

A. I. Nº - 210943.0003/10-3  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET 29.12.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0366-05/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA), a penalidade aplicada e a pretensão fiscal que é de exigência de 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 20/01/2010, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir ICMS no valor de R\$3.753,26, mais multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “e”, da Lei nº 7.014/96, em virtude de falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária (Sobre a operação própria). Consta no campo “descrição dos fatos”: *“Falta de recolhimento do ICMS, sobre operação própria, na venda de álcool etanol hidratado, destacado nas Notas Fiscais Eletrônicas nºs 22834 e 22833”*. Acompanha o Auto de Infração o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0007/10-9.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 15 a 18, 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 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 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, 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 ICM

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 do Brasil. Pondera que no território baiano o álcool etílico hidratado combustível jamais foi vendido ao preço de R\$ 2,00/litro. Argumenta que a margem de lucro presumida do Estado da Bahia é superior a 110% e 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. 32 a 36, o agente de tributos autuante presta informação fiscal. Após fazer um breve histórico dos fatos que embasaram a autuação e da legislação aplicável, em especial os arts. 515-A, 515-B e 126, todos 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”. Pondera que se não houve o recolhimento do tributo, este fato se deu por livre e espontânea vontade do contribuinte, visto que este tinha pleno conhecimento da necessidade de autorização da COPEC para que pudesse pagar o ICMS no prazo previsto para o cumprimento das obrigações normais.

Quanto à base de cálculo afirmou que partiu das informações constantes dos DANFE's n<sup>os</sup> 22834 e 22833, se valendo, portanto, dos valores constantes da documentação fiscal. Em relação à multa aplicada, frisou que a mesma se encontra prevista na legislação e tem pertinência com a infração cometida.

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.

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. No tocante à penalidade, foi imputada ao contribuinte a multa capitulada no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei n<sup>o</sup> 7.014/96, no percentual de 60%, vinculada à, falta de retenção do ICMS-ST.

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, por não se encontrar credenciado pela SEFAZ a efetuar o pagamento do tributo nos prazos normais de apuração do ICMS. Neste caso, a penalidade a ser imposta ao contribuinte é também diversa, no que se refere à capituloção e percentual

Portanto, verifico explícita desconformidade entre o enquadramento penalidade aplicada e a pretensão fiscal, que são situações disti

insanável o Auto de Infração.

A incongruência entre o campo “descrição dos fatos” do Auto Infração e a narrativa da conduta tipificada como infração, no campo próprio, não saneia ao procedimento fiscal, havendo, neste caso, além da divergência formal, também a divergência material. A peça acusatória é contraditória e induziu o contribuinte a desenvolver a sua linha defesa contestando a exigência fiscal no tocante ao instituto da substituição tributária.

Deste modo, entendo que as inconsistências apontadas viciam de forma absoluta o lançamento, vez que sua correção no auto não é possível por implicar 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 também 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 acima exposto, reafirmo o 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 **210943.0003/10-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR