

PROCESSO	- A. I. Nº 269275.0009/11-0
RECORRENTE	- JOSÉ CARLOS DOS SANTOS DE PAULO AFONSO (POSTO AVENIDA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0047-05/12
ORIGEM	- INFAC PAULO AFONSO
INTERNET	- 17.09.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0355-13/13

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Infração procedente. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão, relativo ao Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exigindo o ICMS pelo cometimento de 5 infrações, das quais resta objeto do presente Recurso a infração nº 5, que segue:

*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme planilha anexa. Valor Histórico: R\$9.236,75. Multa de 60% - 06.02.01.*

Ao inicio de sua exposição, o i. Relator rejeita a arguição de decadência, pois a contagem para o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores, com base na regra do art. 173, inciso I, do CTN.

Portanto, em conformidade às regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (art. 107-A), a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/09/2011, e este tem sido o entendimento deste Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

Adentrando ao mérito, diz tratar-se de fiscalização a contribuinte cuja atividade é o comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, na qual revende mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Realizado o levantamento quantitativo de estoques, das mercadorias álcool combustível e gasolina aditivada, no exercício de 2007, resultaram as infrações de 1 a 4 deste Auto de Infração.

E segue em seu relato:

*“Saliente-se que a Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, deve ser aplicada na realização deste tipo de Auditoria. Reza esta Portaria que no caso de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque, ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, com multa de 70%, e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, com multa de 60%. (art. 10, I, “a”, “b” da mencionada Portaria).*

*O sujeito passivo em sua peça de defesa traz argumentos, no sentido de que o levantamento fiscal estava eivado de equívocos, tais como:*

*Quanto à questão do produto álcool combustível (infrações 1 e 2), argumenta que na própria planilha o autuante só contou e somou as Notas Fiscais até nº 84.368 no dia 27/12/2007, e de esqueceu de verificar no livro LMC que a escrituração está até dia 31/12/2007, por esse lapsus foi apontado o erro de quantitativo.*

*Ao verificar a escrituração do livro de Entrada de Mercadoria e o LMC, constatou no dia 31/12/2007 o registro de entrada de Álcool de 5.000 l., conforme cópia do livro LMC e da Nota Fiscal nº 084.493, assim, observou que se a omissão é de 3.305,508 l. e a entrada é de 5.000 l. na nota fiscal mencionada, então, não há omissão, pois tem saldo de álcool, com isso, a Infração é nula (DOC 01 - xerox da nota fiscal e registro do LMC).*

*No produto “Gasolina Aditivada” (infrações 3 e 4), examinou a documentação e na escrituração do livro de Entrada e no LMC, encontrou a Nota Fiscal de nº 075.891 de 03 de março de 2007, de GASOLINA ADITIVADA*

e não GASOLINA COMUM, como foi registrado pelo Auditor Fiscal, no total de 10.000 litros. Junta cópia da nota fiscal e cópia do LMC, assim, a diferença de 10.799,101 l. não existe.

No exame das peças elaboradas pela fiscalização, encontrou outra Nota Fiscal de nº 084.494 do dia 31/12/2007, também de GASOLINA ADITIVADA de 5.000 l., que está registrada no livro de LMC, conforme cópia da nota fiscal e do Livro LMC.

Lembra que o autuante lançou a última Nota Fiscal de nº 84.405, no seu relatório, não lançando mais nenhuma nota fiscal e esclarece que fez o resumo de entradas das notas que não foram somadas na fiscalização, fazendo, assim, uma conta-corrente de combustível GASOLINA ADITIVADA, conforme o quadro abaixo:

Registro de Nota Fiscal nº 075.891	10.000,000 l.
Registro de Nota Fiscal nº 084.494	<u>5.000,000 l.</u>
Soma Total	15.000,000 l.
Omissão de entrada pelo fiscal	10.799,101 l.
Saldo positivo de combustível	4.200,899 l.

Estas questões trazidas na defesa foram acatadas pelo autuante, após a verificação procedida quando da informação fiscal, momento em que reconheceu que as infrações não teriam sido cometidas, no que acompanho, em face dos documentos trazidos na defesa.”

Julga improcedentes as infrações de 1 a 4.

Analisando a infração 5, a qual exige o recolhimento de ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre materiais de uso e consumo, referente aos meses de janeiro, abril, maio, julho, agosto de 2006, e março julho e agosto de 2007, cuja multa encontra-se prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, cita que o demonstrativo dessa infração foi anexado na fl. 19 e as cópias das notas fiscais, às fls. 36 a 48 do PAF.

E considerando que o contribuinte negou o cometimento da infração, mas não apresentou as comprovações de sua assertiva, alude a procedência desta infração 5 e a mantém em sua totalidade.

Julga pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário manejado pelo recorrente é destinado à Câmara Superior do CONSEF, inadvertidamente, pois trata de Recurso sobre temas enfrentando a Decisão, cuja apreciação na segunda instância cabe a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Diz o recorrente vir impetrar Recurso contra a Decisão que julgou improcedente (sic) a 5ª. Infração do Auto de Infração em tela.

Intenta junto ao CONSEF a anulação da infração 5, no valor de R\$9.236,75, com a argüição de ter se operado a prescrição e decadência, tendo em vista o decurso de prazo da ação fiscal. Chama a atenção para o art. 150 § 4º do CTN, do qual junta cópia, bem como do RESP 1.127.224-SP do STJ, sobre o mesmo tema abordado.

Em rápido comentário sobre o Auto de Infração, destaca que a 5ª. JJF acolheu parcialmente a defesa, considerando improcedentes as infrações 1 a 4, e procedente a infração 5, cobrando R\$9.238,75 reclamando a diferença de alíquota na aquisição de veículo, bem patrimonial, considerado pela autuação como de uso e de consumo. Destaca o recorrente que referido bem do ativo permanente destina-se ao transporte de combustíveis, não se tratando de mercadoria para comercialização ou circulação.

Transcreve o art. 150, § 4º do CTN, bem como art. 352-A do RICMS/BA. Com suporte nesses textos legais, o recorrente entende que referido veículo tendo sido adquirido conforme nota fiscal nº 153967 em 11/04/2006, resta provada a prescrição, pois a autuação datou de 30/09/2011.

Com relação à infração 5, pede a reforma da Decisão de piso por ser improcedente, com anulação da infração e julgamento pela procedência do Recurso.

O opinativo da PGE/PROFIS, elaborado pelo i. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, manifesta-se pelo total Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

Inicialmente cita i. Procurador que a cobrança do diferencial de alíquotas sobre aquisições interestaduais de bens patrimoniais, resta pacífica na jurisprudência, quando o adquirente seja contribuinte do ICMS, conforme dicção do art. 155, § 2º, VII “a” da CF/88, o qual transcreve.

Sobre o mesmo tema, transcreve a guisa de esclarecimentos, a RESP 6201 12 MT 2004/0000852-0 e Ementa, relativas à questão ora tratada de diferencial de alíquotas do ICMS, com destaque a

situações específicas interestaduais, colimando por ser específico o entendimento que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada de mercadoria em seu território, destinadas a contribuintes do ICMS.

Nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, emite Parecer pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário do autuado.

## VOTO

A fiscalização relativa ao presente Auto de Infração, foi aplicada em contribuinte cuja operação é desenvolvida no comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, com revenda de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Na apreciação da argüição de decadência conduzida pelo recorrente, relativamente à infração 5, não a vejo prosperar, pois que a contagem para o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores, com base na regra do art. 173, inciso I, do CTN.

Tendo em vista o regramento contido no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (art. 107-A), a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/09/2011, tendo sido este o entendimento deste Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

Em outras situações diversas, em que tenha havido pagamento de imposto ou utilização de crédito, mesmo que parcial, os Conselheiros classistas promovem o entendimento de que a partir da data desses fatos inicia-se a contagem da decadência: por disposição do caput do art. 150 do CTN “*homologação ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o imposto.*”

Quanto ao mérito, o recorrente confirma que os materiais objeto da autuação não são mercadorias e não se destinavam à revenda, e sim ao uso/consumo da própria empresa, sendo entre estes, o veículo caminhão um bem patrimonial destinado ao transporte próprio de combustível, cabendo desta forma a cobrança da diferença de alíquotas.

Vejo caracterizada esta infração 5, relativa ao diferencial de alíquotas em produtos não objetos de comercialização e voto pela sua procedência no valor de R\$9.236,75 (fl. 19).

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269275.0009/11-0, lavrado contra JOSÉ CARLOS DOS SANTOS DE PAULO AFONSO (POSTO AVENIDA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$9.236,75, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS