

A. I. N° - 088502.0042/03-5  
AUTUADO - AUTO POSTO PARATY LTDA.  
AUTUANTES - ANTÔNIO ANÍBAL B. TINOCO, DIMAS A. MARINHO e EDVALDO R. DE NOVAES  
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI  
INTERNET - 16.06.04

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0180-02/04**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição dos fatos e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à presunção legal de omissão de saídas anteriores e, em consequência, da falta de antecipação tributária de produtos combustíveis, apurados através de levantamento quantitativo de estoques, ao passo que a matéria fática é de falta de recolhimento do ICMS, por responsabilidade solidária ao fornecedor, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, em consequência, da falta de antecipação tributária. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Auto de Infração, lavrado em 16/09/03, exige o valor de R\$17.656,11, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2002, sendo R\$13.407,33 decorrente da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, e R\$4.248,78 decorrente da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, em razão da omissão de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, conforme documentos às fls. 6 a 61 dos autos (infrações 01 e 02).

O sujeito passivo, às fls. 70, 74 e 86 dos autos, requer a devolução da sua documentação que serviu de base a lavratura do Auto de Infração e devolução do prazo para apresentação de defesa.

O Autuante, Antônio Aníbal Bastos Tinôco, à fl. 82, informa que lhe foram entregues apenas os Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), cujos dados foram emitidos e armazenados em computador, e as xerocópias dos demais documentos, do que entende que não deve prosperar a intenção do autuado, pois sua documentação nunca saiu do escritório da sua contadora.

À fl. 89 do PAF, considerando a ausência nos autos de recibo de entrega dos livros e documentos fiscais utilizados na ação fiscal, o Inspetor da INFRAZ Guanambi determinou que todas as peças do processo fossem reproduzidas (fls. 01 a 61) e entregues, mediante recibo, aos responsáveis legais da empresa, reabrindo-se o prazo de defesa, assegurando ao contribuinte o direito à defesa prevista no art. 123 do RPAF/99.

Às fls. 91 a 101 dos autos, o autuado apresenta suas razões de defesa, onde preliminarmente aduz que a obrigação tributária principal é das empresas vendedoras do produto, “álcool carburante”, que têm o dever de pagar o imposto devido nas operações realizadas, restando ao autuado a obrigação acessória de registrar todos os documentos fiscais, o que ocorreu. Também suscita que não se cogita a cobrança do ICMS pelo instituto da presunção legal, que por si só não sustenta a autuação, por serem meras alegações, exigindo-se a presença de outras provas, não produzidas pelos autuantes. Assim, pede o julgamento antecipado do Auto de Infração, determinando o seu arquivamento.

No mérito, aduz que as infrações estão sustentadas nos mesmos argumentos utilizados para levantamento de estoque fechado, ou seja, falta de contabilização de entradas de mercadorias e saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, diante da presunção de que os pagamentos dessas entradas ocorreram com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias, o que não se pode afirmar sem que antes faça auditoria da conta Caixa ou Banco. Assim, defende que a presunção legal não passa de conjecturas de um suposto ato ilícito, que para materializar-se cabe ao autuante apurar e fazer sancionar. Cita doutrina a respeito.

Salienta que todas as aquisições do produto “álcool carburante” foram precedidas de documentos fiscais idôneos devidamente registrados nos livros fiscais e contábeis, assim como emitiu notas fiscais de saídas, devidamente registradas nas suas escritas, cumprindo os dispositivos, 201, inciso I, 218, 322, 323 e 331, todos do RICMS, tidos como infringidos, não se aplicando os artigos 124, I e 371, I, “a”, já que o recolhimento do imposto é das distribuidoras do produto.

Em seguida, aduz que de fato ocorreu foi um defeito mecânico na bomba, no período fiscalizado, onde foi acumulada a quantidade de 30.000 litros de álcool, conforme documento à fl. 102 do PAF, ocorrendo uma saída indevida em igual quantidade, pois as saídas de “álcool carburante” do mês de novembro/02 foram apenas de 4.877,28, consoante documento de fl. 59 dos autos.

Invoca os princípios da razoabilidade e da verdade real, ressaltando sua condição de empresa de pequeno porte, a qual não comporta a saída de 34.877,50 litros de álcool em apenas um mês, o que inviabiliza a presunção legal para a cobrança.

Por fim, requer a acolhida da preliminar argüida ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 106 e 107 do PAF, ressalta que o autuado mantinha os Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC) bem a salvo no seu computador, não sendo portanto este o motivo da sua alegação inicial, e sim, a procura de algo em que pudesse se sustentar para tentar camuflar as vendas de álcool que efetuou, sem que possuísse notas fiscais de entrada para acobertar tal quantidade em seus tanques. Assim, foi em busca da declaração emitida por um técnico para tentar descharacterizar a ação fiscal, cuja ingerência nos encerrantes das bombas de combustíveis só pode ser efetivada por técnico autorizado pela ANP, o que acredita que não ocorreu, pois se assim fosse, ao invés de uma declaração o autuado estaria de posse de um laudo técnico emitido pela autoridade competente, o que, certamente, poderia servir de prova para as suas alegações. Assim,

entende o autuante que não deve considerar tal declaração, que inclusive foi emitida em 04/02/2004, um ano e quatro meses depois do suposto defeito e quase seis meses após o Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o imposto no total de R\$17.656,11, apurado através de levantamento quantitativo de estoque de álcool hidratado, decorrente da presunção legal de omissão de saídas anteriores, como também pela falta de recolhimento da antecipação tributária, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, em razão da omissão de entradas de produto sujeito ao regime de substituição tributária.

No caso de omissão do registro de entradas de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, apurada através de auditoria de estoque, como é o caso concreto, deve-se observar o que disciplina o art. 10 da Portaria 445/98, onde determina que, se a mercadoria tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, nos termos do art. 39, inciso V, do RICMS, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Assim, acato a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por entender que ocorreu cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável.

A imputação diz respeito à presunção legal de omissão de saídas e, em consequência, da falta de recolhimento da antecipação tributária, por ter adquirido álcool hidratado, produto sujeito ao regime de substituição tributária, desacompanhado de documentação fiscal, em razão da omissão de entradas apurada na auditoria de estoque procedida, ao passo que a matéria fática é de falta de recolhimento do ICMS, por responsabilidade solidária ao fornecedor e, em consequência, da falta de antecipação tributária.

Assim, constata-se que a autuação foi feita de modo equivocado e, por implicar em mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Do exposto, consoante decisão da 1ª Câmara do CONSEF em relação ao PAF de n.º 206915.0019/03-1, similar ao caso sub judice, voto o Auto de Infração NULO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração n.º **088502.0042/03-5**, lavrado contra **AUTO POSTO PARATY LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR