

A. I. Nº - 128983.0008/09-8  
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTES - GILMAR OLIVEIRA DIAS  
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE  
INTRENET 29.06.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0144-05/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA) e a pretensão fiscal que é a exigência imposto sobre a operação própria na forma do art. 515-B do RICMS-BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/12/2009 pela fiscalização de mercadorias em trânsito para exigir ICMS no valor de R\$5.614,50 em virtude de falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Acompanha o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 110526.0083/09-0.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 15 a 19, dizendo que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve infração à legislação tributária.

Alega que na descrição dos fatos foi relatado que não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária, todavia tal relato não corresponde à realidade, posto que houve o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme discriminado na nota fiscal-e e nos DAEs em anexo.

Ocorre, diz, que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração. Fala que o Auto de Infração se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS substituição devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Entretanto, o fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido a título de ICMS substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal, constatando a falta de retenção do tributo devido a título de substituição que, na realidade não ocorreu, uma vez que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo por parte do Impugnante, pois não foi incluído na base de cálculo o desconto incondicional, uma vez que apenas preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Aduz que para verificar esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no software de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte, justamente para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, consequentemente, a diminuição da arrecadação. Ou seja, o próprio sistema de registro contábil do fisco, qual seja, o programa de emissão de NF-e, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Frisa a improcedência do cálculo realizado pela fiscalização que utilizou uma pauta fiscal fictícia, pois a pauta fiscal da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, pois nunca foi vendido na Bahia o litro de álcool a R\$2,00.

Diz que a pauta fiscal é um instrumento impróprio para que se demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma

Created with

 nitroPDF® professional  
download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

calculado com base no valor da nota, e não da pauta, pelo que transcreve ementa de decisão do STJ dando a ilegalidade de pauta fiscal.

Seguindo, expressa que ainda que se entenda que o débito subsiste, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal alheia à realidade do mercado.

Transcreve o art. 159 do RPAF, para rogar exclusão da multa e dos juros imputados, caso se entenda pela manutenção da infração, tendo em vista sua boa-fé, pois sempre registrou e declarou adequadamente seus débitos perante a Bahia.

Conclui requerendo seja o auto julgado improcedente.

Às fls. 61 a 64, o autuante diz que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS em suas operações normais, previsto na legislação citada e não o ICMS da substituição tributária feito pelo contribuinte.

Acentua que se não houve recolhimento do imposto em suas operações normais, isto se deu por vontade do contribuinte, pois sabe da necessidade de autorização da COPEC para gozar de prazo normal para pagamento do tributo nestas operações.

Quanto à determinação da base de cálculo fala que usou a constante no DANFE 1036, portanto, o que está cobrando é exatamente o valor do ICMS destacado no documento fiscal, e quanto à multa, diz que é a prevista para a infração, pelo que mantém a autuação.

## VOTO

O autuante descreve a infração como falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, a enquadrando no art. 353, inciso II do RICMS-BA.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário dizendo que o Auto de Infração não merece subsistir, posto que houve o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme discriminado na NF-e e nos DAEs que disse anexar - mas que não se encontram nos autos – e que determinou a base de cálculo incluindo o valor do imposto devido por substituição tributária.

Por sua vez, o autuante informou que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS em suas operações normais, previsto na legislação citada e não o ICMS da substituição tributária feito pelo contribuinte e que a base de cálculo e o valor constante no DANFE 1036, portanto, o que está cobrando é exatamente o valor do ICMS destacado no documento fiscal.

Analizando os autos, vejo que a infração está enquadrada no art. 353, inciso II do RICMS-BA, que trata da responsabilidade do contribuinte alienante, neste Estado, das diversas mercadorias que relaciona - entre as quais, a que se cuida neste auto - pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

Entretanto, como observou o autuado, informou o próprio autuante e que constato dos autos, o que se pretende exigir no lançamento não é o ICMS devido por substituição, mas o imposto relativo à operação própria a que o contribuinte está obrigado a recolher por ocasião da saída da mercadoria na forma prevista no art. 515-B do RICMS-BA. Portanto, verifico explícita desconformidade entre o enquadramento legal da infração, e a pret distinta, o que inquia de vício insanável o Auto de Infração.

Deste modo, entendo que a divergência aventada, absolutamente v.

correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, com base no art. 18, inciso IV do RPAF o entendo nulo, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do mesmo regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas no sentido de exigir eventual crédito tributário a favor da Fazenda Pública, fazendo a ressalva de que nestes autos não está presente prova de recolhimento do ICMS substituição tributária devido em relação às operações subsequentes e que há equívoco no valor correspondente destacado no DANFE 1036, pois o desconto incondicional somente é admitido no cálculo do ICMS sobre a operação própria e não no cálculo do ICMS-ST, havendo, ainda, em relação às duas situações, penalidades com enquadramentos distintos.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 129983.0008/09-8, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA