

PROCESSO - A. I. Nº 206949.0016/05-5
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0196-05/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0421-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA INFORMAÇÃO DA DISTRIBUIDORA À REFINARIA PARA REPASSE DO ICMS-ST AO ESTADO DE DESTINO NAS OPERAÇÕES DE VENDAS DE COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. As razões recursais foram insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Não acatadas as preliminares de nulidade e de decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0196-05/06 -, lavrado para exigir o ICMS que foi retido e recolhido a menos, no montante de R\$855.280,65, acrescido da multa de 60%, em virtude da informação prestada a menos pela distribuidora à refinaria, por meio dos anexos exigidos no Convênio ICMS 03/99, para repasse do ICMS ao Estado de destino, referente a saídas de gasolina e diesel para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos exercícios de 2000 e 2001, tendo sido excluídos os valores já exigidos no Auto de Infração nº 206949.0006/04-1.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu não acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, de comprometimento ao seu direito de defesa, sob a alegação de que os demonstrativos constantes no PAF não lhe permitiram verificar em quais operações ocorreu o recolhimento a menos, por entender que o sujeito passivo reconheceu que lhe foram fornecidos diversos demonstrativos e por concluir que a discriminação nas planilhas é analítica e detalhada, haja vista que nelas “*são informados: cada nota fiscal; o seu destinatário com respectivo CNPJ; cada item; valor do produto; a base de cálculo da substituição tributária utilizada; a base de cálculo da substituição tributária correta e finalmente o ICMS devido, que foi agrupado por mês*” e, além disso, “*esse total por mês foi comparado com o valor constante nos Anexos (Relatórios de Aquisição Interestadual com Combustíveis Derivados de Petróleo) enviados à Refinaria, na forma do Convênio ICMS 03/99*”. Acrescentou “*que o relatório sintético, à fl. 12, resume os números encontrados nos demonstrativos analíticos e apresenta a dedução dos valores já exigidos em autuação anterior (Auto de Infração nº 206949.0006/04-1)*”.

O órgão julgador de Primeira Instância também afastou a preliminar de decadência do débito, por entender que, de acordo com a jurisprudência deste CONSEF, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, 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*’, e não o foi pelo sujeito passivo.

Ressaltou que ficou caracterizado que não ocorreu o lançamento antecipado do imposto, uma vez que o autuado, ao deixar de recolher o ICMS ora reclamado, não o lançou corretamente e que, como o presente Auto de Infração foi lavrado em 08/11/05, referente a fatos geradores ocorridos no período de fevereiro de 2000 a dezembro de 2002, o prazo para a constituição do crédito tributário somente se extinguiria no dia 31/12/05, não se configurando a decadência para o lançamento do tributo.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 1584 a 1588), o sujeito passivo sustenta que a falta de discriminação das operações em que houve a suposta diferença no recolhimento do ICMS cerceou, sem dúvida, o seu direito de defesa.

Sustenta que não se pode falar em processo administrativo fiscal sem se pautar pela verdade real, assegurando a ampla defesa, garantindo o contraditório, permitindo ampla produção de prova, enfim, respeitando-se o devido processo legal, consoante estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal.

Afirma que não há porque lhe negar as informações complementares solicitadas com o único intuito de buscar a verdade real, devolvendo-se-lhe o prazo legal de 30 dias para eventual manifestação, e conclui pedindo a nulidade do lançamento ou a redução da multa a “um patamar compatível com o princípio do não-confisco”.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. Fernando Telles, apresentou o seu Parecer (fls. 1598 a 1600) opinando pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, o qual foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, apresentando a seguinte argumentação:

1. o recorrente não questionou a matéria de fundo da presente autuação, limitando-se a suscitar preliminares de decadência e cerceamento do direito de defesa;
2. quanto à preliminar de decadência, diz que não merece ser acolhida, *“porquanto, no caso concreto, aplicar-se-ia a exceção prevista no § 4º do artigo 150 do CTN, “em razão da previsão legal contida no § 1º do art. 28 do COTEB, fixando-se o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário”*. Acrescenta que, considerando que o prazo decadencial teria início em 01/01/01 e findaria em 01/01/06 e o lançamento foi feito em 08/11/05, não há que se falar em decadência;
3. em relação à preliminar de cerceamento de defesa, entende que também não deve ser acatada, uma vez que foi produzido, pelo Fisco, um extenso demonstrativo analítico comprovando a retenção a menos do imposto por substituição tributária, inclusive com a exclusão de valores já consignados em Auto de Infração anteriormente lavrado, não merecendo guarida a arguição de falta de individualização da infração.

Conclui dizendo que, apesar de ter sido dada oportunidade para a produção de provas, o recorrente limitou-se a aduzir que teria buscado verificar as apontadas divergências, sem, no entanto, juntar qualquer demonstrativo a respeito.

VOTO

O recorrente suscitou, como preliminar, a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de seu direito de defesa, pelo fato de não se encontrarem individualizados, nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, os valores das diferenças de ICMS ora exigidas.

Verifico, pelo exame dos autos, o seguinte:

1. o autuado reconheceu que lhe foram entregues os demonstrativos de fls. 12 e 52 a 1547;
2. os demonstrativos de fls. 52 a 1547 relacionam, por nota fiscal, a data de emissão, o tipo de mercadoria, o município de destino, o destinatário, a quantidade do produto, o preço unitário, o valor total da base de cálculo e o montante do ICMS – substituição tributária que deveria ter sido informado à refinaria para que ela pudesse efetuar o repasse do imposto ao Estado da Bahia;
3. nos mencionados demonstrativos de fls. 52 a 1547, os autuantes totalizaram, por mês, o “ICMS ST calculado a ser informado nos Anexos V ou III” e o confrontaram com o “ICMS ST informado nos Anexos V ou III/Recolhido GNRE”, apurando uma diferença mensal ainda a recolher de imposto;
4. no demonstrativo de fl. 12 foram transportadas as diferenças mensais a recolher de imposto, constantes nos demonstrativos analíticos, tendo sido calculado o ICMS a ser exigido no lançamento, após a dedução dos valores já lançados no Auto de Infração nº 206949.0006/04-1 anteriormente lavrado contra o contribuinte.

Diante de tais considerações, parece-me evidente que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa, uma vez que a falta de indicação, por documento fiscal, da diferença de imposto a pagar em nada prejudicou a análise do trabalho fiscal, pois bastava ao recorrente conferir, em cada nota fiscal, se o ICMS-Substituição Tributária calculado pela fiscalização estava, ou não, correto e apontar os equívocos porventura existentes ou, ainda, poderia ter realizado o seu próprio levantamento em contraposição ao apresentado pelos autuantes. Ademais, o autuado foi o responsável pelas informações repassadas à refinaria e, certamente, dispõe de relatórios individualizados com os valores de ICMS por substituição tributária constantes em cada nota fiscal. Pelo exposto, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada.

O autuado alegou, ainda em preliminar, que o crédito tributário encontra-se fulminado pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, enquanto que a PGE/PROFIS argumentou que deveria ser aplicada a exceção prevista no § 4º do artigo 150 do CTN, “em razão da previsão legal contida no § 1º do art. 28 do COTEB, fixando-se o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário”.

Já tive a oportunidade de me manifestar sobre a evolução histórica da legislação tributária estadual em relação à decadência, juntamente com o que estabelece o Código Tributário Nacional a respeito, no Acórdão CJF nº 0349-11/06, demonstrando que o artigo 28, do Código Tributário Estadual (COTEB) não mais pode ser invocado, tendo em vista que foi revogado tacitamente pelo § 1º do artigo 44 da Lei nº 4.825/89, o qual disciplinou completamente a matéria à época de sua edição.

O fato de a Lei nº 4.825/89 ter sido revogada expressamente pela Lei nº 7.014/96, a qual não fez nenhuma alusão a prazo para homologação do pagamento do ICMS feito pelo contribuinte, não tem o condão de restaurar o citado artigo 28, do COTEB, uma vez que não é aceito, em nosso ordenamento jurídico, o instituto da repristinação legislativa, nos termos do § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42).

Assim, somente a partir de 14 de dezembro de 2002, com o acréscimo dos artigos 107-A e 107-B, feitos pela Lei nº 8.534/02 ao COTEB, é que a legislação tributária estadual voltou a prever um prazo para a homologação do lançamento do tributo feito pelo contribuinte. Os referidos artigos do COTEB são os seguintes:

Art. 107-A. *O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Art. 107-B. *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.*

§ 5º *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Não obstante essa análise histórica da legislação estadual, necessária tendo em vista que o digno representante da PGE/PROFIS mencionou o artigo 28, do COTEB para fundamentar a sua argumentação, devo observar que o posicionamento atualmente adotado pelo CONSEF, em relação à decadência, nada tem a ver com a existência, ou não, de prazo específico na legislação baiana para a ocorrência da homologação tácita.

O CONSEF tem entendido que, embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à

Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo, isto é, deixa de antecipar o pagamento, e o Fisco atua no sentido de recuperar o imposto, mediante lançamento de ofício (Auto de Infração), o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, 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”*.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado em inúmeros acórdãos até esta data prolatados pelo CONSEF, dentre os quais se podem destacar os Acórdãos CJF nº 0274-12/02, CJF nº 0150-12/02 e CJF nº 0260-11/02.

Em relação aos fatos geradores deste Auto de Infração, verifico que o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/05, de acordo com o previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Como o lançamento de ofício foi lavrado em 08/11/05, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do crédito tributário.

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo. Por tudo quanto foi exposto, deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente.

No mérito, constato que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que foi retido e recolhido a menos pelo sujeito passivo por substituição, em virtude da informação prestada a menos pela distribuidora à refinaria, por meio dos anexos exigidos no Convênio ICMS 03/99, para repasse do imposto ao Estado de destino, referente a saídas de gasolina e diesel para contribuintes localizados no território baiano, nos exercícios de 2000 e 2001, tendo sido excluídos os valores já exigidos no Auto de Infração nº 206949.0006/04-1.

O recorrente não atacou o mérito da autuação e, sendo assim, entendo que estão corretos os valores apresentados pela fiscalização, não merecendo, portanto, reforma a Decisão recorrida.

Quanto à multa indicada, também não há que se falar em redução, conforme solicitado pelo contribuinte, considerando que é a prevista na legislação vigente para o ilícito tributário apontado (artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acolhendo o Parecer opinativo da PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206949.0016/05-5**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$855.280,65**, sendo R\$65.375,93, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$789.904,72, acrescido da multa de 60%, prevista no mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS