

A. I. N° - 889632-1/02  
**AUTUADO** - POSTO MUCHILA LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/NORTE  
**INTERNET** - 18.03.03

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0060-01/03**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O procedimento é formal e substancialmente nulo, por não ter ficado claro nos autos de que modo o tributo foi calculado, mesmo tendo sido determinada a realização de diligência para sanar esse vício. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/5/2002, diz respeito ao lançamento de ICMS referente a 12.000 litros de gasolina tipo “C” que estavam sendo descarregados em local diverso do indicado no documento fiscal. Imposto exigido: R\$ 5.313,60. Multa: 100%.

O autuado apresentou defesa reclamando que a gasolina tem o imposto pago por antecipação, conforme consta na Nota Fiscal juntada ao processo pelo próprio fiscal autuante. Explica que parte do combustível havia sido descarregada no Posto Kalilândia, e o restante estava sendo entregue no Posto Muchila, sendo ambos os postos localizados em Feira de Santana e pertencentes aos mesmos sócios, Sr. Mário César Gomes da Silva e D. Izabel Camilo Gomes da Silva. Diz que concomitantemente com a entrega da mercadoria, na mesma data, o Posto Kalilândia emitiu Nota Fiscal transferindo os 12.000 litros de gasolina para o Posto Muchila.

Quanto à base de cálculo, o autuado alega que o fisco atribuiu valor arbitrário e exorbitante à mercadoria. Conclui dizendo que o fiscal autuante agiu com clara desobediência ao princípio da legalidade. Requer a nulidade do procedimento.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, explica como se deu a ação fiscal. Observa que o art. 218 do Regulamento do ICMS é claro ao determinar que a Nota Fiscal deve ser emitida sempre que for efetuada saída ou fornecimento de mercadorias.

Quanto ao questionamento da defesa acerca da base de cálculo, o autuante considera que o contribuinte, apesar de citar o Convênio ICMS 3/99, parece desconhecer o seu teor. O auditor transcreve parte do aludido convênio e conclui dizendo que, em face da regra vigente atualmente para determinação da base de cálculo, levando-se em conta o critério legal em comparação com o valor lançado no Auto, daria um imposto bem maior a ser cobrado. Diz que os sócios da empresa estão em situação irregular. Opina pela manutenção do procedimento.

Foi mandado dar ciência da informação fiscal ao sujeito passivo. Em resposta, o autuado manifestou-se dizendo que os sócios da empresa estão em situação regular, tanto assim que em data posterior ao Auto de Infração transformaram um de seus estabelecimentos em filial, foi dada entrada do requerimento e o fiscal encarregado de fazer a vistoria liberou a nova inscrição e depois a cancelou até a baixa da outra inscrição, motivo pelo qual os sócios ficaram irregulares, mas isso aconteceu em agosto de 2002. Conclui frisando que a gasolina está sujeita a substituição tributária.

O processo foi incluído na pauta de julgamento do dia 29/10/02. Na sessão de julgamento, a Junta deliberou a remessa do processo em diligência, para que o fiscal autuante demonstrasse como foi determinada a base de cálculo e como foi apurado o imposto.

O autuante anexou o papel à fl. 48 (ou 40).

## VOTO

O lançamento em exame diz respeito a gasolina que estava sendo descarregada em local diverso do indicado no documento fiscal.

Observo que não foi esclarecido de que modo o imposto foi apurado. A defesa questionou isso, dizendo que o fisco atribuiu valor arbitrário e exorbitante à mercadoria, acusando o fisco de agir com clara desobediência ao princípio da legalidade, sendo que o fiscal autuante, ao prestar a informação, em vez de demonstrar como foi apurado o imposto, apenas disse que, em face da regra vigente atualmente para determinação da base de cálculo, levando-se em conta o critério legal em comparação com o valor lançado no Auto, o imposto a ser pago seria bem maior do que o que está sendo cobrado.

Em face disso, embora o processo tivesse sido pautado para julgamento na sessão do dia 29/10/02, a Junta decidiu, naquela ocasião, a realização de diligência, para que o fiscal autuante demonstrasse como foi determinada a base de cálculo e como foi apurado o imposto.

Em cumprimento à diligência, o autuante anexou o papel à fl. 48 (ou 40?).

Continua indefinido o critério adotado no cálculo do imposto. Ao responder às objeções da defesa acerca do cálculo do imposto, segundo a qual o fisco teria atribuído valor arbitrário e exorbitante à mercadoria, o fiscal autuante contrapôs, na informação, certas considerações estranhas, ao dizer que, levando-se em conta o que determina a lei, em comparação com o valor que está sendo cobrado neste Auto, o imposto a ser pago seria bem maior do que o que está sendo cobrado. Ora, imposto se calcula sempre de acordo com a lei.

Não está claro nestes autos em que se baseou o autuante para calcular o tributo. No instrumento à fl. 48 (ou 40), foi assinalado que o preço do litro da gasolina seria o praticado pelo autuado no dia da infração, ou seja, R\$ 1,64. Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado em 23/5/02, ao passo que o demonstrativo em apreço somente foi elaborado em 18/11/02. No Termo de Apreensão consta na coluna reservada à indicação do valor a expressão a “A avaliar”. Não ficou provado que o preço praticado pelo autuado no dia da autuação fosse R\$ 1,64.

Por outro lado, o demonstrativo anexado pelo autuante na diligência entra em contradição com o que foi dito por ele na informação prestada antes às fls. 24/28. No bojo da informação, ele transcreve, à fl. 26, parte da cláusula terceira do Convênio ICMS 3/99, mais precisamente, o “caput” e o § 1º com o seu inciso I. Os dispositivos transcritos contemplam três critérios, os quais são reciprocamente excludentes. O “caput” da cláusula refere-se à base de cálculo do imposto relativo a combustíveis, para fins de substituição tributária, quando o produto tiver preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente. O autuante reproduziu parte do “caput” em negrito, dando a entender que teria tomado por fundamento o trecho assinalado. Ocorre que, no período em questão, a gasolina não tinha preço ao consumidor “fixado por autoridade competente”. Quanto ao § 1º da aludida cláusula, também transscrito pelo autuante, note-se que esse dispositivo começa dizendo que, na falta do preço a que se refere o “caput”, a base de cálculo é o preço estabelecido por autoridade competente para o remetente, acrescido de determinados encargos, além de MVA. Ainda no mesmo parágrafo, há uma outra alternativa, assinalada com a

conjunção “ou”, a qual estabelece que a base de cálculo, em caso da inexistência de preço estabelecido por autoridade competente para o remetente, é o valor da operação, acrescido dos encargos ali enumerados, mais MVA. Esta última opção foi sublinhada pelo fiscal autuante, e por isso deduzo que se trata da norma por ele eleita para o cálculo do imposto.

Observo, ainda, que o autuante reproduz, à fl. 27, o Anexo I do Convênio ICMS 3/99, e destaca, em negrito, os percentuais aplicáveis ao Estado da Bahia. O problema está em que, pelos percentuais da tabela à fl. 27, partindo do preço do litro de gasolina, de R\$ 1,452, de acordo com a Nota Fiscal à fl. 4, não se chega ao preço unitário de R\$ 1,64 (fl. 48), adotado pelo autuante no cálculo do imposto. Foi aplicada uma MVA de 13,10%. Esse percentual não figura na tabela à fl. 27.

Este Auto de Infração é nulo, com fundamento na Súmula CONSEF nº 1: é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

Faço o registro de que a numeração das folhas do processo está truncada: ao chegar à fl. 32, a numeração retorna ao número 24. Recomendo que o órgão preparador renumere às folhas do processo.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **889632-1/02**, lavrado contra **POSTO MUCHILA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA