

**PROCESSO** - A. I. Nº 206914.0003/07-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JF nº 0215-03/08  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 21/11/2008

## 1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0366-11/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de apreciação do Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração lavrado em 06/12/2007, que exige ICMS no valor total de R\$40.825,34, acrescido da multa de 60%, em razão de três infrações, imputadas ao autuado com inscrição estadual nº 44.395.816, e CNPJ/MF nº 33.069.766/0140-50:

INFRAÇÃO 1. Retenção a menos de ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS 138/2001 e 54/2002, referente a venda de óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, para consumo, deixou de inserir o valor do ICMS próprio na base de cálculo em virtude de sua operação interestadual gozar de imunidade tributária, e, para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos. Exercício de 2002 - meses de abril a dezembro. Alíquota de 17%. ICMS no valor de R\$17.300,31.

INFRAÇÃO 2. Retenção a menos de ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS 138/2001 e 54/2002, referente a venda de óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, para consumo, deixou de inserir o valor do ICMS próprio na base de cálculo em virtude de sua operação interestadual gozar de imunidade tributária, e, para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos. Exercício de 2003 – meses de janeiro, maio a outubro, e dezembro. Alíquota de 25%. ICMS no valor de R\$16.865,14.

INFRAÇÃO 3. Retenção a menos de ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS 138/2001 e 54/2002, referente a venda de álcool hidratado e/ou gasolina automotiva para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos.

Exercício de 2002 - meses de julho, agosto, e outubro a dezembro; Exercício de 2003 – meses de janeiro, outubro, e dezembro. Alíquota de 27%. ICMS no valor de R\$6.659,89.

Não deixando de apreciar a alegação de decadência suscitada pelo autuado, os i. julgadores dizem verificar que o lançamento fiscal foi realizado em 06/12/2007, com ciência do Auto de Infração feita ao autuado em 20/12/2007 (fls. 01 a 03), acerca de fatos do exercício de 2002.

Citam o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, :

“CTN:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

Citam ainda que a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), em seu artigo 28, §1º, fixa prazo à homologação, a contar da ocorrência do fato gerador:

*“Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

*§ 1º. Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.”*

Desta forma, concluem, não havia ocorrido a decadência em relação aos fatos geradores do exercício de 2002, dado que a lavratura do Auto de Infração se deu em 06/12/2007.

Relatam, entretanto, consoante os documentos anexados ao processo, restar comprovado assistir razão ao contribuinte e aos prepostos do Fisco, quanto à ilegitimidade passiva do autuado.

A auditoria foi realizada sobre as atividades do estabelecimento com a Inscrição Estadual nº 36.081.372, e o autuado tem a Inscrição Estadual nº 44.395.816. Confirmam esse engano todos os demonstrativos de auditoria fiscal anexados a este processo.

Desta forma, consoante o quanto exposto, julgam pela Nulidade do Auto de Infração, por vício formal de procedimento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, recomendando à autoridade administrativa competente a realização de nova ação fiscal sobre os fatos apurados no curso do procedimento objeto da presente autuação, a salvo de incorreções.

## VOTO

Em apreciação o presente Recurso de Ofício, instaurado a partir da Decisão prolatada pela ilustre JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Não prospera a argumentação do recorrido, com referência à alegação de decadência do primeiro período da autuação, tendo em vista que a Fazenda Pública tem o direito de constituir créditos tributários no prazo de 05 anos, com contagem inicial a partir do primeiro dia seguinte ao exercício no qual o lançamento poderia ter sido efetuado, de conformidade com a Lei nº 3956/81 (COTEB), art. 28, § 1º, e artigo 965, inciso I, do RICMS/BA.

Entretanto, verifico, da leitura dos autos, que as omissões e incorreções constantes deste Auto de Infração se apresentam insanáveis, mormente quando o erro, como no caso em análise, incide

justamente na base de cálculo de toda a imputação fiscal, considerando, ainda, que o princípio da verdade material deve sempre ser observado pela administração pública.

Constato, como de resto foi reconhecido pelo agente fiscal à fl. 310, que, erroneamente, foi indicada a identificação do contribuinte sob as Inscrições nºs 33.069.766/0140-50 (CNPJ) e 44.395.816 (IE), quando as corretas seriam 33.069.766/0042-50 (CNPJ) e 36.081.372, respectivamente. Efetivamente, vejo patente a existência de vício insanável, qual seja a ilegitimidade do recorrente para figurar no pólo passivo da presente relação tributária, o que nos leva à conclusão pela nulidade do PAF em análise, nos termos da Decisão recorrida.

Conseqüentemente, represento à autoridade fazendária no sentido de que o procedimento fiscal seja refeito, a salvo das incorreções aqui apontadas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206914.0003/07-8**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**. Recomenda-se à autoridade administrativa competente a realização de novo procedimento fiscal objeto da presente autuação, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS