

A. I. N° - 206923.0004/09-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A
AUTUANTE - JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO e ANDRES MIGUEL ESTEVES
MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 06/05/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Ficou comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da substituição tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99. Infração caracterizada. **b)** RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/10/2009, refere-se à exigência de R\$1.605.008,44 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte utilizou base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99, cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$911.868,05. Multa de 60%.

Infração 02: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte recolheu a menos o ICMS Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, por utilizar na apuração do ICMS próprio para depósito em juízo (GLP-GN) 70,5882% do ICMS retido, quando deveria utilizar a alíquota de 12% sobre o valor dos produtos. Valor do débito: R\$693.140,39. Multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 386, apresentou impugnação (fls. 346 a 353), suscitando, preliminarmente, a decadência do direito de o sujeito ativo constituir o crédito tributário relativo às operações do período de 01/2004 a 10/2004. Diz que o ICMS é tributo tipicamente lançado por meio de homologação, e nesta modalidade de lançamento o contribuinte ou responsável tributário registra suas operações, emite notas fiscais, escritura seus livros, apura o valor devido e o recolhe aos cofres públicos, sem quaisquer interferências da autoridade fiscal. Assevera que o lançamento por homologação nada mais é do que a concordância do sujeito ativo da obrigação tributária com a apuração que tenha sido efetuada pelo contribuinte, bem como, o respectivo recolhimento do tributo. Salieta que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário não perdura para sempre, haja vista que a decadência do direito da Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo a tributos sujeitos ao lançamento por homologação se opera nos termos do art. 150 do CTN, que transcreveu. Portanto, o defendente entende que em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial começa da data do fato gerador, e neste caso, ocorrido o fato gerador o prazo decadencial passa a correr, não podendo ser suspenso ou interrompido, cabendo ao contribuinte exercer seu direito ao crédito tributário, constituindo-o. No caso concreto, diz que o fisco teve o prazo de cinco anos para

recolhimento do autuado ou, recusá-la, sob a alegação de apuração e recolhimento a menos. Contudo, o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/2004 a 10/2004. Volta a mencionar o art. 150, § 4º do CTN, e sobre a decadência e tributo lançado por homologação, transcreve ensinamento do prof. Hugo de Brito Machado e cita decisão da Primeira Seção do STJ, no REsp 279.473, de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, que sedimentou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a homologação, ocorrendo o pagamento, ainda que a menor, o prazo decadencial se inicia na data da ocorrência do fato gerador. O defendente afirma que no presente caso, a Fazenda Pública Estadual teve até 31/10/2009 para se manifestar sobre a apuração e recolhimento do ICMS Substituição Tributária das operações realizadas no período de 01/2004 a 10/2004. Todavia, somente autuou o contribuinte em 06/11/09, conforme consta ciência da intimação do presente Auto de Infração. Portanto, entende que é inconteste a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorrido no período de 01/2004 a 10/2004, fulminando de nulidade parte da infração 01 e toda a infração 02.

Quanto ao primeiro item do Auto de Infração, o defendente alega que a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99 dispõe em seu § 1º, I, b, que, não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor, para o cálculo do imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino dos combustíveis derivados de petróleo será adotado como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE/ICMS. Discorda do posicionamento adotado pelo autuante, por se tratar de operações de vendas efetuadas por produtor nacional de combustíveis (conforme consta no comprovante de inscrição no CNPJ à fl. 388 do presente PAF), com contribuintes localizados no Estado da Bahia, aplicando-se o disposto na cláusula terceira, § 1º, II, que transcreveu, salientando que a cláusula décima quinta está inserida no Capítulo V, o qual é inaugurado pela cláusula décima terceira, que o defendente também transcreveu. Apresenta o entendimento de que as operações em comento não se sujeitam aos dispositivos da cláusula décima quinta, mas sim ao disposto na cláusula terceira, § 1º, II do Convênio ICMS 03/99, sendo nula a imputação de infração. Argumenta, ainda, que há contradição inserta no próprio auto de infração. Isto porque, em que pese citar a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99 como justificativa para a imputação de recolhimento a menos, sob a acusação de que o defendente teria utilizado base de cálculo incorreta, o próprio Auto de Infração menciona como enquadramento para a infração as “cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99”, ratificando, pois, tese de defesa aqui apresentada. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração, protestando pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo Direito.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 391 a 393 dos autos, transcrevem as Cláusulas terceira e quinta do Convênio ICMS 03/99. Dizem que o Ato COTEPE/ICMS 19/02, publicado no DOU de 14/08/2002 (fls. 112 a 115 do PAF), divulga o nome da refinaria de petróleo como base que será utilizada pelas unidades federadas, para determinação do valor de partida a que se refere a alínea “b” do inciso I do § 1º da cláusula décima quinta do mencionado Convênio ICMS 03/99. Informam que, para as operações de venda do Estado de Sergipe para o Estado da Bahia, foi adotada para o todos os produtos a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS – RELAN (São Francisco do Conde). Desse modo entendem que a regra estabelecida no § 1º da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99 não se aplica na presente discussão. Além disso, dizem que a tabela de fls. 12 (base de cálculo unitária para retenção GLP), estabelece o preço de partida como também a MVA interestadual. Esclarecem que a MVA ali citada corresponde ao Anexo II - Operações Realizadas por Produtor Nacional de Combustíveis - do Convênio ICMS 03/99 (fl. 142 do PAF). Concluem dizendo que o preço de partida (preço unitário praticado pelo Substituto na Unidade Federada de Destino – RELAN, mais MVA) para a determinação da base de cálculo do imposto é o constante nos demonstrativos e previamente determinado pelas autuações. Os lançamentos foram efetuados obedecendo aos prazos legais, transcritos no Código Tributário Nacional; e quanto à hipótese de decadência suscitada, entende-se que a Fazenda Pública Estadual não se manifestou no prazo legal para a constituição do crédito tributário, o que acarretou a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/2004 a 10/2004, fulminando de nulidade parte da infração 01 e toda a infração 02.

que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, já firmou entendimento, de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário não tem seu início com a ocorrência do fato gerador, mas sim, depois de cinco anos contados do exercício seguinte àquele em que foi extinto o direito o direito potestativo da Administração rever e homologar o lançamento (STJ – RESP 198631 / SP (1998/0093273-9) – T2 – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 22.05.2000 – p. 100). Por fim, reafirmam que o presente lançamento foi elaborado na forma regulamentar, e pedem a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2004, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/2004 a 10/2004, fundamentando a sua alegação no art. 150 do CTN, apresentando o entendimento de que, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial começa da data do fato gerador.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Cláusula décima quinta *Com base nos dados informados pelos contribuintes e nas tabelas anexas a este convênio, o programa de computador, aprovado pela COTEPE/ICMS, calculará o imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, bem como a parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível destinada à unidade federada remetente desse produto.*

§ 1º

I - tratando-se de mercadorias não destinadas à industrialização, exceto nos casos de aplicação do parágrafo único da cláusula sétima:

a)

b) não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor, adotará como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE/ICMS, dele excluído o respectivo valor do ICMS e adicionará a esse valor o resultante da aplicação do percentual da margem de valor agregado à operação interestadual, estabelecido no Anexo II deste convênio;

c) multiplicará o preço obtido na forma das alíneas anteriores pela quantidade do produto;

III - aplicará, sobre o resultado obtido na forma dos incisos anteriores, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria na unidade federada de destino.

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos em confronto com a situação do autuado constante do ATO COTEP 19/02 às fls. 112/116 do presente PAF, onde consta a relação de refinarias de petróleo ou bases que serão utilizadas pelas unidades federadas para determinação do valor de partida, conclui-se que não assiste razão ao defendente, tendo em vista que o estabelecimento autuado encontra-se inserido no mencionado ATO COTEP 19/02, que se refere à alínea “b” do inciso I do § 1º da cláusula décima quinta do citado Convênio ICMS 03/99.

Neste caso, entendo que o autuado deveria calcular o imposto a ser retido de acordo com a regra estabelecida na cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, conforme entendimento apresentado pelos autuantes. Assim, concluo pela subsistência da exigência fiscal, haja vista que ficou comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99.

Infração 02: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte recolheu a menos o ICMS Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, por utilizar na apuração do ICMS próprio para depósito em juízo (GLP-GN) 70,5882% do ICMS retido, quando deveria utilizar a alíquota de 12% sobre o valor dos produtos.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não apresentou qualquer alegação quanto ao mérito da exigência fiscal consubstanciada nesta segunda infração, haja vista que apresentou alegações quanto à decadência, apresentando o entendimento de que incontestemente é a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorrido no período de 01/2004 a 10/2004, fulminando de nulidade parte da infração 01 e toda a infração 02.

Considerando que a alegação de decadência já foi apreciada neste voto, quando foi rejeitada a preliminar apresentada pelo defendente, no mérito, concluo pela procedência desta infração, estando comprovada exigência fiscal nos demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206923.0004/09-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.605,008,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$911.868,05 e 150% sobre R\$693.140,39, previstas no art. 42, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “a, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA