

A. I. N° - 232948.0006/23-5  
AUTUADA - EXPRESSO NEPOMUCENO S/A  
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - DAT METRO / INFIAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.07.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0105-05/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS. A cobrança partiu do fato da apropriação ter sido efetuada em valores superiores aos montantes permitidos na legislação de regência, haja vista a determinação de que as operações internas de óleo diesel contam com redução da base de cálculo, nos termos do art. 268, XXIII do RICMS-BA. Precedentes usados na defesa não possuem aderência com a matéria controvertida. Tese estatal não desmontada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 24/02/2023, tem o total histórico de R\$ 29.887,91 e a seguinte descrição:

**Infração 01 – 001.002.028 – Uso indevido de créditos fiscais de ICMS com repercussão na obrigação principal, em aquisições de óleo diesel empregado nos serviços de transporte, em bases superiores ao permitido no art. 268, XXIII do RICMS-BA.**

Fatos geradores de fevereiro a dezembro de 2018.

Juntados, entre outros documentos, termo de início de fiscalização enviado via DT-e e demonstrativo analítico da irregularidade (fls. 04/08).

Pontos defensivos (fls. 12/23) explorados pelo autuado:

**Preliminares:**

1. Nulidade do auto de infração em face da fundamentação da cobrança ter sido genérica, sem possibilidade de retificação, com ofensa ao contraditório, à ampla defesa e à legalidade objetiva: não se sabe qual foi a infração supostamente cometida, posto que foram vários (4 artigos, 41 incisos, 13 parágrafos e diversas alíneas) os dispositivos mencionados pelo fisco como violados, sem se saber exatamente qual deles se refere à exigência formalizada.

**Questões de mérito:**

(I) O autuante entendeu que como o combustível foi adquirido pela filial de Camaçari, a carga tributária total do ICMS deve ser de 18%, mas quando é feito o cruzamento das informações constantes das notas fiscais de aquisição do óleo com os valores creditados, há diferença de apuração.

Todavia, tal entendimento vai em sentido contrário ao da própria SEFAZ, encerrado no parecer 02787/2009 (trecho transcrito na peça de defesa), no qual está dito que, sendo o óleo diesel recebido com imposto por antecipação, o contribuinte, não considerado sujeito passivo substituído, desde que use o combustível como insumo, poderá se creditar tanto do imposto da operação própria quanto do imposto devido por substituição tributária (ST) destacado no campo de observações do documento fiscal. Ademais, também há precedentes no mesmo sentido no CONSEF, ementa e resolução colados na impugnação, julgamento ocorrido em 11.6.2015.

(II) Em face de tais entendimentos externados pelo próprio Estado da Bahia, a cobrança ora atacada implica em mudança de critérios jurídicos proibidos pelo art. 146 do CTN, não podendo retroagir, haja vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, só podendo valer a partir do instante em que o contribuinte toma ciência da modificação de entendimento da Fazenda Pública, de modo que deveria anteceder o lançamento uma comunicação da mudança de orientação anterior, norma complementar que é, de acordo com o art. 100 do CTN.

**Pedidos subsidiários:**

(i) Em vista destas circunstâncias, no máximo seria devido o valor principal, sem imposição da multa de 60% e juros moratórios.

**Requerimentos complementares:**

- a) Realização de prova pericial, com o fito de ser recomposta a conta gráfica do ICMS atinente aos períodos fiscalizados.
- b) Intimação das próximas comunicações para os endereços assinalados no final da petição.

Anexados documentos, inclusive de representação legal (fls. 24/68).

Em suas informações fiscais (fls. 71/74), o autuante discorda de ter havido nulidade por falta de fundamentos, posto que no corpo do lançamento de ofício a irregularidade está claramente descrita, inclusive com referência ao art. 268 regulamentar, inciso XXIII.

No mérito, sustenta que a defesa quer fazer “chacota com todos que examinam os documentos que lastreiam a acusação” (sic.), visto que o preço pago é o preço final da mercadoria. Logo, no preço final, valor da operação, já está incluso o ICMS, no caso com carga efetiva de 18%, de modo que, na forma do art. 309, § 7º do RICMS-BA, se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor corretamente calculado. Explicado isto, inexiste na cobrança qualquer glosa do ICMS-ST referente às aquisições do óleo diesel. O que houve foi a apropriação de créditos superiores a “alíquota” de 18%. Arremata dizendo que, em tese, o remetente do combustível não debitou ao autuado o ICMS-ST mas só o ICMS Normal, visto que a aquisição foi para consumo e não para revenda, lembrando ainda o comando contido no art. 292, § 1º, V, do multicitado regulamento.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

**VOTO**

De início, compete apreciar o requerimento da autuada no intuito das comunicações neste PAF serem encaminhadas para o endereço dos advogados com procuraçāo nos autos, sob pena de nulidade.

Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência também dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos nos autos. Tal providência é até benfazeja, do ponto de vista procedural processual, mas jamais a sua falta pode emperrar o andamento do feito. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia. **Portanto, não cabe a projeção de nulidade.**

**Impõe-se o pedido de nulidade** em face de ter havido fundamentação legal genérica para a cobrança sob apreciação. Em verdade, a capitulação legal precisa ser contextualizada com a irregularidade lançada. Em face do art. 268, XXIII do RICMS baiano, nas operações internas com óleo diesel, há redução de base de sorte que a carga tributária equivalha a 18%. Logo, o uso do

crédito deve se ater a esta regra; o que exceder resultará em glosa. Foi assim que o fisco procedeu, isto resulta claro da autuação. Infração bem conformada.

Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

**Indeferido qualquer pedido de realização de diligência ou perícia.** A segunda, por desnecessidade de produção de prova técnica; a questão envolve simples cálculos aritméticos. A primeira porque os elementos probatórios existentes nos autos já são suficientes para elucidar a questão; acaso houvesse algo diferente nos documentos fiscais, de posse da impugnante, isto já teria sido demonstrado.

No mérito, basicamente dois argumentos defensivos foram levantados.

Primeiro porque há entendimento do Executivo da Bahia – parecer fazendário e resolução do CONSEF - de que, sendo o óleo diesel recebido com imposto por antecipação, o contribuinte, não considerado sujeito passivo substituído, desde que use o combustível como insumo, poderá se creditar tanto do imposto da operação própria quanto do imposto devido por substituição tributária (ST).

Porém, não é isso que se vê na autuação sob exame. Deflui-se dos demonstrativos analíticos apensados pela auditoria que a impugnante se creditou de imposto para além da carga tributária prevista nas operações internas com o combustível em foco, conforme disposto no multireferido art. 268, XXIII, do Regulamento estadual do ICMS, agora merecedor de transcrição:

*Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

...

*XXIII - das operações internas com óleo diesel, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 18% (dezesseis por cento);*

As planilhas fiscais de fls. 07 e 08 apontam que o imposto creditado partiu à razão de 25% da base de cálculo, já reduzida em relação ao valor da operação. A autoridade fiscal só admitiu o uso de 18% sobre o valor da operação. Por óbvio, os critérios distintos acusaram valores de creditamento desiguais. As diferenças é que foram objeto da cobrança em apreço.

A glosa não recaiu sobre o imposto devido por substituição tributária. A matéria é outra. Por conseguinte, os precedentes administrativos citados no libelo defensivo não se aplicam ao caso concreto.

Via de consequência – e este é o segundo argumento -, não há que se falar em alteração de critérios jurídicos, consoante previsto no art. 146 do CTN, porque, como se disse, inexiste aderência dos precedentes para o PAF sob julgamento. Mesmo que houvesse, advirta-se que decisões deste Conselho não possuem eficácia normativa e pareceres fazendários em sede de consulta só vinculam o conselente, embora possam ser considerados como parâmetros definidos em relação a outros contribuintes que estejam na mesma situação jurídica. Além disso, a mudança de critérios jurídicos ficaria caracterizada se o lançamento de ofício citado pela defendant fosse o mesmo e, no bojo do processo, a infração fosse alterada.

### **Alegações empresariais de mérito afastadas.**

Por fim, há requerimento empresarial no intuito de cancelar ou diminuir as penalidades financeiras propostas, e também de excluir os juros moratórios, visto que havia precedentes

administrativos com características de normas complementares, nos termos do art. 100 do CTN, tratando da mesma matéria.

De acordo com o aforado, as decisões fazendárias colacionadas não se aplicam ao caso sob apreciação. Ali comenta-se a respeito do uso do crédito advindo da ST; aqui a glosa partiu de valores que extrapolaram a incidência da carga de 18% sobre o valor da operação. Portanto, nem mesmo por este pensamento é possível dispensar multas e juros. Ademais, ambas as rubricas possuem previsão legal explícita para cobrança. **Pedido rejeitado.**

**Pelo exposto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE.**

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232948.0006/23-5**, lavrado contra **EXPRESSO NEPOMUCENO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.887,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARCELO MATTEDEI E SILVA – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR