

**A. I. N°** - 209732.1207/09-6  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ÂNGELO DE SOUZA NETO e DOMINGOS SÁVIO BRAITTE FIGUEIREDO  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 30/09/2010

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0244-03/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS AOS FATOS CONSTATADOS. Foi constatada divergência entre a irregularidade apontada no campo “infração” e o fato apurado. Vício não passível de correção no curso do processo, haja vista que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2009, refere-se à exigência de R\$1.876,63 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do ICMS substituição tributária, nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos que foi constatado o transporte de 5.000 litros de Álcool Etílico Hidratado Carburante acobertado pelo DANFE n° 21322, datado de 17/12/2009, sem o devido pagamento do ICMS por antecipação tributária da operação própria destacado no referido documento fiscal.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl.30, apresentou impugnação (fls. 26 a 29), alegando que a mercadoria apreendida pela fiscalização estava acobertada pela documentação fiscal correspondente à operação interestadual, destinada à comercialização neste Estado. Entende que deve ser observado que o autuado está credenciado, pois a empresa não foi notificada de nenhum descredenciamento, e que o ICMS foi recolhido na compra do combustível junto à usina. Requer a nulidade do presente Auto de Infração, bem como o seu Termo de Apreensão e Ocorrências, dizendo que a autuação fiscal não corresponde à realidade. O defendente assegura que não recebeu o auto de infração, tendo recebido somente Termo de Apreensão e Ocorrência. Também alega que não houve intimação de descredenciamento, e que a autuação está eivada de nulidade, visto que o autuado não foi intimado para se defender de qualquer irregularidade que lhe foi imputada e que tenha causado o seu descredenciamento junto à autoridade competente, e muito menos o fiscal juntou no auto de infração tal descredenciamento. Salaria que todos os atos da administração pública, sejam eles positivos ou negativos, devem ser dotados de publicidade, seja via correspondência com “AR”, seja intimação por edital ou qualquer outro meio que o respectivo ato venha a tornar-se público. Portanto, diante da ausência de intimação de descredenciamento, entende que este Auto de Infração deve ser considerado nulo de pleno direito, extinguindo-se esse processo administrativo e arquivando-o. No mérito, o defendente alega que a fiscalização não glosou no cálculo da operação própria o valor já pago quando da compra da mercadoria. Que à época do fato, o valor da compra de 5.000 (cinco mil) litros, ao preço de R\$ 1,08 (um real e oito centavos), totaliza o valor de R\$5.400,00. Que tomando por base o crédito de ICMS retido na Usina quando da compra da mercadoria, que é de 7%, fica retido na usina a quantia de R\$378,00. Assegura que, sendo a alíquota interna do Estado da Bahia de 19%, resta o recolhimento a diferença da alíquota que é de 12%, e que este recolhimento de 12% já feito pelo autuado, que perfaz a quantia de R\$648,00. Deixa suspenso a exigibilidade do crédito tributário exigido neste processo. Determina o inciso IV do art. 964 do RICMS-BA. Que sejam acatadas as alegações e reproduzidas, devendo o presente Auto de Infração ser considerado

como o termo de apreensão e ocorrências, com a extinção deste processo administrativo e seu conseqüente arquivamento. Caso não seja esse o entendimento deste Conselho, que seja desconsiderado Auto de Infração e emitindo o DAE para pronto pagamento com valores reduzidos, e sendo pago, seja extinto o Auto de Infração pelo pagamento, conforme art. 156 inciso I do CTN, c/c, art. 122 do RPAF/BA. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidas em Direito, inclusive documental.

A informação fiscal foi prestada pelo Agente de Tributos Estaduais Eraldo Velame Filho às fls. 45 a 47. Esclarece que o veículo transportador foi encontrado com 5.000 litros de Álcool Etílico Hidratado Carburante acompanhado do DANFE de nº 21322, emitido pelo autuado em 17/12/2009, sem o correspondente comprovante de recolhimento do ICMS referente à operação própria, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, tendo em vista que o autuado não possui autorização para recolher em prazo especial. Transcreve o mencionado artigo do RICMS/97, e diz que conforme estabelece este dispositivo regulamentar, fica evidente a obrigação de recolhimento do ICMS, referente a cada operação de saída efetuada pelo Contribuinte, e não há o que se questionar quanto à obrigatoriedade do recolhimento do ICMS da operação própria a cada saída de AEHC. Quanto ao argumento do defendente de que a mercadoria estava acobertada pela documentação fiscal correspondente, diz que realmente estava com a nota fiscal, conforme está descrito no Termo de Apreensão, no Auto de Infração e cópia à fl. 07 do PAF. Entretanto, trata-se de operação interna e não interestadual como foi alegado pelo autuado. Quanto a alegação do autuado de que está credenciado e que não recebeu intimação sobre descredenciamento, salienta que de acordo com o referido e reproduzido artigo 515-B, a determinação legal para que o ICMS seja recolhido no momento da saída do AEHC é geral. Comenta sobre o parágrafo primeiro deste artigo que prevê autorização do Diretor de Administração Regional do domicílio, após parecer da COPEC. Diz que esta concessão seria um regime especial, portanto, não há o que falar em descredenciamento. Para tal benefício para ocorrer, a iniciativa deve ser do próprio Contribuinte, requerendo e atendendo aos critérios determinados pela legislação. Sobre a alegação da existência de crédito fiscal decorrente da operação de entrada da mercadoria, informa que está previsto no artigo 108-A do RICMS, as formas da utilização do crédito fiscal pelo próprio contribuinte (inciso I) e para transferir a outros contribuintes (inciso II), e que, no artigo 961, está disciplinada a emissão de certificado de crédito. Quanto a alegação de que não teria recebido cópia do auto de infração, diz que se deve verificar que às fls. 02 e 03 deste PAF, onde consta o nome do Sr. Natalício Martins Nolasco, e à fl. 13, está a procuração, na qual é outorgado ao referido senhor reconhecer e assinar autos de infração, termos de apreensão, etc. Portanto, a afirmação do autuado não condiz com os fatos. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, sob a acusação de que foi constatada a “falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Na descrição dos fatos, foi informado que foi constatado o transporte de 5.000 litros de Álcool Etílico Hidratado Carburante acobertado pelo DANFE nº 21322, datado de 17/12/2009, sem o devido pagamento do ICMS por antecipação tributária da operação própria destacado no referido documento fiscal.

O autuado alega que à época do fato, o valor da compra de 5.000 (cinco mil) litros, ao preço de R\$ 1,08 (um real e oito centavos), totaliza o valor de R\$5.400,00. Que tomando por base o crédito de ICMS retido na usina quando da compra da mercadoria, que é de 7%, fica retido na usina a quantia de R\$378,00. Assegura que, sendo a alíquota interna do Estado da Bahia de 19%, resta o recolhimento a diferença da alíquota que é de 12%, e que este recolhimento de 12% já feito, perfazendo a quantia de R\$648,00.

Na informação fiscal prestada por estranho ao feito, foi esclarecido que foi encontrado com 5.000 litros de Álcool Etílico Hidratado Carbu

Created with

de nº 21322, emitido pelo autuado em 17/12/2009, sem o correspondente comprovante de recolhimento do ICMS referente à operação própria, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, tendo em vista que o autuado não possui autorização para recolher em prazo especial.

Observo que a acusação descrita no campo próprio do Auto de Infração, ou seja, no campo denominado “infração” consta a informação de que a exigência fiscal é decorrente da “falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, tendo sido indicado como dispositivo regulamentar infringido o art. 353, II do RICMS/97. Isso confirma que a autuação é decorrente da falta de retenção do ICMS a título de substituição tributária. Entretanto, na informação fiscal foi citado o art. 515-B do RICMS/BA, e esta informação diverge do enunciado constante da autuação fiscal.

De acordo com o art. 39, inciso III do RPAF/BA, prevê que “o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta”.

Por outro lado, a legislação prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/BA). No caso em exame, a indicação do dispositivo regulamentar corresponde à irregularidade apontada no campo específico do Auto de Infração, o que foi objeto de impugnação pelo autuado. Entretanto, constato que o enunciado e o dispositivo regulamentar indicado não correspondem à infração efetivamente verificada.

Entendo que não se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, haja vista que houve erro na indicação do fulcro da autuação, o que constitui vício insanável, ou seja, trata-se de vício não passível de correção no curso do processo, haja vista que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação fiscal.

Com base no que estabelece o art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, entendo que é nulo o presente lançamento, tendo em vista que foi efetuado com preterição do direito de defesa, inexistindo para o contribuinte autuado segurança quanto à infração apontada.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 209732.1207/09-6, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA