

PROCESSO - A. I. Nº - 232282.0701/10-7
RECORRENTE - DILVÂNIO COSTA OLIVEIRA (DILTRANS COMÉRCIO E TRANSPORTES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF Nº 0060-05/11
ORIGEM –
INTERNET - IFMT-DAT/SUL
- 31.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0422-13/13

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 recorrente detinha em seu poder 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração, referente à exigência do imposto no valor R\$18.079,64, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte infração: “*Utilização de documento fotocopiado como Nota Fiscal sem atendimento às exigências regulamentares*”.

Na descrição dos fatos, o ilustre autuante consignou o seguinte:

“Em data, hora e local acima mencionados, onde me encontrava no exercício de minhas funções fiscalizadoras, detectei a(s) seguinte(s) irregularidade:

Mercadorias transitando através de veículo de Placa Policial JOK 7383, com utilização de documento fotocopiado do Danfe, sem atendimento, portanto, as exigências legais expressas no RICMS. Foi observado também, na oportunidade, a ausência, na referida fotocópia, dos documentos dos lacres existentes no tanque do veículo. As mercadorias foram apreendidas, juntamente com o(s) documentos(s) citado(s), como prova material da infração fiscal nos termos do RICMS/BA”

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 31/44, aduzindo que é proprietário do veículo JOK nº 7383, 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. Assim, argui ilegitimidade para responder os termos do Auto de Infração.

Argumenta também 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 arts. 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 nos 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 impositivo, 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.

Finalizada a instrução processual, a JJF promoveu o julgamento do presente caso e reconheceu a procedência da infração em razão do seguinte:

“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, inexistindo 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 vício ou falha que o inquine 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 carrou 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 o 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.”

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 137/144, reiterando os mesmos argumentos aduzidos em sede de impugnação.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS emitiu o parecer de fls. 171/173, da lavra do Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, que opinou pelo não provimento do recurso, aduzindo que a preliminar de nulidade não se sustenta pelo fato de que a empresa autuada era a detentora da mercadoria no momento da apreensão e que, no tocante à preliminar de nulidade do erro na determinação da base de cálculo, entende não poder ser acolhida por inexistir qualquer equívoco, já que o autuante observou corretamente as regras contidas no art. 512-A, inciso VIII do RICMS/97.

No mérito, o opinativo da PGE/PROFIS é no sentido de que a situação em análise evidencia a falta de apresentação de documento fiscal, sustentando que a fotocópia não pode ser aceita como tal.

É o relatório

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir o ICMS e multa decorrentes de supostos equívocos constantes na documentação fiscal apresentada pelo contribuinte para acobertar a posse de mercadoria sujeita a tributação.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, pela qual o recorrente sustenta não ser ele o sujeito passivo da obrigação tributária, eis que apenas figura como proprietário e arrendante do veículo onde foi encontrada a aludida mercadoria, deixo de acolhê-la. Entendo que, no caso em tela, independente de ser o autuado proprietário ou não do veículo indicado, é ele detentor da mercadoria, fato confessado em sua impugnação, na medida em que afirma estar o mencionado veículo estacionado em seu estabelecimento.

Tocante à preliminar de nulidade do auto de infração em razão do erro na determinação da base de cálculo e alíquota incidentes, entendo também não haver razão para tal irresignação. É que, conforme demonstrativos de fls. 02 e 77, o autuante observou as regras contidas no art. 512-A, inciso VIII do RICMS, apurando corretamente o valor devido. Em verdade, o equívoco constante no corpo do auto de infração à fl. 01 decorre das limitações próprias do sistema informatizado da SEFAZ, porém tal erro é de natureza meramente formal e não prejudica o exercício do direito de ampla defesa, eis que os demonstrativos anexos esclarecem os parâmetros de cálculo utilizados para chegar ao valor lançado.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito da autuação.

Inicialmente, registro minha discordância, data vênia, com o entendimento sustentado pelos ilustres autuantes, entendimento esse também acolhido pela JJF em primeira instância e pela PGE/PROFIS, pois não vejo qualquer irregularidade pelo simples fato de ter sido apresentado um DANFE em fotocópia.

É cediço que o DANFE, nos termos do art. 231-H do RICMS então vigente, é um documento auxiliar que visa facilitar a consulta da nota fiscal eletrônica. Vejamos:

Art. 231-H. É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE) e do Documento Auxiliar do CT-e (DACTE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos previstos no art. 231-N.

Sendo assim, já que o DANFE não se confunde com a própria nota fiscal, sendo um mero documento auxiliar, não gera qualquer prejuízo à fiscalização, tampouco torna desamparada a mercadoria, pelo simples fato de estar em fotocópia. Afinal, seja diante do DANFE impresso ou de uma simples fotocópia, caberá às autoridades fiscais verificar via sistema o documento principal (nota fiscal) que embasa a referida operação, o que torna irrelevante a imputação de infração apenas pelo fato de estarem as mercadorias acobertadas por DANFE fotocopiado.

Ocorre que, no caso em tela, a autuação não está centrada apenas no fato de ser o DANFE fotocópia, mas sobretudo pela constatação de que o referido documento não indica a numeração de lacre das mercadorias, conforme explicitado na descrição fática consignada pelos autuantes no corpo do auto de infração.

Nesse particular, registro 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” qualquer informação correspondente à mercadoria apreendida (álcool hidratado). Entretanto, anexo à defesa, o contribuinte juntou DANFE com a mesma numeração anteriormente apresentado, porém contendo os números de diversos lacres que não estão discriminados na cópia do documento

apresentado e apreendido no momento da ação fiscal; tal constatação gera suspeita, inclusive, do cometido de eventual fraude pelo sujeito passivo, a fim de eximir-se da autuação.

Demais disso, os autuantes acostaram à fl. 13 o comprovante de transmissão da Nota Fiscal Eletrônica nº 4016379, 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, figurando como transportador a empresa Itabuna Sul Transportes Ltda, citando dentre outras, a placa do veículo do autuado. Tal constatação evidencia que a mercadoria consignada na Nota Fiscal Eletrônica nº 8378 (espelhada no DANFE de fl. 8), fora adquirida pela empresa Petróleo do Valle Ltda. em data bastante anterior à da apreensão, corroborando com a tese do autuante de que a mercadoria apreendida não corresponde àquela indicada no documento fiscal entregue pelo recorrente.

Assim, comungo do entendimento esposado pela JJF no sentido de que o recorrente detinha em seu estabelecimento a quantidade de 47.578 litros de etanol hidratado combustível sem documento fiscal idôneo para justificar tal fato, pois a cópia do DANFE apresentado não correspondia ao espelho de nota fiscal eletrônica emitida e transmitida para tal operação.

Verificada a procedência da autuação, fica prejudicada a análise de inconstitucionalidade da multa aplicada *in casu*, em razão da vedação contida no art. 167, inciso I, do RPAF.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso voluntário para manter a decisão recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **232282.0701/10-7**, lavrado contra **DILVÂNIO COSTA OLIVEIRA (DILTRANS COMÉRCIO E TRANSPORTES)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 14 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LEONARDO BARUCH MIRANDA DE SOUZA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS