

PROCESSO - A. I. N° 232185.0111/07-5
RECORRENTE - ROCHA & LEITE LTDA. (PREMOLDADOS ROCHA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0161-01/08
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 09/07/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0171-11/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES ENTRE AS VIAS DOS MESMOS DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO MENOS DO IMPOSTO. 2. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. Inexistência de duplicidade de exigência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF nº 0161-01/08 – que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$ 1.107.789,15, em razão de:

1. Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$840.131,25, em decorrência de divergência de informações entre as vias das mesmas notas fiscais. Apurada por meio de circulação com os clientes e de confrontação com vias de notas fiscais retidas no trânsito (anexos 1, 2, 3 e 4);
2. Deixar de recolher o ICMS, no valor de R\$39.975,75, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Foi consignado que o cliente do autuado (COELBA) possui o Regime Especial nº 1.708/97, o qual permite que nas aquisições em operações de vendas com entrega futura (OVEF) a tributação ocorra sobre a nota faturada, saindo as notas de remessas posteriores sem tributação. Assim, o autuado emitiu notas fiscais de simples remessas sem destaque de ICMS com referência a notas de faturamento em OVEF que não continham todo ou parte dos produtos existentes na nota de faturamento (anexo 5);
3. Multa, no valor de R\$56.849,91, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Anexos 6, 7 e 8;
4. Deixar de recolher o ICMS, no valor de R\$170.832,24, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Foi consignado que o cliente do autuado (COELBA) possui o Regime Especial nº 1.708/97, o qual permite que nas aquisições em operações de vendas com entrega futura (OVEF) a tributação ocorra sobre a nota faturada, saindo as notas de remessas posteriores sem tributação. Aduz que o autuado deu saída a maior quantidade de produtos nas notas de remessa do que a quantidade de produtos previstos nas notas de faturamento. Assim, saíram produtos sem tributação (vide demonstrativo anexo 9 e seu resumo anexo 10).

A Decisão recorrida julgou Procedente o Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

1. Inicialmente, aduz a JJF que o autuado reconhece o cometimento das infrações, se insurgindo apenas quanto à duplicidade da exigência fiscal nos exercícios de 2002 e 2003 que, segundo alega, foram exigidos no Auto de Infração nº 298576.0018/04-6.

2. Destaca a JJF que as infrações que abrangem os exercícios de 2002 e 2003 no Auto de Infração, em exame, são as infrações 1 e 4, portanto, apenas nessas duas é que poderia ocorrer a duplicidade de exigência fiscal aventada pelo autuado, com relação ao Auto de Infração nº 298576.0018/04-6.
3. Salienta que, conforme registrado pelo autuante, o objeto da autuação do Auto de Infração nº 298576.0018/04-6 foi a falta de correspondência entre as notas fiscais de simples remessa e as notas fiscais de vendas/faturamento, enquanto no Auto de Infração em exame, as irregularidades apontadas na infração 01, referem-se à divergências entre as vias das mesmas notas fiscais, não havendo porque se falar em duplicidade de exigência fiscal, com relação a este item da autuação.
4. Observa ainda a JJF que, apesar de o enunciado da infração 04 do Auto de Infração em exame se referir ao mesmo tipo da infração 02 do Auto de Infração nº 298576.0018/04-6, a exigência fiscal alcançou neste Auto de Infração o período de 31/12/2000 a 31/10/2003, enquanto no Auto de Infração em exame, alcançou o mês de dezembro de 2003 e os exercícios de 2004 a 2006. Portanto, na infração 04, a única coincidência de exercícios ocorreu em 2003, contudo, em mês diverso, ou seja, mês de dezembro de 2003, que não foi exigido no Auto de Infração nº 298576.0018/04-6.
5. Ressalta a JJF que, apesar de ter recebido todos os papéis de trabalho, inclusive os talonários de notas fiscais, o autuado não apontou as possíveis notas fiscais que comporiam a alegada duplicidade da exigência fiscal. Assim, considerando a inexistência da duplicidade de exigência fiscal, entende a JJF que as infrações 1 e 4 são integralmente subsistentes, mesmo porque reconhecidas pelo autuado. Quanto às infrações 2 e 3, vislumbra que o autuado reconhece o cometimento das irregularidades apontadas, não havendo discussão sobre tais imputações.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 974 a 983 dos autos, o recorrente sustenta que o autuante atribuiu ao autuado a prática de quatro infrações, as quais se resumem basicamente à divergência entre as informações constantes nas diferentes vias de um mesmo talonário fiscal. Salienta que, ao observar sob dois pontos de vista um mesmo fato, o preposto fiscal terminou por penalizar duplamente o contribuinte.

Sustenta que, da análise dos papéis de trabalho elaborados pelo autuante, denominados de *“demonstrativo da divergência entre lançamento via fixa no talão e via do contribuinte ou recolhida no trânsito (anexos 01, 02, 03 e 04 relativos à infração nº. 01)”* e de *“Resumo do demonstrativo das remessas excedentes da nota mãe (anexo 10 relativo às infrações 02 e 04)”*, verifica-se que todas as notas fiscais relativas às infrações 2 e 4 estão relacionadas na infração 1.

Entende que tal duplicidade de lançamento não tem razão de ocorrer porque as notas fiscais que embasaram a infração 1 são as mesmas que embasaram as infrações 2 e 4, pois, desse modo, ou não existiu o fato gerador da infração 1, ou não existiu o fato gerador das infrações 2 e 4.

Aduz que, tal assertiva fica clara, como se pode verificar em qualquer nota fiscal constante do anexo 10, a exemplo da Nota Fiscal nº 684, que serve de ilustração, que a 1ª via da Nota Fiscal Mãe, enviada para a COELBA para fins de faturamento, contendo 100 postes no valor total de R\$1.000,00, cuja 3ª via, fixa no talão, que serviu de base para o pagamento do ICMS, contém 10 postes no valor total de R\$100,00.

Assim, concluiu o recorrente que, nesta operação ocorreu o denominado calçamento, constante na infração 1, estando correto o lançamento do crédito tributário ao exigir o ICMS sobre a base de cálculo relativa a 90 postes.

Em seguida, o recorrente aduz que todas as vias das notas fiscais de simples remessas de nºs 1 a 5, relativas à Nota Fiscal Mãe nº 684, totalizam 100 postes, do que concluiu que o equívoco do autuante ocorreu ao comparar a quantidade total das simples remessa de 100 postes com a quantidade total da 3ª via do talão da Nota Fiscal Mãe, contendo 10 postes. Defende que, se o

autuante tivesse observado a 1ª via da Nota Fiscal mãe nº 684, verificaria que o total das simples remessas de 100 postes é a mesma quantidade constante da 1ª via da Nota Fiscal Mãe, objeto da infração 1.

Em síntese, alega o recorrente que ocorreu um único fato gerador do ICMS, ou seja, a omissão do pagamento do imposto sobre a saída de 90 postes e não sobre a saída de 180 postes (90 na infração 1 calçamento e 90 nas infrações 2 e 4 excesso de simples remessa), pois, ocorreu apenas um fato gerador e não dois, cabendo ao CONSEF decidir se deve considerar como correta a imputação da infração 1 ou as imputações 2 e 4.

Salienta que não existe possibilidade de ter ocorrido emissão da nota fiscal de simples remessa com quantidade de postes superior às constantes na 1ª via da nota fiscal mãe destinada à COELBA. Existe sim, emissão de nota fiscal de simples remessa com quantidade superior às constantes da 3ª via da nota fiscal mãe (via fixa do talão), pois, se assim o fizesse, estaria doando à COELBA postes sem ter a contrapartida do pagamento, uma vez que através da nota fiscal mãe é que faturava e recebia.

Reitera que o autuante também se equivoca ao repetir, nos exercícios de 2002 e 2003, os valores exigidos na infração 1, pois tem embasamento nas notas fiscais constantes dos demonstrativos relativos ao Auto de Infração nº 298576.0018/04-6, às fls. 926 a 930 dos autos.

Em resumo, aduz o recorrente que, *“Como se vê, a conduta passível de sanção é uma só, qual seja, A ALTERAÇÃO DE DADOS NA 3ª VIA DO TALÃO. Todos os demais fatos serão conseqüências deste mesmo fato, não se admitindo que seja base para uma infinidade de penas”*. Diante de tais fatos, defende que deve prosperar integralmente a infração 3 e parcialmente a infração 1, excluindo-se os exercícios de 2002 e 2003 por já serem objeto de exigência fiscal anterior, constante do Auto de Infração nº 298576.0018/04-6. Com relação às infrações 2 e 4 devem ser julgadas improcedentes, uma vez que o suposto excesso já está sendo exigido na infração 1 como calçamento, isto é, divergência entre as vias do mesmo documento fiscal.

A PGE/PROFIS, às fls. 990 e 992, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, pois o considera ausentes de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão. Aduz que, compulsando os autos, verifica-se à saciedade que as imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99.

Salienta que deve ser afastada a alegação recursal alusiva a duplicidade de exigência fiscal, pois o núcleo do fato imponível descrito na infração 1 não coincide com o núcleo do Auto de Infração nº 298576.0018/04-6, uma vez que a infração 1 tem como fato gerador a divergência entre as vias das mesmas notas fiscais, já o cerne do Auto de Infração indicado consiste na falta de correspondência entre as notas fiscais de simples remessa e as notas fiscais de vendas/faturamento.

Quanto ao pleito do sujeito passivo de ver declarada a improcedência das infrações 2 e 4, com fundamento na assertiva de que o suposto excesso já está sendo objeto de exigência da infração 1, aduz a PGE/PROFIS que não deverá ser tutelado, porquanto se tratam de infrações nitidamente autônomas e independentes. Sustenta que a simples leitura dos tipos descritos nas infrações 1, 2 e 4, já indica a falta de identidade entre as infrações fiscais, justificando as penalidades distintas.

Em pauta suplementar, em 31/07/08, esta 1ª CJF, diante das alegações recursais, decidiu converter o PAF em diligência para que a ASTEC apurasse se as exigências 2 e 4 já estão contidas, integralmente ou parcialmente, nas diferenças apontadas na primeira infração e se existe identidade de documentos fiscais e duplicidade de exigência entre o Auto de Infração em tela e o Auto de Infração de nº 298576.0018/04-6, como alega o recorrente.

Através do Parecer ASTEC de nº 018/2009, às fls. 998 a 1.000 dos autos, foi informado que o autuado não apresentou os documentos nem os demonstrativos relacionados nas intimações que foram feitas, em 15.09.08; 16.09.08; 16.10.08 e 23.10.08, do que concluiu que:

“Diante da falta de apresentação, nesta diligência, de qualquer demonstrativo ou documento fiscal comprobatório das alegações do autuado, o PAF foi analisado em busca de documentos que pudessem elucidar os fatos, resultando nas seguintes conclusões:

I - as afirmações do autuado de fl. 976 sobre a quantidade de postes constantes na Nota Fiscal de nº 684 não coincidem com os dados constantes na cópia da referida nota fiscal de fl. 373;

II - não foi possível demonstrar que as exigências das infrações 02 e 04 estejam contidas na primeira infração;

III - não foi possível constatar a existência de identidade de documentos fiscais e duplicidade de exigência entre o Auto de Infração em tela e o Auto de Infração de nº. 298576.0018/04-6.”

O sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência, contudo não se manifestou.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação à fl. 1.021 dos autos, em face das provas materiais constantes nos autos e da inércia do contribuinte na apresentação de provas documentais solicitadas pela ASTEC, opina pela manutenção integral dos termos do Parecer exarado às fls. 990 a 992 dos presentes autos.

VOTO

Da análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte verifico que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão da 1ª instância, diante das seguintes considerações:

Preliminarmente, devo ressaltar que o sujeito passivo foi intimado, por preposto da ASTEC, por quatro vezes, a apresentar documentos fiscais e demonstrativos das notas fiscais referentes às suas alegações, contudo manteve-se inerte quanto à solicitação. Determina o artigo 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que *“A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”*.

Sendo assim, diante de tal preceito normativo, se conclui que são impertinentes as alegações do recorrente de que *“Como se vê, a conduta passível de sanção é uma só, qual seja, A ALTERAÇÃO DE DADOS NA 3ª VIA DO TALÃO. Todos os demais fatos serão conseqüências deste mesmo fato, não se admitindo que seja base para uma infinidade de penas”*, como também de que os exercícios de 2002 e 2003 já foram objeto de exigência fiscal anterior, constante do Auto de Infração nº 298576.0018/04-6, uma vez que o próprio sujeito passivo se negou a apresentar a documentação fiscal e a apontar quais notas fiscais são objeto de duplicidade da exigência fiscal, como elemento probatório de suas alegações.

No entanto, independentemente da recusa do contribuinte em apresentar os documentos fiscais para comprovar suas alegações, observo que, conforme foi consignado na Decisão recorrida, inexistente duplicidade de exigência fiscal entre as infrações, pois se tratam de irregularidades distintas, como também inexistente duplicidade de exigência em relação ao Auto de Infração nº. 298576.0018/04-6, visto que:

1. Quanto ao Auto de Infração nº 298576.0018/04-6, às fls. 952 a 955 dos autos, verifico que o mesmo se refere a duas infrações, sendo a primeira relativa à exigência do imposto decorrente da constatação de divergência dos produtos entre as notas fiscais de simples remessas e as de faturamento, no período de 01/2001 a 07/2003, e a segunda infração relativa à exigência do imposto em razão da constatação de saídas com destino à COELBA, a título de simples remessa, em quantidades superiores às faturadas e oferecidas à tributação, no período de 12/2000 a 10/2003.
2. Fazendo-se uma conexão com o presente lançamento, ora sob análise, observo que a exigência relativa à divergência dos produtos entre as notas fiscais de simples remessas e as notas fiscais de venda/faturamento, no presente Auto de Infração de nº 232185.0111/07-5, reporta-se à infração 2, a qual diz respeito ao período de 03/2004 a 10/2006, logo, em consequência, quanto a esta acusação, não há duplicidade de exigência entre os dois Autos de Infração. Já no que diz respeito à exigência relativa às saídas, através de notas fiscais de simples remessas,

em quantidades superiores às faturadas e oferecidas à tributação, no presente lançamento corresponde à infração 4, cujo período fiscalizado é a partir de 12/2003, logo, distinto do período objeto do Auto de Infração anterior. Assim, pode-se afirmar, com segurança, que inexistente duplicidade de exigência entre os dois lançamentos.

3. No tocante à alegação recursal de que todas as notas fiscais relativas às infrações 2 e 4 estão relacionadas na infração 1, ensejando em duplicidade de lançamento, haja vista a existência de um único fato gerador do ICMS, também não há de prosperar, pois, efetivamente, se tratam de irregularidades distintas, visto que, na primeira infração, se exige o imposto sonegado pelo contribuinte em razão da abominável prática do calçamento entre as vias das notas fiscais, cuja exigência se dá através das divergências existentes entre os valores financeiros consignados nas vias do mesmo documento fiscal, consoante demonstrado às fls. 24 a 40 dos autos.
4. Já na segunda infração se exige o imposto pela divergência de produtos nas notas fiscais de simples remessas, sem destaque do ICMS, cujos produtos não constavam da correspondente nota fiscal fatura, sujeita à tributação, o que ensejava na prática de operações tributáveis como não tributáveis, conforme demonstrado às fls. 41 a 44 dos autos.
5. Por fim, inerente à infração 4, a exigência do imposto decorre da constatação de excedentes quantitativos entre as notas fiscais de simples remessas e a correspondente nota fiscal fatura, ensejando, também, na prática de operações tributáveis como não tributáveis, conforme demonstrado às fls. 48 a 261 dos autos.

Logo, tratam-se de fatos-geradores de ICMS distintos, inexistindo, também, a alegada duplicidade de tributação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.0111/07-5, lavrado contra **ROCHA & LEITE LTDA. (PREMOLDADOS ROCHA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.050.939,24**, acrescido das multas de 150% sobre R\$840.131,25 e 60% sobre R\$210.807,99, previstas, respectivamente, no art. 42, V, “c” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$56.849,91**, prevista no art. 42, IX, da referida Lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS