

A. I. Nº - 232856.0073/08-9
AUTUADO - POSTO SANTA RITA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ IPIAU
INTERNET - 06.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0313-02/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NULIDADE. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Ocorre que foi exigido o imposto, apurado na planilha às fls. 18 e 21, e consignado no Auto de Infração os valores que seriam devidos por solidariedade, já que se tratava de entradas desacompanhadas de nota fiscal cujas mercadorias se encontram enquadradas no Regime de Substituição Tributária. Infração nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA; **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Foi exigido o imposto devido por solidariedade, quando que na verdade foi calculado e apurada parcela devida por antecipação através do regime de substituição tributária. Infração considerada nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA; **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Foi apurada, conforme consta à fl. 26 dos autos, a falta de registro de entradas de mercadorias e, conforme o demonstrativo, aplicada a multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória. Assim, foi imputado ao autuado a presunção de omissão de saídas por falta de registro de entradas, contudo foi apurado o descumprimento de obrigação acessória por falta de registro das notas fiscais de entradas. Infração nula, com base no art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2008, atribuindo ao autuado as seguintes infrações:

01- falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$197.916,73, multa de 70%;

02 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$102.444,94, multa de 70%;

03- omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$128,16, acrescido da multa de 70%.

O autuado, às fls. 44 e 53, apresentou a impugnação ao lançamento de ofício, ora constituído, arguindo, inicialmente, que as tarefas dos cargos aludidos (fiscais), exigem permanentemente, que o titular exerça tarefas profissionais privativas da auditoria contábil ou da perícia contábil, obviamente que esse titular no cargo de Fiscal, deve ser contador legalmente habilitado no CRC - Órgão fiscalizador da profissão, regulamentada pelas leis federais citadas, sob amparo da CF/88. arts. 5º XIII e 22 XVI.

Entende que o fato do elemento ter sido aprovado em concurso público, sem possuir a habilitação legal necessária ao desempenho de funções e tarefas que exigem, permanentemente e são essenciais à fiscalização, não convalida, nem o habilita ao exercício ilegal da profissão de contador, pois estará infringindo o art. 47 da Lei de contravenções penais em vigor (STF, RTJ 99/77 Ac. nº 3.522 SP 3ª Turma, 5.013; Ac. nº 5.032 BA, 1ª Turma, acórdão estes em vigor, conforme decisão do STF da RTJ 141/166); a incompetência desse fiscal, constitui simultaneamente, o delito de abuso de poder (abuso de autoridade); a admissão desse agente incompetente legalmente no serviço público, mesmo mediante concurso é nula de pleno direito, como estabelece expressamente o art. 4º inciso I da lei federal nº 4.717/65.

Diante do exposto, considera que os atos praticados pelos fiscais ou auditores fiscais com base em trabalhos de auditoria e perícia contábil, serão nulos.

Afirma que, na verdade a autuação, ora impugnada, é uma falácia, pois, o produto da autuada é combustível, produto que no seu todo é regido pelo sistema da substituição tributária. Logo, não existe possibilidade de omitir-se saídas de mercadorias tributáveis, pois, estas (mercadorias) são tributadas na fonte. Portanto, fica, desde já impugnado o item 01 do exercício de 2003, os demonstrativos anexados assim o provam.

De igual forma o item 02 exercício de 2003, foi por ele impugnando, pois, conforme argumenta, jamais fora adquirido mercadorias de terceiros, muito menos desacompanhadas de documentos fiscais, na verdade todo produto adquirido pela autuada é registrado no livro contábil de entrada, bem como devidamente registrado no livro da ANP, observando que este livro é uma exigência da ANP, sob pena de cassar a licença de distribuição de combustível, logo, são totalmente improcedentes os itens 02 e 03 do auto ora impugnado, veja-se os demonstrativos contábeis anexados.

Afirma que, apenas uma simples conferência no demonstrativo acostado ao auto e os ora apresentados pela autuada para certificar-se que o ilustre Auditor equivocou-se na autuação, pois, ocorrendo sem qualquer dúvida, um ledô engano do “*expert*” criando assim situação vexatória à autuada, conforme se comprovará no decorrer dos presentes autos.

Aduz que, por determinação da Portaria nº 116 de 16 de julho de 2000, a qual regulamenta o exercício da atividade de revenda de combustível automotivo no território nacional, exarada pela Agência Nacional de Petróleo, entre outras obrigações, a autuada se submete a: 1 - Fornecer combustível automotivo somente por intermédio de equipamento medidor, denominado bomba abastecedora, aferida e certificada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO ou por empresa por ele credenciada, sendo vendada a entrega no domicílio do consumidor; 2- Manter, no posto revendedor o LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – LMC, escriturado e atualizado, bem como as NOTAS FISCAIS de aquisição de

combustíveis automotivos comercializados; 3- Permitir o livre acesso ao posto, bem como disponibilizar AMOSTRAS DOS COMBUSTÍVEIS comercializados para MONITORAMENTO da qualidade e a DOCUMENTAÇÃO relativa à atividade de revenda de combustível para FUNCIONÁRIOS DA ANP e de instituições por ela credenciada.

Salienta que a norma citada é cumprida de forma rotineira, na periodicidade quinzenal, para monitoramento por parte da ANP, e no caso do INMETRO, sempre que recebe a visita do instituto a autuada se obriga a aferir as bombas abastecedoras com medidor de capacidade fixa de até 20 litros para cada bomba, ressaltando a existência de 6 (seis) bombas, sendo 3 (três) óleo diesel, 2 (duas) gasolina e 1 (uma) de álcool, no estabelecimento da autuada.

Dessa forma, afirma que, em média saem 120 litros semanais das bombas que retornam de imediato à aferição do tanque subterrâneo de estocagem e que pela razão lógica (aferição) o fisco deveria anular as citadas saídas, de no mínimo 4320 litros de combustíveis ao ano, bem assim, considerar a taxa de evaporação do produto que representa 0,5%.

Entende que a robustez das premissas aqui levantadas, passa a ser incontestável, ao utilizar a autora do normativo constante no §2º do art. 11 da Portaria n. 116/2000 da ANP em que se obriga a manter placas da marca comercial do distribuidor e, adquirir produtos destes, Shell Brasil S/A, Chebabe Distribuidora de Petróleo Ltda., Larco Com. Prod. Petróleo Ltda., e Total Distribuidora de Petróleo Ltda.

Conclui pela anulação do lançamento fiscal torna-se imperativo, visto que não ocorreu qualquer prática de sonegação fiscal, bem como qualquer prejuízo ao erário, sendo verificado o equívoco do fisco na lavratura do auto que se pretende anular, lembrando sempre de destacar que a autuada se obriga mediante as normas da ANP apenas a adquirir produtos cuja marca está estampada em placa afixada no estabelecimento comercial.

Pede revisão da ação fiscal, em hipótese de se não aceitar os argumentos acima expostos e amparados pelos demonstrativos que instruem a defesa, principalmente os valores atinentes às notas fiscais de números 6.391 de 07.03.2003; 6.411 de 10.03.2003; 6.594 de 31.03.2003; 7.070 de 22.04.2003; 6.956 de 16.05.2003 e 8.587 de 27.11.2003 que não estão registrados na escrita contábil, e que por certo estarão no Sintegra, a autuada protesta pela realização de revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, indicando para assistente o SR. JOSÉ ROBERTO BORGES, brasileiro, casado, contador, residente nesta Cidade.

Quanto às multas, consigna que o advento da Lei nº 9.298/96, cujo art. 1º veio alterar a redação do art. 52 da Lei de defesa do Consumidor e limitar a multa de mora por inadimplemento em dois por cento do valor da prestação, deu novo alento a uma discussão que, por indiferença da doutrina ou por conformismo dos contribuintes, foi sempre relegada a segundo plano. Trata-se do problema das multas tributárias, cuja incidência - seja por virtude do inadimplemento ou configuração objetiva de infração fiscal o onera a obrigação principal com valores que atingem até 300% da soma inicial.

Alega que as multas não são proporcionais, o que, no final das contas, faz determinar a sua própria inaplicabilidade. Argumenta que de a desproporção com que, principalmente nos últimos tempos, as multas fiscais se vem impondo sobre o patrimônio dos contribuintes, quanto como meio concreto para fixar limites a tantas previsões que, apesar de legais, se manifestam - como se quis demonstrar - francamente ilegítimas.

O autuante, às fls. 62 e 63, apresenta a informação fiscal arguindo, quanto à incompetência para efetuar trabalhos de auditoria contábil ou perícia contábil, que consta na legislação tributária material e instrumental do Estado autorização para efetuar o lançamento, que exige os levantamentos ora efetuados.

Quanto às notas apontadas afirma que não foram apresentadas e não constam nos livros de entradas, na medida em que utilizou em seu levantamento tal livro. Afirma que o autuado não

entrou no conteúdo do trabalho por ele efetuado, não contestando as planilhas e valores nela consignados.

Assim, mantém a autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para imputar as infrações a seguir resumidamente reproduzidas: Infração 01- falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício; Infração 02 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado; Infração 03- omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Verifico, que o autuante com base no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo à infração 01, atribuiu ao sujeito passivo falta de recolhimento do ICMS constatado através de omissões de entradas que resultaram na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Ocorre que o autuante apurou na planilha, as fls. 18 e 21, o imposto devido por solidariedade consignando no Auto de Infração os valores que seriam devidos por solidariedade e não por presunção como foi exigido, já que se tratava de entradas desacompanhadas de nota fiscal, cujas mercadorias se encontram enquadradas no Regime de Substituição Tributária.

Não há como sanar o aludido vício, pois são infrações de natureza distintas, na medida em que uma trata de responsabilidade solidária e outra de uma presunção prevista no § 4º da Lei 7014/96, efeitos jurídico-tributários distintos.

Não cabe aplicar a presunção no caso de omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois, nesse caso, se exige o imposto devido por solidariedade, pela aquisição de mercadorias sem nota fiscal e é exigido o imposto devido por substituição tributária, não cabendo a aludida presunção.

Melhor acerto não houve em relação à infração 02, visto que exigiu os valores devidos por solidariedade, quando na verdade seria parcela devida por antecipação através do regime de substituição tributária.

Não há, da mesma forma, como corrigir o vício, na medida em que são infrações de natureza distintas, pois o imposto devido por solidariedade, como já alinhado, não se confunde com o imposto apurado através do regime de substituição tributária, tendo em vista que, além de se tratar de sujeitos passivos de espécies diferentes, repercutem tributariamente de forma diversa, bem como tem forma de apuração do montante devido distintos.

A infração 03, trata de uma presunção de omissão de saídas, tendo em vista a apuração de omissões de entradas de mercadorias. No presente caso, foi apurada, conforme consta à fl. 26 dos autos, a falta de registro de entradas de mercadorias e, conforme o demonstrativo, aplicada à multa de 1% por descumprimento de obrigação acessória. Assim, foi imputado ao autuado a presunção de omissão de saídas por falta de registro de entradas, contudo foi apurado o descumprimento de obrigação acessória por falta de registro das notas fiscais de entradas.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 03, no mesmo feixe argumentativo, são nulas de pleno direito, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Represento a Autoridade Fiscal, da Inspeção de origem, para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **232856.0073/08-9**, lavrado contra **POSTO SANTA RITA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR