

**PROCESSO** - A. I. N° 206983.0005/15-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECORRIDOS** - ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 1<sup>a</sup> JJF n° 0070-01/17  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - PUBLICAÇÃO: 27/12/2017

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0422-12/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Acusação não elidida. Item subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC). No período da autuação, contribuinte autuado, como distribuidor de combustível, era responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes do AEHC; responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS normal, relativo à sua operação de venda, e do ICMS substituto, inerente às operações subsequentes. Foram efetuados ajustes na composição do débito, com a exclusão das operações com CFOP 5663 e CFOP 5949. Não acatadas as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/03/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$914.512,06, em face das imputações a seguir descritas:

*INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta ainda que "O cálculo foi efetuado com base nos valores do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas, tendo em vista de diversas NFEs não foram registradas na EFD, deduzindo as antecipações tributárias recolhidas e os créditos lançado na EFD". Período maio a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Valor R\$810.302,30. Multa de 60%.*

*INFRAÇÃO 2 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período maio a outubro e dezembro de 2011; janeiro, março, abril a julho, setembro a dezembro de 2012. Valor R\$104.209,76. Multa de 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1<sup>a</sup> JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que o Auto de Infração em lide é procedente em parte, como segue:

**VOTO**

*O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão de apuração das irregularidades apontadas, em face à legislação do imposto, que serão apreciadas nas linhas procedentes. Infrações que totalizaram R\$914.512,06.*

*Preliminarmente, o autuado pugna pelo cancelamento do Auto de Infração, sob o argumento que lhe falta documentos imprescindíveis que lhe permita identificar sua conduta contrária à inteligência legal exposta pelo Fisco; alega que é exigência prevista no artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional e no art. 39, III do RPAF BA; que o Agente Fiscal não individualiza sob qual hipótese ocorreu o “suposto” ilícito, com cerceamento ao seu*

*direito de defesa. Pede que as intimações relativas ao presente PAF sejam enviadas para o endereço da empresa, sob pena de nulidade.*

*Em face de tais pressupostos, rejeito o pedido de nulidade solicitado pelo contribuinte autuado, sob o juízo de que não possível identificar a infração que lhe estava sendo acusada ou que os dispositivos legais citados não individualiza a situação tributária alcançada pela fiscalização. Não houve, em absoluto qualquer ofensa ao conjunto de princípios que informam a garantia aos direitos do contribuinte, na apuração da verdade tributária. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.*

*Além dos dispositivos legais manejados pelo Auditor Fiscal indicar a infração apurada, o art. 19 do já citado Regulamento de Processos Fiscais (Decreto nº 7.629/99) estabelece 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.*

*Corrobora tal entendimento o fato de que os demonstrativos fiscais que servem de suporte às exigências indicarem com clareza as infrações destacadas pela fiscalização e discriminação de cada operação, objeto da exigência tributária.*

*Quando ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço que indica, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.*

*No mérito, a primeira infração questiona o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (operação de vendas de álcool etílico hidratado combustível - AEHC), considerando a ausência do registro de notas fiscais de saída na Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado. Esclarece a Fiscalização que no cálculo dos débitos respectivos foram deduzidos a antecipação tributária recolhida e os créditos lançado na EFD.*

*Na segunda infração, a exigência recai no ICMS retido e recolhido a menor, decorrentes das mesmas operações, retro aludidas, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.*

*A exigência totalizou R\$810.302,30, no item 1, e R\$104.209,76 para o item 2. Os demonstrativos analíticos dos débitos encontram-se encartados nos autos, às fls. 17/47. Uma cópia em mídia CD foi repassada para o contribuinte autuado.*

*Impugnando a autuação, os argumentos do autuado estão centrados na lisura das operações que realiza, admitindo, contudo, o erro no seu sistema de informática que não computou os aludidos documentos fiscais. Alertado do problema, providenciou a devida retificação e aguarda autorização para efetuar os respectivos recolhimentos.*

*Reclama que os demonstrativos juntados pela fiscalização não consigna o valor recolhido na operação anterior; conflito com o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, da CF88), considerando que o imposto exigido não tem natureza cumulativa, concluindo que o agente estatal extrapolou o texto maior e eivou seus atos de flagrante inconstitucionalidade.*

*O Auditor Fiscal designado para prestar Informação Fiscal explica que constatando a falta de registro de notas fiscais de entradas na EFD – Escrita Fiscal Digital, verificou a apuração do regular recolhimento do ICMS, através das NFE,s de saídas emitidas pelo autuado.*

*Examinando as peças do processo, constato que o direito não assiste ao contribuinte autuado. Pesa contra si a acusação da falta de recolhimento do imposto devido e a retenção a menor do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas de álcool hidratado combustível para contribuintes localizados neste Estado.*

*Cabível ressaltar, inicialmente, que as operações com AEHC, objeto do presente Auto de Infração, ocorreram no período de maio de 2011 a dezembro de 2012.*

*A legislação do Estado da Bahia estabelecia, no art. 8º, inciso III, da Lei nº 7.014/96, ao distribuidor de álcool carburante, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária, devido nas operações a serem realizadas pelos adquirentes.*

*Fundamentou-se o lançamento ainda nas disposições 512-B e seu § 1º-A, do RICMS/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, que estabelecia que nas operações com álcool hidratado combustível a base de*

cálculo do ICMS, devido a título de substituição tributária, seria o preço médio ponderado a consumidor (PMPF), estabelecido através de Ato COTEPE, se maior que a base cálculo decorrente da aplicação da MVA (margem de valor agregado) sobre o valor da operação acrescido das parcelas de frete, seguro, tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário (Decreto nº 12.470/10).

O Auto de Infração foi exigido com base nas notas fiscais de saída emitidas pelo autuado, mês a mês; a partir da soma de tais operações, deduziu os créditos referentes às respectivas entradas, os valores antecipados sobre AEHC e encontrou os valores devidos.

No entanto, em face da Lei nº 12.605/12, desde 14 de dezembro de 2012, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), o sujeito passivo por substituição deixou de ser a distribuidora de combustíveis. Agora fica responsável pela retenção e recolhimento do ICMS o remetente situado em outra unidade da federação. E o dispositivo legal (Lei nº 7014/96, art. 8º, inciso III) corrobora o entendimento pela aplicação da cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07, que autoriza aos Estados atribuir ao remetente do álcool etílico hidratado combustível - NCM 2207.10. Redação dessa cláusula primeira dada pelo Convênio ICMS 68/12, efeitos a partir de 27.06.12.

Nesse caso, as distribuidoras de combustíveis localizadas no território baiano, para dar tratamento uniforme aos seus estoques, deverão levantar o referido estoque existente no dia 14/12/2012 e oferecer a tributação nos termos do artigo 289 do RICMS/12.

A partir de então, os remetentes de outras unidades da federação passam a recolher o imposto antes da saída das mercadorias, salvo se possuírem inscrição estadual como contribuinte substituto. Caso não possua a inscrição, poderá ser atribuída à responsabilidade tributária por solidariedade ao adquirente, nos termos do artigo 6º, XV, da [Lei nº 7014/96](#).

As distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, poderão, nas situações em que a lei lhe atribua a condição de responsável por solidariedade quanto ao imposto devido por substituição tributária pelo remetente e mediante autorização da COPEC, recolher o imposto relativo à substituição tributária até o dia 9 do mês subsequente ao das operações nas aquisições de álcool a granel, não destinado ao uso automotivo, e de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), oriundas de outras unidades da Federação. Abril/2013 – Base legal: § 5º do artigo 332 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780 de 16.03.2012.

Nesse sentido (conforme o art. 8º, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 512-A, I, “b”, item 1, do RICMS/97, além do art. 289 do Decreto nº 13.780/12, a partir 01.04.2011) o autuado, como distribuidor de combustível, era responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes do AEHC. Assim sendo, o álcool só passa à condição de produto sujeito à substituição tributária quando das operações de saídas internas do estabelecimento autuado, logo, o contribuinte é responsável, nesse momento, pelo lançamento e recolhimento do ICMS normal, relativo à sua operação de venda, e do ICMS substituto, inerente às operações subsequentes. Portanto, como o álcool tem tratamento tributário de regime de apuração normal na entrada do estabelecimento distribuidor, cabe ao apelante creditar-se do ICMS relativo às operações de aquisições, inclusive a antecipação parcial do ICMS, quando devidamente recolhida, nos termos do art. 26, § 6º, da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 93, I-A, do RICMS/97, sendo impertinente sua alegação de exigência desarrazoada e de violação ao princípio da não cumulatividade (artigo 155, §2º, I, da Carta Política de 1988; art. 19 da Lei Complementar nº 87/1997).

Os créditos foram aproveitados, segundo os documentos fiscais lançados regulamente na Escrita Fiscal Digital - EFD do autuado, uma vez que o mesmo admitiu que várias notas fiscais deixaram de ser escrituradas. Foram ainda considerados os pagamentos feitos pelo autuado, constantes da base de dados dessa Secretaria da Fazenda.

Quanto à segunda infração, relativa à retenção e recolhimento do ICMS a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de vendas internas subsequentes de AEHC, tendo em vista a apuração da falta de lançamento de varias notas fiscais eletrônicas, igualmente admitido pelo autuado, deturpando indevidamente o ICMS-ST, conforme demonstrativo às fls. 17 a 47 dos autos.

Observo ainda que o Auditor Fiscal de forma correta, procedeu à exclusão das operações identificadas com o CFOP 5663 (Remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante) e também várias notas fiscais com o CFOP 5949 (Outra saída de mercadorias ou prestação de serviço não especificado), em cujas saídas não incide o ICMS normal (infração 1) ou ICMS-ST (infração 2), reduzindo a exigência tributária de R\$810.302,30 para R\$354.549,48, na infração 1 (fls. 431/452), conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO
MAI/2011	1.240,69	385,69
JUN/2011	14.968,63	8.489,63
JUL/2011	21.477,65	10.039,65
AGO/2011	33.639,73	20.455,63
SET/2011	28.317,84	19.798,92

OUT/2011	49.738,51	17.062,32
NOV/2011	48.154,58	20.419,88
DEZ/2011	69.406,16	32.786,55
JAN/2012	58.963,04	29.935,64
FEV/2012	47.143,27	20.396,73
MAR/2012	18.965,87	8.143,14
ABR/2012	37.304,80	11.869,54
MAI/2012	41.543,14	8.483,94
JUN/2012	61.576,24	24.044,55
JUL/2012	36.508,59	24.509,86
AGO/2012	46.662,72	15.758,45
SET/2012	58.268,28	27.352,44
OUT/2012	32.436,85	7.702,50
NOV/2012	46.642,42	17.657,77
DEZ/2012	57.343,29	29.256,65
Total	810.302,30	354.549,48

A infração 2 não foi alterada porque as operações com CFOP 5663 e CFOP 5949, já não foram computadas desde a inicial, permanecendo, pois, no mesmo valor de R\$104.209,76.

Todavia, a fiscalização não procedeu à exclusão das operações que ocorreram a partir do dia 15.12.2012, em face de Lei nº 12.605/12, considerando que, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), o sujeito passivo por substituição deixou de ser a distribuidora de combustíveis, passando a ser o remetente, situado em outra unidade da federação. Parece lógico que, uma vez tendo sido feita a substituição tributária (retenção ou antecipação), encerra-se a fase de tributação e, portanto, não há mais que se falar em incidência do ICMS.

Deixo de fazê-lo, nesse momento, considerando que o autuado, poderá estar colocado na situação de responsável solidário, quando não tiver ocorrido a retenção do ICMS, por parte do industrial remetente, nas operações aqui tratadas, passando, nesse caso, o mesmo a obrigar-se pela antecipação do imposto (art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96). O autuado não cuidou de fazer prova, nesse sentido.

Nas situações em que a lei lhe atribua a condição de responsável por solidariedade, quanto ao imposto devido por substituição tributária pelo remetente e mediante autorização da COPEC, pode a distribuidora recolher o imposto relativo à substituição tributária até o dia 9 do mês subsequente ao das operações (§ 5º, art. 332, do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12).

Diante de toda a exposição, considerando a fundamentação coletadas aos autos, acolho a revisão efetuada pelo autuante, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, no valor total de R\$458.759,24.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício e o Sujeito Passivo, inconformado, interpõe Recurso Voluntário entendendo indevida a cobrança que lhe é imposta.

Em suas razões, o Sujeito Passivo aduz a nulidade do Auto de Infração em razão do não preenchimento dos requisitos para a lavratura do auto de infração, entendido que não teriam sido apontados os dispositivos legais indicadores do fato típico e que a mera descrição dos fatos em associação aos demonstrativos não supririam tal falha.

Registrando que não pode ser imposto ao contribuinte utilizar-se de concatenações sobre fatos isolados para identificar os fatos que lhe são impostos, dado que qualquer equívoco de interpretação da acusação pode conduzir a defesa em norte diverso do apontado pelo agente fiscal, além de que qualquer obscuridate acerca da correta definição do ato supostamente ilícito impede o contraditório e a ampla defesa. Menciona os artigos 38 e 39, do Decreto nº 7.629/1999 e a Constituição Federal.

Consigna que o autuante limitou-se a mencionar os dispositivos de forma genérica, colacionando uma série de fatos passíveis de autuação, entendendo que resta nulo o Auto de Infração em face da não especificação do ato típico, além do fato de que o fiscal não individualiza sob qual hipótese teria ocorrido o suposto ilícito, tornando-lhe impossível tecer suas teses de defesa já que nem sequer sabe o que lhe é imputado, eis que lhe falta objeto a perseguir. Cita o art. 373, I, do CPC/2015.

Lembra, contrariando o quanto asseverado pelo julgador de piso, que não é conferido ao agente fiscal a prerrogativa de “completar” a correta capitulação da infração quando da exposição de

planilhas de apuração do crédito tributário.

Aduz que o fiscal construiu o Auto de Infração apenas apontando a ausência de escrituração do documento fiscal, de forma lacônica e deixando de identificar qual fato gerador restou supostamente sonegado, sendo certo que desta forma não lhe é permitido conhecer a respeito do que lhe é imputado.

Discorre sobre a natureza jurídica do Auto de Infração, evoca o art. 18, do Decreto 7.629/1999 e diz da falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Cita a doutrina.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração.

Também quanto à decisão de piso, diz que merece ser declarada nula, eis que sobre a “ausência de *animus* de não registrar e a escusabilidade do fato imputado”, suscitada em sede de defesa, nada teria dito, certo de que o silêncio da Junta de Julgamento Fiscal sobre o tema fez ruir o seu direito de ter todas as suas teses de resistência enfrentadas.

Requer a anulação da decisão da Junta para que sejam enfrentadas todas as teses de impugnação.

No mérito, de plano registra que o fato ora apontado como ensejador da autuação não fora cometido de forma a esquivar-se da exação inerente ao fato gerador.

Dizendo do acesso que teve o fiscal aos seus dados e documentos, registra que apesar de todos os documentos fiscais terem sido perfeitamente emitidos, o seu sistema informatizado gerou a EFD sem que tenham sido computados os aludidos documentos fiscais, o que afasta a qualquer possibilidade de dolo na sua conduta.

Diz que verificado o problema no seu sistema, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, cuidou de requerer a competente retificação das apurações, o que até o protocolo do Recurso Voluntário não havia sido apreciado.

Afirma que apreciado o seu pedido e devidamente autorizado, processará as retificações, quando então não restará qualquer dano ao erário que irá captar a totalidade das exações.

Pede a reforma da decisão para tornar nulo o Auto de Infração.

Relativamente à apuração dos valores a recolher e do suposto desprezo pelos créditos advindos das operações pretéritas, afirma que tais créditos fiscais não foram apropriados quando do computo do crédito tributário, razão pela qual, no seu entender, permanece o flagrante assalto ao princípio da não cumulatividade. Cita e transcreve o art. 155, da CF/88, asseverando que os créditos tributários relativos ao ICMS adimplidos na operação pretérita devem ser compensados com os créditos gerados na operação própria, de maneira a que se verifique apenas a diferença a recolher.

Discorre sobre o tema da não-cumulatividade.

Diz que da análise aritmética dos demonstrativos que instruem o Auto de Infração conclui-se que o Autuante aplicou o destaque integral a alíquota de ICMS sobre o produto que foi elencado nos documentos fiscais, sem consignar o valor dos créditos a que faz jus, o que atenta contra o disposto no art. 155, da CF/88.

Mais uma vez pugna pela reforma da decisão de piso com o consequente cancelamento do lançamento fiscal.

Em derredor do produto substituto tributário, diz da ausência de prejuízo ao erário em face do fato de que não há a possibilidade do distribuidor recolher o ICMS das operações seguintes - operações mercantis -, já que o crédito tributário inerente ao fato gerador ocorrido neste ato foi antecipado pelo industrial na operação pretérita. Diz que a manutenção da exigência fiscal redonda em *bis in idem*. Evoca os art. 150, da CF/88 e 6º da LC 87/96.

Discorre sobre a substituição tributária e diz que à luz conforme se infere do Auto de Infração,

todas as notas fiscais eram relativas a operações com venda de Álcool Etílico Hidratado Combustível - NCM 2207.10.00 -, cuja aquisição se deu dentro do Estado da Bahia. Menciona o Convenio ICMS nº 110/2007, afirmando que o referido produto é combustível incluído no rol de produtos da substituição tributária.

Em face do exposto, pede que seja o Auto de Infração cancelado.

Concluindo, pede que o seu Recurso Voluntário seja conhecido e provido em razão da evidente insubsistência e improcedência da ação fiscal bem como da fragilidade da decisão de piso, cancelando-se o débito fiscal reclamado ou, subsidiariamente, seja anulada a decisão de piso.

## VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF e tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0070-01/16 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Analisando primeiramente o Recurso Voluntário, verifico que o Recorrente preliminarmente discorre em suas razões recursais sobre o julgamento do AI acima referido, tendo em vista que foi tida como parcialmente procedente a infração 01, que acusa o Sujeito Passivo de recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, e mantida a infração 02 que penaliza o Contribuinte por haver retido e recolhido a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua tese recursal o Sujeito Passivo, reiterando as razões de defesa, suscita a nulidade do Auto de Infração, aduzindo que não teriam sido preenchidos os requisitos mínimos e necessários para a lavratura do Auto, entendido que não teriam sido apontados os dispositivos legais indicadores do fato típico e que a mera descrição dos fatos em associação aos demonstrativos não supririam tal falha.

Na mesma linha, em razão da nulidade acima referida, diz ser, consequentemente, nula a decisão recorrida.

Tratando das nulidades suscitadas pela Recorrente, por primeiro analiso o lançamento. Quanto a este, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que inexiste nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e em relação à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que também não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, eis que os documentos de sustentação da peça acusatória são incontestavelmente claros.

Voltando o olhar às etapas processuais, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Referentemente à eventual suposta nulidade da decisão recorrida, primeiro há que se destacar que os julgadores de piso cuidaram de analisar todos os argumentos defensivos e as provas trazidas aos autos, e decidiram de maneira clara e objetiva, sem que se possa atribuir qualquer falha à decisão ora combatida.

Assim, considerando que foi aplicado ao *decisum* de primeiro grau a legislação vigente, não havendo qualquer omissão ou contradição, como sugere o Sujeito Passivo, não vislumbra a possibilidade da aplicação de qualquer das hipóteses do art. 18, do RPAF.

Isto posto, não há que se pensar em nulidade do lançamento nem da decisão recorrida, pelo que nego acolhimento às preliminares suscitadas.

No mérito, a tese recursal repousa no fato de que teria havido desarranjo do seu sistema informatizado que redundou na geração da EFD sem que tenham sido computados diversos documentos fiscais, também registrando que teria formulado pedido de retificação da sua escrita antes da lavratura do Auto de Infração, sem que para tal pedido tivesse resposta.

Para a segunda infração, sustenta a tese de que a sua conduta não teria gerado prejuízo ao erário, haja vista que o crédito tributário inerente às operações objeto da acusação fiscal foi antecipado pelo industrial nas operações pretéritas.

Em apertada síntese, em relação à infração 01, vê-se que o Sujeito Passivo não nega o cometimento da infração que lhe é imputada, certo que atribui ao funcionamento incorreto do seu sistema informatizado a falta indicada na peça acusatória. Dito isto, a conclusão é de que o Contribuinte reconhece a conduta delitiva configurada na falta de registro de notas fiscais de entradas na Escrita Fiscal Digital.

Compulsando os autos mais detidamente, observa-se que além de reconhecidos os fatos indicados no Auto de Infração, o autuante cuidou de encaminhar para a Recorrente a relação das Notas Fiscais Eletrônicas não registradas na sua EFD, também sendo certo que a empresa, contrariando o que afirma no seu Recurso, não apresentou retificação da EFD, com a inclusão das NFE`s constantes na citada relação, o que lhe retira a possibilidade de ver afastada a imposição de penalidade pela falta cometida.

Quanto ao suscitado desprezo pelos créditos advindos das operações pretéritas, entendo que razão não assiste ao Recorrente, pois, da planilha trazidas aos autos às fls. 17/47, vê-se que o autuante cuidou de apontar no campo próprio (CRÉDITO ENTRADA (EFD)) os créditos referentes às operações anteriores, correspondentes aos valores de créditos de entradas das notas fiscais registradas na EFD, regularmente abatidos dos totais mensais dos débitos.

Isto posto, considerando que o Sujeito Passivo não nega o cometimento da infração, bem como diante dos esclarecimentos postos acima, não há que se acolher a tese recursal no que pertine à acusação do item 1.

Quanto à infração 2, na mesma direção, o Sujeito Passivo não nega o seu cometimento, em que pese entender que a sua conduta não teria gerado qualquer prejuízo ao Estado.

Em tese, sendo o produto objeto de substituição tributária, encerrada a fase de tributação, não haveria mais imposto a ser recolhido, como nas operações em comento, contudo, as ditas operações têm regramento no que pertine à tributação, conforme disposto no art. 8º, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 512-A, I, “b”, item 1, do RICMS/97, além do art. 289 do Decreto nº 13.780/12, a partir 01.04.2012.

Da inteligência do regramento, o autuado, como distribuidor de combustível, ao menos à época dos fatos, era responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes do AEHC, sendo certo que as operações que envolvem a mercadoria *álcool* só passam à condição de produto sujeito à substituição tributária quando das operações de saídas internas do estabelecimento autuado, fato que alça o contribuinte à condição de responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS normal, relativo à sua operação de venda, e do ICMS substituto, inerente às operações subsequentes, ao menos nesse momento.

Releva destacar que o álcool tem tratamento tributário de regime de apuração normal na entrada do estabelecimento distribuidor, cabendo ao Sujeito Passivo apropriar-se dos créditos

correspondentes, o que afasta a possibilidade de bitributação, nos termos da norma disposta no art. 26, § 6º, da Lei nº 7.014/96, c/c com o art. 93, I-A, do RICMS/97.

Dito isto, também não há que ser acolhida a tese recursal.

Por tudo o quanto exposto, nego provimento ao apelo recursal do Contribuinte.

Em relação ao Recurso de Ofício, destino a mesma sorte, eis que a desoneração do Sujeito Passivo advém de erro de apropriação de ICMS derivado das operações incluídas na infração 01, conforme disposto na Informação Fiscal datada de 16/12/2016, cujo excerto é abaixo transcrita, como segue:

*Quanto ao item 4 da defesa, realmente ocorreu um lapso por parte do Auditor Fiscal autuante, e foram incluídas indevidamente, na planilha de levantamento “DEMONSTRATIVO DO ICMS PRÓPRIO E CÁLCULO CORRETO ICMS/ST CALCULADO A MENOR”, várias notas fiscais com CFOP 5663 – “Remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante” -, e também várias notas fiscais com o CFOP 5949 – “Outra saída de mercadorias ou prestação de serviço não especificado”. Portanto, a alegação do contribuinte é procedente. Por esta razão, foi elaborada nova planilha de levantamento do débito tributário, retirando todas as notas fiscais com CFOP’s 5663 e 5949 (Anexos 03 a 24 desta Informação Fiscal), motivo pelo qual foi reduzido o débito tributário referente ao ICMS Próprio para o valor de R\$ 354.549,48 (Trezentos e cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e nove reais e quarenta e oito centavos). Quanto ao débito tributário referente ao ICMS-ST continua o mesmo valor de R\$ 104.209,76 (Cento e quatro mil duzentos e nove reais e setenta e seis centavos). Além da nova planilha, foi elaborado um novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (Anexos 01 e 02 desta Informação Fiscal), perfazendo o total de R\$ 458.759,24.*

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício.

Concluindo, não acolhidas as preliminares e as razões de mérito do Recurso Voluntário e comprovado que o lançamento originário continha erros de apuração de ICMS, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a decisão combatida nos exatos termos em que foi prolatada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206983.0005/15-1, lavrado contra **ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$458.759,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2017.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS