

**A. I. N°** - 232608.1205/09-4  
**AUTUADO** - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ ANGELO DE SOUZA NETO e DOMINGOS SAVIO BRAITT F FERREIRA  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** 23.08.2010

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0205-05/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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 05/12/2009 pela fiscalização de mercadorias em trânsito para exigir ICMS no valor de R\$3.729,70 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 232608.1205/09-4.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 16 a 20, 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 NFs-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 autuado, 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, conseqüentemente, 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 demande a revisão dos valores tidos como devidos, de forma

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 de Infração julgado improcedente.

Às fls. 63 a 65, os autuantes dizem que o auto de infração foi lavrado após a verificação da falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria e destacado na NF-e nº 9995, no valor de R\$3.729,70, tendo como base legal o art. 515-B do RICMS-BA. Falam que mencionam tal situação na descrição dos fatos e no Termo de Apreensão.

Atestam que foi recolhido o ICMS referente à substituição tributária, mas não o da operação própria. Falam que o SEAIT (Sistema de emissão de auto de infração do trânsito) não disponibiliza a referida infração e sendo bloqueado, não permite a inclusão de infrações previstas na legislação e não contidas no mencionado sistema.

Quanto à alegação da pauta fiscal estar acima da realidade de mercado, informa que esta é determinada por Instrução Normativa.

Conclui pedindo que o Auto de infração seja julgado procedente.

## 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 nas NFs-e e nos DAEs que constam nos autos e que se determinou a base de cálculo incluindo o valor do imposto devido por substituição tributária.

Por sua vez, o autuante informou que no Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS relativo às operações próprias conforme previsto no art. 512-B do RICMS-BA e a multa é a prevista na legislação para a infração cometida.

Analisando os autos, vejo que a infração está enquadrada no art. 353, inciso II do RICMS-BA, que trata da responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação.

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 pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração, vez que o equivocado enquadramento legal é sequer relatado no campo de livre inserção da descrição dos fatos, o que se poderia avaliar conforme o disposto no art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF.

Considerando que o lançamento tributário de ofício é ato administrativo, não podendo, inclusive, subjugar-se a eventuais incongruências

internos do Ente Tributante, entendo que a divergência aventada, absolutamente vicia o lançamento vez que sua 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 declaro nulo. 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. Faço a ressalva que há equívoco no valor correspondente ao ICMS relativo à substituição tributária destacado nos DANFes que pautam a autuação, 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232608.1205/09-4**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA