, que deixou de “trancar” o talonário, isto é, de dar visto no último talão emitido até o momento da autuação, para evitar que o contribuinte depois emitisse Notas Fiscais regularizando a situação. Mas isso são conjecturas, e seria leviandade minha afirmar que isso de fato ocorreu.

Sem esquecer que o fiscal não documentou em demonstrativo ou termo a diferença que diz ter apurado (vide fls. 1 a 5).

Rigorosamente, não há prova, nos autos, do cometimento atribuído ao contribuinte.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 932309-0/05, lavrado contra **JOSÉ WILDNER PIANIZOLLI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de março de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR