

**PROCESSO** - A. I. N° 206960.0006/17-2  
**RECORRENTE** - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão CJF nº 0291-11/18  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/02/2020

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0371-11/20-VD

**EMENTA:** ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição). Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 1<sup>a</sup> CJF (Acórdão CJF nº 0291-11/18) que Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF nº 0037-02/18, o qual julgara Procedente o Auto de Infração em lide.

O Auto de Infração lançou ICMS, no valor total de R\$2.372.203,07, e foi lavrado em decorrência de uma única infração, descrita da forma abaixo.

*01 – 04.05.08 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício fechado. Em complemento consta: O contribuinte apresentou ganhos de combustíveis dos produtos Gasolina A e Óleo Diesel A, através do registro nos Anexos I do SCANC de 2012 e da emissão de Notas Fiscais de entradas com CFOP 1949, para ajuste de estoque, deixando de lançar e recolher o ICMS devido sobre os ganhos excedentes acima do percentual de 0,6% previsto pela ANP.*

Após julgamento pela procedência, o contribuinte recorreu à Segunda Instância deste Conselho de Fazenda, que, conforme Acórdão nº 0297-11/18, Negou Provimento ao Recurso Voluntário, voto cujo teor reproduzo abaixo.

### **VOTO (Vencido quanto à decadência em relação ao período de janeiro a junho)**

*Trata o presente processo de levantamento quantitativo de estoque, exercício fechado, levado a efeito pelos autuantes, com base no que dispõe a Portaria 445/98, combinada com a Resolução nº 07/69, da Ordem de Serviço nº 500726/2017.*

*Com base no que dispõe a Portaria nº 445/98, os autuantes procederam a verificação, com base nos arquivos apresentados pela Recorrente, da movimentação dos estoques de Gasolina A e Diesel A, chegando à conclusão de omissão de entradas de mercadorias, por haver a mesma registrado entradas não acobertadas por documentos fiscais em percentual superior ao admitido pela legislação da ANP.*

*Desta verificação resultou a cobrança de ICMS passível de recolhimento no exercício de 2012 no valor original do Auto de Infração no montante de R\$2.372.203,07.*

*É de se salientar que a verificação efetuada teve por base, Além dos inventários de 31.12.2011 e 3.1.12.2012, fls. 10/11 dos autos, os registros mensais do SCAN – SISTEMA DE CAPTAÇÃO E AUDITORIA DOS ANEXOS DE COMBUSTÍVEIS, fls. 12/35, disponibilizados pela SEFAZ/BAHIA.*

*Da apuração efetuada com base nos relatórios do SCANC os autuantes fizeram a apuração mensal das quantidades que consideraram entradas no estabelecimento, tanto de gasolina A, com o Diesel A, elaborando demonstrativo com a variação encontrada, fl. 9, que foi confirmada pelo demonstrativo apresentado às fls. 7/8.*

*A Portaria nº 445/98, legislação infraconstitucional não pode se sobrepor a legislação de cunho nacional, ou seja, não pode descharacterizar o que dispõe a legislação superior. Ora, se o levantamento efetuado tomou por*

base os relatórios do SCANC, que se prestam ao acompanhamento da vida empresarial do contribuinte e para conferência da movimentação de combustíveis no Estado, lógico ter-se o mesmo como peça comprovatória da mesma, não sendo necessária a utilização da norma local para elaboração do trabalho fiscalizatório.

Ao analisar a preliminar de decadência arguida pela Recorrente temos a verificar o que dispõe o CTN no Artigo 150:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Não foi comprovado pelos autuantes que a Recorrente houvesse ocorrido na infração de recolhimento de tributos, em especial o ICMS, no período, sendo a autuação baseada na presunção de entrada de produtos, sem acobertamento de documentação fiscal, em quantidades superiores ao determinado pela ANP, o que indicaria aquisição irregular dos mesmos.

GASOLINA A - ANO 2012		DIESEL - ANO 2012			
MÊS CONSUMO	GANHOS	REFEITO	MÊS	CONSUMO	GANHOS
1 8.864.806,00	238.808,00	ZERO	1	10.657.100,00	195.404,00
2 8.628.800,00	236.448,00	ZERO	2	11.421.850,00	180.554,00
3 8.816.000,00	262.438,00	ZERO	3	12.298.225,00	210.518,00
4 9.384.000,00	312.927,00	ZERO	4	11.948.150,00	189.953,00
5 9.090.800,00	300.774,00	ZERO	5	12.375.650,00	182.645,00
6 9.950.400,00	301.565,00	ZERO	6	13.058.700,00	180.049,00
7 9.520.324,00	254.511,00	254.511,00	7	13.585.000,00	178.069,00
8 9.931.600,00	271.853,00	271.853,00	8	13.775.475,00	169.870,00
9 9.946.800,00	270.965,00	270.965,00	9	13.515.650,00	200.596,00
10 10.149.600,00	291.152,00	291.152,00	10	13.603.293,00	194.342,00
11 9.810.400,00	301.838,00	301.838,00	11	13.300.475,00	224.169,00
12 11.450.000,00	400.968,00	400.968,00	12	12.471.600,00	237.787,00
TL 115.543.530,00	3.444.247,00	1.791.287,00	TOTAL	152.011.168,00	2.343.956,00
					1.204.833,00

Considero imprópria a utilização da Portaria nº 445/98 para a apuração em foco, quando pode o Fisco se utilizar de registros que ele mesmo exige e dispõe, no caso o SCANC, o que acoberta a pretensão da Recorrente quanto à decadência dos valores constantes da planilha apresentada pelos autuantes à fl. 9, de relação aos meses de Janeiro a Junho de 2012, considerando que a mesma só foi notificada da autuação em data de 03.07.2017, pelo que refaço a base de cálculo para excluir os valores referentes ao período que considero decadente.

Com base no acima descrito, refaçam-se os cálculos dos valores correspondentes aos acréscimos ocorridos no período não decadente de forma a que se chegue ao valor real a ser cobrado da Recorrente.

Refazendo-se os cálculos:

GASOLINA A:

Ganho em litros: 1.791.287,00;  
Valor do custo: 2.3617;  
Ganho: 4.230.482,79;  
ICMS – 1.142.230,28

DIESEL A:

Ganho em litros: 1.204.833,00;  
Valor do custo: 1,6423;  
Ganho: 1.978.697,24;  
ICMS – 336.378,53

TOTAL DO ICMS DEVIDO: 1.478.608,81

De relação à pretensão da Recorrente no que diz respeito à multa imposta pela infração cometida, não tem este Conselho competência para analisá-la, nos termos do que dispõe o RPAF/BA, devendo a mesma ser mantida incidindo sobre o valor reconhecido.

Da mesma forma de relação aos acréscimos moratórios, que não configuram penalidade, mas, atualização do valor que o contribuinte se fez disponível e que deveria ter recolhido aos cofres do Estado.

*Pelo que analisei e exponho, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto pela Recorrente e julgar o Auto de Infração pela Procedência Parcial.*

**VOTO VENCEDOR (Quanto à decadência em relação ao período de janeiro a junho)**

*Discordo, com a devida vênia, do entendimento do ilustre Relator, quanto ao seu entendimento de que ocorreu a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2012, considerando que a mesma só foi notificada da autuação em data de 03.07.2017, excluindo os respectivos valores exigidos referentes ao citado período.*

*Há de registrar que a Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS), em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, adotou o entendimento no sentido de:*

*“Reconhecer a procedência do pedido e abster-se de recorrer, nos processos relativos a autos de infração lavrados quando verificada a existência de operação declarada com pagamento integral ou parcial, sem ocorrência de dolo, fraude ou simulação, relativos a fatos geradores posteriores a 12 de junho de 2008 (Súmula vinculante STF nº 08, pelos motivos determinantes), devendo ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN (prazo decadencial contado a partir da ocorrência do fato gerador);*

*Em consequência, observa-se, então, que a leitura deste enunciado conduz à conclusão de que a PGE/PROFIS opina que deveria adotar a regra do art. 150, §4º, do CTN (data da ocorrência do fato gerador), para o reconhecimento da decadência, quando “verificada a existência de operação declarada com pagamento integral ou parcial, sem ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.*

*Ressalte-se que, embora o § 4º do art. 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (o qual atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a jurisprudência e a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual após decorridos cinco anos previstos legalmente, é aceito pelo sujeito ativo da relação tributária.*

*Contudo, tal entendimento não se pode aplicar quanto às operações e lançamentos em que o sujeito passivo omite do Fisco, deixando de oferecer a tributação, levando o Poder Tributante a recuperá-los mediante lançamento de ofício. Tal entendimento não pode ser diferente, visto que se não houve lançamento e, consequentemente, oferecimento à tributação, não se pode falar em “tributos sujeitos ao lançamento por homologação”.*

*Neste caso de operações realizadas sem documento fiscal e sem oferecer à tributação, independente da exigência ser relativa às competências mensais, como sustenta o nobre Relator, ou consolidada no último dia do exercício apurado, conforme procederam os autuantes, o prazo para contagem da decadência deve ser o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Dentro deste contexto, neste caso de diferença quantitativa apurada através da auditoria de estoque, o descumprimento da obrigação tributária principal, questionada pelo recorrente, ocorreu no período de janeiro a junho de 2012 e a ciência do Auto de Infração ocorreu em 03/07/2017, portanto dentro do prazo para a constituição do crédito tributário de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o qual se extinguiria em 31/12/2017.*

*Por sua vez, efetivamente, no lançamento de ofício o fato gerador é de 31/12/2012, o que, também, por deslocar o início da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte, também coincide com o mesmo termo prazal de 31/12/2017, inexistindo diferença entre si, cujo lançamento beneficia o sujeito passivo com menor mora.*

*Quanto às razões de mérito, propriamente ditas, não há qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, haja vista que a exigência do imposto se refere à sujeição passiva do recorrente, em decorrência da condição de responsável solidário do imposto devido pelo fornecedor, por ter adquirido combustíveis de terceiro sem a devida documentação fiscal, ou seja, de origem indeterminada, logo, em consequência, impossível se afirmar, como pretende o apelante, que houve a retenção e recolhimento do ICMS de toda a cadeia pelas refinarias.*

*Ressalte-se que, no caso em exame, trata-se de levantamento quantitativo de estoque em que se apurou diferenças de entradas de Gasolina “A” e Óleo Díesel “A”, relativamente a “ganhos” acima do percentual de 0,6% estabelecido pela ANP, tendo em vista que houve saída declarada maior que a saída apurada no levantamento fiscal, caracterizando entradas de mercadorias não registradas nem levada à tributação do imposto, visto tratar-se de mercadorias sujeitas à substituição tributária com fase de tributação encerrada, não restando comprovada a retenção do ICMS na fase anterior, cujas operações de entradas não foram documentadas, sendo o adquirente responsável solidariamente do imposto devido pelo fornecedor, como*

também pela antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, o qual sequer foi objeto de cobrança neste Auto de Infração, cujo prazo para constituição do crédito tributário, relativo à antecipação tributária, já decaiu.

Por fim, n o tocante à multa aplicada de 100%, deve-se esclarecer que é a prevista ao caso concreto, conforme hipótese legal insita no art. 42, III, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Irresignado com a decisão da CJF, o Sujeito Passivo interpôs o presente Pedido de Reconsideração (fls. 252/263), com base nas razões abaixo.

Alega decadência do direito estatal de efetivar o lançamento administrativo, relativo aos meses de janeiro a julho de 2012, acostando jurisprudência em apoio aos seus argumentos.

Alega, ainda, ausência completa de respaldo para cobrar ICMS sobre expansão volumétrica associada a variação de temperaturas. Transcreve jurisprudência do STF em apoio aos seus argumentos.

Por fim, pede que seja acolhido o presente Pedido de Reconsideração e julgado improcedente o Auto de Infração.

## VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 1ª CJF contida no Acórdão Nº 0291-11/18, o qual Negara Provimento ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.

Pois bem, tratando-se de Pedido de Reconsideração, por se tratar de espécie recursal de natureza extraordinária, diferentemente daquilo que ocorre com as demais modalidades recursais, faz-se necessário que preencha os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, cuja redação vigente à data da prolação da Decisão recorrida reproduzo abaixo.

*“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:*

*I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:*

*...  
d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal; (grifos acrescidos);  
...”*

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima transscrito, são dois os requisitos para o cabimento do presente recurso, quais sejam, que a Decisão recorrida tenha tido por objeto um Recurso de Ofício, bem como que tenha reformado, no mérito, a de primeira instância.

Examinando a decisão da 1ª CJF, Acórdão nº 0291-11/18, nota-se que não teve por objeto examinar Recurso de Ofício, mas sim Recurso Voluntário, ao qual Negou Provimento, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

*“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0291-11/18*

*EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ADQUIRENTE DOS COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Sujeição passiva do recorrente, em decorrência da condição de responsável solidário do imposto devido pelo fornecedor, por ter adquirido combustíveis de terceiro sem a devida documentação fiscal. Razão recursal insuficiente à modificação da Decisão recorrida. Rejeitada prejudicial de mérito de decadência. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.”*

Ora, tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição).

Assim, é forçoso reconhecer que inexiste, no presente caso, o direito de ação do Contribuinte.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0006/17-2, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.372.203,07**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS