

PROCESSO - A. I. Nº 206985.0043/06-7
RECORRENTE - SHELL BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0002-01/08
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 20/05/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0141-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Infração caracterizada. Razões recursais limitadas à arguição da decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário. Comprovado não haver operado a decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JJF - Acórdão JJF nº 0002-01/08 - que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir a retenção e recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$13.714,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril, maio e dezembro de 2001, por ter sido o ICMS retido e/ou informado a menos ou não retido pela Distribuidora à Refinaria, através dos anexos V ou GNRE para repasse ao Estado da Bahia, referente às vendas de gasolina e álcool hidratado para comercialização e/ou consumo de contribuintes localizados neste Estado.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$1.407,38, diante dos seguintes entendimentos:

1. Que o lançamento do crédito tributário obedeceu ao prazo decadencial, conforme previsto no art. 173, inciso I, do CTN, que é o mesmo previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no art. 965, I, do RICMS/97, os quais prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Aduz também que a incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não ocorre no caso presente, conforme já explicitado. Salienta que na questão em análise, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (abril, maio e dezembro de 2001) iniciou-se em 01/01/2002, com prazo final em 31/12/2006 e o lançamento ocorreu em 28/11/2006, logo, não há, o que se falar em decadência. Cita Decisões do CONSEF neste sentido.
2. Quanto ao mérito, concluiu a JJF que a apresentação da comprovação pelo autuado de que parte das operações arroladas no levantamento tinha sido objeto de devolução pelos adquirentes, propiciou a revisão fiscal do montante do imposto pelo autuante, ensejando na redução do imposto exigido, relativo ao mês de abril de 2001, no valor de R\$1.407,38, uma vez que nos meses de maio e de dezembro do mesmo exercício, as provas trazidas aos autos bastaram para elidir a sua cobrança.

No Recurso Voluntário, às fls. 289 a 296 dos autos, o recorrente reitera sua alegação de que operou a decadência, uma vez que o crédito tributário mantido pela Decisão refere-se ao mês de abril de

2001, sendo que, à época da ciência pela ora recorrente do Auto de Infração, em 15 de dezembro de 2006, já haviam se passado mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Salienta que, sendo o ICMS um tributo sujeito ao lançamento por homologação, e tendo havido o recolhimento antecipado do imposto durante o período autuado, uma vez que a exigência é de recolhimento a menor do imposto, e não falta de recolhimento, para fins de contagem do prazo decadencial incide a regra do art. 150, § 4º, do CTN, já que foram cumpridos os requisitos para aplicação da norma.

Defende que o art. 965 do RICMS/BA, citado no Acórdão como fundamento legal para a aplicação de prazo diverso do previsto no art. 150, § 4º do CTN, para fins de contagem da decadência, não se refere aos casos de tributos com lançamento por homologação, uma vez que o aludido artigo 965 do RICMS apenas repete a previsão do art. 173, I, do CTN, conforme mencionado no próprio Acórdão e, por isso, não pode ser aplicado aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Assim, concluiu que não há na legislação estadual baiana prazo específico fixado para a homologação dos recolhimentos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, motivo pelo qual deve ser aplicada, em tais casos, a regra geral prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Ressalta que, coube ao CTN, legislação de natureza complementar, dispor sobre questões relativas à constituição do crédito tributário, bem como sobre a decadência e prescrição deste direito, devendo prevalecer as suas disposições, que deverão ser obrigatoriamente seguidas pela legislação infra-constitucional. Aduz que o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que deve ser aplicada a norma do art. 150, § 4º, do CTN, nos casos de tributos que, recolhidos antecipadamente, sujeitam-se ao lançamento por homologação (Resp 757.922/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 11.10.2007 p. 294).

Assim, sustenta o recorrente que, dessa forma, resta suficientemente demonstrada a decadência do crédito tributário exigido em relação ao fato gerador ocorrido em abril de 2001, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, acarretando na extinção definitiva do crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN, do que requer a reforma de parte da Decisão que manteve a exigência fiscal referente ao citado mês, com o conseqüente cancelamento e extinção do lançamento.

A PGE/PROFIS, às fls. 301 a 303 dos autos, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar que as infrações não foram atingidas pela decadência, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em dezembro de 2006 e reporta-se a fatos ocorridos em 2001.

Salienta que o art. 150 do CTN estabelece prazo decadencial de cinco anos para a homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como é o ICMS. Contudo, destaca a PGE/PROFIS que, a legislação estadual utilizando-se do permissivo legal do citado art. 150, § 4º, do CTN, prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação para o primeiro dia do exercício seguinte. Assim, aduz que, apesar do marco inicial desse prazo decadencial ser, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária, a legislação baiana, respaldada em autorização legal - § 4º do art. 150 do CTN - fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial, do que reproduz os artigos 28, § 1º, e 107-B, § 5º, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Cita o Prof. Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 2000, páginas 425-426, do que reproduz o seguinte entendimento:

“Vale dizer, cabe à lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciado acerca desse período, será ele de cinco anos, a partir do acontecimento factual.”

Ainda destaca que, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também contempla tal entendimento como se vê da transcrição parcial da Ementa abaixo:

“Ementa: ... 1. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento na forma do art. 150 do CTN, o termo inicial do prazo prescricional deve ser contado a partir da homologação. Não havendo prazo fixado por lei para a referida homologação, será ele de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). ...” (TRF-4ª Região. AMS 2000.04.01.147311-3/RS. Rel.: Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. 1ª Turma. Decisão: 18/06/03. DJ de 20/08/03, p. 612.)

Por fim, concluiu a PGE/PROFIS que, não se sustentam os argumentos recursais, já que demonstrado que a lei estadual, fundamentada na lei complementar, estabeleceu prazo decadencial para homologação do tributo como sendo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador, cujo fundamento deu base à autuação procedida, a qual entende correta, não se podendo falar em decadência dos fatos geradores de 2001.

VOTO

No Recurso Voluntário o recorrente limita-se apenas a argüir a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, mantido pela Decisão recorrida, inerente ao mês de abril de 2001, por entender que, à época da ciência pela oro recorrente do Auto de Infração, em 15 de dezembro de 2006, já tinham se passado mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

A sua alegação de que o crédito remanescente de abril de 2001, no valor de R\$1.407,38, estaria alcançado pelo prazo decadencial, é destituída de qualquer lógica jurídica, por desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o disposto no art. 173, I, do mesmo diploma legal, uma vez que, embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, 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 à tributação, levando o Poder tributante a recuperá-los mediante lançamento de ofício. Tal entendimento não pode ser diferente, uma vez que se não houve lançamento e, conseqüentemente, oferecimento à tributação, não se pode falar em *“tributos sujeitos ao lançamento por homologação”*.

Assim, neste caso, 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.

No presente caso, o descumprimento da obrigação tributária principal, questionada pelo recorrente, ocorreu no período de abril de 2001 e o Auto de Infração foi lavrado em 28/11/2006, portanto dentro do prazo para a constituição do crédito tributário, o qual se extinguiria em 31/12/2006, visto que o valor, ora exigido, de R\$1.407,38 não foi oferecido à tributação, sendo recuperado mediante lançamento de ofício.

Portanto, não se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, visto que a legislação baiana, respaldada em autorização legal - § 4º do art. 150 do CTN – fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial, consoante previsto no art. 173, I, do CTN, o qual é reproduzido nos artigos 28, § 1º, e 107-B, § 5º, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), conforme salientado no Parecer da PGE/ROFIS.

Do exposto, comungo com o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206985.0043/06-7**, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.407,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

PAULA GOLÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS