

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

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. 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 JF, 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 conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, 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 exigido, isto porque decorreram mais de 5 anos sem que o fisco efetuasse o lançamento de ofício.

A JJF 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