

A. I. Nº - 232948.1203/09-3  
AUTUADO - HESPRA BAHIA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.  
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 19. 08. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJJ Nº 0216-01/10

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Descrição imprecisa do fato. Infração nula. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Autuado mesmo tendo a oportunidade de apresentar o documento fiscal comprobatório do creditamento realizado, não trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse a legitimidade do crédito fiscal. Mantida a glosa dos créditos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2009, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 32.040,01, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviço de transporte rodoviário, nos meses de maio, agosto, outubro a dezembro de 2006, março a setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 28.198,00, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte utilizou a alíquota de 25% ao invés de 15% no cálculo decorrente da compra de combustível, conforme determina o art. 87, XIX do RICMS/BA;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.842,01, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 36 a 47, argüindo a nulidade da autuação, sob o argumento de ausência de cumprimento dos requisitos legais. Alega que a descrição das infrações apontadas no Auto de Infração é deficitária, não sendo possível auferir a veracidade do fato gerador do crédito tributário pretendido. Argüi também como determinante de nulidade o fato de a lavratura ter ocorrido fora do seu estabelecimento. Diz que a autuação ocorreu de forma irregular, por usar base de cálculo equivocada, sem considerar que agiu de boa-fé. Invoca o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal Federal, Decreto n. 70.235/72, para dizer que a notificação deve ser lavrada no local da ocorrência, no caso, do estabelecimento do contribuinte, o que não ocorreu, assim como, posição doutrinária nesse mesmo sentido.

Assevera que o lançamento é inválido, pois comprometido pela ilegalidade, citando e transcrevendo trecho de lição proferida por Ives Gandra da Silva Martins.

Reportando-se à base de cálculo, diz que compete ao sujeito ativo a sua determinação contudo a partir de fatos indiscutíveis e inquestionáveis e não mera presunções. por parte do Fisco do princípio da verdade material, pois partiu de inexistiu a prática de qualquer infração, tendo em vista que sem

corretamente o devido ao Fisco. Alega ofensa ao princípio da legalidade, invocando a Constituição Federal.

Prosseguindo, afirma que se superadas as questões retro mencionadas quanto às nulidades, ad argumentandum tantum, impõe-se o reconhecimento da nulidade pela absoluta impropriedade material que contém. Protesta pela realização de perícia, para comprovação de suas alegações.

Reitera que o Auto de Infração deve ser considerado extinto e, por consequência, declarado nulos os débitos injustamente apontados, por exigir a cobrança de um tributo manifestamente inconstitucional.

Aduz que além das nulidades argüidas em sede preliminar, inexistente a infração, nos moldes exigidos pelo Fisco. Assevera que apresentou toda a documentação exigida pelo autuante, tendo a autuação se revestido de extremo rigorismo, sendo manifestamente equivocada e infundada.

Frisa que os juros moratórios e a multa imposta são excessivos, invocando, nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, no RTJ 44/61 ER E 55.906, 60976 e 61.160.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, protestando pela realização de perícia, caso seja necessário. Requer ainda que, caso seja outro o entendimento, a redução do valor do imposto e da multa e juros, tendo em vista que agiu dentro da legalidade com lisura e boa-fé.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 64/65, na qual diz que na infração 01 o contribuinte utilizou crédito fiscal a maior em virtude de ter aplicado a alíquota indevida no cálculo do crédito decorrente da compra de combustível, tendo utilizado a alíquota de 25% ao invés de 15%, conforme determina o art. 87, XIX do RICMS/BA.

Relativamente à infração 02, afirma que o contribuinte deixou de apresentar os documentos comprobatórios que lhe dariam direito de usar o crédito fiscal.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

## VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade argüidas pelo impugnante, sob o argumento de descumprimento dos requisitos legais, por ser a descrição das infrações apontadas no Auto de Infração “deficitária”, não permitindo identificar a veracidade do fato gerador do crédito tributário pretendido, assim como, pelo fato de a lavratura ter ocorrido fora do seu estabelecimento e ter usado base de cálculo equivocada.

Certamente, não pode prosperar a argüição defensiva de nulidade da autuação, em razão de o Auto de Infração não ter sido lavrado no local da ocorrência, pois inexistente qualquer impedimento legal, especialmente no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, para que o Auto de Infração seja lavrado na repartição fazendária. Obviamente que a aventada vedação inserta no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal Federal (Decreto nº 70.235/72), alcança exclusivamente os procedimentos relativos aos tributos federais, inexistindo sob o ponto de vista dos tributos de competência estadual, qualquer possibilidade de aplicação de suas disposições, por faltar competência constitucional ou legal para tanto.

Porém, no que diz respeito ao argumento defensivo de falta de clareza e imprecisão na descrição das infrações, constato assistir-lhe razão apenas no que diz respeito à infração 01, haja vista a existência de vício que inquina de nulidade o lançamento.

Isto porque, a sua descrição no Auto de Infração não permite identificar com segurança a irregularidade imputada ao contribuinte. Consta na infração 01 o seguinte enunciado: “*menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo transporte rodoviário*”.

Ocorre que, na complementação da descrição consta o seguinte: *“O contribuinte utilizou a alíquota de 25% ao invés de 15% no cálculo decorrente da compra de combustível, conforme determina o art. 87, XIX do RICMS/BA”*.

Ora, os fatos descritos são totalmente divergentes, por se referirem a duas situações distintas. Ou seja, a primeira descrição –*“Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviço de transporte rodoviário”*–, diz respeito a apuração da base de cálculo na prestação de serviço de transporte realizada pelo contribuinte ao tomador do serviço. Já a segunda descrição –*O contribuinte utilizou a alíquota de 25% ao invés de 15% no cálculo decorrente da compra de combustível, conforme determina o art. 87, XIX do RICMS/BA-*–, diz respeito à utilização de crédito fiscal, pois decorrente da compra de combustível.

Ademais, o próprio autuante na informação fiscal às fls. 64/65, diz que na infração 01 *“o contribuinte utilizou crédito fiscal a maior em virtude de ter aplicado a alíquota indevida no cálculo do crédito decorrente da compra de combustível, tendo utilizado a alíquota de 25% ao invés de 15%, conforme determina o art. 87, XIX do RICMS/BA.”*

Vale observar que o art. 87, XIX do RICMS/BA, apresenta a seguinte redação:

*“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*XIX - das operações internas com óleo diesel em 40% (quarenta por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 15% (quinze por cento).”*

Como se verifica no dispositivo regulamentar acima reproduzido, este não diz respeito à utilização de crédito fiscal, mas a apuração da base de cálculo, não restando dúvida que tem razão o impugnante quando argumenta ser a descrição imprecisa.

Assim sendo, com relação a infração 01, não há como dar prosseguimento a lide, em razão da total insegurança quanto à verdadeira infração imputada ao autuado, sendo nulo o lançamento por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração, conforme determina o art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Infração nula.

Recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme determina o art. 21 do RPAF/99.

Já com relação à infração 02- *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito-”* não acolho a nulidade argüida, haja vista que a sua descrição é clara e precisa, inexistindo incorreções ou omissões que acarretem a nulidade do lançamento. Verifico que a autuação determina a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, de forma clara e precisa incorrendo ofensa ao art. 18 do RPAF/99, que possa invalidar o lançamento.

No mérito, constato que o impugnante não traz aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidir a acusação fiscal. O fato é que o autuado utilizou o crédito fiscal, contudo, não apresentou o documento que legitimasse o creditamento, mesmo tendo oportunidade quando da ação fiscal e, posteriormente, quando da apresentação da defesa. Assim sendo, esta infração é integralmente subsistente. Mantida a infração.

Voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n. 222048-1202/00 2, lavrada contra **HESPRE BAHIA TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intir pagamento do imposto no valor de **R\$3.842,01**, acrescido da multa de 6

da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais. Recomendada a repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante determina o art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JUGADOR