

A. I. N° - 112889.1208/08-0
AUTUADO - PASSARELLA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE COMUBSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RIZÉRIO FILHO
ORIGEM - IFMT/SUL

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0346-02/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. REUTILIZAÇÃO DE NOTA FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. A indicação do veículo na nota fiscal diferente do que efetivamente transportava a mercadoria, bem como as diferença de quantidades apuradas, juntamente com o lapso de tempo entre a emissão da nota e o efetivo transporte, têm o peso suficiente para tornar o documento fiscal inidôneo, ou seja, imprestável para os fins a que se destina. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 12/12/2008, para exigir o ICMS no valor de R\$ 7.284,60, acrescido da multa de 100%, por se tratar de divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, contatada durante a contagem física. Na “Descrição dos Fatos” consta que se referem divergências entre o documento fiscal apresentado (DANFE nº 000.001.6161) e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a conferencia e pesagem dos produtos e veículos, “ficando claramente evidenciado da reutilização do documento fiscal supra, pelos motivos a seguir:”

“1 – o DANFE foi emitido pela base de Jequié, com data de saída de 09/12/2008 e a ação fiscal foi realizada às 23:00 horas do dia 11/12/2008, nesta unidade fiscal de Vitória da Conquista, que fica a apenas 180 km de Jequié.

2 – o veículo que consta do documento fiscal (Placa JMP – 4976), diverge daquele que transporta as mercadorias (Caminhão Tanque Placa JOY-7379).

3 – a quantidade de combustíveis transportada (6.500 ls de gasolina e 5.000 ls de óleo diesel) diverge da quantidade constante no DAFE (5.000 ls de gasolina e 5.000 ls de óleo diesel)”

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 112889.1208/08-0 às fls. 05/06.

O autuado apresentou impugnação, às fls. 27 a 32 dos autos, argüindo que no dia 09/12/2008 ocorreu que a Autuada adquiriu o combustível noticiado no Auto de Infração em mãos da SP Indústria e Distribuidora de Petróleo (doc. anexo por cópia) na base de distribuição de Jequié e, pelo fato da carreta em que encontrava o combustível (a que está especificada na nota fiscal), não entrar em Inhobim, o combustível teve que ser transferido para um carro de porte menor.

Afirma que, quando o fiscal parou o veículo (caminhão tanque, placa JOY – 7379) que transportava o combustível com a referida nota - devido ao porte do caminhão anterior, pediu a nota fiscal, a qual foi apresentada, portanto, este de forma categórica afirmou ser a nota que o motorista portava uma segunda via pelo simples motivo de estar a nota apagada, o que não é verídico, não dando importância aos esclarecimentos que o motorista tentava lhe fornecer.

Afirma, quanto a data da autuação e a ação fiscal que é em decorrência do deslocamento do caminhão tanque para o local aonde o combustível foi transferido, além disso, as estradas estão em péssimas condições, tendo o caminhão antes de sair para pegar a carga passar por um reparo o que ocasionou o lapso de tempo que o Fiscal faz referência.

Aduz que o pagamento do ICMS sobre combustíveis é regido pelo sistema de substituição tributária, onde o contribuinte, no caso a Autuada, é substituído pelo responsável, no caso a distribuidora (SP Indústria e Distribuidora de Petróleo), que retém no ato da compra os valores correspondentes à exação e o recolhe ao erário, sob a rubrica da ocorrência presumida do fato gerador, segundo melhor doutrina a respeito.

Entende que fulmina o presente AI que a existência de documento fiscal idôneo, que ora se traz à colação por cópia, que foi apresentado no ato da lavratura do AI, assim como retida, por achar equivocadamente que se trata de segunda via.

Considera necessária a revisão e perícia contábil da indigitada ação fiscal levada a termo, com a sua total improcedência.

Invoca o Princípio da Legalidade para amparar os argumentos de que o Auditor Fiscal autuante não está habilitado a efetuar perícia contábil.

Argumenta que o advento da Lei 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, dado a nova realidade econômica atualmente reinante no país.

Considera a multa de 100% confiscatória, trazendo doutrina de Sacha Calmon para amparar seu entendimento.

O autuante, às fls. 35 a 39, apresenta a informação fiscal, rebatendo as argüições do autuado, quanto à competência dos Auditores Fiscais para as auditorias contábeis, indicando o art. 107, §1º do Código Tributário do Estado da Bahia.

Afirma que identificou um volume de gasolina 1.500 litros, maior do que o constante no documento fiscal, não havendo como argumentar em favor do erro, pois este excedente não teria sido carregado na distribuidora por engano, vez que ninguém iria colocar este excesso de produto no veículo em favor da autuada.

Considera esdrúxula a justificativa de troca de veículo com base no fato de que o posto de combustível esta localizado numa cidade em que a carreta não tem acesso. Entende que se o contribuinte esta estabelecido no local, indaga: então não saberia desta condição do posto? Precisaria carregar uma carreta para, depois de dois dias, passar o combustível para um caminhão que tivesse acesso ao destino?

Considera não haver prova de que houve recolhimento do imposto através do regime de substituição tributária, vez que a não tributação nas operações subsequentes ocorre após o recolhimento do imposto através desse regime.

Invoca o art. 167 do RPAF par alega a impossibilidade da redução ou cancelamento da multa aplicada.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnando, traz a exigência do ICMS, por ter o autuante apurado divergência entre o documento fiscal e as mercadorias nela discriminadas, constatada durante a contagem física. Explica o autuante, na “Descrição dos Fatos”, que apurou divergências entre o documento fiscal apresentado (DANFE nº 000.001.6161) e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a conferencia e pesagem dos produtos e veículo, “ficando claramente evidenciada a reutilização do documento fiscal supra”.

Quanto ao argumento de que foi violado o Princípio da Legalidade vez que Auditor Fiscal autuante não está habilitado a efetuar perícia contábil, observo que o autuante é Auditor Fiscal do Estado da Bahia, competindo ao mesmo, nos termos da Legislação Estadual vigente, o

lançamento do crédito tributário, não havendo nenhum elemento trazido aos autos que demonstre ser, o referido auditor, incompetente para lavrar o presente Auto de Infração.

No que tange aos argumentos de que o advento da Lei 9.298/96, a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, bem como a multa de 100% é confiscatória, saliento que alegações de constitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Além do mais, a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Considero dentre os elementos trazido aos autos, os de maiores densidades, argüidos pelo autuante, para se considerar a nota fiscal inidônea, o de que o veículo consignado na nota fiscal em lume, não corresponde ao veículo que efetivamente transportava as mercadorias, bem como a diferença de quantidades, especificamente, em relação à gasolina entre a nota fiscal e as quantidades efetivamente apuradas no transporte das mercadorias.

Verifico, quanto à questão fática e de direito material em questão, que a indicação do veículo na nota fiscal diferente do que efetivamente transportava a mercadoria, bem como as diferenças de quantidades apuradas, juntamente com o lapso de tempo entre a emissão da nota e o efetivo transporte, têm o peso suficiente para tornar o documento fiscal inidôneo, ou seja, imprestável para os fins a que se destina.

Diante dos elementos trazidos aos autos, cabe a inidoneidade ao documento fiscal para acobertar as mercadorias em questão, bem como não há provas de que as mercadorias em questão tiveram o imposto pago por antecipação tributária, conforme alega o autuado, não havendo como elidir a exigência apenas por estar as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **112889.1208/08-0**, lavrado contra **PASSARELLA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE COMUBSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.284,60**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR