

PROCESSO - A. I. Nº 269105.0004/07-0
RECORRENTE - SHELL BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0327-01/08
ORIGEM - SAT/COPEC/GEFIS
INTERNET - 13/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/09

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração caracterizada. Afastada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 1ª JJF, que afastou a preliminar de decadência e julgou o Auto de Infração Procedente, o qual, o Auto de Infração em lide imputa ao recorrente a retenção a menos de ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta, ainda, que o autuado efetuou vendas de lubrificantes derivados de petróleo para consumo de contribuintes, sem a inclusão do próprio ICMS na base de cálculo da referida retenção.

Os julgadores de primeiro grau administrativo, ao analisarem a impugnação interposta, afastaram a preliminar de decadência, afirmando, que a legislação baiana prevê que o direito da Fazenda Pública em 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, descabendo a alegação de ilegalidade dos arts. 90 e 965 do RICMS/97.

O segundo argumento utilizado pelos julgadores *a quo*, para afastar a preliminar de decadência, foi que o prazo para a contagem da decadência referente ao período objeto do Auto de Infração (janeiro, maio e outubro de 2002) se iniciou em 01.01.2003, com prazo final em 31.12.2007. Como a ação fiscal foi iniciada e finalizada antes de 01.01.2003, não há que se falar em decadência. Diz ainda que a jurisprudência do CONSEF é pacífica neste mesmo sentido.

Quanto ao mérito, diz que a autuação encontra-se correta, vez que a legislação baiana prevê a inclusão do montante do próprio imposto na base de cálculo do ICMS-ST, conforme previsão contida no art. 52 do RICMS. Assevera que o STF considerou constitucional a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, independentemente da edição da EC nº 33/01.

Afirma que o recorrente ao ter excluído o ICMS da base de cálculo do ICMS-ST calculou o imposto de forma equivocada, reduzindo o valor do ICMS devido, contrariando a norma tributária vigente. Diz que a Lei nº 7.014/96 prevê a exigência do imposto ora exigido no seu art. 17, §1º, que por sua vez encontra-se expressa no art. 52 do RICMS.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o sujeito passivo ingressou com o presente Recurso Voluntário, repetindo a sua tese de decadência, fundamentada no art. 150, § 4º, do CTN e diversos julgados de tribunais superiores. Diz que os fatos geradores exigidos referentes aos meses de janeiro, maio e outubro de 2002, já se encontravam decaídos, vez que o Auto de Infração foi lavrado em 21.12.2007.

Aduz que a Lei Estadual não possui competência para dispor sobre a prescrição e decadência em matéria tributária, por determinação do art. 146 da CF, motivo pelo qual o art. 107-A do COTEB não pode ser utilizado como parâmetro para se definir a decadência do tributo.

Ao final da sua súplica recursal pugna pelo Provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão proferida em Primeira Instância, reconhecendo a decadência prevista no art. 150, §4º do CTN, e cancelada a exigência fiscal.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, opina pelo seu Não Provimento, aduzindo, em apertada síntese que no presente caso deve se desconsiderar a interpretação sistemática dos arts. 150, § 4º e do artigo 173, I, ambos do CTN, isto porque, quando há o recolhimento a menos do imposto, o prazo para o fisco perseguir o seu crédito é de 10 (dez) anos.

Segundo a tese apresentada pela PGE/PROFIS, após transcorrido o prazo para a certificação e ratificação (homologação) do pagamento antecipado do imposto liquidado pelo contribuinte, inicia-se a contagem do prazo previsto no art. 173, I, do CTN. Desta forma, conclui que “...*inexistindo o pagamento do imposto ou existindo o pagamento apenas de uma parte do mesmo (não pagamento de uma parte devida), conclui-se ter o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador para constituir o crédito tributário.*”

VOTO VENCIDO

O presente Recurso Voluntário cinge-se, apenas, sobre a ocorrência ou não do fenômeno da decadência no aludido Auto de Infração. Conforme a tese externada pela defesa, o imposto exigido nesta ação fiscal não pode ser mais ser exigido, isto porque decorreram mais de 5 anos sem que o fisco efetuasse o lançamento de ofício.

A JJJ ao analisar a questão, asseverou que a tese do recorrente não merecia guarita isto porque o crédito fiscal exigido nos presentes autos apenas iria decair em 1 janeiro de 2008, conforme previsão contida no art. 107-A do COTEB.

A PGE/PROFIS ao se manifestar sobre o feito, traz uma terceira tese, aduzindo que o prazo para o fisco exigir o imposto, quando o recolhimento fosse a menos seria de dez anos.

Analizando todas as questões trazidas à baila, comungo com a tese defensiva, no sentido de considerar decaídos todos os períodos da autuação.

O Auto de Infração foi lavrado para se exigir um imposto que foi recolhido a menos nos meses de janeiro, maio e outubro do ano de 2002, sendo que o recorrente apenas foi intimado da ação fiscal em 27.12.2007, ou seja, após 5 anos da data em que o imposto deveria ser recolhido.

Como se pode perceber, o recorrente efetuou o lançamento do imposto que considerava devido, dentro do prazo legal, desta forma, o recolhimento feito a menos pelo recorrente já era fato conhecido do FISCO, motivo pelo qual entendo que decaiu o direito da Fazenda Pública de exigir o imposto devido, 5 anos após a ocorrência do fato gerador.

Diante dos fatos acima narrados, tendo em vista que no presente caso se trata de recolhimento a menos, entendo que o prazo de decadência do crédito fiscal é aquele previsto na regra geral prevista no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, cinco anos contado da data do fato gerador.

Desta forma, entendo totalmente indevidos os créditos fiscais aqui lançados de ofício.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão proferida em primeiro grau administrativo e julgar EXTINTO o Auto de Infração, em decorrência do fenômeno da decadência.

VOTO VENCEDOR

Não obstante a excelente qualidade do voto proferido pelo ilustre relator, respeitosamente, discordo de seu posicionamento, pois considero que, na data da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, ainda não estava decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual lançar o crédito tributário em questão.

De acordo com a descrição dos fatos constantes no Auto de Infração, o recorrente reteve e recolheu a menor o ICMS, devido na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Considerando a infração apurada, entendo que no caso em tela o termo inicial da contagem do

prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

Entendo que a homologação tácita prevista no art. 150, § 4º, do CTN, utilizada pelo ilustre relator para fundamentar o seu voto, só ocorreria se o imposto devido tivesse sido lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária estadual. Porém, no caso em tela, não houve o lançamento por homologação, e sim, o lançamento de ofício, portanto, não se pode aplicar o previsto nesse citado dispositivo, como pleiteia o recorrente.

Para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2002, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/07 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito foi constituído em 21/12/07, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração. Portanto, não houve a alegada decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos em 2002.

O recorrente alega que a lei estadual (no caso, o Código Tributário do Estado da Bahia) não possui competência para dispor sobre a decadência em matéria tributária. Na esfera administrativa, não há como prosperar essa alegação recursal, pois o disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, exclui da competência desse colegiado a apreciação da constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Tendo ultrapassada a questão prejudicial, no mérito, considero que foi correta a ação fiscal e, em consequência, foi acertada a Decisão recorrida. Ressalte-se que o próprio contribuinte em momento algum se insurgiu sobre a exigência do imposto, o que se presume que reconheceu o cometimento da infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269105.0004/07-0, lavrado contra SHELL BRASIL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.662,39, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej e Eduardo César Gonçalves Braga.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS