

PROCESSO - A. I. Nº 299634.0022/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROSA TRANSPORTES LTDA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 19/08/2010

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0233-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL INADEQUAÇÃO ENTRE A INFRAÇÃO COMETIDA E A DESCRITA NO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de vício insanável no presente lançamento de ofício, decorrente da não identidade dos fatos infracionais descritos no lançamento em epígrafe e os fatos ensejadores da imputação infracional. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face ao Controle da Legalidade, exercido por este órgão, que propõe que o CONSEF aprecie a referida Representação para que seja decretado nulo o presente Auto de Infração, diante da seguinte razão: “*A inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo contribuinte (utilização indevida do crédito fiscal) e a descrição contida no Auto de Infração (recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível) é causa de nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, segundo o qual é nulo “o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida”.*

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo, Rosa Transportes Ltda, o recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas prestações de serviços de transportes rodoviários, regularmente escrituradas, cujo levantamento foi efetuado com base nas notas fiscais de aquisição de óleo diesel e biodiesel, confrontando com os livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, verificando diferenças em função de não redução da base de cálculo conforme previsto no art. 87, incisos XIX e XXXII, do RICMS/BA.

Regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração, o autuado deixou transcorrer o prazo legal para pagamento ou apresentação de defesa, sendo lavrado o competente Termo de Revelia (fl. 211), seguindo-se a inscrição do débito em dívida ativa (fls. 214/217) e o ajuizamento fiscal (fls. 219/224).

As fls. 312 a 317 dos autos, o sujeito passivo apresenta expediente para que seja revisto o lançamento de ofício, com base no controle da legalidade do processo administrativo fiscal, tendo a PGE/PROFIS, através de sua ilustre Procuradora Drª. Rosana Maciel Bittencourt Passos, após o devido exame e análise da legislação (fls. 327/334), apresentado a Representação ao CONSEF, nos seguintes termos:

1. O Auto de Infração assevera que o recolhimento a menor teria d
da alíquota cabível. Contudo, o próprio autante esclarece, log

infração, que, em verdade, os valores apurados como devidos consistem em diferenças decorrentes da inobservância da redução de base de cálculo prevista no art. 87, incisos XIX e XXXII, do RICMS/97. Assim, a PGE/PROFIS observa a impropriedade da descrição atribuída à infração, visto que a acusação é de recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas prestações de serviços de transportes rodoviários, enquanto a infração efetivamente cometida pelo contribuinte é a utilização indevida de crédito fiscal;

2. Salienta, ainda, a PGEPROFIS que as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, trazidas aos autos, revelam que, em grande parte dos meses elencados no demonstrativo de débitos, a conta-corrente da empresa apresentou saldo credor e que, em muito desses meses, mesmo se considerados os créditos fiscais glosados pelo autante, ainda assim o saldo da conta-corrente permaneceria credor. Assim, neste contexto, ressalta a impossibilidade de se falar em recolhimento a menor do ICMS, relativamente àqueles meses em que o contribuinte nada tinha a recolher aos cofres públicos;
3. Registra que não são apenas esses vícios que maculam o lançamento de ofício, havendo também a ser apontada a falta de prova definitiva quanto ao cometimento da infração, prova esta cuja produção era ônus do fisco, pois para verificar a irregularidade dos créditos fiscais apropriados pelo autuado, sob o entendimento de que não teria sido observada a redução de base de cálculo prevista para as operações internas com óleo diesel e biodiesel, deveria o autante verificar a possibilidade de que as notas fiscais emitidas pelos postos revendedores já contemplavam a redução da base de cálculo ora tratada e, nesse caso, nenhuma irregularidade haveria na conduta do contribuinte, ao considerar o valor total daquelas notas para cálculo do crédito fiscal a ser recuperado. Assim, para validar o lançamento de ofício, seria necessário que o autante trouxesse aos autos os documentos de aquisição de óleo diesel e biodiesel pelos postos revendedores (notas fiscais de saídas emitidas pelos contribuintes substitutos), a fim de que pudesse comprovar que o valor unitário indicado nos documentos fiscais não contempla a redução de base de cálculo em comento, pois, somente assim, estaria efetivamente comprovada a infração imputada.
4. Por fim, registra que, como derradeiro vício a ser reconhecido no lançamento de ofício, é o fato de que o autuado presta serviços de transporte, tanto intermunicipal, quanto interestadual, sendo que aqueles primeiros estão isentos da incidência do ICMS e, por isso mesmo, não geram direito a crédito fiscal pelas entradas de combustíveis, cuja circunstância deveria ter sido considerada pelo autante na apuração do imposto e, a partir do critério da proporcionalidade, tomasse por indevido o crédito fiscal relativo às entradas de combustíveis utilizados na prestação de serviços de transporte dentro do território baiano.

Assim, de todo exposto, com fundamento no art. 119, II, e § 1º, do COTEB, a PGE/PROFIS representa ao CONSEF pela nulidade do Auto de Infração, com a recomendação de que a repartição fazendária competente seja instada a programar nova ação fiscal, para verificar a regularidade dos créditos fiscais utilizados pelo contribuinte relativamente à aquisição de combustíveis.

Às fls. 340 e 341 dos autos, o então procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, acolhe, por seus próprios fundamentos, o Parecer exarado às fls. 327 a 334 dos autos, que concluiu pela interposição de Representação ao CONSEF, em face da existência de vícios insanáveis no presente lançamento de ofício, decorrente da falta de suporte probatório adequado para confirmação da imputação descrita no Auto de Infração, precisamente o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na apuração da base de cálculo.

VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que decrete a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de vícios insanáveis no presente lançamento de ofício, a exemplo de: inadequação entre a infração cometida pelo contribuinte e a descrição contida no Auto de Infração; falta de suporte probatório adequado para confirmação da imputação descrita no Auto de Infração; e a possibilidade de a infração ter sido cometida por pessoa que não era contribuinte do imposto, ou seja, por terceiro.

cometimento da infração, prova esta cuja produção era ônus do fisco, como também falta da aplicação do critério da proporcionalidade para apuração do crédito fiscal indevido relativo às entradas de combustíveis utilizados na prestação de serviços de transporte dentro do território baiano.

Da análise dos autos, verifico que, conforme foi consignado na Representação da PGE/PROFIS, apesar de a acusação fiscal se reportar ao recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas prestações de serviço de transportes rodoviários, regularmente escriturados, na verdade a acusação fiscal se fundamenta, unicamente, no valor do suposto crédito fiscal de combustíveis que o contribuinte teria direito a se apropriar, conforme podemos constatar através dos demonstrativos às fls. 13 a 26 dos autos, cuja diferença foi exigida no lançamento de ofício.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade dos fatos infracionais descritos no lançamento aos fatos ensejadores da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, "a", do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS proposta ao CONSEF, a fim de que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício, em face da existência de vício insanável, uma vez que, na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, o que fulmina o próprio Auto de Infração, que em sua origem está equivocado pelo erro na acusação fiscal, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, representa à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, para verificar a regularidade dos créditos fiscais utilizados pelo autuado, relativamente à aquisição de combustíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS