

A. I. Nº - 206985.0043/06-7  
**AUTUADO** - SHELL BRASIL LTDA.  
**AUTUANTES** - MARCO ANTONIO SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE  
**ORIGEM** - SAT/COPEC-GEFIS  
**INTERNET** - 12. 02. 2008

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

### ACÓRDÃO JJF Nº 0002-01/08

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS.** A apresentação da comprovação de que parte das operações arroladas no levantamento tinha sido objeto de devolução pelos adquirentes propicia revisão fiscal realizada pelos autuantes, com redução do montante do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/11/2006, é lançado o ICMS no valor de R\$ 13.714,24, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de abril, maio e dezembro de 2001. Consta que se refere ao ICMS não informado ou retido a menos pela distribuidora à refinaria, através do Anexo V ou de GNRE para repasse ao Estado da Bahia, referente a vendas de gasolina, óleo diesel e álcool hidratado, para comercialização e/ou consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação ao lançamento tributário, às fls. 155 a 163, fazendo breve relato da acusação, ressaltando que a autuação não deve prosperar, pelos motivos que expôs.

Observa que o crédito tributário se refere aos meses de abril, maio e dezembro de 2001. Argui que sendo o ICMS um tributo sujeito ao lançamento por homologação e tendo havido pagamento do imposto antecipado pelo impugnante durante o período objeto da exigência, a fiscalização dispunha do prazo de cinco anos, contados dos fatos geradores mensais, para a constituição do crédito tributário referente ao eventual recolhimento a menos, de acordo com o transcreto § 4º do art. 150 do CTN – Código Tributário Nacional.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/11/2006, com a ciência pelo impugnante em 20/12/2006, verifica-se, claramente, que quando da autuação já haviam se passado mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores objeto da exigência fiscal. Deste modo, salienta que os valores do imposto lançados estão alcançados pela decadência, motivadora da extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso V, do CTN. Ressalta que os valores do ICMS devidos nesse período foram informados nos Relatórios do Convênio 03/99 e recolhidos ao Estado da Bahia.

Alega ser este o entendimento da 1<sup>a</sup> Seção do STJ – Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo, para tanto, as ementas correspondentes aos julgados RESP 572.603/PR e RESP 670.687/CE, que versam sobre esta questão, asseverando que se encontra decaído o crédito tributário exigido.

Tratando do mérito, salienta que o ICMS devido ao Estado da Bahia foi devidamente informado nos Relatórios do Convênio ICMS 03/99 e recolhido pela refinaria, motivo pelo qual a exigência deve ser cancelada, conforme detalhou em seguida.

Abril de 2001 – de acordo com a fiscalização, o impugnante não teria informado à refinaria o ICMS no valor de R\$ 4.972,06. Assevera, no entanto, que o valor total apurado não foi de R\$ 793.392,00, conforme apontado pelos autuantes, uma vez que o imposto referente à Nota Fiscal nº. 132.521, no valor de R\$ 4.411,50 foi estornado em razão de devolução das mercadorias pelo destinatário, através da Nota Fiscal nº. 1.422. Afirma que essa operação foi devidamente informada no relatório do Conv. 03/99. Acrescenta que o valor do ICMS retido diretamente pelo impugnante foi de R\$ 80.962,80 e não de R\$ 81.809,62, conforme indicado pela fiscalização, resultando, assim, no recolhimento a menos no valor de R\$ 1.407,38 (Docs. Abril/2001).

Maio de 2001 – esclarece que a fiscalização não considerou que a operação referente à Nota Fiscal nº. 134.757 fora cancelada através da devolução das mercadorias pelo destinatário, por meio da Nota Fiscal nº. 1.438, implicando no estorno de ICMS no valor de R\$ 4.411,50, sendo a operação devidamente informada no relatório do Conv. 03/99. Ressalta que apesar de ter sido informado pelos autuantes que teria retido/recolhido o valor de R\$ 63.034,94, o valor correto foi de R\$ 62.188,34. Assim, os valores apurados/recolhidos no mês resultaram numa diferença a mais de R\$ 922,00 (Docs. Maio/2001).

Dezembro de 2001 – a fiscalização não considerou a existência da Nota Fiscal de devolução nº. 1.583, referente à venda através da Nota Fiscal nº. 145.707, o que resultou no estorno de ICMS no valor de R\$ 5.770,80. Esse mesmo fato ocorreu em relação à Nota Fiscal nº. 1.582, que cancelou a venda relativa à Nota Fiscal nº. 145.708, cujo ICMS era de R\$ 2.308,01. Acrescenta que outro equívoco dos autuantes consistiu em indicar que o impugnante teria retido o imposto no valor de R\$ 13.602,33, quando o correto foi no montante de R\$ 11.622,77. Afiança que, assim, não ocorreu nenhum recolhimento a menos nesse mês, tendo havido, na realidade, uma diferença para mais de R\$ 0,19 (Docs. Dezembro/2001).

Conclui, afirmando que de forma contrária àquela indicada na autuação, se verificou um pagamento a menor de R\$ 485,19, que seria devido caso não estivesse decaído o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Esclarece que o montante apontado resulta da diferença verificada entre o valor pago a menos no mês 04/2001 (R\$ 1.407,38) e os valores recolhidos a mais nos meses 05/2001 (R\$ 922,00) e 12/2001 (R\$ 0,19).

Requer que seja dado provimento a sua impugnação, em razão dos valores se encontrarem atingidos pela decadência. Pugna, ainda, pelo cancelamento parcial da exigência tributária, reconhecendo-se que o valor recolhido a menos foi de R\$ 485,19.

Consta à fl. 238 manifestação do impugnante, através da qual requer a juntada das cópias reprográficas das notas fiscais (fls. 240 a 247) correspondentes às operações de saída e de devolução reportadas na peça defensiva, alusivas ao cancelamento das referidas operações.

Reitera todas as alegações já apresentadas, pugnando pelo cancelamento integral do lançamento.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 254 a 257, alegando que não procede a argüição de decadência de constituição do crédito tributário, tendo em vista que o lançamento foi efetuado nos prazos legais, conforme o disposto no artigo 173, inciso I do CTN. A este respeito, transcrevem as decisões correspondentes aos processos de nº.s RESP 198.631/SP, RESP 223.116/SP e RESP 67.094/SP, do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere aos valores exigidos na autuação, esclarecem que, tendo o autuado apresentado demonstrativos discordando das diferenças apuradas, compararam os documentos trazidos pela defesa com os seus demonstrativos, tendo constatado que procede a alegação correspondente ao mês de abril de 2001, conduzindo-os a retificar a diferença apontada no Auto de Infração de R\$ 4.972,06 para o valor de R\$ 1.407,38.

No que se refere aos meses de maio e dezembro de 2001, analisaram os elementos apresentados pelo impugnante, em comparação com o levantamento realizado durante a ação fiscal, tendo verificado que assiste razão ao autuado, não restando débitos a serem exigidos em relação a esses dois meses.

Quanto ao pleito do autuado no sentido de que sejam compensados do débito relativo ao mês de abril de 2001, os valores pagos a mais nos outros dois meses, entendem que não pode ser aceita, considerando que a diferença corresponde a período anterior àqueles nos quais ocorreram pagamentos em valores superiores aos devidos e tendo em vista que não cabe aos autuantes aprovar possíveis restituições.

Retificam o montante do débito, mantendo a diferença a recolher referente ao mês de abril de 2001, no valor de R\$ 1.407,38.

Na data do julgamento o autuado anexou manifestação às fls. 263 a 268, quando repetiu os argumentos já apresentados na peça defensiva.

## VOTO

O Auto de Infração em lide decorreu da retenção e recolhimento a menos do ICMS, pelo sujeito passivo por substituição tributária, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de gasolina, óleo diesel e álcool hidratado, em virtude da informação prestada de forma equivocada pelo distribuidor à refinaria de petróleo.

O autuado, em sua peça defensiva, suscitou preliminar de nulidade, alegando que os créditos exigidos através do Auto de Infração se encontravam alcançados pela decadência, estando, portanto, extintos.

Observo que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêem 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. Em segundo lugar, 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 explicitado acima. 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. O lançamento ocorreu em 28/11/2006. Não há, portanto, o que se falar em decadência.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:

*“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, portanto antes de operar a decadência.”*

Noto que o impugnante, ao combater o mérito da autuação, alegou que descabia parcialmente a exigência tributária. Em relação ao mês de abril de 2001, trouxe aos autos a comprovação de que o ICMS no valor de R\$ 4.411,50 houvera sido estornado, em razão de devolução da mercadoria concernente à Nota Fiscal nº 132.521 (fl. 240), por meio da Nota Fiscal nº 1.422 (fl. 241). Além disso, demonstrou que o total do ICMS retido fora de R\$ 80.962,80 e não de R\$ 81.809,62. Vejo que os autuantes, de forma acertada, acataram as argumentações e provas oferecidas pela defesa, que resultaram na modificação do débito relativo a esse mês para o valor de R\$ 1.407,38.

No que se refere ao mês de maio de 2001, o contribuinte comprovou que as mercadorias relativas à Nota Fiscal nº 134.757 (fl. 242) tinham sido devolvidas através da Nota Fiscal nº. 1.438 (fl. 243), gerando o estorno de ICMS no valor de R\$ 4.411,50. Também foi comprovado que o valor do ICMS retido/recolhido não fora de R\$ 63.034,94 e sim no valor de R\$ 62.188,34. Tais fatos atestam que o impugnante recolheu R\$ 922,00 de imposto a mais que o devido.

Fato similar ocorreu em relação ao mês de dezembro de 2001, quando foi evidenciado através da Nota Fiscal nº 1.583 (fl. 245) que as mercadorias referentes à Nota Fiscal nº 145.707 (fl. 244) haviam sido devolvidas, resultando no estorno de R\$ 5.770,80 de ICMS; foi demonstrado, também, que a mesma situação ocorreu em relação à Nota Fiscal nº 1.582 (fl. 247), relativa à devolução das mercadorias saídas por meio da Nota Fiscal nº. 145.708 (fl. 246), representando no estorno do ICMS no valor de R\$ 2.308,01. Ademais restou evidenciado que o montante do ICMS retido fora de R\$ 11.622,77 e não de R\$ 13.602,33. As alterações processadas apontaram no sentido de que efetivamente fora recolhido imposto nesse mês para mais no valor de R\$ 0,19.

Observo que os autuantes acataram as razões da defesa, concordando quanto à inexistência de diferenças a recolher pelo contribuinte nesses dois meses.

Diante de todo o exposto e das provas trazidas aos autos, mantenho parcialmente a exigência tributária relativa ao mês de abril de 2001, no valor de R\$ 1.407,38. Quanto aos meses de maio e de dezembro do mesmo exercício, as provas trazidas aos autos bastaram para elidir a sua cobrança.

No que se refere ao pleito defensivo voltado à compensação do débito remanescente do mês de abril com os valores do ICMS recolhido em montante superior ao devido nos meses de maio e dezembro, saliento que tendo a prática da irregularidade sido comprovada, nada impede a efetivação do lançamento. Observo, por outro lado, que o autuado poderá pleitear perante a Repartição Fazendária, que os créditos porventura existentes em decorrência de recolhimentos em valores superiores aos devidos, sejam utilizados para quitar parcialmente os débitos concernentes a autuações, conforme disciplina o art. 108, II, “c”, e seu § 2º, incisos I e II do RICMS/97, que transcrevo a seguir.

*“Art. 108. Os créditos fiscais acumulados a que aludem as alíneas “b” e “c” do inciso I e os incisos II a V do art. 106 poderão ser (Conv. AE 07/71):*

*II - utilizados para pagamento de débitos decorrentes de:*

*c) autuação fiscal;*

*§ 2º A utilização do crédito acumulado, nas hipóteses dos incisos II e III deste artigo, dependerá de ato específico do Secretário da Fazenda, em cada caso, observando-se o seguinte:*

*I - na petição do interessado deverá constar a indicação do fim a que se destina o crédito fiscal, bem como o valor a ser utilizado, e, tratando-se de transferência de crédito a outro estabelecimento, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do beneficiário;”.*

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206985.0043/06-7, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.407,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR