

**A. I. Nº** - 232282.1015/09-6  
**AUTUADO** - COV-COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
**AUTUANTE** - OTO SANTOS DA SILVA JUNIOR  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 17.11.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

**ACÓRDÃO JJF Nº 0355-04/10**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE COMPETÊNCIA DO SERVIDOR. Comprovado nos autos que a constituição do crédito tributário foi feita por servidor que não tinha a devida competência legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/10/09, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$3.705,95, acrescido da multa de 70%, em decorrência de ter sido encontrado mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoques. Consta, na descrição dos fatos que foram encontradas mercadorias estocadas desacompanhadas da documentação fiscal de origem, tendo sido apresentado DANFE 10.728 de 20/10/09 da empresa A C DOS SANTOS DE BREJÕES, IE 63.573.324 com 4000 litros de gasolina comum para tentar acobertar parte do estoque. Também, que o contribuinte não consta nos registros da Agência Nacional de Petróleo.

O autuado apresentou defesa (fls. 21/27), inicialmente discorre sobre a infração e preliminarmente argúi nulidade da ação fiscal sob o argumento de falta de clareza e precisão dos fatos alegados que ocasionaram a apreensão das mercadorias, exigência do imposto e aplicação de penalidade.

Afirma que o processo administrativo deve estar revestido das formalidades legais, sem expor erros e abusos cometidos pelo poder público, representados pelo autuante, desencadeando uma série de consequências violadoras dos direitos e garantias do contribuinte: documental; princípio da lealdade e boa fé indispensável ao ato administrativo. Pelo exposto requer seja declarado nulo o Auto de Infração por configurar ato ilegal.

No mérito, afirma que o Auto de Infração é improcedente tendo em vista que teve sua inscrição no cadastro de contribuintes deferida em 03/08/09 através da INF AZ JEQUIÉ e como se trata de atividade de comercialização de combustíveis, depende de legalização na COPEC e ANP.

Esclarece que em 01/07/09 o Posto de Combustíveis Santa Inês (Fantasia Posto Central 4) CNPJ 07.754.473/0002-04, IE 68.355.917 foi adquirido por Alcizete Rosa Barreto que posteriormente fez a locação à empresa que tem como um dos sócios, seu irmão Adalberto Rosa Barreto.

Diz que após a transação a empresa Posto Central ficou de transferir seu estoque para a nova empresa constituída, tão logo fosse deferida sua inscrição, o que ocorreu em 14/10/09 quando foi emitida a nota fiscal 236 transferindo 4200 litros de gasolina e 3900 litros de diesel totalizando R\$17.115,00. Informa que na data da apreensão das mercadorias a citada nota fiscal já se encontrava em poder da contabilidade para o devido registro, razão pela qual não se encontrava no estabelecimento autuado e sim na contabilidade no município de Amargosa.

Afirma que os produtos constantes do Termo de Apreensão estavam acobertados com documentação idônea, ao contrário da acusação de estocar mercadorias desacompanhadas de documento fiscal com intenção de sonegação.

Com relação à nota fiscal de outra empresa que foi “encontrada” traduz nenhum dolo ou delito fiscal, tendo apenas o encarregado q

verificar preço de combustível e outros serviços, por determinação do grupo, exerce também a mesma atividade em outras empresas, por um lapso “esqueceu a citada nota na sede da empresa autuada, e o autuante com intuito punitivo e não corretivo, agiu de forma abusiva”.

Esclarece que apresentou DMA de 08/09 e 10/09 em 19/11/09 devido não ter conseguido fazer a transmissão tendo em vista que o sistema emitia mensagem de que não estava obrigado a entregar DMA, o que foi corrigido após reclamação no 0800.071.0071.

Quanto à inscrição na ANP informa que na data da apreensão das mercadorias o seu pedido se encontrava protocolado, mas não liberado o que independe de sua vontade dado a burocracia que demora entre 30 a 45 para publicação no Diário Oficial. Conclui requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 52/55, inicialmente descreve os fatos que motivaram a autuação, discorre sobre os argumentos defensivos e diz que a ação fiscal realizada no dia 22/10/09 no estabelecimento da COV-COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS LTDA IE 83.961.760 inscrito em 28/08/09 constatou a estocagem de 3607 litros de gasolina comum e 3801 litros de óleo diesel sem documentação fiscal conforme Termo de Apreensão (fl. 6).

Ressalta que preposto do autuado acompanhou o levantamento do estoque, apresentou o DANFE 10728 de 20/10/09 emitido por Hora Distribuidora de Petróleo destinado a A C DOS SANTOS DE BREJÕES, não tendo sido apresentada naquele momento qualquer nota fiscal do estabelecimento autuado.

Com relação à alegação de que a nota fiscal 236 encontrava-se no escritório de contabilidade, contesta que não foi solicitado do escritório o seu envio ou mandasse um Fax para comprovar a regularidade dos estoques. Salienta que o emitente Posto de Combustível Santa Inês está em situação inapta e não apresenta DMA desde junho do corrente ano. Atenta que a mesma pessoa que emitiu a nota fiscal datou o recebimento conforme pode se constatar no documento à fl. 28.

Em relação a alegação de que os combustíveis foram adquiridos do antigo posto de combustível que funcionava em seu atual estabelecimento, diz que estes procedimentos contrariam a Port. 116/00 da ANP conforme transcreveu às fls. 53/54, em especial o art. 154, § único e 171, XVI quanto à obrigatoriedade dos contribuintes enquadrados na atividade 4731-8/00 e situação de inaptidão para as empresas do ramo de atividade do autuado.

Observa que embora cadastrado na SEFAZ, o autuado não possuía autorização para iniciar suas atividades o que só ocorreu no dia 12/11/09 e que na data da apreensão das mercadorias exercia atividades sem que tivesse talões de notas fiscais de vendas e não apresentou qualquer nota fiscal de entrada de mercadoria, contrariando do disposto no art. 911 do RICMS/BA.

Por fim conclui dizendo que a ação fiscal está correta, entretanto o contribuinte apesar de inscrito como microempresa não é optante do Simples Nacional e na condição de Agente de Tributos Estaduais sua atribuição para constituir crédito tributário restringe-se as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e fiscalização de mercadorias em trânsito. Consequentemente sugere que o Auto de Infração seja julgado nulo e seja refeito por servidor legalmente competente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA.

## VOTO

Na defesa apresentada o contribuinte suscitou a nulidade da autuação, argumentando falta de clareza e precisão dos fatos alegados que ocasionaram a apreensão das mercadorias, exigência do imposto e aplicação de penalidade, violando direitos e garantias do contribuinte.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito ~~dispositivos infringidos~~) em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99)

defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias forr

crédito fiscal que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Entretanto, conforme admitido pelo preposto que prestou a informação fiscal, o autuante, na condição de Agente de Tributos Estaduais tem competência restrita para constituir crédito tributário à “fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes do Simples Nacional” nos termos do art. 1º, § 3º da Lei nº 11.470/07.

Como o estabelecimento autuado não está inscrito no Simples Nacional, restou comprovado que os atos foram praticados por servidor que não tinha a devida competência legal, motivo pelo qual acato a sugestão do fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal e declaro a nulidade de ofício do Auto de Infração de acordo com o art. 18, I do RPAF/BA.

Recomendo que a autoridade fazendária mande renovar o procedimento fiscal por servidor que tenha a devida competência legal para constituir o crédito tributário de direito do Erário Público.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232282.1015/09-6**, lavrado contra **COV-COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANTO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR