

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 124274.0110/07-5
<b>RECORRENTE</b>	- NOVA ESPERANÇA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0177-02/08
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ FEIRA DE SANTANA
<b>INTERNET</b>	- 29/06/2012

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C/JF Nº 0132-12/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE COMPLEMENTAÇÃO DO IMPOSTO A TÍTULO DE RESPONSABILIDADE SUPLETIVA ATRIBUÍDA AO DESTINATÁRIO, EM VIRTUDE DE O SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO TER FEITO A RETENÇÃO DO IMPOSTO SEM A INCLUSÃO, NA BASE DE CÁLCULO, DOS VALORES REFERENTES A FRETE OU SEGURO, POR NÃO SEREM ESSES VALORES CONHECIDOS PELO REMETENTE NO MOMENTO DA EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Embora o enquadramento legal do fato não se coadune com a figura da responsabilidade supletiva (art. 125, § 1º, do RICMS), equivocadamente mencionada na descrição do fato, há previsão legal da complementação do imposto neste caso pelo contribuinte substituído (art. 357, parágrafo único), e o fato concreto não foi negado pelo sujeito passivo. Mantido o lançamento. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fato não negado pelo sujeito passivo, que apenas pede o cancelamento da multa. O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que do fato considerado não tenha decorrido falta de pagamento de imposto. É procedente a autuação, porém fica cancelada a multa, haja vista terem sido preenchidos neste caso os requisitos legais que autorizam esta medida pelo órgão julgador. b) FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fato não negado pelo sujeito passivo. Mantida a multa. Afastada a preliminar

de decadência. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 124274.0110/07-5, lavrado em 18/12/2007 para exigir ICMS no valor de R\$112.055,90, acrescido da multa de 60%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$31.384,87, em razão de três irregularidades.

O Recurso Voluntário refere-se à imputação 01 do Auto de Infração:

INFRAÇÃO 1. Falta de antecipação do ICMS referente à responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, na condição de destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em virtude de o substituto tributário ter feito a retenção do imposto sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo substituto tributário no momento da emissão do documento fiscal, conforme demonstrativo da antecipação sobre frete FOB de cimento, sendo lançado imposto no valor histórico de R\$112.055,90. Demonstrativos fiscais às fls. 15 a 103.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo por isso aplicada multa de R\$31.334,87, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas. Demonstrativos fiscais às fls. 104 a 122.

INFRAÇÃO 3. Omissão de saídas de mercadorias cujas operações são isentas ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato constatado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), sendo aplicada multa de R\$50,00. Demonstrativos fiscais às fls. 123 a 159.

O Fisco acosta, às fls. 15 a 2050 (volumes I a VII), documentos que consistem, dentre outros, em demonstrativos do levantamento fiscal realizado, cópias de livros fiscais, cópias de notas fiscais e de Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas - CTCRs.

Às fls. 2052 a 2055 (volume VIII) o contribuinte impugnou parcialmente o lançamento de ofício, questionando a aplicação da multa indicada na imputação 2. Acostou vias do seu livro Razão Analítico às fls. 2057 a 2202 e cópia do demonstrativo fiscal referente a esta imputação 02.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 2223 mantendo a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração cancelando, de ofício, a multa indicada par a imputação 2, conforme Acórdão nº 0177-02/08, às fls. 2227 a 2230. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

### VOTO

*Este Auto de Infração é composto de 3 itens. O contribuinte defendeu-se apenas da multa do item 2º, por descumprimento de “obrigação acessória” – falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias não tributáveis pelo ICMS –, equivalente a 1% do valor comercial das entradas não registradas.*

*O autuado pede o cancelamento da multa argumentando que, embora as Notas Fiscais não tivessem sido lançadas na escrita fiscal, foram escrituradas na escrita contábil e as compras não estão sujeitas a tributação pelo ICMS, de modo que o descumprimento da obrigação acessória não importou descumprimento de obrigação principal e não houve dolo, fraude ou simulação. Fundamenta o pedido no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.*

*O Estado não tem o intuito de apenar seus contribuintes de forma indiscriminada. O que ele espera é que as pessoas cumpram sua obrigação dita principal. É claro que o contribuinte não pode descuidar-se do cumprimento dos deveres de natureza acessória ou instrumental estabelecidos pela legislação relativos às prestações positivas ou negativas previstas para viabilização da arrecadação e da fiscalização dos tributos, porém em relação a esses deveres o legislador, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribui ao órgão julgador a faculdade de reduzir ou cancelar as multas pelo seu descumprimento, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Prevê, nesse sentido, o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96:*

*“§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”*

*Note-se que um dos requisitos para que se possa reduzir ou cancelar a multa é que a infração considerada não tenha implicado falta de pagamento do tributo. Ou seja, não importa se o contribuinte, por outras razões, deixou de pagar o imposto – o que importa é se a infração objeto de exame deu ensejo à falta de pagamento do tributo.*

*No presente Auto, o item 1º diz respeito a falta de pagamento de imposto, porém o fato não tem nenhuma correlação com o item 2º: no item 1º (em que o fiscal, equivocadamente, faz alusão à responsabilidade supletiva – art. 125, § 1º, do RICMS –, que nada tem a ver com este caso), a autuação refere-se à falta de complementação da antecipação do imposto pelo autuado, na condição de destinatário de mercadoria enquadradas no regime de substituição, em virtude de o substituto tributário ter feito a retenção do tributo sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo substituto tributário no momento da emissão do documento fiscal; já no caso do item 2º, trata-se de operações não tributáveis pelo sujeito passivo que deixaram de ser escrituradas na escrita fiscal. Por conseguinte, considerando-se que da falta de registro dessas operações não decorreu falta de pagamento do tributo, e que o item 3º diz respeito a outro descumprimento de obrigação acessória, está preenchido um dos requisitos fixados pelo supracitado § 7º.*

*O outro requisito é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, concluo que está também satisfeito este requisito legal.*

*Considero razoável o cancelamento da multa. O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que não tenha havido falta de pagamento de imposto.*

*É procedente a autuação, porém, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, proponho a exclusão da multa do item 2º.*

*Friso que os lançamentos dos itens 1º e 3º não foram contestados. No que concerne ao item 1º, embora o enquadramento legal do fato não se coadune com a figura da responsabilidade supletiva (art. 125, § 1º, do RICMS), equivocadamente mencionada pelo fiscal autuante na descrição do fato, há previsão legal da complementação do imposto neste caso pelo contribuinte substituído (art. 357, parágrafo único), e o fato concreto não foi negado pelo sujeito passivo.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a exclusão da multa do item 2º.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 2240 a 2249, aduzindo que foi autuado pela falta de antecipação do ICMS referente à responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, na condição de destinatário de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não tendo sido incluídos, na base de cálculo, os valores referentes a fretes ou seguros.

Expôs que a despeito de a infração número 1 não ter sido contestada inicialmente, existiriam créditos lançados que estariam extintos pela decadência e haveria erro material na apuração do ICMS, porque não teria sido considerado o ICMS anteriormente recolhido pelo contribuinte, o que diz que teria violado o princípio da não cumulatividade.

Afirma que decadência e erro material podem ser arguídos em qualquer fase processual, inclusive em face do princípio do controle da legalidade e o da economia processual. Diz que houve decadência dos lançamentos relativos ao exercício de 2003, e em seguida fala dos fatos geradores relativos a 2002, cujo termo inicial para contagem do prazo decadencial ter-se-ia iniciado em 01/01/2003, segundo afirma. Discorre sobre decadência citando o Código Tributário Nacional, a Constituição da República, julgados da área judicial. Diz que foi intimado do Auto de Infração em janeiro de 2008, e se o prazo decadencial relativo ao exercício de 2003 se consumara em 31/12/2007, e somente em janeiro de 2008 ele, recorrente, foi intimado, por AR, da lavratura do Auto de Infração, o lançamento, com relação a este exercício, não mais poderia ter sido constituído, uma vez decaído o direito de a Fazenda Pública fazê-lo. Afirma que tanto a decadência quanto a prescrição podem a qualquer fase processual ser argüida.

Passa a falar sobre “os erros de fato ocorridos no lançamento” citando a Constituição da República, o mecanismo da não-cumulatividade, crédito fiscal. Aduz que “toda entrada, independente da sua destinação, gera, em favor do adquirente, um crédito fiscal de natureza

*mista que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores*”. Copia o artigo 94 do RICMS/BA.

Aduz que o autuante não teria considerado, para a apuração do ICMS, os valores inicialmente recolhidos pela transportadora, quando da saída na mercadoria. Que nas notas fiscais relativas ao mês de dezembro de 2006 existe o destaque do ICMS inicialmente recolhido e que junta-se aos autos algumas notas desse mês, por amostragem, para verificação da improcedência do lançamento. Diz que no Auto de Infração guereado não haveria menção aos valores inicialmente recolhidos que deveriam ser abatidos. Que, no caso, a base de cálculo utilizada foi o total da soma das notas, sendo aplicada à alíquota de 17%, e não teria sido considerado o tributo inicialmente recolhido sobre a alíquota de 12%, destacado nos comprovantes fiscais. Que tal fato seria um erro material não observado pelo fiscal e, posteriormente, pelo julgador de primeira instância administrativa. Que o erro de fato pode ser demonstrado e o valor encontrado estaria equivocado porque teria desconsiderado a primeira operação da cadeia, em detrimento ao princípio da não cumulatividade.

Aduz que outro erro material seria o de que a natureza jurídica da mercadoria transportada, cimento, não permitiria a substituição tributária, sendo a responsabilidade exclusiva do vendedor, independentemente de a cláusula ser FOB ou CIF, porque conforme o artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, acompanhada de jurisprudência do STJ, o frete necessariamente integraria a base de cálculo do ICMS, independentemente da cláusula FOB. Transcreve trechos do Recurso Especial nº 886.685/MG.

Diz que em se tratando de cimento, que possibilitaria apenas “a retenção integral na fonte”, o recolhimento total do ICMS de tal mercadoria “*é retido integralmente na fonte, através da substituição tributária para frente*”, pelo que entende que não incidiria para ele, recorrente, qualquer responsabilidade em relação ao recolhimento do tributo.

Diz que “*De outro lado, estando o frete incluso na base de cálculo do tributo, por óbvio, a responsabilidade única para pagamento do ICMS incidente sobre o mesmo é do vendedor, independentemente da cláusula ser FOB ou CIF*”. Complementa sua argumentação expondo que “*Na pior das hipóteses, a substituição tributária poderia recair sobre a transportadora, jamais sobre a compradora.*”

O recorrente conclui expondo que o presente Recurso versa exclusivamente acerca da existência de decadência e de erros de fato no lançamento; a decadência, em qualquer fase processual, pode ser argüida enquanto que, fundamentado nos princípios da economia processual e controle de legalidade, em qualquer momento, também pode a autoridade administrativa rever lançamentos que apresentem erros de fato; o lançamento somente estará definitivamente constituído com a intimação do contribuinte, sendo que, no caso, a mesma ocorreu em janeiro de 2008; o prazo decadencial começaria a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e no caso os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2002 teriam como prazo decadencial inicial o dia 01/01/2003, encerrando-se em 31/12/2007; a intimação dele, recorrente, foi realizada no ano de 2008, teriam decaído “*todos os débitos*” originados no exercício de 2002; o Fiscal autuante, ao calcular o ICMS exigido, teria deixado de levar em consideração os pagamentos do tributo anteriormente realizados no Estado de Sergipe, explicitados nas notas fiscais, violando o princípio constitucional da não cumulatividade; haveria erro material na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; o frete, conforme jurisprudência do STJ, englobaria o preço da mercadoria, independentemente da cláusula FOB e, em se tratando de cimento, cuja retenção ocorreria exclusivamente na fonte, a responsabilidade para o recolhimento do ICMS seria apenas do vendedor.

Requer que seja o Auto de Infração julgado insubsistente.

O recorrente acosta documentos às fls. 2252 a 2284, dentre os quais cópias de CTCs e cópia de do Recurso Especial nº 886.695 MG.

À fl. 2289 a digna Representante da PGE/PROFIS, procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé, sugere o encaminhamento do processo em diligência à ASTEC para que fossem cotejados os documentos acostados pelo contribuinte em seu Recurso, com vistas à verificação da alegação de desconsideração dos valores inicialmente recolhidos pela transportadora das mercadorias.

À fl. 2292 o anterior Relator deste processo, então Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, expôs que analisado o processo em sessão de pauta suplementar, fazia-se importante observar que no levantamento fiscal foram deduzidos todos os créditos fiscais referentes às incidências de ICMS sobre os serviços de transporte iniciados no Estado de Sergipe, conforme se verificava nos demonstrativos fiscais anexados às fls. 15 a 103 dos autos e que, assim, entendia-se ser possível o pronunciamento da PGE/PROFIS acerca do mérito da autuação no que diz respeito às deduções reclamadas pelo contribuinte. Solicitou que também fosse abordada a alegação de decadência, tendo em vista a Súmula Vinculante nº 08 do STF.

À fl. 2295 a douta procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dr<sup>a</sup> Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, para pronunciamento acerca da alegação de decadência.

À fl. 2296 o digno Procurador-Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, deveriam os autos ser analisados de acordo com entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e aduzindo ser necessária a elaboração de minuta de projeto de lei com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas constantes do CTN.

Às fls. 2297 a 2299, a preclara procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé emite Parecer inicialmente descrevendo as imputações e, em seguida, aduzindo que o recorrente contesta a Infração 01 argüindo decadência em relação aos créditos tributários oriundos dos fatos geradores de 2002, erros de fato no lançamento, violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade e equívoco na identificação do sujeito passivo.

Aduz considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido. Aduz que o prazo decadencial em relação aos fatos de 2002 teve início em 01/01/2003, consoante §4º do artigo 150 do CTN e artigo 107 do COTEB, pelo que o Auto de Infração tendo sido lavrado em 18/12/2007, com ciência ao sujeito passivo no início de 2008, ocorreu dentro do prazo legal, devendo ser afastada a alegação de decadência.

Expõe que exame dos dados do levantamento fiscal levado a efeito pelo autuante foram deduzidos todos os créditos fiscais referentes à incidência do ICMS sobre os serviços de transporte iniciados no Estado de Sergipe, conforme comprovam os demonstrativos fiscais de fls. 15 a 103, pelo que foi respeitado o princípio da não-cumulatividade.

Afirma inexistir equívoco na identificação do sujeito passivo, uma vez que há previsão expressa no artigo 357, parágrafo único, do RICMS/BA, para complementação do imposto pelo contribuinte substituído.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

À fl. 2301 o processo foi redistribuído para esta Conselheira Relatora, tendo em vista que o anterior Conselheiro Relator não mais integra o quadro deste Conselho de Fazenda.

#### VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à Infração 1, tendo o recorrente arguido decadência em relação aos créditos tributários oriundos dos fatos geradores de 2002, erros de fato no lançamento, violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade e equívoco na identificação do sujeito passivo.

Preliminarmente, observo que o recorrente, ao citar que teria havido erro na identificação do sujeito passivo, na realidade está suscitando uma preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva. Contudo, conforme teor do artigo 8º, §6º, da Lei nº 7.014/96, secundado pelo artigo 357,

parágrafo único, do RICMS/BA, tal ilegitimidade não se configura na situação em foco, dado que abordarei detalhadamente a seguir, quando do exame do mérito. Por outro, lado, de ofício também verifico que estão presentes os demais pressupostos de validade processual, encontrando-se assim definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

Embora assista razão ao contribuinte quando expressa seu entendimento no sentido de que decadência, nulidade absoluta - a exemplo de ilegitimidade passiva como foi levantado, embora usando outros termos – e erro material quanto à correção de equívocos em dados mencionados na auditoria fiscal podem ser argüídos a qualquer tempo, inclusive em sede de Recurso, em se tratando de um processo administrativo fiscal, regido pelo princípio da busca da verdade material, e da informalidade, tendo-se ainda que respeitar, necessariamente, os princípios da economia processual e da eficiência, a fim de se resguardar tanto a sociedade, quando o erário – que tem a finalidade de servir a esta sociedade – de erros administrativos, na realidade deste processo e análise inexistem erros quanto aos dados levantados pelo autuante, e no que tange à legitimidade passiva.

Independentemente de se tratar da mercadoria “cimento”, o crédito fiscal destacado deveria ser considerado, e o foi, nas operações objeto da imputação 1, conforme já exposto no Relatório que antecede este voto, e está demonstrado nas planilhas fiscais de fls. 15 a 103. Por conseguinte, foi respeitado o teor do artigo 94, I, “c”, do RICMS/BA:

*RICMS/BA:*

*Art. 94. Nas operações efetuadas a preço FOB (art. 645), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto anteriormente cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:*

*I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:*

*(...)*

*c) por empresa transportadora, o crédito a ser utilizado pelo destinatário será o valor destacado no respectivo documento de transporte.*

Por outro lado, seja em sede de impugnação, ou em sede de Recurso, o contribuinte não comprovou o pagamento do imposto relativo aos valores de frete e de seguro que não foram incluídos na base de cálculo das operações que ensejaram a cobrança objeto da imputação 01. E a este respeito determinam a Lei nº 7.014/96, e o RICMS/BA:

*Lei nº 7.014/96:*

*SUBSEÇÃO IV*

*Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Antecipação Tributária*

*Art. 8º.*

*(...)*

*§ 6º. Quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas.*

*(grifos nossos)*

*RICMS/BA:*

*Art. 357. O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.*

*Parágrafo único. Nos casos em que a retenção do imposto tiver sido feita sem a inclusão, na base de cálculo prevista no art. 61, dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, o recolhimento do imposto sobre as referidas parcelas será efetuado pelo destinatário, nas aquisições a preço FOB, com inclusão do percentual da margem de valor adicionado (MVA) aplicável, vedada a utilização do crédito fiscal relativamente ao valor por ele pago (art. 125, II, "i", item 2).*

*(Redação atual do art. 354, dada pela Alteração nº 56 Decreto nº 9092, de 04/05/04).*

*(grifos nossos)*

*Parágrafo único. Nos casos em que a retenção do imposto tiver sido feita sem a inclusão, na base de cálculo prevista no art. 61, dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, o recolhimento do imposto sobre as referidas parcelas será efetuado pelo destinatário, nas aquisições a preço FOB, com inclusão do percentual da margem de valor adicionado (MVA) aplicável, vedada a utilização do crédito fiscal relativamente ao valor por ele pago (art. 125, I, "c").*

*(Redação originária).*

*(grifos nossos)*

Assim, resta sem respaldo as alegações recursais.

Por outro lado, verifico que a JJF deliberou pela exclusão do valor da multa relativa à imputação 2. Tratando-se de Recurso Voluntário, ou seja, Recurso de iniciativa do sujeito passivo de obrigações tributárias, ora acusado e regularmente apenado pelo descumprimento de tais obrigações, e ainda considerando que a Decisão de primeira instância não traz à baila o reexame necessário por meio de Recurso de Ofício, posto que em sede de primeiro grau o Auto de Infração foi julgado integralmente procedente, então não aprecio a questão da redução de penalidade objeto da Decisão de primeiro grau, em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* contida nas fontes subsidiárias em que se constituem, para o processo administrativo fiscal, tanto o Código de Processo Civil, em seus artigos 2º, 128 e 460; quanto o Código de Processo Penal, em seu artigo 617.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, com o cancelamento da multa objeto da Infração 2, baseado no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)**

Peço vênha à ilustre Relatora para discordar quanto à sua decisão quanto à matéria que envolve a decadência dos lançamentos tributários oriundos dos fatos geradores anteriores a 18/12/2002.

Ainda em sede de preliminar, entendo que há de ser discutida a matéria motivadora da diligência dirigida à PGE/PROFIS, com vistas à emissão de parecer sobre eventual decadência das operações ocorridas anteriormente a 18/12/2002, à luz da decisão do STF, expressa na Súmula Vinculante nº 8.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF:

*“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a

prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...*deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN*”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 18/12/2002, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com o voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0110/07-5**, lavrado contra **NOVA ESPERANÇA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.055,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do mencionado artigo da supracitada lei, , com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, com exclusão, de ofício, da multa do 2º item do Auto de Infração, com base no §7º, art. 42 da mesma lei.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE  
(Preliminar de decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS