

A. I. Nº - 232282.0701/10-7
AUTUADO - DILVANIO COSTA OLIVEIRA
AUTUANTES - EMERSON PEREIRA PORTELA e OTO SANTOS SILVA JÚNIOR
ORIGEM - IFMT – DA/SUL
INTERNET 08.04.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0060-05/11

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIA APREENDIDA COM NOTA FISCAL ELETRÔNICA EMITIDA PARA ACOBERTAR OUTRA OPERAÇÃO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou provado que o autuado, na condição de transportador inscrito, detinha em seu veículo, mercadoria (etanol hidratado combustível), com cópia de DANFE que não representava espelho de nota fiscal eletrônica emitida e transmitida para tal operação. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/07/2010, lança crédito tributário no valor de R\$ 18.079,64, acrescido de multa de 100%, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, em decorrência da utilização de documento fotocopiado como nota fiscal, sem atendimento às exigências regulamentares.

O Autuado, por seu patrono, apresenta defesa, às fls. 31 a 44, transcreve os termos da infração, aduz que é proprietária do veículo JOK nº7383, que armazenava a mercadoria, diz que firmou contrato de arrendamento com a Empresa Itabuna Sul Transportes Ltda, e que é apenas arrendante do veículo e não o transportador das mercadorias. Transcreve o art. 39 do RICMS/97. Argui ilegitimidade do autuado para responder os termos do Auto de Infração.

Argumenta que os autuantes não observaram o disposto na legislação, nem tiveram o cuidado de analisar o documento fiscal e conferir com a nota fiscal eletrônica na própria SEFAZ – ITABUNA, a fim de verificar a idoneidade do documento. Frisa que o veículo foi encontrado em seu estabelecimento e não no trânsito de mercadorias.

Destaca que não houve irregularidade, transcreve os art. 202 e 209, inciso III, do RICMS/97, diz que não há qualquer equivalência com os dispositivos utilizados para tipificar a infração, que não houve emenda ou rasura no documento fiscal para ensejar a autuação, e que, sequer descreveram a numeração dos lacres contidos no tanque que recepcionavam as mercadorias para comparar com os lacres indicados na NF-e.

Frisa que o DANFE é exigido pelo RICMS/97 para facilitar a consulta da nota fiscal eletrônica, vez que a nota fiscal já foi emitida, servindo o DANFE como documento auxiliar, reproduz o art. 231-H do regulamento citado. Alega que não há muita exigência para impressão do DANFE e que a impressão pode ter sido de má qualidade, porém tinha todos os dados para os autuantes conferir a mercadoria. Reproduz o art. 44 da Lei nº 7.014/96, o qual define que o documento fiscal é considerado inidôneo quando as irregularidades são de tal gravidade que seja imprestável para identificar a mercadoria acobertada. Diz que os autuantes alegaram que o documento fiscal se encontrava em cópia, o que não é irregularidade, já que o próprio regulamento exige somente que o DANFE seja impresso, não havendo qualquer exigência adicional. Com relação aos lacres no DANFE apresentados constavam os números de todos os lacres.

Registra que não estão demonstradas a base de cálculo e a alíquota aplicada, requer nulidade do procedimento fiscal, transcreve os artigos 48 e 50 do Decreto Lei nº 46.674 de 09/04/2004. Consigna que o preço da mercadoria constante do DANFE é de R\$ 40.917,09 contra o valor de R\$ 95.156,00, utilizado do Auto de Infração, aduz que não há qualquer referência sobre o dispositivo aplicado. Reproduz os artigos 19 e 39 do RPAF/BA.

Enfatiza que nasce a obrigação tributária quando há a subsunção do fato à norma, ou seja, quando há fato imponível, pois todo processo administrativo fiscal deve ser pautado na mais extrema observância da aplicação do princípio da ampla defesa, que deságua na busca da verdade material. Transcreve lições de doutrinadores que tratam sobre a verdade material e da aplicação da ampla defesa.

Argumenta que a vedação ao confisco decorre da Constituição Federal, transcreve o seu art.150, para dizer que o confisco deve ser entendido como violação ao direito de propriedade, transcreve lições de Aliomar Baleeiro e Antonio Carraza, tratando do tema e de Ives Gandra sobre a limitação para a imposição de penalidades pecuniárias, além de diversas decisões de tribunais que tratam dos mencionados temas.

Protesta por todos os meios de provas permitidos pela legislação, requerendo que seja determinado novo levantamento quantitativo de estoque por fiscal estranho ao feito, com acompanhamento de seu representante.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls.67 a 74, transcreve as alegações defensivas, aduzem que a ação fiscal que originou o auto de infração foi realizada pela UMC/Jequié, após denúncia efetuada à Inspetoria de que havia vários veículos carregados com combustíveis líquidos em uma garagem localizada no Bairro Cidade Nova, Município de Jequié.

Nessa ação foram encontrados na garagem denunciada, 3 veículos carregados com álcool, sendo que dois estavam com documentação regular e foram liberados. O terceiro veículo é o que resultou nesse PAF, pelo fato de ter sido apresentada fotocópia do DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) com data de emissão e data de saída do dia 25/06/2010, a qual integra às fls 8 do PAF, e tinha como objetivo, a reutilização da nota fiscal eletrônica, através da reprodução de fotocópias, diz que assim se consegue transportar várias vezes o produto, no caso, álcool etílico combustível, efetuando várias operações comerciais com a mesma nota fiscal eletrônica, dando a impressão de regularidade.

Lembra que os DANFE são de emissão obrigatória e devem acompanhar as mercadorias no trânsito, e que tais documentos servem para indicar qual nota fiscal eletrônica se refere aquela mercadoria em trânsito; são utilizados para efetuar o registro de passagens pelos Postos Fiscais, através do código de barra (com leitor óptico) ou 44 numerais (com digitação), constantes no referido documento. Informa que o sistema de nota fiscal eletrônica recusa 2 registros de passagem no mesmo Posto, ou Unidade Fiscal para a mesma nota fiscal eletrônica. Outra informação é que os Agentes Fiscais da Bahia e de outros Estados, adotam o procedimento de carimbar o DANFE, inibindo a reutilização desse mesmo DANFE, daí a justificativa para se fotocopiar o mesmo.

Esclarece que com relação a obtenção da base de cálculo e o cálculo do ICMS devido, foi efetuado, de acordo com o previsto no inciso VIII do art. 512 -B do RICMS/BA, que transcreve, onde determina que nas operações com AEHC deve utilizar o preço médio ponderado a consumidor final estabelecido no Ato COTEPE/PMPF nº 12 de 22 de junho de 2010, estabelece para o Estado da Bahia, o valor de R\$ 2,00 por litro de álcool, valor este que vem sendo renovado há mais de 1 ano e que o Autuado e todos aqueles que comercializam combustíveis conhecem. Aduz que foi elaborada planilha demonstrando a forma de obtenção da base de cálculo e do ICMS, o qual se resume em multiplicar o volume de AEHC em litros vezes R\$ 2,00, se obtendo a base de cálculo e em seguida multiplicando este valor por 19% (17% da alíquota + 2% do adicional fundo

de pobreza) resultando no ICMS devido.

Reproduz os art. 123, 124, do CTN e o art. 6º, III da Lei nº 7.014/96 que tratam da responsabilidade por solidariedade, para dizer que é totalmente descabida a alegação de ilegitimidade passiva.

Quanto ao DANFE apresentado e retido na ação fiscal (fl.8), há de verificar que o mesmo possui carimbo e assinaturas de forma xerográfica e não originais.

Lembra que a obrigatoriedade do DANFE está explicitada no art. 231-H do RICMS/96 e admitida pelo próprio autuado em sua defesa. Diz que no §3º do artigo acima referido, está previsto que quando a legislação tributária exigir a utilização de vias adicionais, o contribuinte deverá imprimir o número de cópias para cumprir a respectiva norma, diz, que assim, fica claro que deve ser impressa apenas uma cópia, exceto se a legislação determinar situação específica, e que as vias devem ser originais e não cópias reprográficas, muito menos cópia de DANFE transitado.

Enfatiza que quanto ao documento fiscal ser considerado inidôneo, o artigo 209 do RICMS/97, reproduzido, indica tais situações. Aduz que o documento apresentado, foi fotocópia de um DANFE, e que o torna inidôneo, já que foi apresentado para acobertar outra operação comercial e não a primeira já circulada no dia 25 de junho, a qual certamente transitou com o DANFE original.

Apresenta o seguinte questionamento: se o destinatário documental seria a Empresa PETRÓLEO DO VALLE LTDA, situada em Feira de Santana, por que esse veículo carregado estaria “guardado” em garagem no Município de Jequié ao ponto de vizinhos denunciarem para a SEFAZ, onde estava o DANFE original que não foi apresentado nem após o início da ação fiscal? Ressalta que a inidoneidade do documento apresentado decorre de previsão do Art. 209, do RICMS/97, que transcreve.

Salienta que em relação às legislações e doutrinas citadas, a ação fiscal foi executada dentro da estrita legalidade, com a aplicação do RICMS/97 e demais normas deste imposto.

Destaca que elaborou planilha demonstrativa da base de cálculo e do ICMS, e solicitou que cópia da planilha fosse entregue ao autuado, mediante recibo, concedendo o prazo de 10 dias para manifestação.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi intimado à fl.85, para receber cópia da planilha elaborada pelos autuantes e para tomar ciência da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quiser.

Em manifestação, à fl.91 o autuado reitera todos os fundamentos defensivos, diz que a planilha apresentada pelos autuantes, ainda não demonstrou qual foi a alíquota utilizada para lavrar o auto de infração, muito menos a multa aplicada para chegar o valor encontrado.

Ademais, não demonstrou o valor total do débito, apenas acrescentando o valor de pauta do álcool, sem demonstrar inclusive a base legal utilizada para se chegar ao valor encontrado, por esse motivo impugna a planilha apresentada, requerendo a nulidade da infração.

VOTO

A princípio, não acolho as nulidades arguidas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em total observância das disposições do Regulamento Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, inexiste a ilegitimidade arguida, restou provado que o autuado é o sujeito passivo da relação processual. Verifico que a planilha de cálculo demonstrando como se chegou à base de cálculo, a indicação da alíquota aplicada e o valor do imposto apurado foi anexada ao PAF e entregue ao contribuinte, foi aberto prazo de manifestação e o sujeito passivo se pronunciou. Foi observado o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças processuais necessárias à elaboração de sua defesa, além de terem sido obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito

tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA. Inexistindo qualquer víncio ou falha que o inquise de nulidade. Ficando assim rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas.

Quanto à argumentação de que o imposto e a multa são confiscatórios e exorbitantes, e de que contraria o princípio da capacidade contributiva, realço que os mesmos foram corretamente aplicados, estando previstos na Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de diligência indefiro, tendo em vista que o contribuinte recebeu cópia da planilha de cálculo do imposto apurado, não carreou aos autos documentos, levantamentos e demonstrativos apontando as inconsistências passíveis de se fundamentar o encaminhamento do PAF em diligência ou revisão, por outro lado existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento, à vista das provas já produzidas, de acordo com do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99.

O Auto de Infração versa sobre a utilização de documento fotocopiado como nota fiscal sem atendimento às exigências regulamentares, cujo documento foi apreendido juntamente com a quantidade de 47.578 litros de álcool hidratado que se encontrava no veículo placa policial JOK 7383, conforme Termo de Apreensão anexo.

O autuado rechaçou a acusação, na defesa, reconheceu que é efetivamente o proprietário do veículo citado acima, que transportava a quantidade de 47.578 litros de álcool hidratado, mas negou ser o transportador, com a alegação de que em decorrência de contrato de arrendamento firmado com a empresa Itabuna Sul Transportes Ltda., no momento da apreensão o seu veículo se encontrava sob a responsabilidade da mencionada transportadora, que por sua vez, mantém contrato de transporte terrestre com a Petróleo do Vale Ltda.

Alegou ainda, que os autuantes não conferiram a NF-e na Inspetoria, para verificar a idoneidade do documento, e que o local onde se encontrava o veículo é a sede do autuado. Destacou que o veículo não se encontrava em trânsito, mas em seu próprio estabelecimento. Disse que os autuantes sequer descreveram a numeração dos lacres contidos no tanque que recepcionava as mercadorias, para comparar com a NF-e, com o DANFE apresentado no momento da fiscalização.

Observa-se que no ato da apreensão da mercadoria, no dia 01/07/2010, foi apresentada à fiscalização, cópia do DANFE nº 8378, sem conter no campo de “numeração de lacre” os números dos lacres correspondentes da mercadoria apreendida (álcool hidratado). Na defesa, o autuado juntou DANFE com o mesmo número da cópia do DANFE que acompanhava a mercadoria apreendida. Contudo, aquele contém os números de diversos lacres que não estão discriminados na cópia do documento apresentado e apreendido no momento da ação fiscal.

Verifico que ao contrário do que alegou o autuado, os autuantes juntaram à fl.13 o comprovante de transmissão da Nota Fiscal Eletrônica nº4016379, indicando que a mencionada nota fiscal eletrônica foi emitida e transmitida no dia 25/06/2010, tendo como emitente a DASA – Destilaria de Álcool Serra dos Amores S.A., localizada em Minas Gerais, e como destinatário a Petróleo do Vale Ltda., localizada no município de Feira de Santana, no estado da Bahia, sendo o transportador a Itabuna Sul Transportes Ltda, citando dentre outras, a placa do veículo do autuado. Pelas provas carreadas aos autos, não resta dúvida de que a mercadoria consignada na Nota Fiscal Eletrônica nº 8378 espelhada no citado DANF, fora adquirida pela empresa Petróleo do Valle Ltda., situada no município de Feira de Santana, em data bem anterior à da apreensão.

Entretanto, no momento da ação fiscal, que se iniciou no dia 30/06/11, consoante documento à fl. 06 (Termo de Ocorrência) e se finalizou no dia seguinte, 01/07/2011 (Termo de Apreensão e Auto de Infração), não havia nota fiscal eletrônica transmitida acobertando a mercadoria apreendida, consoante verificou a fiscalização. A numeração da cópia do DANFE apresentado na constância da ação fiscal, coincide com a mesma numeração da Nota Fiscal Eletrônica nº 8378, emitida e transmitida pela DASA – Destilaria de Álcool Serra dos Amores S.A., cuja destinatária fora a

Petróleo do Vale Ltda., localizada em Feira de Santana e transportada por Itabuna Sul Transportes Ltda.. Deixando claro que a mercadoria apreendida se refere à outra operação.

Diante do exposto, restou provado que o autuado na condição transportador inscrito, sob o nº 23.575.530, detinha em seu veículo placa policial JOK nº7383, em seu estabelecimento, a quantidade de 47.578 litros de etanol hidratado combustível, com cópia de DANFE que não representava espelho de nota fiscal eletrônica emitida e transmitida para tal operação. Posto que a Nota Fiscal Eletrônica nº 8378, espelhada na cópia do DANFE apresentado à fiscalização no ato da ação fiscal, pelo que consta dos autos, serviu para comprovar a circulação de mercadoria decorrente de outra operação.

Observo que para o cálculo do ICMS por antecipação tributária o autuante utilizou corretamente, o preço médio ponderado a consumidor final, insculpido no Ato COTEPE /PMPF nº12, de 22 de junho de 2010 e a alíquota de 19%, prevista no art. 51-A, inciso I do RICMS/97, consoante demonstrativo à fl.77, do qual o autuado recebeu cópia e se manifestou.

Ressalto que, conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório que, necessariamente, teria que dispor, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que, à luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 232282.0701/10-7, lavrado contra **DILVANIO COSTA OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.079,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR