

A. I. Nº - 232133.0104/10-4  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTES - JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA JUNIOR  
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE  
INTERNET 24.08.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0210-05/10**

**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**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/01/2010, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir ICMS no valor de R\$5.629,83, em virtude de falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Acompanha o Auto de Infração o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232133.0104/10-4.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 26 a 30, 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 NF-e e nos DAEs em anexo.

Disse 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 o autuado que não houve engano na determinação da base de cálculo, pois não foi incluído na sua quantificação 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.

Ainda como argumento visando elidir a imputação fiscal, contesta os cálculos lançados no Auto de Infração, visto que partiram de uma pauta fiscal fictícia de que faz uso o Estado da Bahia, totalmente irreal e fora do contexto do mercado de combustíveis baiano o álcool etílico hidratado combustível jamais 2,00/litro. Argumenta que a margem de lucro presumida do Estado

que não existe preço no mercado sequer próximo ao previsto na pauta fiscal. Pede, subsidiariamente, a revisão dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração. Transcreve na peça defensiva decisão do STJ acerca da ilegalidade do uso da pauta fiscal para a quantificação da base de cálculo.

Transcreve o art. 159 do RPAF/99, 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 o Estado Bahia.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Às fls. 44 a 47, o autuante presta informação fiscal. Após fazer um breve histórico dos fatos que embasaram a autuação e da legislação aplicável, em especial o art. 515-B do RICMS/97, o autuante informa que no Auto de Infração foi lavrado com o objetivo de se buscar o pagamento do ICMS das “operações normais” e que o contribuinte centrou sua defesa na falta de retenção do ICMS por substituição tributária. Ressaltou ainda que a infração foi descrita como falta de recolhimento do ICMS-ST em razão do sistema da emissão do Auto de Infração (SEAI), à época, não contemplar o enquadramento no fato nas normas do art. 515-B, do RICMS.

Sustenta, entretanto que se aplique ao caso as normas do art. 19 do RPAF/99, visto que pela descrição dos fatos fica evidente o enquadramento legal da infração.

Quanto à base de cálculo, informa que partiu dos dados existentes no DANFE nº 22137, ou seja, o valor da operação.

No que se refere ao pedido de dispensa de multa e juros entende que o mesmo não pode prosperar, uma vez que não se alinha em nenhuma das hipóteses do art. 159 do RPAF, além do fato do contribuinte não ter apresentado prova de ter agido de boa fé e de efetuar o pagamento do imposto antes da solicitação da dispensa. Fez na peça defensiva transcrição dos dispositivos regulamentares atinentes ao pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade (art. 159, § 2º, do RPAF/99).

Ao finalizar, pede 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, com enquadramento no art. 353, inciso II, do RICMS-BA.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário afirmando 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 constam nos autos.

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.

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, o que se constata neste PAF é a pretensão de exigência de ICMS 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 inquia de vício insanável o Auto de Infração.

A incongruência entre o campo “descrição dos fatos” do Auto conduta tipificada como infração, no campo próprio, não saneia ao

neste caso, além da divergência formal, também a divergência material, que implica em mudança do fulcro da autuação.

Deste modo, entendo que as inconsistências apontadas, viciam de forma absoluta o lançamento, vez que sua correção no auto não é possível por implicar, como dissemos acima, em mudança de fulcro da acusação. Com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art. 156 do mesmo Regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas acima apontadas, 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 no DANFE que pauta 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 acima 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 232133.0104/10-4, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR