

A. I. N°. - 269277.0012/07-9
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - OSVALDO AZEVEDO BASTOS FILHO e NELSON OITAVEN SESTELO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0217-01/08

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES INTERNAS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que a exigência foi objeto de lançamento anterior. Infração inexistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Operações de saídas internas com tributação a 7% ao invés de 17%. Imputação descabida, pois a exigência já tivera sido consignada em autuação anterior. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 2.387,71, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março de 2002, exigindo o imposto no valor de R\$ 450,84. Consta que se refere à venda de álcool hidratado, tendo sido calculada a retenção do imposto com a alíquota de 25%, sem considerar o adicional do fundo de pobreza;

02 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março de 2002, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 1.936,87.

O autuado, através de representante legalmente constituída, impugnou o lançamento tributário às fls. 63 a 68, argüindo que o período compreendido pela presente autuação já havia sido objeto de uma fiscalização anterior, que resultara na lavratura do Auto de Infração n°. 207351.0004/04-7, em trâmite neste Conselho de Fazenda Estadual, tendo em vista a apresentação de impugnação. Salienta que restará comprovado que a autuação em lide não pode prosperar, sob pena de ocorrer cobrança em duplicidade.

Afiança que a exigência ora discutida foi lançada na infração 01 (03.02.02) do mencionado Auto de Infração, sendo a irregularidade descrita como *“recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”* (doc. 03 – fls. 82 a 85). Já no demonstrativo “Diferença Apurada no Cálculo do ICMS – Substituição Tributária e Normal de Álcool Etílico Hidratado (operações internas) – 2002”, elaborado pelo preposto fiscal anterior, constam as mesmas notas fiscais objeto desta exigência (doc. 04 – fl. 86). Acrescenta que tendo sido demonstrado na defesa que as diferenças apontadas pela fiscalização estavam erradas (doc. 05 – fls. 87 a 116), foi determinada a realização de diligência, visando apurar os equívocos questionados pelo autuado.

Observa que na informação fiscal o autuante acatou as alegações defensivas, corrigindo os valores referentes às diferenças na apuração do álcool hidratado, sendo que a citada correção no valor de R\$ 2.387,68 corresponde exatamente aos valores ora cobrados (doc. 06 – fls. 119 a 137). Em seguida, transcreve trecho da informação fiscal, no qual o autuante esclarece que os valores a serem mantidos em relação à infração 01 totalizam o valor acima mencionado.

Alega que, além disso, naquela oportunidade foi apresentado comprovante de pagamento dos mesmos valores encontrados pelo fiscal em suas informações, demonstrando, dessa forma, a inexistência de débito, conforme petição protocolada em 17/11/2005 (doc. 07 – fls. 138 a 141). Argúi que, desta forma, fica demonstrado que os valores ora cobrados são indevidos, por terem sido objeto de Auto de Infração lavrado em 2004, gerando exigência do tributo em duplicidade.

Realça que além desse fato, deve-se ter em conta que os valores agora exigidos não mereceriam prosperar, uma vez atingidos pela decadência do direito do Estado em proceder ao lançamento correspondente. Assevera que de acordo com os artigos 156, inciso V e 173 do CTN [Código Tributária Nacional], que transcreveu, na hipótese do ICMS, tributo cujo lançamento se dá por homologação, o prazo decadencial para efetuar o lançamento de ofício deve ser contado a partir da ocorrência do fato gerador.

Argúi que, deste modo, como a fiscalização apurou créditos tributários que não são mais passíveis de lançamento, tendo em vista que já decorreram mais de cinco anos desde que ocorreu o fato gerador nos meses de janeiro a março de 2002 e tendo a ciência do Auto de Infração ocorrido apenas em 21/12/2007, o crédito tributário apurado deverá ser desconsiderado, haja vista que o prazo decadencial é aquele previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, cinco anos a partir do fato gerador. Acrescenta que o STJ vem entendendo dessa forma, conforme REsp. nº. 169.246-SP.

Requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

Os autuantes, através de informação fiscal produzida à fl. 144, esclarecem que após analisar os documentos juntados à peça defensiva, os quais não foram verificados no momento da ação fiscal, concluíram que ocorreu superposição na autuação, desde quando na autuação em discussão foram lançados valores que já haviam sido objeto de cobrança no Auto de Infração anterior.

VOTO

Foi apurado que o contribuinte reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes e devido a erro na aplicação da alíquota nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Noto que o autuado 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 ocorrência de cada fato gerador apurado. 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, 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. 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 vem a ser o caso presente, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a março de 2002) iniciou-se em 01/01/2003, com prazo final em 31/12/2007. Como a ação fiscal transcorreu durante o exercício de 2007 e o lançamento ocorreu em 18/12/2007, não há 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, no entanto, que o impugnante, ao combater o mérito da autuação, alegou que descabia a exigência tributária, considerando que os valores exigidos já haviam sido objeto de lançamento anterior, ocorrido através do Auto de Infração nº. 207351.0004/04-7. Carreou aos autos, ademais, os elementos que comprovam que durante a discussão pertinente à exigência anterior, foi realizada diligência fiscal, quando ficou demonstrado que o montante do imposto devido referente à infração 01 da mencionada autuação se restringia ao valor de R\$ 2.387,68, resultado acatado pelo Auditor Fiscal responsável pela ação fiscal anterior, conforme demonstrou à fl. 137. Verifico, por outro lado, que o total do montante apontado nas duas infrações da presente autuação representa esse mesmo valor e que as notas fiscais utilizadas no levantamento constante à fl. 12 são as mesmas concernentes ao lançamento anterior, indicadas na fl. 86.

Observo, por outro lado, que os próprios autuantes acataram as razões da defesa, concordando quanto à inexistência das diferenças do imposto consignadas no lançamento em lide.

Diante do exposto e de todas as provas trazidas aos autos pelo impugnante, considero descabida a exigência tributária em relação às duas infrações.

Voto pela improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269277.0012/07-9**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR