

PROCESSO - A. I. Nº 112889.1208/08-0
RECORRENTE - PASSARELA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (AUTO POSTO PASSARELA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0346-02/09
ORIGEM - IFMT – DAT//SUL
INTERNET - 15/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0432-11/10

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 a 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0346-02/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias, para imputar ao sujeito passivo o trânsito de mercadorias com divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Na “Descrição dos Fatos” consta que se referem a divergências entre o documento fiscal apresentado (DANFE nº 000.001.6161) e as mercadorias discriminadas, constatada durante a conferência 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, ainda, às fls. 05/06., o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 112889.1208/08-0.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF – fls. 52 a 54 – inicialmente rechaçou o argumento defensivo de que foi violado o princípio da legalidade, pois o autuante não estaria habilitado a efetuar perícia contábil, asseverando que o autuante é Auditor Fiscal do Estado da Bahia, competindo ao mesmo, nos termos da legislação estadual vigente, o lançamento do crédito tributário. Ainda em preliminar ressaltou que as alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, não podem ser apreciadas por este órgão, que não detém competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributária estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Ressaltou, ainda, que a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste, 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 e que, citando Mizabel Derzi, o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos, não se podendo abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

No mérito, de logo observou que, dentre os elementos trazidos aos autos, os de maiores densidades arguidos pelo autuante para se considerar a nota fiscal inidônea, é o de que o veículo consignado na nota fiscal objeto da autuação 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.

Arguiu que, 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.

Aduziu que 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 tais mercadorias tiveram o imposto pago por antecipação tributária, conforme alega o autuado, não havendo como elidir a exigência apenas por estarem as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, concluindo pela Procedência da exigência fiscal.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 70 a 75 - onde requer o cancelamento e o consequente arquivamento do Auto de Infração epigrafado, repetindo os mesmos argumentos defensivos.

Alega, em preliminar, que o lançamento de ofício está eivado de vícios e irregularidades; que o fiscal autuante não tem competência para autuar, sendo, assim, nula a exigência fiscal, a teor do art. 18, I, do RPAF, visto que, para o exercício de tarefas de auditoria ou perícia contábil, a lei reservou para os profissionais de contabilidade de nível superior, legalmente inscritos junto ao Conselho Regional de Contabilidade, não podendo o agente de fiscalização inabilitado no C.R.C. na categoria de contador, lavrar autos de infração, notificações fiscais ou de lançamentos de tributos ou contribuições, como ocorre no caso em tela, citando decisões do STF – Supremo Tribunal Federal – que entende corroborar sua tese, e o Decreto nº 70.235/72 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

Alega ser confiscatória a multa aplicada e que, com o advento da Lei nº 298/96 a multa por inadimplemento no Brasil passou para o máximo de 2%. Assevera que o lançamento de ofício consigna correção monetária, acréscimo moratório e multa, fato que entende configurar **“bis in idem”** e enriquecimento ilícito, inaceitáveis em nossa legislação.

No mérito, alega que não foi realizado um completo trabalho de fiscalização, já que o autuante, de forma superficial e precipitada, preferiu lançar mão de critérios subjetivos e arbitrários a encerrar a realidade fática. Alega que na sua atividade de revendedora de combustíveis, tem praticamente como único e exclusivo fornecedor a multinacional SP Indústria e Distribuidora de Petróleo Ltda., que goza de prestígio fiscal dada a sua idoneidade empresarial, não se admitindo pensar que poderia ela fornecer seus produtos com segunda via ou cópias de notas fiscais.

Alega que no dia 09/12/2008 adquiriu o combustível em mãos da SP Indústria e Distribuidora de Petróleo 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 Inhobir transferido para um carro de porte menor. Que *“o fiscal parou o veículo JOY – 7379) que transportava o combustível com a referida nota*

nhão 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.”

Aduz que a data da autuação é divergente da data que consta na nota fiscal, em decorrência do deslocamento do caminhão tanque para o local aonde o combustível foi transferido, e que o caminhão antes de sair para pegar a carga passou por um reparo, o que ocasionou o lapso de tempo em referência, não tendo o autuado em tempo algum adquirido produtos desacompanhados das respectivas notas fiscais.

Alega, ainda, que o pagamento do ICMS sobre combustíveis é regido pelo sistema de substituição tributária, sendo o contribuinte substituído pelo responsável, no caso a distribuidora SP Indústria e Distribuidora de Petróleo – *“que retém no ato da compra os valores correspondentes a exação e o recolhe ao erário, sob a rubrica da ocorrência presumida do fato gerador”*.

Afirma que, mesmo que não existisse nota fiscal, não se estaria diante de descumprimento da obrigação tributária principal, assim como de infração à obrigação tributária acessória, pois a nota fiscal foi fornecida ao Fiscal, o que fulmina o presente Auto de Infração, pela existência de documento fiscal idôneo, que foi apresentado no ato da sua lavratura e tendo sido retida.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 78 a 81, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente colocando que a perícia requerida deve ser indeferida, pois o pedido não vem acompanhado da necessária fundamentação e nem foram formulados os quesitos a serem respondidos. Afasta, ainda, a preliminar de nulidade por incompetência do autuante, asseverando que o art. 42 do RPAF assegura que a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos auditores fiscais, e ainda a alegação de ser confiscatória a multa aplicada, por expressa previsão na Lei nº 7.014/96. No mérito, entende que o recorrente não logra afastar a imputação, sendo a nota fiscal que acompanhava a mercadoria em seu transporte, de fato, inidônea.

VOTO

Em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, como bem frisou a Procuradora que subscreveu o opinativo da douta PGE/PROFIS, as mesmas devem ser de pronto rechaçadas, visto que Auto de Infração foi lavrado em obediência aos ditames legais e regulamentares, não apresentando qualquer vício que o inquene de nulidade, além de inexistir incompetência do servidor autuante, visto que compete ao auditor fiscal efetuar lançamento de ofício, nos termos do RPAF-BA e da Lei nº , que trata da carreira do Auditor Fiscal. Como bem observou a PGE/PROFIS *“...não há exigência na lei tributária para a reserva pretendida pelo recorrente de competência exclusiva de profissionais de contabilidade, inscritos no CRC, mas sim a exigência legal de que sejam funcionários públicos no exercício do cargo de auditor fiscal”*.

Não há ainda que se falar em **“bis in idem”** ou enriquecimento ilícito por parte do Estado, já que a exigência fiscal está amparada nos elementos fáticos acostados aos autos, não havendo prova de pagamento do imposto das mercadorias objeto da autuação, e as multas e demais acréscimos tributários encontram-se previstos na legislação tributária estadual, sobre esta não existindo qualquer pecha de inconstitucionalidade.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente. A exigência fiscal encontra-se devidamente alicerçada nos elementos constantes dos autos. É cristalina a inidoneidade do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE - acostado às fls. 07, pelos seguintes fatos, devidamente descritos no Termo de Apreensão de nº 112889.1208-08-0, que circunstancia a infração praticada: a) lapso de tempo entre a data da saída e a data da ação fiscal; b) divergência da placa do veículo constante da nota fiscal e c) divergência da placa do veículo constante da nota fiscal

E, de fato, o DANFE estava datado de 09/12/2008, data de sua emissão em Jequié, e a ação fiscal foi realizada em 11/12/2008, em Vitória da Conquista, que dista de Jequié apenas 180 km, como observou o fiscal autuante. Os argumentos trazidos pelo recorrente para justificar tal lapso de tempo não elidem a autuação, por falta de prova.

Por outro lado, também não consegue o recorrente explicar, com o devido lastro probatório, a divergência no quantitativo de mercadorias constatada pelo fiscal autuante no momento da ação fiscal e o que constava do referido documento. A quantidade de combustível encontrada era de 6.500 litros de gasolina e 5.000 litros de óleo diesel, já no DANFE constava 5.000 litros de gasolina e 5.000 litros de óleo diesel.

Também não logra o contribuinte explicar a divergência de placas, entre a que consta no DANFE e aquela que corresponde ao veículo que transportava as mercadorias objeto da autuação.

Assim, devidamente caracterizada a inidoneidade do documento fiscal que acobertava a circulação da mercadoria, nos termos do art. 209, incisos IV e VI do RICMS-BA, abaixo transcrito:

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

IV - conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudique a clareza;

VI - embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;”

Por fim, devemos ainda consignar que também não merece guarida a alegação do recorrente de que não há imposto a ser exigido, visto que as mercadorias sujeitam-se ao regime de substituição tributária e, portanto, o imposto devido teria sido pago pelo fornecedor, primeiramente porque caracterizada a reutilização do documento fiscal, de fato não houve, em consequência, o pagamento do imposto devido.

Ante o exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

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 **112889.1208/08-0**, lavrado contra **PASSARELA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (AUTO POSTO PASSARELA)**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS