

PROCESSO - A. I. Nº 07836252/96  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - SIDNEY GALLUCCIO JÚNIOR  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 20/05/2005

## CÂMARA SUPERIOR

### ACÓRDÃO CJF Nº 0005-21/05

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR CONSUMIDOR FINAL. DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA FISCAL. Representação proposta com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a improcedência do Auto de Infração, em face de não ser devida a exigência de diferencial de alíquota, por se tratar de consumidor final, prestador de serviço, não contribuinte do ICMS. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face ao Controle da Legalidade exercido por esse órgão, depois de ajuizada a ação de execução fiscal do PAF de nº 07836252/96, decorrente da Decisão da Câmara Superior do CONSEF (Acórdão CS nº 0219/00), que não proveu o Recurso de Impugnação ao Arquivamento do Recurso de Revista, homologando a Decisão da 4ª Câmara que julgou Procedente o Auto de Infração, com o fito da Câmara Superior apreciar a referida representação, respaldada no Parecer de sua Assessoria, às fls. 207 a 212, no sentido de que seja decretada a improcedência do lançamento do crédito tributário, uma vez que o fundamento da autuação foi o fato de o destinatário, pessoa física, não constar como contribuinte inscrito na SEFAZ, o que não faz nascer a obrigação principal relativa ao recolhimento do diferencial de alíquota, por se tratar de consumidor final, prestador de serviço, não contribuinte de ICMS.

Assim, após a análise circunstanciada das peças dos autos, e com base na legislação que norteia o processo administrativo fiscal, entende a Douta PGE/PROFIS que restou patente a improcedência do presente processo, visto que inexistem documentos comprobatórios de que o autuado adquiriu as mercadorias a que aludem as notas fiscais de fls. 6 a 8 para fins de comercialização, uma vez que a quantidade de bens ali discriminados não tem o condão de qualificar o interessado como comerciante, do que inclusive corrobora a diligência a que se refere a peça de fls. 24 a 27.

Assevera que os dados existentes no processo permitem concluir que a autuação foi fruto de presunções do autuante de que o autuado estava realizando “...operação destinada a contribuinte não inscrito na Secretaria...”, o que não é juridicamente lógico pretender que, com base em presunções não autorizadas pelo sistema legal, direitos sejam violados.

Ressalta que as mercadorias foram adquiridas no Estado de São Paulo por consumidor final, não contribuinte do imposto, com a alíquota interna, pois as aquisições das mercadorias foram para viabilizar a execução de um empreendimento de lazer, o qual não realiza operações relativas à circulação de mercadorias.

Desta forma, entende que a ação fiscal está destituída de qualquer respaldo legal, do que, de acordo com o § 2º, do art. 136, do COTEB, faz-se necessária a representação pela PGE/PROFIS ao CONSEF para o fim de ver o Auto de Infração julgado Improcedente.

## VOTO

Da análise das peças processuais constato que se trata de Auto de Infração de trânsito de mercadorias, lavrado contra o destinatário das mercadorias, localizado no Estado da Bahia, no sentido de exigir o ICMS no valor de R\$6.891,76, acrescido da multa de 60%, em razão da antecipação tributária por se tratar de operação destinada a contribuinte não inscrito na Secretaria da Fazenda.

Portanto, o fundamento da acusação consiste no fato de que o autuado, na condição de contribuinte do ICMS, porém não cadastrado na SEFAZ, tinha o intuito de comercialização das mercadorias adquiridas.

Contudo, do cotejo dos documentos fiscais (fls. 6 a 8) com o Termo de Apreensão de Mercadorias (fl. 3), verifico que:

1. O autuante não incorpora qualquer margem de valor agregado às mercadorias, o que caracteriza na verdade a exigência de diferença entre as alíquotas interna e interestadual, consoante consignado no Parecer da PGE/PROFIS;
2. Caso confirmada a exigência de diferença de alíquotas, constato que foi consignado arbitrariamente o crédito fiscal no valor de R\$3.620,85, enquanto que nos documentos fiscais perfaz o montante de R\$11.131,00, resultante da alíquota de 18%, o que acarreta um crédito a maior do que o débito exigido de R\$10.512,61, decorrente da alíquota interna de 17% no Estado da Bahia.
3. Foram considerados nos cálculos os valores correspondentes à Nota Fiscal nº 905 (fl. 8), a qual destinava-se à pessoa estranha ao autuado.

Assim, diante de tais considerações e, principalmente, pelo fato de não restar comprovado nos autos a condição do autuado de contribuinte do ICMS, visto que as mercadorias adquiridas são condizentes com a atividade de prestação de serviço sujeita ao ISS, explorada pelo adquirente, no caso Kart, conforme evidenciado às fls. 25, 192 e 200 dos autos, cujas mercadorias foram adquiridas no Estado de São Paulo em conformidade com a alíquota interna exigida à época de 18%, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS, no sentido de julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS