

A. I. Nº - 128983.0012/09-5  
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTES - GILMAR OLIVEIRA DIAS  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET 24.08.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0208-05/10**

**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 03/12/2009 pela fiscalização de mercadorias em trânsito para exigir ICMS no valor de R\$3.368,70 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 210943.0138/09-2.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 16 a 27, 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 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, 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 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 seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja 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.

Segundo, 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. 76 a 77, o autuante diz que a legislação que trata do recolhimento do ICMS em suas operações próprias com álcool carburante é clara quando anuncia os ditames a serem seguidos. Transcreve os arts. 515-A e 515-B do RICMS-BA, dizendo que este último faz menção à necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria, no momento da saída do Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC), bem como no seu item II, da obrigatoriedade de transitá-lo acompanhado do DAE pago, sendo que, no caso em questão, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanha tão somente do DAE referente à substituição tributária qual não foi objeto da autuação fiscal.

Ressalta que o autuado não possui o benefício do art. 126, IV, item II, do RICMS-BA, para recolher o imposto no dia 15 do mês subsequente.

Fala que pelo enunciado no Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS em operações normais e não o ICMS da substituição tributária. Quanto à determinação da base de cálculo, diz que usou a constante dos DANFES nº 10124 e 10125. Portanto, não se inventou valor para se cobrar o imposto, pois está exigindo o valor destacado nos documentos fiscais e, quanto à multa, diz que é a prevista na legislação para a infração cometida.

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 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.

Analizando 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 ressarcir a mercadoria na forma prevista no art. 515-B do RICMS-BA. A existência de desconformidade entre o enquadramento legal da infração, e a pretensão do autuado.

distintas, o que inquia de vício insanável o Auto de Infração.

Deste modo, 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 128983.0012/09-5, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR