

**A. I. Nº** - 206949.0016/05-5  
**AUTUADO** - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A  
**AUTUANTES** - MARCO ANTONIO SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE  
**ORIGEM** - IFEP METRO  
**INTERNET** - 12/06/06

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0196-05/06

**EMENTA.** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Nas operações interestaduais realizadas com combustíveis destinados ao consumo dos adquirentes, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é o valor da operação. Não acolhida à arguição de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/11/2005, exige ICMS no valor de R\$855.280,65, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção a menos do imposto por substituição tributária em virtude da informação prestada a menos pela distribuidora a refinaria através dos anexos exigidos no Convênio nº 03/99, para repasse do ICMS ao Estado de destino referente a vendas de gasolina e diesel, para contribuintes localizados no Estado Bahia.

Foi ainda informado que foram excluídos os valores exigidos no Auto de Infração nº 206949.0006/04-1.

O autuado, através de advogado, apresenta impugnação ao lançamento tributário (fls. 763/784), inicialmente entendendo que houve cerceamento do seu direito de defesa. Alega que apesar dos autuantes terem gasto mais de 200 laudas na elaboração de demonstrativos analíticos não tiveram o cuidado de especificar em quais operações houve o recolhimento a menor, quanto foi efetivamente o valor recolhido em cada operação, qual a eventual diferença a ser recolhida e razão que a fundamenta.

Considera que na falta de tais elementos não há como proceder à análise fiscal dos documentos, ficando comprometida a elaboração de sua defesa. Acrescenta que a discriminação das diferenças nota a nota é indispensável, e que sua falta compromete o direito à ampla defesa.

Cita alguns artigos da Constituição Federal, do RPAF/99, aborda o princípio da legalidade, tudo isso com o intuito de amparar seu pedido de nulidade da autuação.

Como segunda preliminar, entende que já havia se operado a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir os créditos anteriores a novembro/00. Entende que sendo o lançamento do ICMS feito por homologação, não se verifica a aplicação do disposto no art. 173, I, do CTN.

Transcreve o entendimento de alguns doutrinadores do direito, bem como de algumas decisões do STJ, objetivando amparar seu argumento de que deve ser considerado o disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Ao final, dizendo que como Auto de Infração foi lavrado em 08/11/05, já havia se operado a decadência em relação aos fatos geradores de janeiro/00 a outubro/00, pelo que pede a improcedência de tais valores.

Os autuantes em sua informação fiscal (fls. 1549/1552), contestam as preliminares suscitadas pelo

autuado afirmando que os relatórios além de terem sido enviados em meio magnético antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, também foi fornecido junto com os demais elementos do PAF. Acrescentam que a discriminação neles constantes é total, citando: 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. Acrescenta que este 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. Conclui que o demonstrativo existente é analítico, detalhado e claro, possibilitando o amplo direito de defesa. Expõe que o demonstrativo sintético (ou mensal) que também faz parte do Auto de infração é aclarado pelo demonstrativo analítico citado. Concluem ser inócua a alegação do autuado.

Quanto à preliminar de decadência, também discordam do autuado, aduzindo que o lançamento foi efetuado nos prazos legais, obedecendo ao disposto no art. 173, I, do CTN. Transcrevem algumas decisões de Recursos Especiais do STJ para amparar sua argumentação.

Ao final, ratificam a ação fiscal e pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

### **VOTO**

O presente processo refere-se à retenção do ICMS substituição tributária efetuada a menos, em virtude da informação prestada a menos pela distribuidora a refinaria, através dos anexos exigidos no Convênio nºs 03/9, para repasse do imposto ao Estado de destino, referente a vendas de gasolina e diesel para consumo de contribuintes localizados no Estado Bahia.

Foram excluídos os valores exigidos no Auto de Infração nº 206949.0006/04-1 (fls. 19 a 22), referentes ao recolhimento a menos do imposto devido por substituição tributária, pela falta de inclusão do ICMS próprio em sua base de cálculo.

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada, pois, em que pese 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. Eis que, 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, depois de decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

No entanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de 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’, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores questionados ocorreram no período de janeiro/00 a outubro/00 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 01/01/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 08/11/2005, não havia se configurado, ainda, a decadência para o lançamento do tributo. 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.

Este CONSEF tem comungado com o entendimento acima descrito manifestando-se reiteradamente consoante o teor de inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais posso citar o Acórdão CJF nº 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto

Seifert, o Acórdão CJF nº 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins e o Acórdão CJF nº 0150-12/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara.

No presente caso, o autuado ao deixar de recolher o ICMS, ora reclamado, por não ter lançado corretamente, remanesce caracterizado que não ocorreu o lançamento antecipado do imposto. Por isto, entendo que em se tratando de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a outubro de 2000, pois o prazo que a fazenda pública teria para constituir o crédito tributário relativo a este período terminaria em 01/01/2006, e o auto de infração foi lavrado em 08/11/2005. Dessa forma, não há do que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública de constituir os créditos relativos ao período questionado pela defesa.

Quanto a segunda preliminar suscitada pelo autuado, dizendo que houve comprometimento ao seu direito de defesa, alegando que pelos demonstrativos constantes do processo não é possível se certificar em quais operações ocorreu o recolhimento a menos; entendo que também não assiste razão ao sujeito passivo.

Na impugnação apresentada o autuado reconheceu que lhe foram fornecidos os relatórios analíticos, incluindo um demonstrativo mensal do ICMS substituição retido a menos, porém entende que não lhe foram informadas as diferenças entre as notas fiscais emitidas e aquelas contidas no relatório a que se refere o Convênio ICMS nº 03/99.

Verificando os elementos constantes do processo, posso concluir que descabe a alegação defensiva, tendo em vista que a discriminação constante nos referidos demonstrativos é total, ou seja, neles 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. 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. Portanto, concordo com os autuantes de que o demonstrativo existente é analítico, detalhado e claro, possibilitando o amplo direito de defesa. Deve se acrescentar 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).

Para confirmar o acima exposto, pode ser dado o seguinte exemplo para se chegar ao valor exigido na ocorrência de março/00 = R\$ 2.260,61 (fl. 12).

Tal diferença resultou do valor calculado nos demonstrativos analíticos anexados ao processo (fls. 73 a 91), ou seja, vendas para revenda e para uso ou consumo = R\$28.869,75 menos o valor autuado em 2004 (Auto de Infração 206949.0006/04-1 às fls. 19 a 22) = R\$26.609,14.

O valor de R\$28.869,75, conforme documento à fl. 91, é o resultado do Total do ICMS-ST que deveria ter sido informado pela BR nos anexos V ou III (R\$376.300,12) menos o valor efetivamente informado nos referidos Anexos (R\$347.430,37) que consta no demonstrativo acima mencionado, bem como nos próprios arquivos fornecidos pelo autuado (fl. 760).

Deve ser ressaltado que a mesma lógica foi utilizada nos outros meses, o que reafirma a conclusão de que não há do que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que o autuado teve e tem em mãos todos os elementos de como os autuantes chegaram às diferenças apuradas em cada mês.

Portanto, de acordo com o acima explicitado, entendo que os autuantes apuraram as bases de cálculo do imposto, referente às operações arroladas na autuação, de acordo com a legislação tributária pertinente e cujos números não foram contestados pelo sujeito passivo.

Assim, na presente ação fiscal, foi respeitado o disposto no Convênio nº 03/99 e foi garantida ao autuado a segurança jurídica que ele gozava, estando a autuação devidamente fundamentada, pelo que considero, dessa forma, caracterizada a infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206949.0016/05-5**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$855.280,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR